ISSN 1725-2431

Journal officiel

de l'Union européenne

C 101

47e année

27 avril 2004

Édition de langue française

Communications et informations

Numéro d'information	Sommaire	Page
	I *Communications*	
	Commission	
2004/C 101/01	Taux de change de l'euro	1
2004/C 101/02	Communication de la Commission — Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie [1]	2
2004/C 101/03	Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence [1]	43
2004/C 101/04	Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE [1]	54
2004/C 101/05	Projet de Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE [1]	65
2004/C 101/06	Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation) [1]	78
2004/C 101/07	Communication de la Commission — Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité [1]	81
2004/C 101/08	Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité [1]	97

Avis aux lecteurs (voir page 3 de la couverture)

FR

Prix: 22,00 EUR

[1] Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

AVIS AUX LECTEURS

LE *JOURNAL OFFICIEL DE L'UNION EUROPÉENNE* EN VINGT LANGUES

À compter de l'accession à l'Union européenne des dix nouveaux États membres (République tchèque, Estonie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Malte, Pologne, Slovénie et Slovaquie) le **1er mai 2004**, la version papier du *Journal officiel de l'Union européenne*, séries L et C, paraîtra dans les vingt langues officielles de l'Union européenne.

La «bande couleur» de la couverture sera supprimée et la version linguistique sera indiquée par le code ISO: espagnol (ES), tchèque (CS), danois (DA), allemand (DE), estonien (ET), grec (EL), anglais (EN), français (FR), italien (IT), letton (LV), lituanien (LT), hongrois (HU), maltais (MT), néerlandais (NL), polonais (PL), portugais (PT), slovaque (SK), slovène (SL), finnois (FI), suédois (SV).

La version CD-ROM du Journal officiel, séries L et C, sera également disponible dans les vingt langues à partir de l'édition de mai 2004.

L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE DANS LES NEUF NOUVELLES LANGUES

L'acquis communautaire est en cours de préparation. Il sera disponible:

— en version papier, sous forme d'abonnement. Les volumes seront envoyés au fur à mesure de leur parution. Le prix est de 2 000 euros.

Chaque volume pourra être acquis individuellement, mais uniquement lorsque la série sera complète.

— en version CD-ROM, après la disponibilité de tous les volumes de la version papier. Le prix du CD-ROM est de 1 000 euros;

— dans EUR-Lex.

Le premier des deux cents et quelques volumes (le nombre exact de volumes n'est pas encore confirmé) de l'acquis communautaire est maintenant disponible dans sept nouvelles langues (le maltais et l'estonien suivront).

Pour de plus amples informations, veuillez contacter nos bureaux de vente (voir modalités en dernière page de couverture).

I

(Communications)

COMMISSION

Taux de change de l'euro [1]

26 avril 2004

(2004/C 101/01)

1 euro =

	Monnaie	Taux de change		Monnaie	Taux de change
USD	dollar des États-Unis	1,1851	LVL	lats letton	0,647
JPY	yen japonais	128,93	MTL	lire maltaise	0,4245
DKK	couronne danoise	7,4407	PLN	zloty polonais	4,7688
GBP	livre sterling	0,66365	ROL	leu roumain	40 360
SEK	couronne suédoise	9,1083	SIT	tolar slovène	238,4
CHF	franc suisse	1,5566	SKK	couronne slovaque	40,045
ISK	couronne islandaise	87,30	TRL	lire turque	1 631 428
NOK	couronne norvégienne	8,2415	AUD	dollar australien	1,6144
BGN	lev bulgare	1,9463	CAD	dollar canadien	1,6043
CYP	livre chypriote	0,5865	HKD	dollar de Hong Kong	9,2424
CZK	couronne tchèque	32,36	NZD	dollar néo-zélandais	1,8825
EEK	couronne estonienne	15,6466	SGD	dollar de Singapour	2,0119
HUF	forint hongrois	249,85	KRW	won sud-coréen	1 368,85
LTL	litas lituanien	3,4527	ZAR	rand sud-africain	7,9935

[1] *Source:* taux de change de référence publié par la Banque centrale européenne.

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie

(2004/C 101/02)

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

I. INTRODUCTION

1. Les présentes lignes directrices définissent les principes régissant l'appréciation des accords de transfert de technologie en vertu de l'article 81 du traité. Les accords de transfert de technologie portent sur la concession de licences relatives à des technologies, dans le cadre desquelles le donneur de licence autorise le preneur à exploiter la technologie concédée pour la production de biens ou de services, conformément à la définition figurant à l'article 1, paragraphe 1, point b), du règlement CE nº 773/2004 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie) ([1]).

2. Ces lignes directrices ont pour objectif de fournir des orientations sur l'application du règlement d'exemption par catégorie, ainsi que sur l'application de l'article 81 aux accords de transfert de technologie n'entrant pas dans le champ d'application de ce règlement. Le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne portent pas atteinte à une application parallèle éventuelle de l'article 82 du traité aux accords de licence ([2]).

3. Les critères exposés dans les présentes lignes directrices doivent être appliqués en fonction des circonstances propres à chaque cas, ce qui exclut toute application mécanique. Chaque cas doit être apprécié en fonction de ses caractéristiques propres et les lignes directrices doivent être appliquées de façon raisonnable et flexible. Les exemples ne sont donnés qu'à titre d'illustration et ne se veulent pas exhaustifs. La Commission observera comment le règlement et les lignes directrices sont appliqués dans le cadre du nouveau système d'application instauré par le règlement (CE) nº 1/2003 ([3]), pour voir s'il convient éventuellement d'y apporter des modifications.

4. Les présentes lignes directrices sont applicables sans préjudice de l'interprétation de l'article 81 et du règlement d'exemption par catégorie qui pourrait être donnée par la Cour de justice et par le Tribunal de première instance.

II. PRINCIPES GÉNÉRAUX

1. L'article 81 et les droits de propriété intellectuelle

5. L'objectif global de l'article 81 est de sauvegarder la concurrence sur le marché afin de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'article 81, paragraphe 1, interdit tous accords et pratiques concertées entre entreprises et toutes décisions d'associations d'entreprises ([4]) qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ([5]) et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ([6]). Par dérogation à cette règle, l'article 81, paragraphe 3, dispose que l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, peut être déclarée inapplicable aux accords entre entreprises qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du produit qui en résulte, et qui n'imposent pas des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et ne donnent pas aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

6. La législation sur la propriété intellectuelle confère des droits exclusifs aux titulaires de brevets, de droits d'auteur, de droits de dessin, de marques déposées et d'autres droits protégés par la loi. Le titulaire de droits de propriété intellectuelle est habilité à empêcher toute utilisation non autorisée de sa propriété intellectuelle et à l'exploiter, notamment en la concédant sous licence à des tiers. Dès lors qu'un produit comportant un droit de propriété intellectuelle a été mis sur le marché dans l'EEE par le titulaire du droit ou avec son consentement, le droit de propriété intellectuelle est épuisé en ce sens que le titulaire ne peut plus l'utiliser pour contrôler la vente du produit en question ([7]) (principe de l'épuisement d'un droit dans la Communauté). Le titulaire du droit ne possède, en vertu de la législation sur la propriété intellectuelle, aucun droit d'empêcher la vente, par les preneurs de la licence ou par des acheteurs, de tels produits comportant la technologie concédée ([8]). Le principe de l'épuisement d'un droit dans la Communauté est conforme à la fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle, qui est d'accorder au titulaire le droit d'empêcher d'autres personnes d'exploiter sa propriété intellectuelle sans son consentement.

7. Le fait que la législation sur la propriété intellectuelle accorde des droits d'exploitation exclusifs ne signifie pas que les droits de propriété intellectuelle sont exclus de l'application du droit de la concurrence. Les articles 81 et 82 sont notamment applicables aux accords par lesquels le donneur concède à une autre entreprise une licence d'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle ([9]). Cela ne signifie pas non plus qu'il y ait un conflit intrinsèque entre les droits de propriété intellectuelle et les règles de concurrence communautaires. En effet, ces deux corpus législatifs ont le même objectif fondamental, qui est de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'innovation constitue une composante essentielle et dynamique d'une économie de marché ouverte et concurrentielle. Les droits de propriété intellectuelle favorisent une concurrence dynamique, en encourageant les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou améliorés. C'est aussi ce que fait la concurrence en poussant les entreprises à innover. C'est pourquoi tant les droits de propriété intellectuelle que la concurrence sont nécessaires pour promouvoir l'innovation et assurer qu'elle soit exploitée dans des conditions concurrentielles.

8. Lors de l'appréciation des accords de licence en vertu de l'article 81, il convient de tenir compte du fait que la création de droits de propriété intellectuelle implique fréquemment des investissements substantiels et qu'il s'agit souvent d'un effort comportant des risques. Afin de ne pas faire obstacle à une concurrence dynamique et de maintenir l'incitation à innover, l'innovateur ne doit pas être indûment limité dans l'exploitation des droits de propriété intellectuelle qui s'avéreront posséder de la valeur. C'est pourquoi il devrait normalement être libre de demander, pour les projets couronnés de succès, une compensation suffisante pour maintenir les incitations à investir, en tenant compte des projets qui ont échoué. La concession de technologies sous licence peut également exiger du preneur d'importants investissements à fonds perdus dans la technologie concédée et les actifs de production nécessaires à son exploitation. Il n'est pas possible d'appliquer l'article 81 sans tenir compte de ces investissements ex ante consentis par les parties et des risques qu'ils comportent. Les risques auxquels les parties sont confrontées et les investissements à fonds perdus qui doivent être consentis peuvent donc avoir pour conséquence que l'accord n'entre pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement.

9. Dans le cadre de l'appréciation des accords de concession de licence en vertu de l'article 81, le cadre d'analyse existant est suffisamment souple pour tenir dûment compte des aspects dynamiques des licences de technologie. On ne présume jamais que les droits de propriété intellectuelle et les accords de licence posent en soi des problèmes de concurrence. La plupart des accords de licence ne restreignent pas la concurrence et entraînent des gains d'efficience favorables à la concurrence. En effet, la concession de licences est en soi favorable à la concurrence puisqu'elle conduit à la diffusion de la technologie et qu'elle encourage l'innovation. En outre, même les accords de licence qui restreignent la concurrence peuvent souvent entraîner des gains d'efficience favorables à la concurrence, qui doivent être examinés en vertu de l'article 81, paragraphe 3, et mis en regard des effets négatifs sur la concurrence ([10]). La plupart des accords de licence sont par conséquent compatibles avec l'article 81.

2. **Cadre général d'application de l'article 81**

10. L'article 81, paragraphe 1, interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il s'applique tant aux restrictions de concurrence entre les parties à un accord qu'aux restrictions de concurrence entre l'une des parties à un accord et des tiers.

11. Le caractère éventuellement restrictif de la concurrence d'un accord de licence doit être apprécié en fonction du contexte réel dans lequel une concurrence s'exercerait si l'accord et ses restrictions présumées n'existaient pas ([11]). Lors de cette appréciation, il est nécessaire de tenir compte de l'incidence probable de l'accord sur la *concurrence intertechnologique* (c'est-à-dire la concurrence entre des entreprises utilisant des technologies concurrentes) et la *concurrence intratechnologique* (c'est-à-dire la concurrence entre des entreprises utilisant la même technologie) ([12]). L'article 81, paragraphe 1, interdit les restrictions tant de la concurrence intertechnologique que de la concurrence intratechnologique. Il est donc nécessaire d'apprécier dans quelle mesure l'accord affecte ou est susceptible d'affecter ces deux aspects de la concurrence sur le marché.

12. Les deux questions ci-après constituent un cadre utile pour effectuer cette appréciation. La première concerne l'incidence de l'accord sur la *concurrence intertechnologique*, et la *seconde* son incidence sur la *concurrence intratechnologique*. Des restrictions pouvant affecter en même temps ces deux types de concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'analyser une restriction dans cette double optique avant de pouvoir déterminer s'il y a ou non restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1.

a) L'accord de licence restreint-il une concurrence réelle ou potentielle qui aurait pu exister en son absence? Si oui, il peut entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Cette appréciation doit tenir compte de la concurrence entre les parties et de la concurrence exercée par des tiers. Par exemple, lorsque deux entreprises établies dans des États membres différents se concèdent des licences croisées sur des technologies concurrentes et s'engagent à ne pas vendre de produits sur leurs marchés nationaux respectifs, la concurrence (potentielle) qui existait avant l'accord est restreinte. De même, lorsqu'un donneur impose à ses preneurs de ne pas utiliser de technologies concurrentes et que ces obligations ont pour effet d'exclure des technologies tierces, la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé si l'accord n'avait pas été conclu, est restreinte.

b) L'accord restreint-il une concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de la ou des restrictions contractuelles? Si oui, il peut entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. À titre d'exemple, si un donneur de licence limite la concurrence entre ses preneurs, la concurrence (potentielle) qui aurait pu exister entre les preneurs en l'absence de ces restrictions est restreinte. Les restrictions de ce type englobent la fixation verticale des prix, ainsi que les restrictions des ventes entre preneurs liées à un territoire ou à des clients. Toutefois, dans certains cas, certaines restrictions peuvent ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'elles sont objectivement nécessaires à l'existence d'un accord de ce type ou de cette nature ([13]). Cette exclusion du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ne peut se faire que sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties. Il ne s'agit pas de déterminer si les parties, dans la situation qui est la leur, n'auraient pas accepté de conclure un accord moins restrictif, mais si, compte tenu de la nature de l'accord et des caractéristiques du marché, des entreprises se trouvant dans une situation similaire n'auraient pas conclu un accord moins restrictif. C'est ainsi que dans un accord entre non-concurrents, des restrictions territoriales peuvent ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant une certaine période si elles sont objective-

ment nécessaires pour qu'un preneur puisse pénétrer sur un nouveau marché. De même, une interdiction de vendre à certaines catégories d'utilisateurs finals faite à tous les preneurs peut ne pas être restrictive de la concurrence si une telle restriction est objectivement nécessaire pour des raisons de sécurité ou de santé liées à la dangerosité du produit en question. L'argument selon lequel, s'il n'y avait pas eu de restriction, le fournisseur aurait eu recours à l'intégration verticale ne suffit pas. Les décisions d'opérer ou non une intégration verticale dépendent d'un large éventail de facteurs économiques complexes, dont plusieurs sont internes à l'entreprise concernée.

13. Lors de l'application du cadre analytique décrit au point précédent, il convient de tenir compte du fait que l'article 81, paragraphe 1, établit une distinction entre les accords dont l'objet est de restreindre la concurrence et ceux dont l'effet est de restreindre la concurrence. Un accord ou une restriction contractuelle ne sont interdits par l'article 81, paragraphe 1, que s'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence intertechnologique et/ou la concurrence intratechnologique.

14. Les restrictions de la concurrence par objet sont celles qui, de par leur nature même, restreignent la concurrence. Il s'agit de restrictions qui, compte tenu des objectifs des règles de concurrence communautaires, ont de telles chances de produire des effets négatifs sur la concurrence qu'il est superflu de démontrer les effets réels sur le marché aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1 ([14]). En outre, il est peu probable que, dans le cas des restrictions par objet, les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies. Plusieurs facteurs permettent d'apprécier si un accord a ou non pour objet de restreindre la concurrence. Il s'agit notamment du contenu de l'accord et des buts objectifs qu'il poursuit. Il peut aussi s'avérer nécessaire d'examiner le contexte dans lequel il sera appliqué ou le comportement effectif des parties sur le marché ([15]). En d'autres termes, avant d'établir si une restriction déterminée est une restriction caractérisée de la concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits à l'origine de l'accord et les circonstances particulières dans lesquelles il s'inscrit. La façon dont un accord est effectivement mis en œuvre peut révéler une restriction par objet même si l'accord formel ne contient aucune disposition expresse à cet effet. La preuve de l'intention subjective des parties de restreindre la concurrence constitue un facteur pertinent, mais non une condition nécessaire. Pour les accords de licence, la Commission estime que les restrictions figurant dans la liste des restrictions caractérisées de la concurrence citées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie constituent des restrictions de par leur objet même.

15. Si un accord n'est pas restrictif par objet, il convient d'examiner s'il a des effets restreignant la concurrence. Tant les effets réels que potentiels doivent être pris en compte ([16]). En d'autres termes, l'accord doit avoir des effets anticoncurrentiels *probables*. Pour que des accords de licence restreignent la concurrence de par leur effet, ils doivent affecter la concurrence réelle ou potentielle dans une mesure telle que l'on puisse s'attendre, avec un degré de probabilité raisonnable, à ce qu'il y ait des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la variété et la qualité des biens et des services sur le marché en cause. Les effets négatifs probables sur la concurrence doivent être sensibles ([17]). Un accord est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels sensibles lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient une certaine puissance de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de cette puissance ou permet aux parties d'exploiter leur puissance de marché. La puissance de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou la production à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive en termes de quantités, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation, et ce pendant une période non négligeable. Le degré de puissance de marché normalement requis pour pouvoir conclure à une infraction à l'article 81, paragraphe 1, est inférieur à celui qui est requis pour conclure à une position dominante au sens de l'article 82.

16. Pour analyser les restrictions de la concurrence par effet, il convient normalement de définir le marché en cause et d'examiner et apprécier, entre autres, la nature des produits et des technologies concernés, la position des parties sur le marché, la position des concurrents sur le marché, la position des acheteurs sur le marché, la présence de concurrents potentiels et l'importance des barrières à l'entrée. Toutefois, dans certains cas, il peut être possible de montrer des effets anticoncurrentiels directement en analysant le comportement des parties à l'accord sur le marché. Il peut par exemple être possible d'établir qu'un accord a entraîné des hausses de prix.

17. Les accords de licence ont cependant aussi un fort potentiel pro-concurrentiel. En fait, la grande majorité d'entre eux sont favorables à la concurrence. Ils peuvent favoriser l'innovation en permettant aux innovateurs d'obtenir un rendement couvrant au moins une partie de leurs coûts de recherche-développement. Les accords de licence entraînent également la diffusion de technologies, ce qui peut créer de la valeur en réduisant les coûts de production du preneur de la licence ou en lui permettant de fabriquer des produits nouveaux ou améliorés. Les gains d'efficience réalisés au niveau du preneur proviennent souvent d'une combinaison de la technologie du donneur et des actifs et des technologies du preneur. Une telle intégration d'actifs et de technologies complémentaires peut entraîner une configuration coûts/production qui ne serait pas possible autrement. Par exemple, la combinaison des technologies améliorées appartenant au donneur de la licence et d'actifs de production et de distribution plus efficaces appartenant au preneur peut permettre de réduire les coûts de production ou de fabriquer un produit de meilleure qualité. La concession de licences peut également concourir à réaliser l'objectif pro-concurrentiel d'élimination des obstacles au développement et d'exploitation de la technologie du preneur. Dans les secteurs dans lesquels de nombreux brevets prévalent, en particulier, des licences sont souvent concédées pour permettre la liberté de conception en supprimant le risque de recours du donneur pour violation de ses droits. Lorsque le donneur accepte de ne pas invoquer ses droits de propriété intellectuelle pour empêcher la vente des produits du preneur, l'accord élimine une entrave à la vente des produits de ce dernier et encourage donc la concurrence d'une manière générale.

18. Lorsqu'un accord de licence est couvert par l'article 81, paragraphe 1, ses effets favorables à la concurrence et ses effets restrictifs doivent être comparés, à la lumière de l'article 81, paragraphe 3. Si les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies, l'accord de licence restrictif en cause est valable et applicable, et aucune décision préalable à cet effet n'est requise ([18]). Les restrictions caractérisées de la concurrence ne remplissent qu'exceptionnellement les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. En général, de tels accords ne remplissent pas (au moins) l'une des deux premières conditions. Ils n'apportent généralement pas d'avantages économiques objectifs ni d'avantages pour les consommateurs. En outre, les accords de ce type ne satisfont pas non plus à la troisième condition, qui a trait au caractère indispensable des restrictions. Par exemple, si les parties fixent le prix auquel les produits fabriqués sous licence doivent être vendus, cela entraînera généralement une production plus faible et une mauvaise répartition des ressources, ainsi que des prix plus élevés pour les consommateurs. La restriction relative aux prix n'est pas non plus indispensable pour réaliser les gains d'efficience rendus possibles par le fait que les deux concurrents disposent des deux technologies.

3. **Définition du marché**

19. L'approche de la Commission en matière de définition du marché en cause figure dans sa communication sur la définition du marché ([19]). Les présentes lignes directrices abordent uniquement les aspects de la définition du marché qui présentent une importance particulière dans le domaine des accords de licence de technologies.

20. La technologie est un facteur de production qui est intégré soit dans un produit soit dans un processus de production. La concession de technologies sous licence peut donc affecter la concurrence sur le marché tant des facteurs de production que des produits finis. À titre d'exemple, un accord entre deux parties qui vendent des produits concurrents et qui s'accordent des licences croisées pour les technologies relatives à la fabrication de ces produits, peut restreindre la concurrence sur le marché de produits en cause. Il peut également restreindre la concurrence sur le marché des technologies et éventuellement aussi sur les marchés d'autres facteurs de production. Pour apprécier les effets des accords de licence sur la concurrence, il peut donc s'avérer nécessaire de définir les marchés de biens et de services en cause (marchés de produits), mais aussi les marchés de technologies ([20]). Le terme «marché de produits» utilisé à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie se réfère aux marchés de biens et de services, à la fois sous leur aspect géographique et sous leur aspect matériel de «produits». Ainsi qu'il ressort clairement de l'article 1er, paragraphe 1, point j), du règlement, ce terme n'est utilisé que pour distinguer les marchés de biens et de services en cause des marchés de technologies en cause.

21. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices concernent les effets sur les marchés de produits tant finals qu'intermédiaires. Le marché de produits en cause englobe des produits considérés par les acheteurs comme interchangeables avec les produits contractuels comportant la technologie concédée ou substituables à ces produits, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

22. Les marchés de technologies comprennent la technologie concédée sous licence et ses substituts, c'est-à-dire d'autres technologies considérées par les preneurs de licence comme interchangeables avec la technologie concédée ou substituables à cette technologie, en raison de leurs caractéristiques, des redevances dont elles font l'objet et de l'usage auquel elles sont destinées. La méthode utilisée pour définir les marchés de technologies repose sur les mêmes principes que celle utilisée pour définir les marchés de produits. À partir de la technologie commercialisée par le donneur de licence, il convient d'identifier les autres technologies que les preneurs pourraient utiliser en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs, c'est-à-dire des redevances. Une autre solution serait d'examiner le marché des produits comportant la technologie concédée (voir le point 23 ci-dessous).

23. Une fois les marchés en cause définis, il convient d'attribuer des parts de marché aux différentes sources de concurrence qui y opèrent; elles indiqueront la puissance relative des différents opérateurs. Dans le cas des marchés de technologies, une façon de procéder consiste à calculer les parts de marché sur la base de la part de chaque technologie dans les redevances totales, qui représente la part d'une technologie sur un marché où différentes technologies concurrentes sont concédées sous licence. Cette façon de procéder peut toutefois se révéler purement théorique et non pratique, en raison de l'absence d'informations claires sur les redevances, etc. Une autre approche, qui est celle utilisée à l'article 3, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, consiste à calculer les parts détenues sur le marché de technologies sur la base des ventes de produits comportant la technologie concédée sur les marchés de produits situés en aval (voir point 70 ci-dessous). Avec cette approche, toutes les ventes sur le marché de produits en cause sont prises en considération, que le produit comporte ou non une technologie concédée sous licence. Dans le cas des marchés de technologies, l'approche adoptée à l'article 3, paragraphe 3, pour tenir compte des technologies utilisées (seulement) en interne, est justifiée. En effet, elle constitue souvent un bon indicateur de la puissance de la technologie. Premièrement, elle englobe la concurrence potentielle d'entreprises fabriquant les produits avec leur propre technologie et qui sont susceptibles de commencer à concéder celle-ci sous licence en réaction à une augmentation légère, mais permanente, du prix des licences. Deuxièmement, même s'il est peu probable que d'autres détenteurs de technologies commencent à les concéder sous licence, le donneur de licence n'est pas nécessairement puissant sur le marché de technologies, même s'il possède une part élevée des revenus des licences. Si le marché de produits situé en aval est concurrentiel, la concurrence qui s'exerce à ce niveau peut effectivement peser sur le donneur de licence. Une augmentation des redevances en amont pèse sur les coûts du preneur de licence, ce qui le rend moins concurrentiel et lui fait perdre des ventes. La part détenue par une technologie sur un marché de produits reflète également cet élément et constitue donc normalement un bon indicateur de la puissance de marché du donneur de licence. Dans certains cas n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, il peut s'avérer nécessaire, lorsque cela est possible en pratique, d'appliquer les deux approches décrites ci-dessus, afin d'apprécier avec plus de précision la puissance de marché du donneur de licence.

24. En outre, en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il faut également tenir compte du fait que la part de marché ne constitue pas toujours un bon indicateur de la puissance relative des technologies disponibles. Outre les technologies contrôlées par les parties à l'accord, la Commission tiendra donc également compte, entre autres, du nombre de technologies disponibles contrôlées par des tiers pouvant remplacer la technologie concédée à un coût comparable pour l'utilisateur (voir le point 131 ci-dessous).

25. Certains accords de licence peuvent avoir une incidence sur les marchés de l'innovation. Toutefois, lorsqu'elle analyse cette incidence, la Commission se limite normalement à examiner l'impact de l'accord sur la concurrence sur les marchés de produits et de technologies existants ([21]). La concurrence sur ces marchés peut être affectée par des accords qui retardent l'introduction de produits améliorés ou de nouveaux produits qui, à terme, remplaceront les produits existants. Dans ce cas de figure, l'innovation constitue une source de concurrence potentielle qui doit être prise en compte lors de l'appréciation de l'incidence de l'accord sur les marchés de produits et les marchés de technologies. Toutefois, dans un nombre limité de cas, il peut être utile et nécessaire de définir également des marchés de l'innovation. C'est notamment le cas lorsque l'accord affecte l'innovation destinée à créer de nouveaux produits et lorsqu'il est possible de déterminer très tôt des pôles de recherche et de développement ([22]). On peut alors déterminer si, après l'accord, il restera suffisamment de pôles de recherche et de développement concurrents pour qu'une concurrence effective subsiste dans le domaine de l'innovation.

4. **Distinction entre concurrents et non-concurrents**

26. En général, les accords entre concurrents comportent des risques plus grands pour la concurrence que les accords entre non-concurrents. Toutefois, la concurrence entre les entreprises qui utilisent une même technologie (concurrence intratechnologique entre preneurs) constitue un complément important à la concurrence entre les entreprises qui utilisent des technologies concurrentes (concurrence intertechnologique). La concurrence intratechnologique peut par exemple entraîner des prix plus faibles pour les produits comportant la technologie en cause, ce qui peut non seulement procurer des avantages directs et immédiats pour les consommateurs de ces produits, mais aussi aiguillonner la concurrence entre entreprises utilisant des technologies concurrentes. Dans le contexte de la concession de licences, il faut également tenir compte du fait que les preneurs de licence vendent leur propre produit. Ils ne revendent pas un produit fourni par une autre entreprise. Il se peut donc qu'il existe de plus grandes possibilités de différenciation des produits et de concurrence basée sur la qualité entre preneurs de licence que dans le cas d'accords verticaux portant sur la revente de produits.

27. Afin de déterminer la relation concurrentielle entre les parties, il convient d'examiner si elles auraient été des concurrents réels ou potentiels au cas où l'accord n'aurait pas existé. Si, au cas où l'accord n'aurait pas été conclu, les parties n'auraient été des concurrents réels ou potentiels sur aucun marché en cause affecté par l'accord, on considère qu'elles ne sont pas des concurrents.

28. Si le donneur et le preneur de la licence opèrent tous deux sur le même marché de produits ou le même marché de technologies sans que les parties ou l'une d'entre elles enfreignent les droits de propriété intellectuelle de l'autre partie, ils sont des *concurrents réels* sur le marché concerné. Les parties sont considérées comme des concurrents réels sur le marché de technologies si le preneur concède déjà sa technologie sous licence et que le donneur pénètre sur le marché de technologies en concédant au preneur une licence sur une technologie concurrente.

29. Les parties sont considérées comme des *concurrents potentiels* sur le marché de produits si, en l'absence d'accord et sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle de l'autre partie, elles auraient probablement engagé les investissements supplémentaires nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix des produits. Pour constituer une pression concurrentielle réaliste, la pénétration doit être susceptible d'intervenir dans un bref délai. Une période d'un ou deux ans est normalement considérée comme appropriée. Toutefois, dans certains cas, des périodes plus longues peuvent être prises en compte. Le délai nécessaire pour que des entreprises déjà présentes sur le marché adaptent leurs capacités peut servir de critère pour déterminer cette période. Les parties sont par exemple susceptibles d'être considérées comme des concurrents potentiels sur le marché de produits lorsque le preneur fabrique ses produits à l'aide de sa propre technologie sur un marché géographique et commence à produire sur un autre marché géographique avec une technologie concédée concurrente. Dans ce cas, il est probable que le preneur aurait pu pénétrer sur le second marché géographique sur la base de sa propre technologie, sauf si cette entrée s'était avérée impossible pour des raisons objectives, dont l'existence de brevets de blocage (voir point 32 ci-dessous).

30. Les parties sont considérées comme des concurrents potentiels sur le marché de technologies lorsqu'elles possèdent des technologies substituables si, dans le cas en cause, le preneur ne concède pas sa propre technologie sous licence, à condition qu'il soit susceptible de le faire en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix de la technologie en cause. Toutefois, aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, la concurrence potentielle sur le marché de technologies n'est pas prise en compte (voir point 66 ci-dessous).

31. Dans certains cas, les parties peuvent devenir des concurrents à la suite de la conclusion de l'accord parce que le preneur met au point et commence à exploiter une technologie concurrente. Il convient alors de tenir compte du fait que les parties n'étaient pas des concurrents lors de la conclusion de l'accord et que celui-ci a été conclu dans ce contexte. La Commission concentrera donc principalement son attention sur l'incidence de l'accord sur la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie (concurrente). En particulier, la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre concurrents ne sera pas appliquée à de tels accords, sauf si ceux-ci ont été modifiés ultérieurement sur un point essentiel après que les parties sont devenues des concurrents (voir article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie). Les entreprises parties à un accord peuvent également devenir des concurrents à la suite de la conclusion de l'accord lorsque le preneur était déjà actif sur le marché de produits avant la concession de la licence et que le donneur pénètre ensuite sur ce marché sur la base de la technologie concédée ou d'une nouvelle technologie. Dans ce cas également, la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre non-concurrents continuera à s'appliquer à l'accord sauf si celui-ci est modifié ultérieurement sur un point essentiel (voir l'article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie).

32. Si les parties possèdent des technologies qui sont dans une position de blocage unilatéral ou bilatéral, elles sont considérées comme n'étant pas des concurrents sur le marché de technologies. Il y a situation de blocage unilatéral lorsqu'une technologie ne peut pas être exploitée sans empiéter sur une autre technologie. C'est par exemple le cas lorsqu'un brevet couvre une amélioration d'une technologie couverte par un autre brevet. Dans ce cas, l'exploitation du brevet couvrant l'amélioration présuppose que le titulaire obtienne une licence pour le brevet de base. Il y a situation de blocage bilatéral quand aucune des deux technologies ne peut être exploitée sans empiéter sur l'autre et que les titulaires doivent donc obtenir une licence ou une dérogation l'un de l'autre. Pour déterminer s'il y a une situation de blocage, la Commission s'appuie sur des facteurs objectifs, et non sur l'opinion subjective des parties. Des preuves particulièrement convaincantes de l'existence d'une situation de blocage sont requises lorsque les parties peuvent avoir un intérêt commun à prétendre qu'une telle situation existe afin d'être qualifiées de non-concurrents, par exemple lorsque la situation de blocage bilatéral alléguée concerne des technologies qui sont des substituts technologiques. Parmi les preuves pertinentes, on peut citer les décisions des tribunaux, y compris les injonctions, et les avis d'experts indépendants. Dans ce dernier cas, la Commission examinera soigneusement, notamment, comment l'expert a été choisi. D'autres preuves probantes, dont des rapports d'expertise produits par les parties et indiquant qu'elles ont ou avaient des raisons valables de croire à l'existence d'une situation de blocage, peuvent cependant aussi être utiles pour étayer l'existence d'une telle situation.

33. Dans certains cas, il peut également être possible d'établir que si le donneur et le preneur de la licence produisent des produits concurrents, ils ne sont pas concurrents sur le marché de produits et le marché de technologies en cause, parce que la technologie concédée constitue une innovation tellement radicale que la technologie du preneur est devenue obsolète ou non concurrentielle. Dans de tels cas, la technologie du donneur crée un nouveau marché ou exclut celle du preneur du marché. Toutefois, cela est souvent impossible à établir au moment de la conclusion de l'accord. En général, l'ancienne technologie n'apparaît obsolète ou non concurrentielle que lorsque les consommateurs ont accès depuis un certain temps à la nouvelle technologie ou aux produits qui la comportent. Par exemple, lorsque la technologie CD a été développée et que les lecteurs et les disques ont été mis sur le marché, il n'était pas évident que cette nouvelle technologie remplacerait les disques en vinyle. Cela n'est apparu que plusieurs années plus tard. Les parties seront par conséquent considérées comme étant des concurrents si, au moment de la conclusion de l'accord, il n'est pas évident que la technologie du preneur est obsolète ou non concurrentielle. Toutefois, compte tenu du fait que tant l'article 81, paragraphe 1, que l'article 81, paragraphe 3, doivent être appliqués en fonction du contexte réel dans lequel l'accord est conclu, l'appréciation pourra être modifiée en cas d'évolution substantielle de la situation. La caractérisation de la relation entre les parties pourra donc être modifiée pour être considérée comme une relation entre non-concurrents si, par la suite, la technologie du preneur devient obsolète ou non concurrentielle sur le marché.

III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

1. L'incidence du règlement d'exemption par catégorie

34. Les accords de transfert de technologie remplissant les conditions énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie sont exemptés de l'application de l'interdiction figurant à l'article 81, paragraphe 1. Les accords bénéficiant de l'exemption par catégorie sont légalement valides et applicables. De tels accords ne peuvent être interdits que pour l'avenir et uniquement sur retrait de l'exemption par catégorie par la Commission ou par l'autorité de concurrence d'un État membre. Ils ne peuvent pas être interdits en vertu de l'article 81 par des juridictions nationales dans le cadre de litiges privés.

35. L'exemption de certaines catégories d'accords de transfert de technologie repose sur l'hypothèse que ces accords — dans la mesure où ils relèvent de l'article 81, paragraphe 1 — remplissent les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. On suppose donc qu'ils permettent de réaliser des gains d'efficience, que les restrictions qu'ils contiennent sont indispensables pour que ces gains d'efficience puissent être atteints, que les consommateurs sur le marché en cause recevront une partie équitable de ces gains d'efficience et que les accords ne donnent pas aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

Les seuils de parts de marché (article 3), la liste des restrictions caractérisées (article 4) et les restrictions exclues (article 5) figurant dans le règlement d'exemption par catégorie ont pour but de garantir que seuls les accords restrictifs dont on peut raisonnablement supposer qu'ils remplissent les quatre conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, bénéficieront de l'exemption par catégorie.

36. Ainsi qu'on le verra à la section IV ci-dessous, de nombreux accords de licence ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1, soit parce qu'ils ne restreignent nullement le jeu de la concurrence, soit parce que la restriction de la concurrence n'est pas sensible ([23]). Dans la mesure où de tels accords seraient de toutes façons couverts par le règlement d'exemption par catégorie, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils relèvent ou non de l'article 81, paragraphe 1 ([24]).

37. En dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il convient d'examiner si un accord déterminé relève de l'article 81, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont remplies. Les accords de transfert de technologie ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie ne sont pas présumés entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3. En particulier, le simple fait que les parts de marché des parties soient supérieures au seuil défini à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie ne suffit pas pour conclure que l'accord est couvert par l'article 81, paragraphe 1. Une appréciation individuelle des effets probables de l'accord est nécessaire. Ce n'est que lorsque les accords contiennent des restrictions caractérisées de la concurrence que l'on peut normalement présumer qu'ils sont interdits par l'article 81.

2. Champ d'application et durée du règlement d'exemption par catégorie

2.1. Accords entre deux parties

38. Conformément à l'article 2, paragraphe 1, du règlement, celui-ci ne couvre que les accords de transfert de technologie «*entre deux entreprises*». Les accords de transfert de technologie conclus par plus de deux entreprises ne sont pas couverts ([25]), le facteur décisif pour distinguer les accords entre deux entreprises des accords multipartites étant le fait que l'accord en cause ait été conclu par plus de deux entreprises.

39. Les accords conclus entre deux entreprises entrent dans le champ d'application du règlement, même s'ils contiennent des dispositions applicables à plusieurs niveaux de la chaîne commerciale. C'est ainsi que le règlement s'applique à un accord de licence concernant non seulement le stade de la production, mais aussi celui de la distribution, en précisant les obligations que le preneur peut ou doit imposer aux revendeurs des produits fabriqués sous licence ([26]).

40. Les accords de licence conclus entre plus de deux entreprises suscitent souvent les mêmes problèmes que des accords de licence de même nature conclus entre deux entreprises. Lors de l'appréciation individuelle d'accords de licence de même nature que ceux pouvant bénéficier de l'exemption par catégorie, mais qui sont conclus par plus de deux entreprises, la Commission appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie.

2.2. Accords relatifs à la production de produits contractuels

41. L'article 2 dispose que pour que les accords de licence soient couverts par le règlement, ils doivent concerner «*la production de produits contractuels*», c'est-à-dire de produits comportant la technologie concédée ou produits à partir de celle-ci. En d'autres termes, pour être couverte par le règlement, la licence doit autoriser le preneur à exploiter la technologie concédée pour la production de biens ou de services (voir septième considérant du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie). Le règlement ne couvre pas les regroupements de technologies. La notion de regroupement de technologies couvre des accords par lesquels deux parties ou plus acceptent de réunir leurs technologies respectives et de les concéder comme un tout, ainsi que des accords par lesquels deux entreprises ou plus acceptent d'accorder une licence à un tiers et de l'autoriser à concéder lui-même des licences sur l'ensemble de technologies concédé. Les regroupements de technologies sont examinés à la section IV.4 ci-dessous.

42. Le règlement d'exemption par catégorie est applicable aux accords de licence concernant la production de produits contractuels par lesquels le preneur est également autorisé à accorder à des tiers des sous-licences sur la technologie concédée, à condition toutefois que la production de produits contractuels constitue l'objet principal de l'accord. Inversement, le règlement ne s'applique pas aux accords dont l'objet principal est la concession de sous-licences. Toutefois, la Commission appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices à de tels «accords cadres de licence» entre le donneur et le preneur. Les accords entre le preneur et les sous-traitants sont couverts par le règlement.

43. Le terme «*produits contractuels*» comprend les biens et les services produits à l'aide de la technologie concédée, c'est-à-dire tant les cas dans lesquels la technologie concédée est utilisée au cours du processus de production que ceux dans lesquels elle est intégrée au produit lui-même. Dans les présentes lignes directrices, l'expression «produits comportant la technologie concédée» couvre les deux cas de figure. Le règlement s'applique dans tous les cas où la technologie est concédée dans le but de produire des biens et des services. Il suffit à cet égard que le donneur s'engage à ne pas exercer ses droits de propriété intellectuelle à l'encontre du preneur. En effet, l'essence d'une licence de brevet proprement dite est le droit d'opérer à l'intérieur du domaine couvert par le droit exclusif du brevet. Il s'ensuit que le règlement d'exemption par catégorie couvre également des accords appelés accords de non-revendication et de règlement, par lesquels le donneur autorise le preneur à produire dans le domaine couvert par le brevet.

44. Le règlement d'exemption par catégorie couvre la «sous-traitance», par laquelle le donneur concède la technologie au preneur, qui s'engage à produire certains produits exclusivement pour le donneur sur la base de cette technologie. La sous-traitance peut également comprendre la fourniture, par le donneur, d'équipements à utiliser pour la production des biens et des services couverts par l'accord. Pour que ce dernier type de sous-traitance soit couvert par le règlement, c'est la technologie concédée, et non les équipements fournis, qui doit constituer l'objet principal de l'accord. La sous-traitance est également couverte par la communication de la Commission concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne ([27]). Conformément à cette communication, qui reste applicable, les contrats de sous-traitance en vertu desquels le sous-traitant s'engage à produire certains produits exclusivement pour le donneur d'ordre ne sont généralement pas visés par l'article 81, paragraphe 1. Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement, peuvent être couvertes par l'article 81 ([28]).

45. Le règlement d'exemption par catégorie s'applique également aux accords en vertu desquels le preneur doit effectuer des travaux de développement avant d'obtenir un produit ou un processus prêt pour une exploitation commerciale, pour autant qu'un produit contractuel ait été identifié. Même si la poursuite de tels travaux et de tels investissements est requise, l'objet de l'accord est la production d'un produit contractuel déterminé. En revanche, le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne couvrent pas les accords par lesquels une technologie est concédée afin de permettre au preneur de mener d'autres activités de recherche-développement dans divers domaines. Ils ne couvrent par exemple pas la concession d'une licence relative à un outil de recherche technologique utilisé dans le cadre d'activités de recherche complémentaires. Le cadre du règlement et des lignes directrices est fondé sur l'hypothèse qu'il existe un lien direct entre la technologie concédée et un produit contractuel déterminé. En l'absence de ce lien, le principal objet de l'accord est la recherche et le développement, par opposition à la commercialisation d'un produit déterminé; dans ce cas, le cadre analytique du règlement et des lignes directrices peut ne pas être approprié. Pour les mêmes raisons, le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne couvrent pas les accords de sous-traitance de recherche et développement, en vertu desquels le preneur de la licence s'engage à effectuer des travaux de recherche-développement dans le domaine couvert par la technologie concédée et à rétrocéder la technologie ainsi améliorée au donneur de la licence. Le principal objet de tels accords est la fourniture de services de recherche-développement destinés à améliorer la technologie, par opposition à la production de biens et de services sur la base de la technologie concédée.

2.3. **La notion d'accords de transfert de technologie**

46. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices couvrent les accords de transfert de technologie. Conformément à l'article 1[er], paragraphe 1, points b) et h), du règlement d'exemption par catégorie, la notion de «technologie» couvre les brevets et demandes de brevets, les modèles d'utilité et demandes de modèles d'utilité, les droits de dessin, les droits d'obtention végétale, les topographies de produits semi-conducteurs, les certificats de protection supplémentaire pour produits pharmaceutiques ou pour d'autres produits pour lesquels de tels certificats de protection supplémentaire peuvent être obtenus, les droits d'auteur sur logiciel et le savoir-faire. La technologie concédée doit permettre au preneur de produire les produits contractuels avec ou sans autres facteurs de production.

47. Le savoir-faire est défini à l'article 1[er], paragraphe 1, point i), comme un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées. «Secret» signifie que le savoir-faire n'est généralement pas connu ou facilement accessible. «Substantiel» signifie que le savoir-faire comprend des informations importantes et utiles pour la production des produits ou pour l'application du processus couverts par l'accord de licence. En d'autres termes, les informations doivent contribuer de manière substantielle à la production des produits contractuels ou la faciliter. Lorsque le savoir-faire concédé porte sur un produit, par opposition à un processus, cette condition implique que le savoir-faire soit utile à la production du produit contractuel. Elle n'est pas remplie lorsque le produit contractuel peut être produit sur la base de technologies librement disponibles. Elle n'impose cependant pas que la valeur du produit contractuel soit supérieure à celle de produits à partir de technologies librement disponibles. Dans le cas de technologies portant sur un processus, cette condition implique que le savoir-faire soit utile, c'est-à-dire que l'on puisse raisonnablement compter, à la date de la conclusion de l'accord, sur sa capacité à améliorer considérablement la situation concurrentielle du preneur, par exemple en réduisant ses coûts de production. «Identifié» signifie qu'il est possible de vérifier que le savoir-faire concédé remplit les critères de secret et de substantialité. Cette condition est remplie lorsque le savoir-faire concédé est décrit dans des manuels ou tout autre document écrit. Dans certains cas, cela peut toutefois s'avérer raisonnablement impossible. Le savoir-faire concédé peut consister en des connaissances pratiques détenues par le personnel du donneur de licence. Ce personnel peut par exemple détenir des connaissances secrètes et substantielles sur un processus de production déterminé, qui sont transmises au preneur par l'intermédiaire de la formation du personnel de ce dernier. Dans ces conditions, il suffit de décrire dans l'accord la nature générale du savoir-faire et d'énumérer les membres du personnel qui seront ou ont été impliqués dans sa transmission au preneur.

48. La notion de «transfert» implique que la technologie doit passer d'une entreprise à une autre. Cela se fait normalement par la concession d'une licence grâce à laquelle le donneur accorde au preneur le droit d'utiliser sa technologie, moyennant le versement de redevances. Le transfert peut également se faire par le biais d'un accord de sous-traitance, en vertu duquel un preneur de licence, après y avoir été autorisé par le donneur, accorde des licences à des tiers (sous-traitants) pour l'exploitation de la technologie.

49. Le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique qu'aux accords qui ont pour objet principal le transfert de technologie, tel que défini dans ce règlement, par opposition à l'achat de biens et de services ou à la concession de licences sur d'autres types de propriété intellectuelle. Les accords contenant des dispositions relatives à l'achat et à la vente de produits ne sont couverts par le règlement que si ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'application de la technologie concédée. C'est généralement le cas lorsque ces facteurs sont des équipements ou des processus spécialement conçus pour exploiter efficacement la technologie concédée. En revanche, si le facteur de production est simplement un autre élément entrant dans la composition du produit final, il conviendra d'examiner avec soin si la technologie concédée constitue l'objet principal de l'accord. Lorsque, par exemple, le preneur fabrique déjà un produit final sur la base d'une autre technologie, la licence doit apporter une amélioration sensible au processus de production du preneur, supérieure à la valeur du produit acheté au donneur. La condition selon laquelle les produits liés doivent être liés à la concession de la technologie implique que le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas l'achat de produits qui n'ont aucun rapport avec les produits comportant la technologie concédée. C'est par exemple le cas lorsque le produit lié n'est pas destiné à être utilisé avec le produit sous licence, mais est lié à une activité sur un marché de produits distinct.

50. Le règlement d'exemption par catégorie ne couvre la concession de licences sur d'autres types de propriété intellectuelle, tels que les marques déposées et le droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels, que si ceux-ci sont directement liés à l'exploitation de la technologie concédée et ne constituent pas l'objet principal de l'accord. Cette condition garantit que les accords couvrant d'autres types de droits de propriété intellectuelle ne bénéficient d'une exemption par catégorie que si ces droits permettent au preneur de mieux exploiter la technologie concédée. Le donneur peut, par exemple, autoriser le preneur à apposer sa marque sur les produits comportant la technologie concédée. La concession d'une marque déposée peut également permettre au preneur de mieux exploiter la technologie concédée, parce que les consommateurs feront alors directement le lien entre le produit et les caractéristiques qui lui sont conférées par la technologie concédée. L'obligation pour le preneur d'utiliser la marque du donneur peut également favoriser la diffusion de la technologie en permettant au donneur d'être identifié comme la source de la technologie utilisée. Toutefois, lorsque la valeur de la technologie concédée au preneur est limitée, parce qu'il utilise déjà une technologie identique ou très similaire, et lorsque l'objet principal de l'accord est la marque déposée, le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas ([29]).

51. La concession d'une licence de droit d'auteur pour la reproduction et la distribution de l'œuvre protégée, c'est-à-dire la production de copies destinées à être revendues, est considérée comme similaire à la concession d'une licence de technologie. De tels accords de licence ayant trait à la production et à la vente de produits sur la base d'un droit de propriété intellectuelle sont considérés comme étant de nature similaire aux accords de transfert de technologie et posent normalement des problèmes comparables. Bien que le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas le droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels, la Commission appliquera en règle générale les principes définis dans ce règlement et dans les présentes lignes directrices lorsqu'elle sera amenée à apprécier la concession de ces licences de droit d'auteur au regard de l'article 81.

52. On considère en revanche que la concession de licences de droits d'exécution et d'autres droits voisins du droit d'auteur pose des problèmes particuliers et il n'est sans doute pas opportun d'apprécier ce type de licences sur la base des principes énoncés dans les présentes lignes directrices. Dans le cas des divers droits liés à l'exécution, la valeur n'est pas créée par la reproduction et la vente de copies d'un produit, mais par chaque exécution individuelle de l'œuvre protégée. Cette exploitation peut prendre différentes formes, notamment l'exécution, la présentation ou la location de matériel protégé, tel que des films, de la musique ou des manifestations sportives. Aux fins de l'application de l'article 81, il convient de tenir compte de la spécificité de l'œuvre et de la façon dont elle est exploitée ([30]). Par exemple, les restrictions à la revente peuvent susciter moins de problèmes de concurrence alors que des problèmes déterminés peuvent se poser lorsque les donneurs imposent à leurs preneurs d'étendre à chacun des donneurs les conditions plus favorables que l'un d'eux a obtenues. La Commission n'appliquera donc pas par analogie le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices à la concession de licences sur ces autres droits.

53. La Commission n'étendra pas non plus les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices aux licences de marques. La concession de licences de marques intervient souvent dans le contexte de la distribution et de la revente de biens et de services, et elle est généralement plus proche des accords de distribution que des accords de licence de technologie. Lorsqu'une licence de marque est directement liée à l'utilisation, à la vente ou la revente de biens et de services et ne constitue pas l'objet principal de l'accord, l'accord de licence est couvert par le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ([31]).

2.4. **Durée**

54. En fonction de la durée du règlement, l'exemption par catégorie sera applicable tant que le droit de propriété concédé ne sera pas devenu caduc, n'aura pas expiré ou été invalidé. Dans le cas du savoir-faire, elle sera applicable tant que celui-ci demeurera secret, sauf s'il est rendu public du fait du preneur de licence. Dans ce cas, l'exemption sera applicable pendant toute la durée de l'accord (voir article 2 du règlement d'exemption par catégorie).

55. L'exemption par catégorie s'applique à chaque droit de propriété couvert par l'accord de licence et cesse d'être applicable à la date d'expiration, d'invalidité ou d'entrée dans le domaine public du dernier droit de propriété intellectuelle constituant une «technologie» au sens du règlement d'exemption par catégorie (voir point 46 ci-dessus).

2.5. **Rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie**

56. Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords relatifs à la concession de licences de technologie conclus entre deux entreprises en vue de la production de produits contractuels. Toutefois, la technologie peut également être un élément d'autres types d'accords. En outre, les produits comportant la technologie concédée sont ensuite vendus sur le marché. Il est donc nécessaire d'examiner les rapports entre le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, d'une part, et le règlement (CE) nº 2658/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation ([32]), le règlement (CE) nº 2659/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement ([33]), et le règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ([34]), d'autre part.

2.5.1. *Les règlements d'exemption par catégorie relatifs aux accords de spécialisation et aux accords de recherche et de développement*

57. Conformément à l'article 1er, paragraphe 1, point c), du règlement (CE) nº 2658/2000 sur les accords de spécialisation, ce règlement couvre, entre autres, les accords de production conjointe en vertu desquels deux ou plusieurs parties acceptent de fabriquer certains produits conjointement. Le règlement s'applique également aux dispositions relatives à la cession ou à l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, sous réserve qu'ils ne constituent pas l'objectif premier de l'accord, mais qu'ils soient directement liés et nécessaires à sa mise en œuvre.

58. Lorsque des entreprises créent une entreprise commune de production et concèdent à cette entreprise une licence pour l'exploitation d'une technologie utilisée dans la production des produits fabriqués par l'entreprise commune, ce type de licence tombe sous le coup du règlement (CE) nº 2658/2000 et non du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie. C'est pourquoi la concession de licences dans le cadre d'une entreprise commune de production est normalement appréciée en vertu du règlement (CE) nº 2658/2000. Toutefois, lorsque l'entreprise commune concède la technologie à des tiers, l'activité n'est pas liée à la fabrication de produits par l'entreprise commune et n'est donc pas couverte par ce règlement. De tels accords de licence permettant de réunir les technologies des parties constituent des regroupements de technologies, qui seront examinés à la section IV.4 ci-dessous.

59. Le règlement (CE) nº 2659/2000 sur les accords de recherche et développement couvre les accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises acceptent de poursuivre en commun des activités de recherche et développement et d'en exploiter les résultats en commun. Conformément à l'article 2, paragraphe 11, la recherche et le développement ou l'exploitation des résultats sont effectués en commun lorsque les tâches y afférentes sont exécutées par une équipe, une organisation ou une entreprise commune, confiées en commun à un tiers ou réparties entre les parties en fonction d'une spécialisation dans la recherche, le développement, la production ou la distribution, y compris la concession de licences.

60. Le règlement (CE) nº 2659/2000 couvre donc la concession de licences entre les parties ou par les parties à une entreprise commune dans le cadre d'un accord de recherche et développement. Dans le cadre de tels accords, les parties peuvent également déterminer les conditions dans lesquelles le fruit des accords de recherche et développement sera concédé sous licence à des tiers. Toutefois, comme les preneurs de licence tiers ne sont pas parties à l'accord de recherche et développement, l'accord de licence individuel conclu avec des tiers n'est pas couvert par le règlement (CE) nº 2659/2000. De tels accords de licence bénéficient d'une exemption par catégorie s'ils remplissent les conditions fixées dans le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie.

2.5.2. *Le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux*

61. Le règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission relatif aux accords verticaux couvre les accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui portent sur les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens et services. Il couvre donc les accords de fourniture et de distribution ([35]).

62. Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie ne couvrant que les accords conclus entre deux parties et un preneur de licence vendant des produits comportant la technologie concédée étant considéré comme un fournisseur aux fins de l'application du règlement (CE) nº 2790/1999, ces deux règlements d'exemption par catégorie sont étroitement liés. Les accords conclus entre un donneur et un preneur de licence relèvent du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, alors que les accords conclus entre un preneur de licence et des acheteurs sont soumis au règlement (CE) nº 2790/1999 et aux lignes directrices sur les restrictions verticales ([36]).

63. Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie exempte également les accords entre un donneur et un preneur de licence lorsqu'ils imposent des obligations au preneur quant à la façon dont il doit vendre les produits comportant la technologie concédée. Le preneur peut notamment être contraint de mettre en place un certain type de système de distribution, par exemple une distribution exclusive ou sélective. Toutefois, les accords de distribution conclus pour mettre en œuvre ce type d'obligation doivent être conformes au règlement (CE) nº 2790/1999 pour

pouvoir bénéficier d'une exemption par catégorie. C'est ainsi que le donneur peut obliger le preneur à mettre en place un système basé sur la distribution exclusive, conformément à des règles précises. Néanmoins, conformément à l'article 4, point b), du règlement (CE) nº 2790/1999, les distributeurs doivent pouvoir effectuer des ventes passives sur le territoire d'autres distributeurs exclusifs.

64. En outre, les distributeurs doivent en principe être libres de vendre, tant activement que passivement, sur les territoires couverts par les systèmes de distribution d'autres preneurs produisant leurs propres produits à partir de la technologie concédée. La raison en est qu'aux fins de l'application du règlement (CE) nº 2790/1999, chaque preneur de licence constitue un fournisseur distinct. Toutefois, les motifs d'octroi de l'exemption par catégorie contenus dans ce règlement peuvent également s'appliquer lorsque les produits comportant la technologie concédée sont vendus par les preneurs sous une marque commune appartenant au donneur. Lorsque ces produits sont vendus sous une marque commune, il peut être souhaitable, pour des raisons d'efficacité identiques, d'appliquer les mêmes types de restrictions entre les systèmes de distribution des preneurs de licences que dans le cas d'un système de distribution vertical unique. Dans de tels cas, il est peu probable que la Commission remette en cause d'éventuelles restrictions, lorsque les conditions énoncées dans le règlement (CE) nº 2790/1999 sont remplies par analogie. Pour qu'il y ait une identité de marque commune, les produits doivent être vendus et commercialisés sous une marque commune, qui soit prédominante pour ce qui est des notions de qualité et des autres informations pertinentes à communiquer aux consommateurs. Il ne suffit pas que le produit porte, en plus des marques du preneur, également la marque du donneur, permettant d'identifier celui-ci comme étant la source de la technologie concédée.

3. La sphère de sécurité instaurée par le règlement d'exemption par catégorie

65. Conformément à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, l'exemption par catégorie d'accords restrictifs est soumise à des seuils de parts de marché, ce qui limite le champ d'application de l'exemption par catégorie aux accords qui, bien que susceptibles de restreindre la concurrence, sont généralement présumés remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. En dehors de la sphère de sécurité créée par les seuils de parts de marché, une appréciation individuelle est requise. Le fait que les parts de marché soient supérieures aux seuils ne permet pas de supposer que l'accord entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ni qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3. En l'absence de restrictions caractérisées, une analyse du marché est requise.

66. Le seuil de part de marché à appliquer aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie varie selon que l'accord est conclu entre concurrents ou entre non-concurrents. Aux fins de l'application du règlement, les entreprises sont considérées comme des concurrents sur le marché de technologies en cause lorsqu'elles concèdent sous licence des technologies concurrentes. La concurrence potentielle sur le marché de technologies n'est pas prise en considération pour l'application des seuils de parts de marché ou de la liste des restrictions caractérisées. En dehors de la sphère de sécurité du règlement, la concurrence potentielle sur le marché de technologies est prise en considération, mais n'entraîne pas l'application de la liste de restrictions caractérisées relative aux accords entre concurrents (voir également le point 31 ci-dessus).

67. Les entreprises sont des concurrents sur le marché de produits en cause lorsqu'elles opèrent toutes deux sur les mêmes marchés de produits et sur les mêmes marchés géographiques sur lesquels les produits comportant la technologie concédée sont vendus (concurrents réels). Elles sont également considérées comme étant des concurrents dès lors qu'elles pourraient, pour des motifs réalistes, entreprendre les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché de produits et le marché géographique en cause dans un délai raisonnablement court ([37]) en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs (concurrents potentiels).

68. Il ressort des points 66 et 67 qu'aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, deux entreprises ne sont pas considérées comme des concurrents lorsque le donneur n'est pas un fournisseur réel ou potentiel des produits sur le marché en cause et lorsque le preneur, déjà présent sur le marché de produits, ne concède pas de licences sur une technologie concurrente, même s'il en possède une et qu'il l'utilise pour fabriquer ses produits. Toutefois, les parties deviendront des concurrents si, par la suite, le preneur commence à concéder sa technologie sous licence ou si le preneur devient un fournisseur réel ou potentiel des produits sur le marché en cause. Dans ce cas, la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre non-concurrents continuera à s'appliquer à l'accord sauf si celui-ci est ensuite modifié sur un point essentiel (voir l'article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie, ainsi que le point 31 ci-dessus).

69. Pour les accords entre concurrents, le seuil de part de marché est de 20 % et pour les accords entre non-concurrents, de 30 % (article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement d'exemption par catégorie). Lorsque les entreprises parties à l'accord de licence ne sont pas des concurrents, l'accord est couvert si la part de marché d'aucune des parties ne dépasse 30 % sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause affectés. Lorsque les entreprises parties à l'accord de licence sont des concurrents, l'accord est couvert si la part de marché cumulée des parties n'est pas supérieure à 20 % sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause. Les seuils de parts de marché s'appliquent tant aux marchés de technologies qu'aux marchés de produits comportant la technologie concédée. Si la part de marché détenue est supérieure au seuil applicable sur un marché en cause affecté, l'accord ne pourra pas bénéficier de l'exemption par catégorie sur ce marché. Par exemple, si l'accord de licence porte sur deux marchés de produits distincts ou sur deux marchés géographiques distincts, l'exemption par catégorie peut être applicable à l'un des marchés et non à l'autre.

70. En ce qui concerne les marchés de technologies, il ressort de l'article 3, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie que la part de marché du donneur de licence doit être calculée sur la base des ventes, par le donneur et par l'ensemble de ses preneurs, de produits comportant la technologie concédée, et ce individuellement pour chaque marché en cause ([38]). Lorsque les parties sont des concurrents sur le marché de technologies, les ventes de produits comportant la technologie du preneur doivent être cumulées aux ventes des produits comportant la technologie concédée. Dans le cas de technologies nouvelles n'ayant pas encore généré de ventes, une part de marché égale à zéro est attribuée. Lorsque les ventes débuteront, la technologie commencera à accumuler des parts de marché.

71. En ce qui concerne les marchés de produits, la part de marché du preneur de la licence doit être calculée sur la base de ses ventes de produits comportant la technologie du donneur et de ses ventes de produits concurrents, c'est-à-dire sur la base du total des ventes du preneur sur le marché de produits en cause. Lorsque le donneur opère également en tant que fournisseur sur le marché en cause, ses ventes doivent aussi être prises en considération. Toutefois, lors du calcul des parts de marché sur les marchés de produits, les ventes réalisées par d'autres preneurs ne sont pas prises en compte pour le calcul de la part de marché du preneur de la licence et/ou du donneur.

72. Les parts de marché devraient être calculées sur la base de la valeur des ventes, lorsque ces données sont disponibles, car elles donnent normalement une indication plus précise de la puissance d'une technologie que les données relatives au volume des ventes. Toutefois, lorsque ces données ne sont pas disponibles, il est possible d'utiliser des estimations reposant sur d'autres informations fiables, y compris les données sur les volumes de ventes.

73. Les principes exposés ci-dessus peuvent être illustrés par les exemples suivants:

Accords de licence entre non-concurrents

Exemple 1

L'entreprise A est spécialisée dans le développement de produits et de techniques biotechnologiques et a mis au point un nouveau produit, le Xeran. Ne disposant ni des installations de production ni des installations de distribution nécessaires, elle n'opère pas en tant que producteur de ce produit. L'entreprise B est l'un des producteurs de produits concurrents qu'elle fabrique en utilisant des technologies communes librement disponibles. Au cours de l'année 1, B a vendu des produits fabriqués à l'aide des technologies librement disponibles pour une valeur de 25 millions d'euros. Au cours de l'année 2, A concède à B une licence de production du Xeran. Cette même année, B vend pour 15 millions d'euros de produits fabriqués à l'aide des technologies librement disponibles et pour 15 millions d'euros de Xeran. Au cours de l'année 3 et des suivantes, B ne produit et ne vend que du Xeran pour une valeur annuelle de 40 millions d'euros. En outre, au cours de l'année 2, A concède également une licence à C. L'entreprise C n'opérait pas sur ce marché de produits auparavant. Elle ne produit et ne vend que du Xeran, pour une valeur de 10 millions d'euros pendant l'année 2 et de 15 millions d'euros pendant l'année 3 et les suivantes. Il est établi que la valeur totale du marché du Xeran et de ses substituts, sur lequel B et C opèrent, s'élève chaque année à 200 millions d'euros.

Pendant l'année 2, au cours de laquelle l'accord de licence a été conclu, la part de marché de A sur le marché de technologies est de 0 %, puisqu'elle doit être calculée sur la base du total des ventes de Xeran réalisées l'année précédente. Au cours de l'année 3, A détient sur le marché de technologies une part de 12,5 %, qui reflète la valeur du Xeran produit par B et C au cours de l'année 2 qui précède. Pendant l'année 4 et les suivantes, A détient sur le marché de technologies une part de 27,5 %, qui reflète la valeur du Xeran produit par B et C au cours de l'année précédente.

Au cours de l'année 2, B détient sur le marché de produits une part de 12,5 %, qui reflète les ventes de 25 millions d'euros réalisées par B dans l'année 1. Au cours de l'année 3, sa part de marché est de 15 %, puisque ses ventes sont passées à 30 millions d'euros pendant l'année 2. Au cours de l'année 4 et des suivantes, la part de marché de B est de 20 %, puisque ses ventes représentent 40 millions d'euros par an. La part de marché de C sur le marché de produits est de 0 % pendant l'année 1 et 2, de 5 % pendant l'année 3 et de 7, 5 % par la suite.

Puisque les accords de licence sont conclus entre non-concurrents et que les parts de marché individuelles de A, B et C sont inférieures à 30 % chaque année, les accords entrent dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie.

Exemple 2

La situation est la même que dans l'exemple 1, mais B et C opèrent sur des marchés géographiques différents. Il est établi que le marché total du Xeran et de ses substituts a une valeur annuelle de 100 millions d'euros sur chaque marché géographique.

Dans ce cas, la part de marché de A sur le marché de technologies doit être calculée pour chacun des deux marchés géographiques. La part détenue par A sur le marché sur lequel B opère dépend des ventes de Xeran réalisées par B. Dans cet exemple, la valeur totale du marché étant supposée être de 100 millions d'euros, soit la moitié de sa valeur dans l'exemple 1, la part de marché de A est de 0 % au cours de l'année 2, de 15 % au cours de l'année 3 et de 40 % par la suite. La part de marché de B est de 25 % au cours de l'année 2, de 30 % au cours de l'année 3 et de 40 % par la suite. Au cours des années 2 et 3, les parts de marché de A et de B ne dépassent pas le seuil de 30 %. Celui-ci est cependant franchi à partir de l'année 4, ce qui signifie que, conformément à l'article 8, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, l'accord de licence entre A et B ne peut plus bénéficier de l'exemption prévue par ce règlement après l'année 6, mais doit être apprécié sur une base individuelle.

Sur le marché où C opère, la part de marché de A dépend des ventes de Xeran réalisées par C. La part de A sur le marché de technologies, fondée sur les ventes réalisées par C au cours de l'année précédente, est donc de 0 % au cours de l'année 2, de 10 % au cours de l'année 3 et de 15 % par la suite. La part de C sur le marché de produits est la même: 0 % au cours de l'année 2, 10 % au cours de l'année 3 et 15 % par la suite. L'accord de licence entre A et C entre donc dans le champ d'application du règlement pendant toute la période.

Accords de licence entre concurrents

Exemple 3

Les entreprises A et B opèrent sur le même marché de produits en cause et sur le même marché géographique en cause pour un produit chimique déterminé. Chacune d'elles détient également un brevet sur diverses technologies utilisées pour fabriquer ce produit. Au cours de l'année 1, A et B signent un accord de licences croisées par lequel elles se concèdent mutuellement une licence d'utilisation de leurs technologies respectives. Au cours de l'année 1, A et B ne produisent qu'à partir de leur propre technologie et vendent respectivement pour 15 et 20 millions d'euros du produit. À partir de l'année 2, elles utilisent toutes deux leur propre technologie ainsi que celle de l'autre. À partir de cette année, A vend pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec la technologie de B. À partir de l'année 2, B vend pour 15 millions d'euros du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec la technologie de A. Il est établi que la valeur annuelle totale du marché du produit et de ses substituts s'élève à 100 millions d'euros.

Pour apprécier l'accord de licence au regard du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, les parts de marché de A et B doivent être calculées tant sur le marché de technologies que sur le marché de produits. La part de A sur le marché de technologies dépend du montant des ventes réalisées pendant l'année précédente avec le produit qui a été fabriqué, tant par A que par B, à partir de la technologie de A. Au cours de l'année 2, A détient donc sur le marché de technologies une part de 15 %, qui reflète sa propre production et des ventes d'une valeur de 15 millions d'euros pendant l'année 1. À partir de l'année 3, A détient sur le marché de technologies une part de 20 %, qui reflète la valeur de 20 millions d'euros des ventes de produit fabriqué à partir de la technologie de A et produit et vendu par A et B (10 millions d'euros chacune). De même, la part de B sur le marché de technologies est de 20 % au cours de l'année 2 et de 25 % par la suite.

Les parts de marché de A et B sur le marché de produits dépendent de leurs ventes respectives du produit au cours de l'année précédente, indépendamment de la technologie utilisée. La part de marché de A sur le marché de produits est de 15 % au cours de l'année 2 et de 20 % par la suite. La part de B sur le marché de produits est de 20 % au cours de l'année 2 et de 25 % par la suite.

Puisque l'accord est conclu entre concurrents, leur part de marché cumulée, tant sur le marché de technologies que sur le marché de produits, doit être inférieure au seuil de part de marché de 20 % afin d'entrer dans le champ d'application du règlement. Il est clair que tel n'est pas le cas en l'espèce. La part de marché cumulée sur le marché de technologies et sur le marché de produits est de 35 % au cours de l'année 2 et de 45 % par la suite. Cet accord entre concurrents devra donc être apprécié sur une base individuelle.

4. **Restrictions caractérisées de la concurrence en vertu du règlement d'exemption par catégorie**

4.1. **Principes généraux**

74. L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie contient une liste de restrictions caractérisées de la concurrence. Une restriction est considérée comme une restriction caractérisée de la concurrence en raison de sa nature même et aussi parce que l'expérience a montré qu'une telle restriction était presque toujours anticoncurrentielle. Conformément à la jurisprudence des juridictions communautaires ([39]), une telle restriction peut résulter de l'objectif manifeste de l'accord ou des circonstances propres à chaque affaire (voir point 14 ci-dessus).

75. Lorsqu'un accord de transfert de technologie contient une restriction caractérisée de la concurrence, l'article 4, paragraphes 1 et 2, du règlement d'exemption par catégorie dispose que c'est l'accord dans son ensemble qui ne pourra pas bénéficier de l'exemption par catégorie. Aux fins du règlement d'exemption par catégorie, les restrictions caractérisées ne sont pas dissociables du reste de l'accord. En outre, la Commission considère que lorsqu'il y a appréciation individuelle, les restrictions caractérisées de la concurrence ne remplissent qu'exceptionnellement les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3 (voir point 18 ci-dessus).

76. L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie opère une distinction entre accords entre concurrents et accords entre non-concurrents.

4.2. **Accords entre concurrents**

77. L'article 4, paragraphe 1, énumère les restrictions caractérisées relatives aux accords de licence entre concurrents. Il dispose que le règlement ne couvre pas les accords qui, directement ou indirectement, individuellement ou combinés à d'autres facteurs contrôlés par les parties, ont pour objet:

a) la restriction de la capacité d'une partie de déterminer ses prix de vente à des tiers;

b) la limitation de la production, exception faite de la limitation de la production de produits contractuels imposée au preneur dans un accord non réciproque ou imposée à l'un des preneurs seulement dans un accord réciproque;

c) la répartition des marchés ou des clients, exception faite de:

i) l'obligation imposée aux preneurs de la licence de ne produire à l'aide de la technologie concédée que dans un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou sur un ou plusieurs marchés de produits;

ii) l'obligation imposée au donneur et/ou au preneur de la licence dans un accord non réciproque de ne produire à partir de la technologie concédée dans un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou sur un ou plusieurs territoires exclusifs réservés à l'autre partie;

iii) l'obligation imposée au donneur de ne pas concéder la technologie sous licence à un autre preneur sur un territoire déterminé;

iv) la restriction, dans un accord non réciproque, des ventes actives et/ou passives par le preneur et/ou par le donneur de la licence sur le territoire exclusif ou au groupe d'acheteurs exclusif réservés à l'autre partie;

v) la restriction, dans un accord non réciproque, des ventes actives par le preneur de la licence sur le territoire exclusif ou au groupe d'acheteurs exclusif attribués par le donneur de la licence à un autre preneur, à condition que ce dernier n'ait pas été une entreprise concurrente du donneur au moment de la conclusion de son propre accord de licence;

vi) l'obligation imposée au preneur de la licence de ne produire les produits contractuels que pour son propre usage, à condition qu'il puisse vendre librement, activement et passivement, les produits contractuels en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;

vii) l'obligation imposée au preneur de la licence dans un accord non réciproque de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé, lorsque la licence a été concédée en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur;

d) la restriction de la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la restriction de la capacité de l'une des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement, sauf si cette restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers.

78. Pour un certain nombre de restrictions caractérisées, le règlement d'exemption par catégorie opère une distinction entre les accords réciproques et les accords non réciproques. La liste des restrictions caractérisées est plus stricte pour les accords réciproques que pour les accords non réciproques entre concurrents. Les accords réciproques sont des accords de licences croisées dans le cadre desquels les technologies concédées sont des technologies concurrentes ou peuvent être utilisées pour la production de produits concurrents. Un accord non réciproque est un accord par lequel seule une des parties concède sa technologie sous licence à l'autre partie ou dans le cadre duquel, dans le cas de licences croisées, les technologies concédées ne sont pas des technologies concurrentes et ne peuvent pas être utilisées pour la production de produits concurrents. Un accord est non réciproque du simple fait qu'il contient une obligation de rétrocession ou que le preneur rétrocède sous licence ses propres améliorations de la technologie concédée. Si un accord non réciproque devient ultérieurement réciproque en raison de la conclusion d'une seconde licence entre les mêmes parties, il se peut que celles-ci doivent revoir la première licence pour éviter que l'accord contienne une restriction caractérisée. Lors de l'appréciation individuelle, la Commission tiendra compte du délai écoulé entre la conclusion de la première et de la seconde licence.

79. La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point a), concerne les accords entre concurrents qui ont pour objet la fixation des prix des produits vendus à des tiers, y compris des produits comportant la technologie concédée. La fixation des prix entre concurrents constitue une restriction de la concurrence de par son objet même. Elle peut par exemple se faire sous forme d'un accord direct sur les prix exacts à facturer ou sur un barème de prix avec certains rabais maximums autorisés. Il est indifférent que l'accord porte sur des prix fixes, minimaux, maximaux ou recommandés. La fixation de prix peut également se pratiquer de façon indirecte, en incitant les entreprises à ne pas s'écarter du niveau de prix convenu, par exemple en prévoyant que le montant de la redevance augmentera si les prix des produits passent en dessous d'un niveau donné. Une obligation imposée au preneur de payer une redevance minimale déterminée n'équivaut cependant pas en soi à une fixation de prix.

80. Lorsque les redevances sont calculées sur la base des ventes individuelles, le montant de la redevance a une incidence directe sur le coût marginal du produit, et par là même sur son prix ([40]). Des concurrents peuvent donc utiliser des accords de licences croisées prévoyant des redevances courantes réciproques pour coordonner les prix sur les marchés de produits en aval ([41]). Toutefois, la Commission ne traitera un accord de licences croisées prévoyant des redevances courantes réciproques comme un accord de fixation des prix que s'il n'a aucun objet proconcurrentiel et ne constitue donc pas un accord de licence de bonne foi. Un accord qui ne crée aucune valeur et est donc dénué de toute justification commerciale valable est un accord fictif équivalant à une entente.

81. La restriction caractérisée mentionnée à l'article 4, paragraphe 1, point a), couvre également les accords dans lesquels les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des ventes des produits en cause, que la technologie concédée ait ou non été utilisée. De tels accords entrent également dans le champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point d), en vertu duquel la capacité du preneur à utiliser sa propre technologie ne doit pas être restreinte (voir point 95 ci-dessous). Ces accords restreignent généralement la concurrence, dans la mesure où ils augmentent, pour le preneur, le coût d'utilisation de sa propre technologie concurrente et où ils restreignent la concurrence qui existerait en l'absence de l'accord ([42]). Cela vaut pour les accords tant réciproques que non réciproques. Toutefois, un accord dans lequel les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des ventes peut exceptionnellement remplir les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, lorsqu'il est possible de conclure, sur la base de facteurs objectifs, que la restriction est indispensable pour que la concession de licence soit favorable à la concurrence. Cela peut être le cas si, en l'absence de la restriction concernée, il était impossible, ou excessivement difficile, de calculer et de contrôler la redevance due par le preneur, par exemple parce que la technologie du donneur ne laisse aucune trace visible sur le produit final et qu'il n'existe pas d'autres méthodes de contrôle viables.

82. La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point b), concerne l'imposition aux parties de restrictions réciproques de la production. Une restriction de la production est une limitation de la production et des ventes des parties. L'article 4, paragraphe 1, point b), ne couvre pas les limitations de la production imposées au preneur dans un accord non réciproque ni les limitations de la production imposées à l'un des preneurs dans un accord réciproque, à condition que ces limitations ne portent que sur les produits produits à l'aide de la technologie concédée. En vertu de cette disposition, les restrictions réciproques de la production imposées aux parties et les restrictions de la production imposées au donneur de la licence en ce qui concerne sa propre technologie constituent donc des restrictions caractérisées. Lorsque des concurrents s'accordent pour imposer des limitations réciproques de la production, l'accord a pour objet et pour effet probable de réduire la production sur le marché. Cela vaut également pour les accords limitant l'intérêt des parties à augmenter leur production, par exemple en les obligeant mutuellement à verser un dédommagement à l'autre partie si un certain niveau de production est dépassé.

83. Le traitement plus favorable des limitations quantitatives non réciproques repose sur la considération qu'une restriction unilatérale n'entraîne pas nécessairement une production plus faible sur le marché, et que le risque que l'accord ne soit pas un accord de licence de bonne foi est également moindre lorsque la restriction n'est pas réciproque. Si un preneur est disposé à accepter une restriction unilatérale, il est probable que l'accord entraîne une intégration réelle de technologies complémentaires ou des gains d'efficience favorisant l'intégration de la technologie plus perfectionnée du donneur et des actifs de production du preneur. Dans un accord réciproque, une restriction de la production imposée à l'un des preneurs est susceptible de refléter la valeur supérieure de la technologie concédée par l'une des parties et peut servir à promouvoir une concession de licences favorable à la concurrence.

84. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point c), concerne la répartition des marchés et des clients. Les accords par lesquels des concurrents se partagent des marchés et des clients ont pour objet de restreindre la concurrence. La restriction est caractérisée lorsque les concurrents dans un accord réciproque s'accordent pour ne pas produire sur certains territoires ou pour ne pas vendre de produits activement et/ou passivement sur certains territoires ou à certains clients réservés à l'autre partie.

85. L'article 4, paragraphe 1, point c), s'applique, que le preneur demeure ou non libre d'utiliser sa propre technologie. Une fois que le preneur s'est équipé pour utiliser la technologie du donneur en vue de fabriquer un produit déterminé, il peut être coûteux pour lui de maintenir une chaîne de production distincte utilisant une autre technologie pour répondre aux besoins de clients visés par les restrictions. En outre, compte tenu du potentiel anticoncurrentiel de la restriction, le preneur peut n'avoir que peu d'intérêt à produire en utilisant sa propre technologie. Il est également très peu probable que de telles restrictions soient indispensables pour que la concession de licences soit favorable à la concurrence.

86. En vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), sous ii), il n'y a pas restriction caractérisée lorsque le donneur de licence dans un accord non réciproque accorde au preneur une licence exclusive de production sur la base de la technologie concédée sur un territoire déterminé et accepte donc de ne pas produire lui-même les produits contractuels sur ce territoire ni de les fournir à partir de ce territoire. Ces licences exclusives font l'objet d'une exemption par catégorie indépendamment de la portée du territoire. Si la licence est mondiale, l'exclusivité implique que le donneur s'abstienne de pénétrer sur le marché ou d'y rester. L'exemption par catégorie s'applique également lorsque la licence est limitée à un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou à un ou plusieurs marchés de produits. L'objet des accords couverts par l'article 4, paragraphe 1, point c), sous ii), peut être d'inciter le preneur à investir dans la technologie concédée et à la développer. Il ne s'agit donc pas nécessairement de se répartir les marchés.

87. En vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), sous iv), et pour la même raison, l'exemption par catégorie s'applique également aux accords non réciproques par lesquels les parties conviennent de ne pas vendre leurs produits activement ou passivement ([43]) sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif réservés à l'autre partie.

88. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), sous iii), il n'y a pas non plus de restriction caractérisée si le donneur désigne le preneur comme étant son unique preneur sur un territoire déterminé, ce qui implique qu'aucune licence ne sera accordée à des tiers pour la production sur la base de la technologie du donneur sur le territoire en question. Dans le cas de ces licences uniques, l'exemption par catégorie s'applique que l'accord soit ou non réciproque, étant donné que cet accord n'affecte pas la capacité des parties à exploiter pleinement leur propre technologie sur leurs territoires respectifs.

89. L'article 4, paragraphe 1, point c), sous v), exclut de la liste des restrictions caractérisées les restrictions, dans un accord non réciproque, des ventes actives par un preneur sur le territoire ou à un groupe d'acheteurs attribués par le donneur à un autre preneur, qui bénéficient donc d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché. Il faut toutefois impérativement que le preneur protégé n'ait pas été un concurrent du donneur au moment de la conclusion de l'accord. Il n'est pas justifié d'inscrire de telles restrictions dans la liste des restrictions caractérisées. Le donneur étant autorisé à accorder à un preneur qui n'était pas déjà présent sur le marché une protection contre les ventes actives des preneurs qui sont des concurrents du donneur et sont dès lors déjà établis sur le marché, de telles restrictions sont susceptibles d'inciter le preneur à exploiter la technologie concédée plus efficacement. En revanche, si les preneurs conviennent de ne pas vendre leurs produits activement ou passivement sur certains territoires ou à certains groupes d'acheteurs, l'accord équivaut à une entente entre les preneurs. N'impliquant aucun transfert de technologie, de tels accords n'entrent pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

90. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), sous i), les restrictions prévues dans des accords entre concurrents qui limitent la licence à un ou plusieurs marchés de produits ou domaines techniques d'utilisation ([44]) ne sont pas des restrictions caractérisées. Elles bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 % indépendamment de l'éventuelle réciprocité de l'accord. L'exemption par catégorie ne s'applique cependant que si les limitations du domaine d'utilisation ne sortent pas du cadre des technologies concédées. Il faut aussi impérativement que les preneurs ne soient pas limités dans l'utilisation de leur propre technologie [voir l'article 4, paragraphe 1, point d)]. Lorsque les preneurs sont limités dans l'utilisation de leur propre technologie, l'accord équivaut à une répartition des marchés.

91. L'exemption par catégorie s'applique indépendamment du caractère symétrique ou asymétrique de la limitation du domaine d'utilisation. Une limitation asymétrique du domaine d'utilisation dans un accord de licence réciproque implique que les deux parties ne soient autorisées à utiliser les technologies concédées respectives qu'à l'intérieur de domaines d'utilisation différents. Tant que les parties ne sont pas limitées dans l'utilisation de leurs propres technologies, on ne présume pas que l'accord les conduit à renoncer ou à s'abstenir de pénétrer dans le ou les domaines couverts par la licence accordée à l'autre partie. Même si les preneurs s'équipent en vue d'utiliser la technologie obtenues dans le domaine d'utilisation concédé, cela peut n'avoir aucune incidence sur les actifs utilisés pour produire en dehors du cadre de la licence. Il importe à cet égard que la restriction porte sur des marchés de produits ou des domaines d'utilisation distincts et non sur des acheteurs, attribués par territoire ou par groupe, de produits relevant du même marché de produits ou du même domaine technique d'utilisation. Le risque de répartition du marché est considéré comme nettement plus élevé dans ce dernier cas (voir point 85 ci-dessus). En outre, des limitations du domaine d'utilisation peuvent être nécessaires pour promouvoir une concession de licences favorable à la concurrence (voir le point 182 ci-dessous).

92. L'article 4, paragraphe 1, point c), sous vi), énonce une autre exception, en l'occurrence l'usage captif, c'est-à-dire une obligation en vertu de laquelle le preneur ne peut produire les produits comportant la technologie concédée que pour son propre usage. Lorsque le produit contractuel est un composant, le preneur peut ainsi être contraint de ne produire ce composant que pour l'intégrer à ses propres produits et de ne pas le vendre à d'autres producteurs. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre les composants en tant que pièces détachées pour ses propres produits et doit donc pouvoir approvisionner des tiers fournissant un service après-vente sur ces produits. Les restrictions liées à l'usage captif, telles qu'elles viennent d'être définies, peuvent être nécessaires pour favoriser la diffusion d'une technologie, notamment entre concurrents, et elles sont couvertes par l'exemption par catégorie. Ce type de restriction est également examiné à la section IV.2.5 ci-dessous.

93. Enfin, l'article 4, paragraphe 1, point c), sous vii), exclut de la liste des restrictions caractérisées une obligation imposée au preneur dans un accord non réciproque de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur. L'application de l'article 4, paragraphe 1, point c), sous vii), requiert donc que la licence se limite à créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur déterminé. Il n'est cependant pas nécessaire qu'une seule licence de ce type soit accordée. L'article 4, paragraphe 1, point c), sous vii), couvre également les situations dans lesquelles des licences sont accordées à plusieurs entreprises en vue de l'approvisionnement du même acheteur déterminé. Lorsque la licence est accordée uniquement en vue de l'approvisionnement d'un acheteur déterminé, de tels accords ont un potentiel de répartition des marchés limité. En particulier, on ne saurait présumer dans de telles conditions que l'accord incitera le preneur à cesser l'exploitation de sa propre technologie.

94. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point d), couvre tout d'abord les restrictions de la capacité de l'une ou l'autre des parties à effectuer de la recherche-développement. Les deux parties doivent être libres d'entreprendre des activités indépendantes de recherche-développement. Cette règle est applicable que la restriction concerne un domaine couvert par la licence ou d'autres domaines. Toutefois, le simple fait que les parties conviennent de se communiquer mutuellement les améliorations futures de leurs technologies respectives n'équivaut pas à une restriction des activités indépendantes de recherche-développement. L'incidence de tels accords sur la concurrence doit être appréciée en fonction des circonstances propres à chaque cas. L'article 4, paragraphe 1, point d), ne s'étend pas non plus à la restriction de la capacité d'une partie à s'engager dans des actions de recherche-développement avec des tiers, lorsque cette restriction est nécessaire pour empêcher la divulgation du savoir-faire du donneur. Pour être couvertes par l'exception, les restrictions imposées pour protéger le savoir-faire du donneur contre la divulgation doivent être indispensables à cette protection et proportionnées. Par exemple, lorsque l'accord désigne des membres déterminés du personnel du preneur qui seront formés à l'utilisation du savoir-faire concédé et en seront responsables, il peut être suffisant d'imposer au preneur de ne pas autoriser ces membres du personnel à participer à des travaux de recherche-développement avec des tiers. D'autres mesures de sécurité peuvent également être utiles.

95. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point d), le preneur doit également pouvoir utiliser librement sa propre technologie concurrente, à condition qu'il n'utilise pas, ce faisant, la technologie concédée par le donneur. Il ne doit être soumis à aucune limitation quant à l'endroit où il produit ou vend, aux quantités qu'il produit ou vend ou aux prix auxquels il vend. Il ne doit pas non plus être contraint de verser des redevances sur des produits fabriqués sur la base de sa propre technologie (voir point 81 ci-dessus). En outre, il doit pouvoir concéder librement sa propre technologie à des tiers. Lorsque des restrictions sont imposées au preneur en ce qui concerne l'utilisation de sa propre technologie ou sa liberté d'effectuer de la recherche-développement, la compétitivité de la technologie du preneur est réduite. Cela a pour effet de réduire la concurrence sur les marchés de produits et de technologies existants et de décourager le preneur d'investir dans le développement et l'amélioration de sa technologie.

4.3. **Accords entre non-concurrents**

96. L'article 4, paragraphe 2, énumère les restrictions caractérisées applicables aux accords de licence entre non-concurrents. Conformément à cette disposition, le règlement ne couvre pas les accords qui, directement ou indirectement, individuellement ou combinés à d'autres facteurs contrôlés par les parties, ont pour objet:

a) la restriction de la capacité d'une partie de déterminer ses prix de vente à des tiers, sans préjudice de la possibilité d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ceux-ci n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal imposé à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;

b) des restrictions concernant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le preneur peut vendre passivement les produits contractuels, exception faite de:

i) la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif qui est réservé au donneur;

ii) la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif que le donneur a attribué à un autre preneur pendant les deux premières années au cours desquelles cet autre preneur vend les produits contractuels sur ce territoire ou à ce groupe d'acheteurs;

iii) l'obligation de ne produire les produits contractuels que pour son propre usage, à condition que le preneur puisse vendre librement, activement et passivement, les produits contractuels en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;

iv) l'obligation de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé, lorsque la licence a été concédée en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur;

v) la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un preneur qui opère en tant que grossiste sur le marché;

vi) la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés;

c) la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les preneurs membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.

97. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 2, point a), concerne la fixation des prix de vente à des tiers. Cette disposition couvre plus particulièrement les restrictions ayant pour objet direct ou indirect la détermination d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix fixe ou minimal que le donneur ou le preneur devront respecter lorsqu'ils vendent des produits à des tiers. Lorsque les accords fixent directement le prix de vente, la restriction est évidente. Toutefois, des prix de vente peuvent également être fixés de façon indirecte, par exemple par des accords déterminant la marge, fixant le niveau maximal des rabais ou liant le prix de vente aux prix de vente des concurrents, ou encore par des menaces, de l'intimidation, des avertissements, des amendes ou la résiliation du contrat si un niveau de prix donné n'est pas respecté. Les moyens directs ou indirects utilisés pour parvenir à une fixation des prix peuvent être rendus plus efficaces s'ils sont combinés à des mesures permettant de repérer les ventes à bas prix, telles qu'un système de contrôle des prix ou l'obligation imposée aux preneurs de signaler tout écart par rapport aux prix convenus. De même, la fixation directe ou indirecte des prix peut être rendue plus efficace si elle est combinée à des mesures destinées à décourager le preneur de diminuer son prix de vente, le donneur obligeant par exemple le preneur à appliquer la clause du client le plus favorisé, c'est-à-dire l'obligation d'accorder à un client les conditions plus favorables accordées à tout autre client. Les mêmes moyens peuvent être utilisés pour faire d'un prix maximal ou recommandé l'équivalent d'un prix de vente fixe ou minimal. Toutefois, la communication par le donneur au preneur d'une liste de prix recommandés ou l'imposition d'un prix maximal n'est pas considérée en soi comme conduisant à des prix de vente fixes ou minimaux.

98. En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point b), les accords ou pratiques concertées qui ont pour objet direct ou indirect de restreindre les ventes passives, par les preneurs, de produits comportant la technologie concédée, sont des restrictions caractérisées de la concurrence ([45]). Les restrictions des ventes passives imposées au preneur peuvent résulter d'obligations directes, telles que l'obligation de ne pas vendre à certains clients ou à des clients établis sur certains territoires, ou encore l'obligation d'adresser les commandes de ces clients à d'autres preneurs, mais aussi de mesures indirectes destinées à inciter le preneur à s'abstenir de ce type de ventes, par exemple des incitations financières ou la mise en place d'un système de contrôle permettant de vérifier la destination effective des produits concédés. Les limitations quantitatives peuvent constituer un moyen indirect de restreindre les ventes passives. La Commission ne partira pas du principe qu'elles ont en soi un tel objectif. Il en ira cependant autrement si les limitations quantitatives sont utilisées pour mettre en œuvre un accord sous-jacent de cloisonnement du marché. Parmi les indications de l'existence d'un tel accord, on peut citer l'adaptation des quantités dans le temps afin de ne couvrir que la demande locale, des limitations quantitatives associées à l'obligation de vendre des quantités minimales sur le territoire, des obligations de redevances minimales liées aux ventes réalisées sur le territoire, des versements de redevances différents en fonction de la destination des produits et le contrôle de la destination des produits vendus par les différents preneurs. Cette restriction caractérisée générale concernant les ventes passives effectuées par les preneurs fait l'objet d'un certain nombre d'exceptions, qui sont examinées ci-après.

99. L'article 4, paragraphe 2, point b), ne couvre pas les restrictions des ventes imposées au donneur. Toutes les restrictions des ventes imposées au donneur bénéficient donc d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 30 %. Il en va de même de toutes les restrictions des ventes actives réalisées par le preneur, sous réserve des observations relatives aux ventes actives figurant aux points 105 et 106 ci-dessous. L'exemption par catégorie des restrictions concernant les ventes actives repose sur l'hypothèse que ces restrictions favorisent les investissements et la concurrence autre que la concurrence par les prix et améliorent la qualité des services fournis par les preneurs en résolvant les problèmes de parasitisme et de renonciation à certains investissements. Dans le cas de restrictions des ventes actives entre les territoires ou les groupes d'acheteurs des preneurs, il n'est pas indispensable que le preneur protégé se soit vu concéder un territoire exclusif ou un groupe d'acheteurs exclusif. L'exemption par catégorie s'applique également aux restrictions des ventes actives lorsque plus d'un preneur ont été désignés pour un territoire ou un groupe d'acheteurs déterminé. Des investissements engendrant des gains d'efficience sont susceptibles d'être encouragés lorsqu'un preneur peut être certain de n'avoir à affronter que la concurrence des ventes actives d'un nombre limité de preneurs à l'intérieur du territoire et non celle de preneurs à l'extérieur du territoire.

100. Les restrictions imposées aux ventes actives et passives par les preneurs sur un territoire exclusif ou à groupe de clients exclusif réservés au donneur ne constituent pas une restriction caractérisée de la concurrence [voir article 4, paragraphe 2, point b), sous i)], et elles peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie. On suppose que dès lors que les parts de marché sont inférieures au seuil, de telles restrictions, même si elles limitent la concurrence, peuvent néanmoins être proconcurrentielles dans la mesure où elles favorisent la diffusion des technologies et l'intégration de celles-ci aux actifs de production du preneur. Pour qu'un territoire ou un groupe de clients soient réservés au donneur, il n'est pas nécessaire que celui-ci produise effectivement à l'aide de la technologie concédée sur le territoire ou pour le groupe d'acheteurs en question. Le donneur peut également se réserver un territoire ou un groupe d'acheteurs en vue d'une exploitation ultérieure.

101. Les restrictions des ventes passives des preneurs sur un territoire exclusif ou à un groupe de clients exclusif attribués à un autre preneur bénéficient d'une exemption par catégorie pendant une période de deux ans à compter de la date à laquelle le preneur protégé vend pour la première fois les produits comportant la technologie concédée sur son territoire exclusif ou à son groupe de clients exclusif [cf. article 4, paragraphe 2, point b), sous ii)]. Les preneurs doivent souvent consentir des investissements substantiels dans des actifs de production et dans des actions de promotion afin de démarrer et de développer des activités sur un nouveau territoire. Les risques auxquels le nouveau preneur sera confronté sont donc souvent importants, notamment parce que les dépenses promotionnelles et les dépenses d'investissement dans les actifs nécessaires pour produire avec une technologie donnée constituent souvent des dépenses à fonds perdus, c'est-à-dire des dépenses qui ne peuvent être recouvrées si le preneur sort du marché. Dans de telles circonstances, les preneurs renonceraient fréquemment à l'accord de licence s'ils n'étaient pas en mesure d'obtenir, pendant un certain temps, une protection contre les ventes (actives et) passives des autres preneurs sur leur territoire. Par conséquent, les restrictions des ventes passives réalisées sur le territoire exclusif d'un preneur par d'autres preneurs n'entrent généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant une période maximale de deux ans à compter de la date à laquelle le preneur en question a commercialisé pour la première fois le produit comportant la technologie concédée sur le territoire exclusif. Toutefois, dans la mesure où, dans certains cas, de telles restrictions sont couvertes par l'article 81, paragraphe 1, elles bénéficient d'une exemption par catégorie. Après l'expiration de cette période de deux ans, les restrictions des ventes passives entre preneurs constituent des restrictions caractérisées. Elles relèvent généralement de l'article 81, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3. Il est notamment peu probable que de telles restrictions soient indispensables pour réaliser des gains d'efficience ([46]).

102. L'article 4, paragraphe 2, point b), sous iii), permet d'exempter une restriction contraignant le preneur à ne fabriquer les produits comportant la technologie concédée que pour son propre usage (captif). Lorsque le produit contractuel est un composant, le preneur peut ainsi être contraint de n'utiliser ce produit que pour l'intégrer à ses propres produits et il peut se voir interdire de vendre le produit à d'autres producteurs. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre activement et passivement les produits en tant que pièces de rechange pour ses propres produits et doit donc pouvoir les livrer à des tiers fournissant un service après-vente pour ces produits. Les restrictions relatives à l'usage captif sont également traitées à la section IV.2.5 ci-dessous.

103. Comme dans le cas des accords entre concurrents (voir le point 93 ci-dessus), l'exemption par catégorie s'applique également aux accords par lesquels le preneur de la licence est obligé de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé afin de lui fournir une source d'approvisionnement de substitution [voir article 4, paragraphe 2, point b), sous iv)]. Dans le cas d'accords entre non-concurrents, ces restrictions ont peu de chances d'être couvertes par l'article 81, paragraphe 1.

104. L'article 4, paragraphe 2, point b), sous v), permet d'exempter l'obligation faite au preneur de ne pas vendre à des clients finals, mais uniquement à des détaillants. Une telle obligation permet aux donneurs d'attribuer une fonction de grossiste aux preneurs et elle n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1 ([47]).

105. Enfin, l'article 4, paragraphe 2, point b), sous vi), permet d'exempter une restriction qui consiste à interdire aux preneurs de vendre les produits à des distributeurs non agréés. Elle permet au donneur d'imposer aux preneurs l'obligation de faire partie d'un système de distribution sélective. Dans ce cas, toutefois, les preneurs doivent, conformément à l'article 4, paragraphe 2, point c), pouvoir réaliser des ventes tant actives que passives à des consommateurs finals, sans préjudice de la possibilité d'imposer au preneur de n'exercer qu'une fonction de grossiste, comme cela est prévu à l'article 4, paragraphe 2, point b), sous v) (voir point précédent).

106. Il convient de rappeler (voir point 39 ci-dessus) que l'exemption par catégorie couvre les accords de licence par lesquels le donneur impose des obligations que le preneur doit ou peut imposer à ses acheteurs, y compris aux distributeurs. Toutefois, ces obligations doivent être conformes aux règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution. Comme le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie couvre uniquement les accords entre deux parties, les accords conclus entre le preneur et ses acheteurs dans le cadre de ces obligations n'entrent pas dans le champ d'application de ce règlement. De tels accords ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie que s'ils sont conformes aux dispositions du règlement (CE) n° 2790/1999 (voir section 2.5.2 ci-dessus).

5. **Restrictions exclues**

107. L'article 5 du règlement d'exemption par catégorie énumère quatre types de restrictions qui ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie et qui nécessitent donc une appréciation individuelle de leurs effets anti- et proconcurrentiels. Il ressort de l'article 5 que l'inclusion dans un accord de licence de l'une ou l'autre des restrictions figurant dans ces dispositions n'empêche pas l'application du règlement au reste de l'accord. Ce n'est que la restriction concernée qui ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, et qui doit donc être appréciée individuellement. Les restrictions énoncées à l'article 5 sont donc dissociables.

108. L'article 5, paragraphe 1, dispose que l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux trois obligations suivantes:

a) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur d'accorder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci une licence exclusive sur les améliorations dissociables qu'il aura lui-même apportées ou sur les nouvelles applications de la technologie concédée qu'il aura mises en œuvre;

b) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur de céder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci l'intégralité ou une partie des droits sur des améliorations dissociables que le preneur aura lui-même apportées ou sur les nouvelles applications de la technologie concédée qu'il aura lui-même mises en œuvre;

c) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur dans le marché commun. Toutefois, le règlement d'exemption par catégorie couvre la possibilité, pour le donneur, de résilier l'accord de licence au cas où le preneur conteste la validité de la technologie concédée.

L'article 5, paragraphe 1, points a), b) et c), a pour objet d'éviter l'octroi d'une exemption par catégorie à des accords susceptibles de limiter l'incitation des preneurs à innover.

109. L'article 5, paragraphe 1, points a) et b), porte sur les rétrocessions ou cessions exclusives d'améliorations dissociables de la technologie concédée au donneur. Une amélioration est dissociable dès lors qu'elle peut être exploitée sans empiéter sur la technologie concédée. L'obligation de concéder au donneur une licence exclusive à propos des améliorations dissociables apportées à la technologie concédée ou de lui céder ces améliorations est susceptible de réduire l'incitation du preneur à innover, dans la mesure où il ne pourra pas exploiter les améliorations qu'il aura apportées, pas même en les concédant sous licence à des tiers. Cela s'applique à la fois aux cas dans lesquels l'amélioration dissociable concerne la même application que la technologie concédée et à ceux dans lesquels le preneur développe de nouvelles applications de la technologie concédée. Conformément à l'article 5, paragraphe 1, points a) et b), de telles obligations ne peuvent pas bénéficier d'une exemption par catégorie. L'exemption par catégorie couvre toutefois les obligations de rétrocession non exclusives concernant les améliorations dissociables, même lorsque l'obligation de rétrocession est non réciproque, c'est-à-dire qu'elle n'est imposée qu'au preneur et lorsque, en vertu de l'accord, le donneur est autorisé à communiquer les améliorations dissociables à d'autres preneurs. Une obligation de rétrocession non réciproque peut favoriser l'innovation et la diffusion de technologies nouvelles en permettant au donneur de déterminer librement si, et dans quelle mesure, il transmettra ses propres améliorations à ses preneurs. Une telle clause de communication peut aussi favoriser la diffusion de la technologie, parce que chaque preneur sait, au moment où il signe l'accord, qu'il se trouvera sur un pied d'égalité avec les autres preneurs pour ce qui est de la technologie avec laquelle il fabriquera les produits contractuels. Les rétrocessions exclusives et les obligations de céder les améliorations non dissociables ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, puisque les améliorations non dissociables ne peuvent être exploitées par le preneur sans l'autorisation du donneur.

110. L'application de l'article 5, paragraphe 1, points a) et b), ne dépend pas du paiement éventuel, par le donneur, d'une contrepartie pour l'acquisition de l'amélioration ou l'obtention d'une licence exclusive. Toutefois, l'existence et le niveau d'une telle contrepartie peuvent être pertinents dans le cadre d'une appréciation individuelle en vertu de l'article 81. Lorsque les rétrocessions sont accordées moyennant rémunération, l'obligation aura moins de chances de supprimer toute incitation à l'innovation pour le preneur. Lors de l'appréciation de rétrocessions exclusives en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, la position du donneur sur le marché de technologies doit également être prise en considération. Plus cette position est forte, plus l'obligation de rétrocession exclusive risque d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence dans le domaine de l'innovation. Plus la position de la technologie du donneur est forte, plus le preneur a de chances de constituer une source importante d'innovation et de concurrence future. Les effets négatifs des obligations de rétrocession peuvent également être renforcés dans le cas de réseaux parallèles d'accords de licence comportant de telles obligations. Lorsque les technologies disponibles sont contrôlées par un nombre limité de donneurs de licence imposant des obligations exclusives de rétrocession aux preneurs, le risque d'incidence anticoncurrentielle est plus grand que lorsqu'il existe plusieurs technologies dont quelques-unes seulement sont concédées avec des obligations de rétrocession exclusive.

111. Le risque d'impact négatif sur l'innovation est plus élevé dans le cas de licences croisées entre concurrents où une obligation de rétrocession imposée aux deux parties est associée à une obligation, pour les deux parties, de partager avec l'autre partie les améliorations apportées à leur propre technologie. Le partage de l'ensemble des améliorations entre des concurrents peut empêcher chaque concurrent d'acquérir de l'avance par rapport à l'autre (voir également point 208 ci-dessous). Il est cependant peu probable que les parties ne puissent pas acquérir de l'avance les unes par rapport aux autres lorsque la licence a pour objet de leur permettre de développer leurs technologies respectives et qu'elle ne les conduit pas à utiliser la même base technologique pour concevoir leurs produits. C'est le cas lorsque la licence vise à créer une liberté de conception plutôt qu'à améliorer la base technologique du preneur.

112. La restriction exclue mentionnée à l'article 5, paragraphe 1, point c), concerne les clauses de non-contestation, c'est-à-dire l'obligation de ne pas contester la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur. La raison pour laquelle ces clauses ont été exclues du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie est que les preneurs sont normalement les mieux placés pour déterminer si un droit de propriété intellectuelle est valable ou non. Pour éviter toute distorsion de la concurrence et conformément aux principes qui sous-tendent la protection de la propriété intellectuelle, les droits de propriété intellectuelle non valables devraient être éliminés, parce qu'ils paralysent l'innovation au lieu de la favoriser. L'article 81, paragraphe 1, est susceptible de s'appliquer à des clauses de non-contestation lorsque la technologie concédée possède une certaine valeur et défavorise donc, sur le plan de la concurrence,

les entreprises qui ne peuvent pas l'utiliser ou qui peuvent seulement l'utiliser moyennant le versement de redevances ([48]). Dans ce cas, il est peu probable que les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies ([49]). Toutefois, la Commission est favorable aux clauses de non-contestation relatives au savoir-faire s'il est probable que le savoir-faire concédé sera impossible ou très difficile à récupérer une fois qu'il aura été divulgué. Dans de tels cas, une obligation imposée au preneur de ne pas contester le savoir-faire concédé favorise la diffusion de nouvelles technologies, notamment en permettant à des donneurs plus faibles de concéder des licences à des preneurs plus puissants sans craindre une contestation après l'absorption du savoir-faire par le preneur.

113. Le règlement d'exemption par catégorie couvre la possibilité, pour le donneur, de résilier l'accord de licence en cas de contestation de la technologie concédée. Le donneur n'est donc pas contraint de continuer à traiter avec un preneur qui conteste la matière même de l'accord de licence, ce qui signifie qu'en cas de résiliation, toute poursuite de l'utilisation de la technologie contestée par le preneur se fait aux risques et périls de celui qui en a contesté la validité. Toutefois, conformément à l'article 5, paragraphe 1, point c), le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas les obligations contractuelles obligeant le preneur à ne pas contester la technologie concédée, ce qui permettrait au donneur de poursuivre le preneur pour rupture de contrat et aurait pour effet de créer un motif supplémentaire incitant le preneur à ne pas contester la validité de la technologie du donneur. Cette disposition garantit que le preneur se trouve dans la même position que des tiers.

114. L'article 5, paragraphe 2, exclut, dans le cas des accords entre non-concurrents, l'application de l'exemption par catégorie aux obligations directes et indirectes limitant la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la capacité des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement, sauf si cette dernière restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers. Cette condition est la même que celle figurant à l'article 4, paragraphe 1, sous d), dans la liste des restrictions caractérisées relatives aux accords entre concurrents, qui est traitée aux points 94 et 95 ci-dessus. Toutefois, dans le cas des accords entre non-concurrents, on ne peut pas considérer que de telles restrictions auront généralement des effets négatifs sur la concurrence ou que les conditions mentionnées à l'article 81, paragraphe 3, ne sont généralement pas remplies ([50]). Ces accords doivent être appréciés individuellement.

115. Dans les accords entre non-concurrents, le preneur ne possède généralement pas de technologie concurrente. Toutefois, il peut y avoir des cas dans lesquels, aux fins de l'exemption par catégorie, les parties sont considérées comme n'étant pas des concurrents, bien que le preneur possède une technologie concurrente. C'est le cas lorsque le preneur possède une technologie concurrente, mais ne la concède pas sous licence, et lorsque le donneur n'est pas un fournisseur réel ou potentiel sur le marché de produits. Aux fins de l'exemption par catégorie, les parties ne sont alors pas considérées comme des concurrents, ni sur le marché de technologies ni sur le marché de produits ([51]). Dans de tels cas, il importe de s'assurer que la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie et à continuer à la développer n'est pas restreinte. Cette technologie peut exercer une pression concurrentielle sur le marché, qui doit être préservée. Dans une telle situation, les restrictions concernant l'utilisation par le preneur de sa propre technologie ou la recherche-développement sont normalement considérées comme restreignant la concurrence et ne satisfaisant pas aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Par exemple, l'obligation imposée au preneur de verser des redevances non seulement sur la base des produits qu'il produit à l'aide de la technologie concédée, mais aussi sur la base de ceux qu'il produit à partir de sa propre technologie, limitera généralement sa capacité à exploiter sa propre technologie et sera donc exclue du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

116. Lorsque le preneur ne possède pas ou n'est pas déjà en train de mettre au point une technologie concurrente, toute restriction empêchant les parties de mener des activités de recherche-développement indépendantes peut restreindre la concurrence lorsque quelques technologies seulement sont disponibles sur le marché. Dans un tel cas, les parties peuvent constituer une source (potentielle) importante d'innovation sur le marché. C'est notamment le cas lorsque les parties possèdent les actifs et les compétences nécessaires pour poursuivre des activités de recherche-développement. Il est alors peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies. Lorsque plusieurs technologies sont disponibles et que les parties ne possèdent pas d'actifs ou de compétences particuliers, les restrictions de la recherche-développement sont susceptibles soit de ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, parce qu'elles n'ont pas d'effets restrictifs sensibles, soit de remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Ces restrictions peuvent favoriser la diffusion de technologies nouvelles en garantissant au donneur que le preneur ne deviendra pas un nouveau concurrent et en incitant le preneur à se concentrer sur l'exploitation et le développement de la technologie concédée. En outre, l'article 81, paragraphe 1, ne s'applique que lorsque l'accord décourage le preneur d'améliorer et d'exploiter sa propre technologie. Il y a par exemple peu de chances que tel soit le cas lorsque le donneur est en droit de résilier l'accord de licence dès que le preneur commence à produire sur la base de sa propre technologie concurrente. Un tel droit ne décourage pas le preneur d'innover puisque l'accord ne peut être résilié que lorsqu'une technologie commercialement viable a été mise au point et que les produits fabriqués à partir de cette technologie sont prêts à être commercialisés.

6. Retrait du bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie et non-application de ce règlement

6.1. Procédure de retrait

117. Conformément à l'article 6 du règlement, la Commission et les autorités de la concurrence des États membres peuvent retirer le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie pour les accords individuels qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3. Les autorités de la concurrence des États membres ne sont habilitées à retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie que dans les cas où le marché géographique en cause n'est pas plus vaste que le territoire de l'État membre en question.

118. Les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont cumulatives et doivent toutes être remplies pour que l'exemption soit applicable ([52]). L'exemption par catégorie peut donc être retirée dès lors qu'un accord donné ne remplit pas une ou plusieurs de ces quatre conditions.

119. Lorsque la procédure de retrait est appliquée, l'autorité retirant le bénéfice de l'exemption doit apporter la preuve que l'accord entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et qu'il ne remplit pas l'ensemble des quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Compte tenu du fait que le retrait implique que l'accord en cause restreint la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, et ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, le retrait est nécessairement accompagné d'une décision négative fondée sur les articles 5, 7 ou 9 du règlement (CE) nº 1/2003.

120. Conformément à l'article 6, un retrait peut notamment se justifier dans les cas suivants:

1) l'accès au marché de technologies appartenant à des tiers est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux preneurs d'utiliser les technologies de tiers;

2) l'accès au marché de preneurs potentiels est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux donneurs d'accorder des licences à d'autres preneurs;

3) sans raison objectivement valable, les parties n'exploitent pas la technologie concédée.

121. Les articles 4 et 5 du règlement d'exemption par catégorie, dans lesquels figurent la liste des restrictions caractérisées de la concurrence ainsi que les restrictions exclues, ont pour objectif de garantir que les accords bénéficiant d'une exemption par catégorie ne limitent pas l'incitation à innover, ne retardent pas la diffusion des technologies et ne restreignent pas indûment la concurrence entre le donneur et le preneur de la licence ou entre les preneurs. Toutefois, cette liste de restrictions caractérisées et la liste des restrictions exclues ne tiennent pas compte de tous les effets possibles des accords de licence. L'exemption par catégorie ne couvre notamment pas les éventuels effets cumulatifs de restrictions similaires contenues dans des réseaux d'accords de licence. Les accords de licence peuvent entraîner l'exclusion de tiers du marché, tant au niveau du donneur qu'au niveau du preneur. L'exclusion d'autres donneurs peut être due à l'effet cumulatif de réseaux d'accords de licence interdisant aux preneurs d'exploiter des technologies concurrentes, ce qui aboutit à l'exclusion d'autres donneurs (potentiels). Il y a risque d'exclusion de donneurs lorsque la plupart des entreprises présentes sur un marché qui seraient susceptibles de prendre (avec efficacité) une licence concurrente sont empêchées de le faire à cause de l'existence d'accords restrictifs et lorsque les preneurs potentiels sont confrontés à des barrières à l'entrée relativement élevées. Il peut y avoir exclusion d'autres preneurs en cas d'effet cumulatif d'accords de licence interdisant aux donneurs de concéder des licences à d'autres preneurs, ce qui empêche des preneurs potentiels d'accéder à la technologie nécessaire. Le problème du verrouillage du marché est examiné plus en détail à la section IV.2.7 ci-dessous. En outre, la Commission est susceptible de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie lorsqu'un nombre important de donneurs de technologies concurrentes dans des accords individuels imposent à leurs preneurs de leur étendre les conditions plus favorables convenues avec d'autres donneurs.

122. La Commission peut également retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie lorsque les parties s'abstiennent d'exploiter la technologie concédée, sauf si elles ont une raison objective de le faire. En effet, lorsque les parties n'exploitent pas la technologie concédée, aucune activité renforçant l'efficience ne peut avoir lieu, et l'exemption par catégorie n'a donc plus de raison d'être. Toutefois, l'exploitation ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une intégration d'actifs. Elle se produit également lorsque la licence crée une liberté de conception pour le preneur en lui permettant d'exploiter sa propre technologie sans courir le risque de recours du donneur pour violation de ses droits. En cas d'accord de licence entre concurrents, le fait que les parties n'exploitent pas la technologie concédée peut vouloir dire que l'accord constitue une entente déguisée. Pour ces raisons, la Commission examinera très attentivement les cas de non-exploitation.

6.2. Non-application du règlement d'exemption par catégorie

123. L'article 7 du règlement d'exemption par catégorie habilite la Commission à exclure de son champ d'application, par voie de règlement, les réseaux parallèles d'accords similaires couvrant plus de 50 % d'un marché en cause. Cette disposition ne s'adresse pas à des entreprises individuelles, mais concerne toutes les entreprises dont les accords sont définis dans le règlement portant adoption de la non-application du règlement d'exemption par catégorie.

124. Alors que le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie par la Commission en vertu de l'article 6 implique l'adoption d'une décision au titre des articles 7 ou 9 du règlement (CE) nº 1/2003, un règlement de non-application adopté par la Commission en vertu de l'article 7 du règlement d'exemption par catégorie a simplement pour objet de retirer, pour les restrictions et les marchés en cause, le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie et de restaurer la pleine applicabilité de l'article 81, paragraphes 1 et 3. En cas d'adoption d'un règlement déclarant le règlement d'exemption par catégorie inapplicable à des accords contenant certaines restrictions sur un marché donné, les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente des juridictions communautaires ainsi que les communications et les décisions antérieures adoptées par la Commission fourniront des orientations sur l'application de l'article 81 à des accords individuels. Le cas échéant, la Commission adoptera une décision sur un cas individuel qui fournira des orientations à toutes les entreprises opérant sur le marché concerné.

125. Pour le calcul du taux de couverture de 50 %, il conviendra de tenir compte de chaque réseau individuel d'accords de licence comportant des restrictions, ou des combinaisons de restrictions, produisant des effets similaires sur le marché.

126. L'article 7 n'implique pas, pour la Commission, une obligation d'agir dès lors que le taux de couverture de 50 % est dépassé. D'une manière générale, la non-application s'impose lorsqu'il est probable que l'accès au marché en cause, ou la concurrence qui règne sur ce marché, sont restreints de façon sensible. Lorsqu'elle sera appelée à évaluer la nécessité d'appliquer l'article 7, la Commission examinera si un retrait individuel ne constituerait pas une solution plus appropriée. Cela peut notamment dépendre du nombre d'entreprises concurrentes contribuant à produire un effet cumulatif sur un marché ou du nombre de marchés géographiques affectés au sein de la Communauté.

127. Le champ d'application d'un règlement adopté en vertu de l'article 7 doit être clairement défini. Cela signifie tout d'abord que la Commission doit définir les marchés de produits et les marchés géographiques en cause et, ensuite, qu'elle doit identifier le type de restrictions pour lesquelles le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. Pour ce qui est de ce second aspect, la Commission peut moduler le champ d'application de son règlement en fonction du problème de concurrence qu'elle entend viser. Par exemple, s'il est vrai que tous les réseaux parallèles d'accords de non-concurrence seront pris en considération pour déterminer si le taux de couverture de 50 % du marché est atteint, la Commission peut néanmoins limiter le champ d'application de son règlement de non-application aux seules obligations de non-concurrence dépassant une certaine durée. C'est ainsi que des accords d'une durée plus courte ou d'une nature moins restrictive pourront ne pas être touchés, l'effet d'exclusion des restrictions en cause étant jugé moins important. Le cas échéant, la Commission pourra également fournir des orientations en spécifiant le niveau de part de marché en dessous duquel elle estime que, dans le contexte en cause, une entreprise isolée ne pourra pas contribuer de façon sensible à l'effet cumulatif. En général, on considère que lorsque la part de marché détenue par les produits comportant une technologie concédée par un donneur individuel ne dépasse pas 5 %, l'accord ou le réseau d'accords couvrant cette technologie ne contribue pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage du marché ([53]).

128. La période de transition de six mois au moins que la Commission devra prévoir conformément à l'article 7, paragraphe 2, devrait permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords afin de tenir compte du règlement entérinant la non-application du règlement d'exemption par catégorie.

129. Un règlement de non-application du règlement d'exemption par catégorie n'affectera pas l'exemption par catégorie accordée aux accords concernés pendant la période précédant son entrée en vigueur.

IV. APPLICATION DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHES 1 ET 3, EN DEHORS DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

1. Cadre d'analyse général

130. Les accords ne pouvant pas bénéficier d'une exemption par catégorie, par exemple parce que les seuils de parts de marché sont dépassés ou parce que l'accord a été conclu entre plus de deux parties, doivent être appréciés individuellement. Les accords qui soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont valides et applicables. Rappelons qu'il n'existe aucune présomption d'illégalité pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, pour autant qu'ils ne contiennent pas de restrictions caractérisées de la concurrence. Il n'existe en particulier aucune présomption d'application de l'article 81, paragraphe 1, du simple fait que les seuils de parts de marché sont dépassés. Une appréciation individuelle fondée sur les principes énoncés dans les présentes lignes directrices est requise.

131. Afin de favoriser la prévisibilité au-delà de l'application du règlement d'exemption par catégorie et de limiter l'analyse détaillée aux cas susceptibles de soulever de réels problèmes de concurrence, la Commission considère qu'en dehors des restrictions caractérisées, une infraction à l'article 81 est peu probable lorsqu'il existe, outre les technologies contrôlées par les parties à l'accord, au moins quatre technologies indépendantes substituables à la technologie concédée à des coûts comparables pour l'utilisateur. Pour apprécier si les technologies sont suffisamment substituables, il convient de tenir compte de leur puissance commerciale relative. La pression concurrentielle exercée par une technologie est limitée si celle-ci ne constitue pas un substitut commercialement viable à la technologie concédée. Si, par exemple, en raison d'effets de réseau sur le marché, les consommateurs marquent une nette préférence pour les produits comportant la

technologie concédée, il se peut que d'autres technologies déjà disponibles sur le marché ou susceptibles d'arriver sur le marché dans un délai raisonnable n'offrent pas de réelle alternative et, par conséquent, n'exercent qu'une pression concurrentielle limitée. Le fait qu'un accord n'entre pas dans le champ d'application de la sphère de sécurité décrite au présent point n'implique pas qu'il soit couvert pas l'article 81, paragraphe 1, ni, si tel est le cas, que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas remplies. En ce qui concerne la sphère de sécurité du règlement liée aux parts de marché, cette sphère de sécurité supplémentaire entraîne simplement une présomption négative selon laquelle l'accord n'est pas interdit pas l'article 81. En dehors de la sphère de sécurité, une appréciation individuelle de l'accord fondée sur les principes énoncés dans les présentes lignes directrices est requise.

1.1. **Facteurs pertinents**

132. Lorsque l'on applique l'article 81 à des cas individuels, il convient de tenir compte de la façon dont la concurrence s'exerce sur le marché concerné. À cet égard, ce sont notamment les facteurs suivants qui doivent être pris en considération:

a) nature de l'accord;

b) position des parties sur le marché;

c) position des concurrents sur le marché;

d) position sur le marché des acheteurs des produits fabriqués sous licence;

e) barrières à l'entrée;

f) degré de maturité du marché; et

g) autres facteurs.

L'importance de chacun de ces facteurs peut varier d'une affaire à l'autre et dépend également de l'ensemble des autres facteurs. Par exemple, le fait que les parties détiennent une part de marché élevée constitue généralement un bon indicateur de leur puissance de marché, sauf lorsque les barrières à l'entrée sont faibles. Il n'est donc pas possible de préciser de façon définitive quelle est l'importance respective de ces différents facteurs.

133. Les accords de transfert de technologie peuvent prendre bien des formes. C'est pourquoi il importe d'analyser *la nature de l'accord* sous l'angle de la relation concurrentielle entre les parties et des restrictions que l'accord contient. En ce qui concerne ce dernier point, il est nécessaire d'aller au-delà des termes précis de l'accord. La façon dont l'accord a été mis en œuvre par les parties et la marge de manœuvre qu'il laisse à celles-ci peuvent indiquer l'existence de restrictions implicites.

134. La *position des parties sur le marché* donne une indication du degré de puissance de marché que possèdent, le cas échéant, le donneur, le preneur, ou les deux. Plus leur part de marché est élevée, plus ils risquent d'être puissants. Cela est notamment le cas lorsque la part de marché traduit des avantages en matière de coûts, ou d'autres avantages concurrentiels, que les parties possèdent vis-à-vis de leurs concurrents. Ces avantages peuvent par exemple être liés au fait d'avoir été le premier à pénétrer sur un marché, de détenir des brevets essentiels ou une meilleure technologie que celles des autres opérateurs.

135. Lors de l'analyse de la relation concurrentielle entre les parties, il est parfois nécessaire d'aller au-delà de l'analyse exposée aux sections II.3 (définition des marchés) et II.4 (distinction entre concurrents et non-concurrents). Même si le donneur n'est pas un fournisseur réel ou potentiel sur le marché de produits et si le preneur n'est pas un concurrent réel ou potentiel sur le marché de technologies, il convient d'analyser si le preneur détient ou non une technologie concurrente pour laquelle aucune licence n'a été concédée. Si le preneur détient une forte position sur le marché de produits, un accord qui lui concède une licence exclusive sur une technologie concurrente peut restreindre la concurrence de façon beaucoup plus importante que si le donneur n'accorde pas de licence exclusive ou concède des licences à d'autres entreprises.

136. Les parts de marché ainsi que les avantages et inconvénients éventuels sur le plan de la concurrence constituent également des facteurs utilisés pour apprécier la *position des concurrents sur le marché*. Plus les concurrents réels sont forts et plus ils sont nombreux, moins il y a de risques que les parties puissent exercer individuellement une puissance de marché. Toutefois, si le nombre de concurrents est relativement limité et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire (taille, coûts, potentiel de recherche et développement, etc.), cette structure de marché peut accroître les risques de collusion.

137. La *position des acheteurs sur le marché* permet de voir si un ou plusieurs acheteurs possèdent ou non de la puissance d'achat. Le premier indicateur de la puissance d'achat est la part détenue par l'acheteur sur le marché des achats. Cette part reflète l'importance de sa demande de fournisseurs éventuels. D'autres indicateurs sont la position de l'acheteur sur son marché de la revente, y compris des caractéristiques telles que l'étendue géographique de ses débouchés et l'image de sa marque chez les consommateurs finals. Dans certains cas, la puissance d'un acheteur peut empêcher le donneur et/ou le preneur d'exercer sa puissance sur le marché et empêcher ainsi un éventuel problème de concurrence de se poser. C'est notamment le cas lorsque des acheteurs puissants ont la capacité et l'intérêt nécessaires pour introduire de nouvelles sources d'approvisionnement sur le marché en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs. Lorsque des acheteurs obtiennent simplement des conditions favorables du fournisseur ou se contentent de répercuter chaque augmentation de prix sur leurs clients, la position qu'ils détiennent n'est pas de nature à empêcher le preneur d'exercer sa puissance sur le marché de produits et donc à résoudre le problème de concurrence qui se pose sur ce marché ([54]).

138. Les *barrières à l'entrée* sont évaluées en calculant la mesure dans laquelle les entreprises présentes sur le marché peuvent augmenter leurs prix au-delà du niveau concurrentiel sans provoquer l'arrivée de nouvelles sociétés. En l'absence de barrières à l'entrée, la possibilité d'une entrée facile et rapide rendrait de telles augmentations non rentables. Lorsque des entrées effectives, qui empêcheront ou limiteront l'exercice d'une puissance de marché, sont susceptibles d'intervenir dans un délai d'un an ou deux, on considère généralement que les barrières à l'entrée sont faibles. Les barrières à l'entrée peuvent être dues à un grand nombre de facteurs, par exemple des économies d'échelle et de gamme, des réglementations, notamment lorsqu'elles créent des droits exclusifs, des aides d'État, des droits de douane à l'importation, des droits de propriété intellectuelle, la possession de ressources dont la disponibilité est limitée, par exemple pour des raisons naturelles, la possession d'installations essentielles, l'avantage lié au fait d'être la première entreprise implantée sur le marché concerné ou la fidélité à la marque des consommateurs créée par des actions publicitaires de grande ampleur au cours d'une période prolongée. Des accords restrictifs entre entreprises peuvent également constituer une barrière à l'entrée, en rendant l'accès au marché plus difficile et en excluant des concurrents potentiels. Il peut y avoir des barrières à l'entrée à tous les stades du processus de recherche-développement, de production et de distribution. La question de savoir si certains de ces facteurs devraient être considérés comme des barrières à l'entrée est en particulier fonction du fait qu'ils comportent ou non des coûts non récupérables. Les coûts non récupérables sont les coûts qui ont été supportés pour pénétrer ou opérer sur un marché, mais qui ne peuvent être recouvrés lorsque l'entreprise quitte ce marché. Plus ces coûts sont importants, plus les nouveaux arrivants potentiels doivent peser les risques que comporte l'entrée sur un marché donné et plus les opérateurs en place pourront menacer, en étant crédibles, de rivaliser avec ces nouveaux concurrents, dans la mesure où les coûts non récupérables rendraient toute sortie du marché coûteuse pour eux. D'une manière générale, toute entrée sur un marché impose des coûts non récupérables, parfois faibles, parfois importants. C'est pourquoi une concurrence réelle est en général plus efficace et pèsera plus lourd dans l'appréciation d'une affaire que la concurrence potentielle.

139. Un *marché parvenu à maturité* est un marché qui existe depuis un certain temps, sur lequel la technologie utilisée est bien connue, largement utilisée et n'évolue plus beaucoup et sur lequel la demande est relativement stable, voire en baisse. Sur un tel marché, les restrictions de la concurrence ont plus de chances d'avoir des effets négatifs que sur des marchés plus dynamiques.

140. Lors de l'appréciation de restrictions spécifiques, il faudra éventuellement prendre en considération *d'autres facteurs*. Ceux-ci comprennent les effets cumulatifs, c'est-à-dire le pourcentage du marché couvert par des accords similaires, la durée des accords, le cadre réglementaire ainsi que des comportements susceptibles d'indiquer qu'il y a collusion ou de la faciliter, comme par exemple une influence dominante sur les prix, des modifications de prix annoncées à l'avance, des discussions sur le «juste prix», une rigidité des prix en cas de capacité excédentaire, des discriminations par les prix et des comportements collusoires passés.

1.2. **Effets négatifs des accords de licence restrictifs**

141. Les effets négatifs que les accords de transfert de technologie restrictifs risquent d'avoir sur la concurrence englobent les effets suivants:

1) réduction de la concurrence intertechnologique entre les sociétés opérant sur un marché de technologies ou sur un marché de produits comportant les technologies en question, y compris la facilitation de la collusion, tant explicite qu'implicite;

2) exclusion des concurrents obtenue en faisant monter leurs coûts, en restreignant leur accès à des facteurs de production essentiels ou en élevant d'autres barrières à l'entrée; et

3) réduction de la concurrence intratechnologique entre les entreprises fabriquant des produits à partir de la même technologie.

142. Les accords de transfert de technologie risquent de réduire la concurrence intertechnologique, c'est-à-dire la concurrence entre les entreprises qui accordent des licences ou fabriquent des produits sur la base de technologies substituables. C'est notamment le cas lorsque des obligations réciproques sont imposées. Par exemple, lorsque des concurrents se transfèrent mutuellement des technologies concurrentes et imposent une obligation réciproque de se concéder mutuellement les futures améliorations apportées à leurs technologies respectives et que cet accord empêche l'un des concurrents d'obtenir une avance technologique sur l'autre, la concurrence en matière d'innovation entre les parties se trouve restreinte (voir également point 208 ci-dessous).

143. L'octroi de licences entre concurrents peut également faciliter la collusion. Le risque de collusion est particulièrement élevé sur les marchés concentrés. Pour qu'il y ait collusion, il faut que les entreprises concernées aient la même opinion sur ce qui constitue leur intérêt commun et sur la façon dont les mécanismes de coordination doivent fonctionner. Pour qu'une collusion fonctionne, les entreprises doivent également pouvoir surveiller mutuellement leur comportement sur le marché et disposer de moyens suffisants pour dissuader de tout écart par rapport à la politique commune convenue, et les barrières à l'entrée doivent être suffisamment élevées pour limiter l'entrée ou l'expansion des entreprises extérieures. Les accords peuvent faciliter la collusion en améliorant la transparence du marché, en contrôlant certains comportements et en élevant des barrières à l'entrée. Des accords de licence entraînant une similarité poussée des coûts peuvent aussi faciliter exceptionnellement la collusion, car des entreprises qui ont des coûts similaires sont plus susceptibles d'avoir des opinions identiques sur les modalités de la coordination à mettre en place ([55]).

144. Les accords de licence peuvent également avoir une incidence sur la concurrence intertechnologique en créant des barrières empêchant l'entrée de concurrents ou leur expansion. De tels effets de verrouillage peuvent être produits par des restrictions empêchant les preneurs de concéder des licences à des tiers ou les dissuadant de le faire. C'est ainsi que des tiers peuvent être exclus du marché lorsque les donneurs en place imposent aux preneurs des obligations de non concurrence telles que le nombre des preneurs auxquels des tiers peuvent s'adresser est insuffisant et lorsque l'entrée au niveau des preneurs est difficile. Les fournisseurs de technologies substituables peuvent également se voir exclus lorsqu'un donneur possédant une puissance de marché suffisante lie ensemble différentes parties d'une technologie qu'il concède globalement, alors qu'une partie seulement de cet ensemble est nécessaire pour fabriquer un produit donné.

145. Les accords de licence peuvent également réduire la concurrence intratechnologique, c'est-à-dire la concurrence entre les entreprises fabriquant des produits à partir de la même technologie. Un accord qui impose des restrictions territoriales aux preneurs, les empêchant ainsi de vendre sur leurs territoires respectifs, réduit la concurrence entre eux. Les accords de licence peuvent également réduire la concurrence intratechnologique en facilitant une collusion entre les preneurs. En outre, les accords de licence qui réduisent la concurrence intratechnologique peuvent faciliter la collusion entre les propriétaires de technologies concurrentes ou réduire la concurrence intertechnologique en créant des barrières à l'entrée.

1.3. **Effets positifs des accords de licence restrictifs et cadre d'analyse de ces effets**

146. Même les accords de licence restrictifs ont aussi principalement des effets proconcurrentiels, en l'occurrence des gains d'efficience, susceptibles de compenser leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation se fera en vertu de l'article 81, paragraphe 3, qui prévoit une dérogation à la règle d'interdiction figurant à l'article 81, paragraphe 1. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord de licence doit apporter des avantages économiques objectifs, les restrictions de la concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces gains d'efficience, les consommateurs doivent recevoir une partie équitable de ces gains d'efficience et l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

147. Les accords restrictifs sont évalués au regard de l'article 81, paragraphe 3, dans le cadre réel où ils se produisent ([56]) et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient compte des modifications importantes des faits. La règle d'exemption de l'article 81, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas ([57]). Toutefois, lorsque l'on applique l'article 81, paragraphe 3, conformément à ces principes, il convient de tenir compte des investissements initiaux à fonds perdus faits par l'une ou l'autre des parties ainsi que des délais ou des contraintes nécessaires à l'engagement et à la rentabilisation d'un investissement destiné à accroître l'efficience d'une entreprise. Il n'est pas possible d'appliquer l'article 81 sans tenir compte de ces investissements *ex ante* et des risques qu'ils comportent. Les risques auxquels les parties sont confrontées et les investissements à fonds perdus qui doivent être consentis pour mettre l'accord en œuvre peuvent donc avoir pour conséquence que celui-ci n'entre pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement.

148. La première condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, exige une appréciation des avantages objectifs en termes de gains d'efficience produits par l'accord. À cet égard, les accords de licence peuvent notamment permettre de réunir des technologies et d'autres actifs complémentaires, ce qui permettra de mettre sur les marchés des produits nouveaux ou améliorés ou encore de fabriquer des produits existants à meilleur coût. À l'exception du cas des ententes caractérisées, la concession de licences est souvent choisie lorsqu'il est plus rationnel, pour le donneur, de concéder sa technologie que de l'exploiter lui-même. Cela peut notamment être le cas lorsque le preneur a déjà accès aux actifs de production nécessaires. L'accord permet alors au preneur d'accéder à une technologie qui peut être combinée à ces actifs, et il pourra ainsi exploiter des technologies nouvelles ou améliorées. Un autre cas dans lequel la concession d'une licence peut potentiellement favoriser les gains d'efficience est celui où le preneur possède déjà une technologie et où la combinaison de cette technologie et de celle du donneur entraîne des synergies. Lorsque les deux technologies sont combinées, le preneur peut alors obtenir un rapport coûts/production qu'il ne pourrait pas atteindre autrement. Les accords de licence peuvent également créer des gains d'efficience au stade de la distribution, tout comme les accords de distribution verticaux. Il peut s'agir d'une réduction des coûts ou de la fourniture de services de meilleure qualité aux consommateurs. Les effets positifs des accords verticaux sont décrits dans les lignes directrices sur les restrictions verticales ([58]). Des accords par lesquels des détenteurs de technologies mettent ensemble plusieurs technologies pour les concéder sous licence à des tiers peuvent également entraîner des gains d'efficience. De tels accords de regroupement de technologies peuvent notamment réduire les coûts de transaction, dans la mesure où les preneurs ne sont pas obligés de conclure un accord de licence distinct avec chaque donneur. La concession de licences peut également être favorable à la concurrence lorsqu'elle vise à garantir la liberté de conception. Dans les secteurs dans lesquels il existe de nombreux droits de propriété intellectuelle et où différents produits peuvent empiéter sur certains droits existants et futurs, les accords de licence par lesquels les parties conviennent de ne pas faire valoir leurs droits de propriété les unes contre les autres sont souvent favorables à la concurrence puisqu'ils permettent aux parties de développer leurs technologies respectives sans risquer de recours ultérieurs pour violation des droits.

149. Pour s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige l'article 81, paragraphe 3, la Commission examinera notamment si chaque restriction permet de réaliser l'activité en cause de façon plus efficace que cela aurait été le cas si la restriction concernée n'avait pas existé. Cette appréciation doit tenir compte des conditions du marché et des réalités auxquelles les parties sont confrontées. Les entreprises qui invoquent

le bénéfice de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas tenues d'envisager des solutions purement hypothétiques ou théoriques. Elles doivent cependant expliquer et démontrer pourquoi des solutions apparemment réalistes et sensiblement moins restrictives seraient nettement moins efficaces que l'accord. Si le recours à une possibilité se révélant réaliste sur le plan commercial et moins restrictive devait entraîner des pertes d'efficience sensibles, la restriction concernée serait considérée comme indispensable. Dans certains cas, il peut également s'avérer nécessaire d'examiner si l'accord en tant que tel est indispensable pour réaliser les gains d'efficience. Cela peut par exemple être le cas pour les accords de regroupement de technologies comprenant des technologies complémentaires, mais pas essentielles ([59]). Il faut alors examiner dans quelle mesure l'inclusion de ces technologies entraîne des gains d'efficience particuliers ou si l'accord de regroupement pourrait être limité à des technologies pour lesquelles il n'existe aucun substitut, et ce sans perte sensible d'efficience. Dans le cas d'une simple concession de licence entre deux parties, il n'est généralement pas nécessaire d'aller au-delà d'un examen du caractère indispensable des différentes restrictions. Normalement, il n'existe pas de solutions moins restrictives par rapport à l'accord de licence.

150. La condition imposant que les consommateurs reçoivent une part équitable des profits signifie que les consommateurs des produits fabriqués dans le cadre de la licence doivent bénéficier de compensations au moins pour les effets négatifs de l'accord ([60]). Cela signifie que les gains d'efficience doivent compenser intégralement l'incidence négative éventuelle de l'accord sur les prix, sur la production et sur d'autres éléments pertinents. Ils peuvent par exemple modifier la structure des coûts des entreprises concernées, les inciter à baisser leurs prix ou permettre aux consommateurs d'avoir accès à des produits nouveaux ou améliorés, pour compenser d'éventuelles hausses de prix ([61]).

151. La dernière condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, selon laquelle l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, présuppose une analyse des autres sources de pressions concurrentielles sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces sources de concurrence. Lors de l'application de la dernière condition figurant à l'article 81, paragraphe 3, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 81, paragraphe 3, et l'article 82. Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne peut préjuger de l'application de l'article 82 du traité ([62]). En outre, comme les articles 81 et 82 ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, pour des raisons de cohérence, que l'article 81, paragraphe 3, soit interprété comme excluant toute application de la dérogation aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante ([63]).

152. Le fait que l'accord réduise sensiblement l'un des paramètres de la concurrence ne signifie pas nécessairement que toute concurrence soit éliminée au sens de l'article 81, paragraphe 3. Un accord de regroupement de technologies, par exemple, peut aboutir à la création d'une norme industrielle et à une situation dans laquelle la concurrence est faible en termes de format technologique. Dès lors que les principaux opérateurs du marché ont adopté un certain format, les effets de réseau font qu'il est très difficile pour les autres formats de survivre. Cela ne signifie toutefois pas que la création d'une norme industrielle de fait élimine toujours la concurrence au sens de la dernière condition de l'article 81, paragraphe 3. Dans le cadre de cette norme, les fournisseurs peuvent en effet être en concurrence sur les prix, la qualité et les caractéristiques des produits. Toutefois, pour que l'accord soit conforme à l'article 81, paragraphe 3, il convient de s'assurer qu'il ne restreint pas indûment la concurrence et qu'il ne restreint pas non plus indûment toute innovation future.

2. Application de l'article 81 à différents types de restrictions propres aux accords de licence

153. La présente section traite de différents types de restrictions qui figurent souvent dans les accords de licence. Eu égard à leur fréquence, il est utile de fournir des orientations sur la manière dont elles sont appréciées en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie. Les restrictions qui ont déjà été abordées dans de précédentes parties des présentes lignes directrices, notamment aux sections III.4 et III.5, ne seront traitées que succinctement dans la présente section.

154. Celle-ci couvre à la fois les accords entre non-concurrents et les accords entre concurrents. En ce qui concerne ces derniers, une distinction est opérée, le cas échéant, entre accords réciproques et accords non réciproques. Une telle distinction n'est pas nécessaire dans le cas des accords entre non-concurrents. Lorsque des entreprises ne sont ni des concurrents réels ni des concurrents potentiels sur un marché de technologies en cause ou sur un marché de produits comportant la technologie concédée, une licence réciproque ne diffère pas, sur le plan pratique, de la concession de deux licences séparées. Les accords par lesquels les parties réunissent un ensemble technologique qui est ensuite concédé sous licence à des tiers sont des accords de regroupement de technologies et ils sont traités à la section 4 ci-dessous.

155. La présente section ne traite pas des obligations contenues dans les accords de licence qui ne restreignent généralement pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1. Ces obligations sont les suivantes, sans que cette énumération soit exhaustive:

a) obligations de confidentialité;

b) obligation imposée aux preneurs de ne pas accorder de sous-licences;

c) obligation de ne pas utiliser la technologie concédée après l'expiration de l'accord, pour autant que la technologie concédée demeure valide et en vigueur;

d) obligation d'aider le donneur à faire appliquer les droits de propriété intellectuelle concédés;

e) obligation de verser des redevances minimales ou de produire une quantité minimale de produits comportant la technologie concédée; et

f) obligation d'utiliser la marque du donneur ou d'indiquer le nom du donneur sur le produit.

2.1. **Obligations en matière de redevances**

156. Les parties à un accord de licence peuvent normalement, sans que cet accord n'entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, déterminer librement les redevances payables par le preneur ainsi que leur mode de règlement. Ce principe s'applique tant aux accords entre concurrents qu'aux accords entre non-concurrents. Le versement de redevances peut par exemple se faire sous forme du versement de sommes forfaitaires, d'un pourcentage sur le prix de vente ou d'un montant fixe pour chaque produit comportant la technologie concédée. Lorsque la technologie concédée concerne un facteur de production intégré ensuite à un produit final, le fait que les redevances soient calculées sur la base du prix du produit final n'entraîne généralement pas de restrictions de la concurrence, à condition que ce produit comporte la technologie concédée. Dans le cas de licences de logiciel, les redevances calculées sur la base du nombre d'utilisateurs et celles qui sont calculées par machine sont généralement compatibles avec l'article 81, paragraphe 1.

157. Dans le cas d'accords de licence entre concurrents, il convient de rappeler (voir les points 80 et 81 ci-dessus) que dans un nombre limité de situations, des obligations de versement de redevances peuvent équivaloir à un accord de fixation des prix, qui constitue une restriction caractérisée [voir article 4, paragraphe 1, point a)]. Il y a restriction caractérisée en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point a), si des concurrents prévoient des redevances courantes réciproques lorsque la licence est fictive en ce que son objet n'est pas de permettre une intégration de technologies complémentaires ni d'atteindre un autre but proconcurrentiel. Il y a également restriction caractérisée en vertu de cette disposition ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, point d), si les redevances s'étendent à des produits exclusivement à partir de la technologie du preneur.

158. D'autres types d'accords entre concurrents concernant les redevances bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %, même s'ils restreignent la concurrence. En dehors du champ d'application de l'exemption par catégorie, l'article 81, paragraphe 1, peut être applicable lorsque des concurrents s'accordent des licences croisées et imposent des redevances courantes manifestement disproportionnées par rapport à la valeur de marché de la licence et lorsque ces redevances ont une incidence sensible sur les prix du marché. Lors de l'appréciation du caractère éventuellement disproportionné des redevances, il convient de tenir compte des redevances versées par d'autres preneurs sur le marché de produits pour les mêmes technologies ou pour des technologies de substitution. Dans de telles conditions, il est peu probable que les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies. L'article 81, paragraphe 1, peut également s'appliquer lorsque le montant des redevances courantes réciproques par unité augmente parallèlement à la production. Si les parties ont une grande puissance de marché, de telles redevances peuvent avoir pour effet de limiter la production.

159. Indépendamment du fait que l'exemption par catégorie ne s'applique que si la technologie est valide et appliquée, les parties peuvent normalement convenir d'étendre l'obligation de versement de redevances au-delà de la période de validité des droits de propriété intellectuelle concédés sans enfreindre l'article 81, paragraphe 1. Une fois que ces droits ont expiré, des tiers peuvent légalement exploiter la technologie en question et entrer en concurrence avec les parties à l'accord. Cette concurrence réelle et potentielle suffira normalement pour garantir que les obligations en question n'auront pas d'effets anticoncurrentiels sensibles.

160. Dans le cas d'accords entre non-concurrents, l'exemption par catégorie couvre les accords dans lesquels les redevances sont calculées sur la base des produits tant à partir de la technologie concédée qu'à partir de technologies concédées par des tiers. De tels accords peuvent faciliter le calcul des redevances. Ils peuvent cependant aussi entraîner un verrouillage du marché en accroissant les coûts de l'utilisation des facteurs de production des tiers, et avoir ainsi des effets similaires à ceux d'une obligation de non-concurrence. Si des redevances sont versées non seulement sur les produits fabriqués avec la technologie concédée, mais aussi sur ceux fabriqués avec une technologie tierce, elles augmentent le coût de ces derniers produits et font baisser la demande de technologies tierces. En dehors du champ d'application de l'exemption par catégorie, il convient donc d'examiner si la restriction est susceptible de verrouiller le marché. Pour cela, il faut appliquer le cadre d'analyse défini à la section 2.7 ci-dessous. Lorsque les effets de verrouillage du marché sont sensibles, de tels accords sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et il est peu probable qu'ils remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sauf s'il n'existe aucun autre moyen pratique de calculer et de contrôler le versement des redevances.

2.2. **Accords de licence exclusifs et restriction des ventes**

161. Aux fins des présentes lignes directrices, il est utile d'établir une distinction entre les restrictions relatives à la production sur un territoire déterminé (licences exclusives ou uniques) et les restrictions relatives à la vente de produits comportant la technologie concédée sur un territoire déterminé et à un groupe d'acheteurs déterminé (restrictions des ventes).

2.2.1. *Licences exclusives et uniques*

162. Une licence est considérée comme exclusive si seul le preneur est autorisé à produire sur la base de la technologie concédée sur un territoire donné. Le donneur s'engage donc à ne pas produire lui-même ou accorder de licence de production à d'autres preneurs sur un territoire donné. Celui-ci peut s'étendre au monde entier. Lorsque le donneur s'engage seulement à ne pas concéder de licences de production à des tiers sur un territoire donné, la licence est une licence unique. Les licences exclusives ou uniques sont souvent assorties de restrictions des ventes qui limitent le territoire géographique sur lequel les parties peuvent vendre les produits comportant la technologie concédée.

163. Les accords de concession réciproque de licences exclusives entre concurrents relèvent de l'article 4, paragraphe 1, point c), en vertu duquel la répartition des marchés entre concurrents constitue une restriction caractérisée. Les accords de concession réciproque de licences uniques entre concurrents bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Dans un tel accord, les parties s'engagent mutuellement à ne pas concéder leurs technologies concurrentes sous licence à des tiers. Dans les cas où les parties ont une puissance de marché importante, ces accords peuvent faciliter la collusion en garantissant que les parties sont les seules sources de production sur le marché sur la base des technologies concédées.

164. La concession non réciproque de licences exclusives entre concurrents bénéficie d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Au-delà de ce seuil, il y a lieu d'analyser les effets anticoncurrentiels probables de ces licences exclusives. Lorsque la licence exclusive est mondiale, cela implique que le donneur quitte le marché. Lorsque l'exclusivité est limitée à un territoire déterminé, tel qu'un État membre, l'accord implique que le donneur s'abstienne de produire des biens et services sur le territoire en question. Dans le contexte de l'article 81, paragraphe 1, il convient notamment d'apprécier l'importance concurrentielle du donneur. Si celui-ci a une position limitée sur le marché de produits ou qu'il n'a pas la capacité d'exploiter effectivement la technologie sur le territoire du preneur, il est peu probable que l'accord entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. La situation est particulière lorsque le donneur et le preneur ne sont concurrents que sur le marché de technologies et que le donneur, par exemple un institut de recherche ou une petite entreprise fondée sur la recherche, ne dispose pas des actifs de production et de distribution lui permettant de commercialiser effectivement les produits comportant la technologie concédée. Dans ces conditions, il est improbable que l'article 81, paragraphe 1, soit enfreint.

165. La concession de licences exclusives entre non-concurrents — dans la mesure où elle relève de l'article 81, paragraphe 1 ([64]) — est susceptible de remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3. Le droit d'accorder une licence exclusive est généralement nécessaire pour inciter le preneur à investir dans la technologie concédée et à commercialiser les produits en temps voulu. C'est notamment le cas lorsque le preneur doit réaliser d'importants investissements pour continuer à développer la technologie concédée. Une remise en cause de l'exclusivité une fois que le preneur a fait de la technologie concédée un succès commercial priverait le preneur des fruits de son succès et nuirait à la concurrence, à la diffusion de la technologie et à l'innovation. La Commission ne remettra donc qu'exceptionnellement en cause les licences exclusives dans des accords entre non-concurrents, indépendamment de la portée territoriale de la licence.

166. La principale situation dans laquelle une intervention peut être justifiée est celle dans laquelle un preneur en position dominante obtient une licence exclusive sur une ou plusieurs technologies concurrentes. Ces accords sont susceptibles de relever de l'article 81, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3. Toutefois, il faut impérativement que l'entrée sur le marché de technologies soit difficile et que la technologie concédée constitue une source réelle de concurrence sur le marché. Une licence exclusive peut alors verrouiller l'accès au marché pour les preneurs tiers et permettre au preneur de conserver sa puissance de marché.

167. Les accords par lesquels deux parties ou plus se concèdent mutuellement des licences croisées et s'engagent à ne pas concéder de licences à des tiers posent des problèmes particuliers lorsque l'ensemble des technologies ainsi concédées aboutit à la création d'une norme industrielle de fait à laquelle les tiers doivent avoir accès pour devenir des concurrents effectifs sur le marché. Dans de tels cas, l'accord crée une norme fermée réservée aux parties. La Commission appréciera ces accords sur la base des mêmes principes que ceux appliqués aux accords de regroupement de technologies (voir section 4 ci-dessous). Elle exigera normalement que les technologies à la base d'une telle norme soient concédées à des tiers à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ([65]). Lorsque les parties à l'accord sont en concurrence avec des tiers sur un marché de produits existant et que l'accord porte sur ce marché, une norme fermée risque d'avoir des effets d'exclusion importants. L'incidence négative de ces accords sur la concurrence ne peut être évitée qu'en concédant également des licences à des tiers.

2.2.2. *Restrictions des ventes*

168. Il importe également d'opérer une distinction entre les accords de licence entre concurrents et entre non-concurrents en ce qui concerne les restrictions des ventes.

169. Les restrictions des ventes actives et passives par une ou plusieurs parties dans un accord réciproque entre concurrents sont des restrictions caractérisées de la concurrence en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c). Les restrictions des ventes imposées à l'une des parties dans un accord réciproque entre concurrents tombent sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3. Elles sont généralement considérées comme constituant une répartition du marché puisqu'elles empêchent la partie affectée de vendre ses produits activement et passivement sur des territoires et à des groupes d'acheteurs qu'elle approvisionnait effectivement ou aurait pu approvisionner de façon réaliste en l'absence de l'accord.

170. Dans le cas des accords non réciproques entre concurrents, l'exemption par catégorie s'applique aux restrictions des ventes actives et passives du preneur ou du donneur sur le territoire exclusif ou au groupe d'acheteurs exclusif réservés à l'autre partie [voir l'article 4, paragraphe 1, point c), sous iv)]. Au-delà du seuil de part de marché de 20 %, les restrictions des ventes

entre donneur et preneur relèvent de l'article 81, paragraphe 1, lorsque les deux parties ou l'une d'entre elles ont une forte puissance de marché. Il est cependant possible qu'elles soient indispensables à la diffusion de technologies précieuses et donc qu'elles remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3. Tel peut être le cas lorsque le donneur a une position de marché relativement faible sur le territoire sur lequel il exploite lui-même la technologie. Dans ces conditions, des restrictions relatives notamment aux ventes actives peuvent être indispensables pour inciter le donneur à accorder la licence. En leur absence, le donneur risquerait d'être confronté à une concurrence active dans son domaine d'activité principal. De même, des restrictions des ventes actives réalisées par le donneur peuvent être indispensables, notamment lorsque le preneur a une position de marché relativement faible sur le territoire qui lui est attribué et qu'il doit procéder à des investissements importants pour exploiter efficacement la technologie concédée.

171. L'exemption par catégorie couvre également les restrictions des ventes actives sur le territoire ou au groupe d'acheteurs attribués à un autre preneur, qui n'était pas un concurrent du donneur lorsqu'il a conclu l'accord de licence avec lui. Il faut toutefois impérativement que l'accord entre les parties en question soit non réciproque. Au-delà du seuil de part de marché, de telles restrictions des ventes actives sont susceptibles de relever de l'article 81, paragraphe 1, lorsque les parties ont une forte puissance de marché. Toutefois, la restriction est susceptible d'être indispensable au sens de l'article 81, paragraphe 3, pendant la période nécessaire au preneur protégé pour pénétrer sur un nouveau marché et établir une présence de marché sur le territoire attribué ou à l'égard du groupe d'acheteurs attribué. Cette protection contre les ventes actives permet au preneur de surmonter l'asymétrie à laquelle il est confronté en raison du fait que certains des preneurs sont des entreprises concurrentes du donneur et sont donc déjà établis sur le marché. Les restrictions des ventes passives des preneurs sur un territoire ou à un groupe d'acheteurs attribués à un autre preneur sont des restrictions caractérisées conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie.

172. Dans le cas des accords entre non-concurrents, les restrictions des ventes entre le donneur et un preneur peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie à concurrence du seuil de part de marché de 30 %. Au-delà de ce seuil, la restriction des ventes actives et passives réalisées par des preneurs sur des territoires ou à des groupes de clients réservés au donneur peut ne pas relever de l'article 81, paragraphe 1, si l'on peut parvenir à la conclusion, sur la base de facteurs objectifs, qu'en l'absence de restriction des ventes, il n'y aurait pas eu concession de la licence. On ne peut normalement pas attendre du propriétaire d'une technologie qu'il suscite l'arrivée de concurrents directs sur la base de sa propre technologie. Dans d'autres cas, les restrictions imposées aux ventes du preneur peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsque le donneur possède lui-même une grande puissance de marché ou lorsqu'il y a effet cumulatif d'accords similaires conclus par des donneurs qui détiennent ensemble une forte position sur le marché.

173. Les restrictions imposées aux ventes du donneur, lorsqu'elles relèvent de l'article 81, paragraphe 1, remplissent normalement les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, sauf lorsqu'il n'existe sur le marché aucune solution de remplacement réelle à la technologie du donneur ou lorsque ces solutions de remplacement sont concédées au preneur par des tiers. De telles restrictions, notamment celles relatives aux ventes actives, sont souvent indispensables au sens de l'article 81, paragraphe 3, pour inciter le preneur à investir dans la production, la commercialisation et la vente des produits comportant la technologie concédée. Il est probable que le preneur serait nettement moins incité à investir s'il devait se trouver confronté à la concurrence directe du donneur, dont les coûts de production ne sont pas grevés par les redevances à payer, ce qui pourrait conduire à des niveaux sous-optimaux d'investissement.

174. En ce qui concerne les restrictions des ventes entre preneurs dans des accords entre non-concurrents, le règlement accorde une exemption par catégorie aux ventes actives entre territoires ou groupes d'acheteurs. Au-delà du seuil de part de marché, la restriction des ventes actives entre les territoires et les groupes d'acheteurs des preneurs limite la concurrence intratechnologique et est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, si un preneur détient une forte puissance de marché. Toutefois, ce type de restrictions peut remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, lorsqu'elles sont nécessaires pour empêcher tout parasitisme et inciter le preneur à effectuer l'investissement nécessaire à l'exploitation efficace de la technologie concédée à l'intérieur de son territoire et à promouvoir les ventes des produits fabriqués sous licence. La restriction des ventes passives figure dans la liste des restrictions caractérisées mentionnées à l'article 4, paragraphe 2, point b), (voir point 101 ci-dessus) lorsqu'elle excède deux ans à compter de la date à laquelle le preneur bénéficiant des restrictions a commercialisé pour la première fois le produit comportant la technologie concédée sur son territoire exclusif. La restriction des ventes passives au-delà de cette période de deux ans ne remplit généralement pas les conditions mentionnées à l'article 81, paragraphe 3.

2.3. **Limitation de la production**

175. La limitation réciproque de la production dans le cadre d'accords de licence entre concurrents constitue une restriction caractérisée relevant de l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie (voir point 82 ci-dessus). Cette disposition ne couvre pas les limitations de la production imposées au preneur dans un accord non réciproque ou à l'un des preneurs dans un accord réciproque. De telles limitations bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Au-delà de ce seuil, les limitations de la production imposées au preneur peuvent restreindre la concurrence lorsque les parties ont une grande puissance de marché. L'article 81, paragraphe 3, est cependant susceptible de s'appliquer lorsque la technologie du donneur est sensiblement meilleure que celle du preneur et que la limitation de la production est fixée à un niveau nettement supérieur à celui de la production du preneur avant la conclusion de l'accord. Dans ce cas, l'incidence de la

limitation de la production est limitée, même sur les marchés sur lesquels la demande augmente. Lors de l'application de l'article 81, paragraphe 3, il convient également de tenir compte du fait que de telles restrictions peuvent être nécessaires pour inciter le donneur à diffuser sa technologie aussi largement que possible. Un donneur peut par exemple hésiter à concéder sa technologie à ses concurrents s'il n'a pas la possibilité de limiter la licence à un site de production déterminé ayant une capacité donnée (licence de site). Si l'accord de licence entraîne une réelle intégration d'actifs complémentaires, la limitation de la production du preneur peut remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Toutefois, cela ne sera probablement pas le cas si les parties disposent d'une forte puissance de marché.

176. La restriction de la production dans les accords de licence entre non-concurrents bénéficie d'une exemption par catégorie à concurrence du seuil de part de marché de 30 %. Le principal risque anticoncurrentiel lié à la limitation de la production des preneurs dans les accords entre non-concurrents est une réduction de la concurrence intratechnologique entre preneurs. L'importance de ces effets anticoncurrentiels dépend de la position détenue sur le marché par le donneur et par les preneurs, et de la mesure dans laquelle la limitation de la production empêche le preneur de satisfaire la demande de produits comportant la technologie concédée.

177. Lorsque la limitation de la production est associée avec des territoires exclusifs ou des groupes d'acheteurs exclusifs, les effets restrictifs se trouvent accrus. La réunion de ces deux types de restrictions augmente les probabilités que l'accord ait pour but de cloisonner le marché.

178. Les limitations de production imposées au preneur dans des accords entre non-concurrents peuvent également avoir des effets proconcurrentiels, lorsqu'elles favorisent la diffusion d'une technologie. En tant que fournisseur de technologie, le donneur devrait normalement être libre de déterminer la quantité de produits fabriqués par le preneur à partir de la technologie concédée. Si le donneur n'était pas libre de déterminer la production du preneur, un certain nombre d'accords de licence ne verraient jamais le jour, ce qui aurait une incidence négative sur la diffusion des technologies nouvelles. Cela risque notamment d'être le cas lorsque le donneur est également un producteur, car la production des preneurs peut alors se retrouver sur le principal territoire d'activités du donneur et avoir ainsi une incidence directe sur ces activités. En revanche, la limitation de la production est sans doute moins nécessaire pour garantir la diffusion de la technologie du donneur lorsqu'elle est associée à une limitation des ventes du preneur interdisant à celui-ci de vendre ses produits sur un territoire ou à un groupe d'acheteurs réservés au donneur.

2.4. **Limitation du domaine d'utilisation**

179. Lorsqu'il y a limitation du domaine d'utilisation, la licence est limitée soit à un ou plusieurs domaines techniques d'application soit à un ou plusieurs marchés de produits. Il existe de nombreux cas dans lesquels une même technologie peut être utilisée pour fabriquer différents produits ou peut être intégrée à des produits appartenant à des marchés de produits différents. Une nouvelle technologie de moulage peut par exemple être utilisée pour fabriquer des bouteilles et des verres en plastique, deux produits appartenant à des marchés différents. Un marché de produits unique peut cependant comprendre plusieurs domaines techniques d'utilisation. Une nouvelle technologie des moteurs peut par exemple être utilisée dans des moteurs à quatre et à six cylindres. De même, une technologie de fabrication de chipsets (jeux de puces) pourrait être employée pour produire des chipsets supportant jusqu'à quatre processeurs et d'autres pour plus de quatre processeurs. Une licence limitant l'utilisation de la technologie concédée à la production, par exemple, de moteurs à quatre cylindres et de chipsets supportant un maximum de quatre processeurs constitue une limitation du domaine technique d'utilisation.

180. Les limitations du domaine d'utilisation bénéficiant d'une exemption par catégorie et certaines restrictions liées aux acheteurs étant des restrictions caractérisées conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), et à l'article 4, paragraphe 2, point b), du règlement d'exemption par catégorie, il importe de distinguer les deux catégories de restrictions. Une restriction liée aux acheteurs présuppose l'identification de groupes d'acheteurs spécifiques et la limitation des ventes, par les parties, à ces groupes. Le fait qu'une limitation du domaine technique d'utilisation corresponde à certains groupes d'acheteurs au sein d'un marché de produits ne signifie pas qu'elle doit être considérée comme une restriction liée aux acheteurs. Par exemple, le fait que certains acheteurs achètent principalement ou exclusivement des chipsets supportant plus de quatre processeurs ne signifie pas qu'une licence limitée aux chipsets gérant un maximum de quatre processeurs constitue une restriction liée aux acheteurs. Le domaine d'utilisation doit cependant être défini d'une manière objective par référence aux caractéristiques techniques identifiées et importantes du produit sous licence.

181. Une limitation du domaine d'utilisation limite l'exploitation de la technologie concédée par le preneur à un ou plusieurs domaines d'utilisation déterminés, sans limiter la capacité du donneur à exploiter cette technologie. En outre, comme les territoires, ces domaines d'utilisation peuvent être attribués au preneur dans le cadre d'une licence exclusive ou unique. Des limitations du domaine d'utilisation combinées à une licence exclusive ou unique restreignent également la capacité du donneur à exploiter sa propre technologie en l'empêchant de l'exploiter lui-même, y compris par l'octroi de licences à des tiers. Dans le cas d'une licence unique, seule la concession de licences à des tiers est limitée. Des limitations du domaine d'utilisation associées à des licences exclusives et uniques sont traitées de la même manière que les licences exclusives et uniques examinées à la section 2.2.1 ci-dessus. Cela signifie notamment, en ce qui concerne la concession de licences entre concurrents, que la concession réciproque de licences exclusives constitue une restriction caractérisée en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c).

182. Les limitations du domaine d'utilisation peuvent avoir des effets favorables à la concurrence en encourageant le donneur à concéder sa technologie sous licence pour des applications ne relevant pas de son domaine d'activité principal. Si le donneur ne pouvait pas empêcher les preneurs d'opérer dans les domaines où il exploite lui-même sa technologie ou dans ceux où la valeur de la technologie n'est pas encore bien établie, il n'aurait probablement plus aucun intérêt à concéder des licences ou serait amené à réclamer des redevances plus élevées. Il convient également de tenir compte du fait que, dans certains secteurs, des licences sont souvent concédées pour garantir la liberté de conception en évitant les recours pour violation des droits de propriété intellectuelle. Dans le cadre de la licence, le preneur peut développer sa propre technologie sans craindre que le donneur introduise de tels recours.

183. Les limitations du domaine d'utilisation imposées aux preneurs dans les accords entre concurrents réels ou potentiels bénéficient de l'exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Le principal problème de concurrence dans le cas de telles restrictions est le risque que le preneur cesse d'être une force concurrentielle en dehors du domaine d'utilisation concédé. Ce risque est plus élevé dans le cas d'accords de licences croisées entre concurrents prévoyant des limitations asymétriques du domaine d'utilisation. Une limitation du domaine d'utilisation est asymétrique lorsque l'une des parties est autorisée à utiliser la technologie concédée sur un marché de produits ou dans un domaine technique d'utilisation et que l'autre partie est autorisée à utiliser l'autre technologie concédée sur un autre marché de produits ou dans un autre domaine technique d'utilisation. Des problèmes de concurrence peuvent notamment se poser lorsque le preneur utilise également ses installations de production, équipées en vue de l'utilisation de la technologie concédée, pour fabriquer des produits avec sa propre technologie en dehors du domaine d'utilisation concédé. Si l'accord est susceptible d'inciter le preneur à réduire sa production en dehors du domaine d'utilisation concédé, il est probable qu'il relève de l'article 81, paragraphe 1. Les limitations symétriques du domaine d'utilisation, c'est-à-dire les accords par lesquels les parties obtiennent des licences en vue de l'utilisation de leurs technologies mutuelles dans le ou les mêmes domaines d'utilisation, ont peu de chances d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Il est peu probable que de tels accords restreignent la concurrence qui existait en leur absence. Il est également peu probable que l'article 81, paragraphe 1, s'applique aux accords permettant seulement au preneur de développer et d'exploiter sa propre technologie dans le domaine couvert par la licence sans craindre que le donneur introduise de recours pour violation de ses droits de propriété intellectuelle. Dans ces conditions, les limitations du domaine d'utilisation ne restreignent pas en soi la concurrence qui existait avant la conclusion de l'accord. En l'absence de l'accord, le preneur s'exposait également à des recours en dehors du domaine d'utilisation concédé. Si toutefois, sans raison commerciale, le preneur met un terme à ses activités en dehors du domaine d'utilisation concédé, ou qu'il les réduit, cela peut laisser penser qu'il y a un accord sous-jacent de répartition du marché équivalant à une restriction caractérisée conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie.

184. Les restrictions du domaine d'utilisation imposées au preneur et au donneur dans des accords entre non-concurrents bénéficient de l'exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 30 %. La limitation du domaine d'utilisation dans les accords entre non-concurrents dans lesquels le donneur se réserve un ou plusieurs marchés de produits ou domaines d'utilisation techniques ne restreint généralement pas la concurrence et est propice aux gains d'efficience. Elle favorise la diffusion de technologies nouvelles en incitant le donneur à accorder des licences d'exploitation pour les domaines dans lesquels il ne souhaite pas exploiter lui-même la technologie concernée. Si le donneur ne pouvait pas empêcher les preneurs d'opérer dans les domaines dans lesquels il exploite lui-même sa technologie, il n'aurait probablement plus aucun intérêt à concéder des licences.

185. Dans les accords entre non-concurrents, le donneur est normalement aussi habilité à accorder à des preneurs différents des licences uniques ou exclusives limitées à un ou plusieurs domaines d'utilisation. Ces restrictions limitent la concurrence intratechnologique entre preneurs de la même façon que les licences exclusives et sont analysées de la même manière (voir section 2.2.1 ci-dessus).

2.5. **Obligation d'usage captif**

186. Une obligation d'usage captif est une obligation imposée au preneur de limiter sa production des produits en cause aux quantités requises pour la production de ses propres produits ainsi que pour l'entretien et la réparation de ses produits. En d'autres termes, ce type de limitation de l'usage se traduit par l'obligation imposée au preneur de n'utiliser les produits comportant la technologie concédée que comme facteurs de production destinés à être intégrés à sa propre production, mais ne couvre pas la vente des produits sous licence en vue de leur intégration dans ceux d'autres producteurs. L'obligation d'usage captif bénéficie d'une exemption par catégorie à concurrence des seuils de part de marché respectifs de 20 % et 30 %. Lorsque les accords concernés ne peuvent pas bénéficier de l'exemption par catégorie, il convient d'examiner quels sont les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels des restrictions en cause. À cet égard, une distinction doit être opérée entre accords entre concurrents et accords entre non-concurrents.

187. Dans le cas des accords de licence entre concurrents, une restriction imposant au preneur de ne fabriquer les produits faisant l'objet de la licence que pour les intégrer à ses propres produits l'empêche de fournir les composants en question à des producteurs tiers. Si avant que l'accord ne soit conclu, le preneur n'était pas un fournisseur réel ou potentiel de ces composants à d'autres producteurs, l'obligation d'usage captif ne changera rien à la situation. Dans ce cas, la restriction est appréciée de la même façon que dans le cas des accords entre non-concurrents. Si, en revanche, le preneur est un fournisseur réel ou potentiel de composants, il convient d'examiner l'incidence de l'accord sur cette activité. Si en s'équipant en vue de l'utilisation de la technologie du donneur, le preneur cesse d'utiliser sa propre technologie de façon autonome et donc d'être un fournisseur de composants, l'accord restreint la concurrence qui existait avant sa conclusion. Cela peut entraîner des effets négatifs graves sur le marché lorsque le donneur a une grande puissance de marché sur le marché des composants.

188. En ce qui concerne les accords de licence entre non-concurrents, les obligations d'usage captif peuvent comporter deux grands risques pour la concurrence: a) une restriction de la concurrence intratechnologique sur le marché de la fourniture des facteurs de production et b) une exclusion de l'arbitrage entre preneurs, qui confère au donneur une plus grande possibilité d'imposer des redevances discriminatoires aux preneurs.

189. Toutefois, l'obligation d'usage captif peut également favoriser la concurrence. Si le donneur est un fournisseur de composants, la restriction peut être nécessaire pour que la technologie puisse être diffusée entre non-concurrents. En l'absence de restriction, il est possible que le preneur n'accorde pas de licence ou qu'il ne l'accorde qu'en contrepartie de redevances plus élevées, parce que, dans le cas contraire, cela ferait apparaître des concurrents directs sur le marché de composants. Dans de tels cas, une obligation d'usage captif est normalement soit non restrictive de la concurrence soit couverte par l'article 81, paragraphe 3. Toutefois, il faut impérativement que le preneur ait toute liberté de vendre les produits en cause en tant que pièces de rechange pour ses propres produits. Il doit être en mesure d'assurer le service après-vente pour ses propres produits, y compris par le biais de sociétés de service après-vente indépendantes qui entretiennent et réparent ses produits.

190. Lorsque le donneur n'est pas un fournisseur de composants sur le marché en cause, la raison justifiant l'obligation d'usage captif mentionnée ci-dessus est sans objet. Dans de tels cas, une obligation d'usage captif peut en principe favoriser la diffusion de la technologie, en garantissant que les preneurs ne vendront pas les composants à des producteurs qui sont en concurrence avec le donneur sur d'autres marchés. Toutefois, il existe alors normalement une autre solution moins restrictive, qui consiste à imposer au preneur de ne pas vendre à certains groupes de clients réservés au donneur. Par conséquent, dans de tels cas, une obligation d'usage captif n'est normalement pas nécessaire pour que la technologie puisse être diffusée.

2.6. **Licences liées et licences groupées**

191. Dans le domaine des licences de technologie, des licences peuvent être liées lorsque le donneur subordonne la concession d'une technologie (le produit liant) au fait que le preneur prenne également une licence pour une autre technologie ou achète un produit au donneur ou à une personne désignée par lui (le produit lié). Il y a licences groupées lorsque deux technologies ou une technologie et un produit ne sont vendus que conjointement, dans le cadre d'une vente groupée. Toutefois, dans les deux cas, il faut impérativement que les produits et les technologies en cause soient distincts en ce sens qu'il existe une demande distincte pour chacun des produits et des technologies faisant l'objet des licences liées ou groupées. Ce n'est normalement pas le cas lorsque les technologies ou les produits sont liés par la force des choses de façon telle qu'il soit impossible d'exploiter la technologie concédée sans le produit lié ou l'une des parties des technologies ou produits groupés sans l'autre partie. Dans les paragraphes qui suivent, les termes «licences liées» désigneront tant les licences liées que les licences groupées.

192. L'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, qui limite l'application de l'exemption par catégorie par des seuils de parts de marché, garantit que les licences liées et les licences groupées ne bénéficieront pas de l'exemption par catégorie au-delà des seuils de parts de marché de 20 % pour les accords entre concurrents et de 30 % pour les accords entre non-concurrents. Les seuils s'appliquent à tout marché de technologies ou de produits en cause affecté par l'accord de licence, y compris le marché du produit lié. Au-delà de ces seuils, il est nécessaire de peser les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels de l'accord.

193. Le principal effet restrictif des licences liées est d'exclure les fournisseurs concurrents du produit lié. Les licences liées peuvent également permettre au donneur de maintenir une puissance de marché sur le marché du produit liant en élevant des barrières à l'entrée, puisqu'elles peuvent contraindre les nouveaux arrivants à pénétrer sur plusieurs marchés à la fois. En outre, elles peuvent permettre au donneur d'augmenter les redevances, notamment lorsque le produit liant et le produit lié sont partiellement substituables et que les deux produits ne sont pas utilisés dans des proportions fixes. Les licences liées empêchent le preneur de passer à des produits de substitution lorsqu'il y a augmentation des redevances pour le produit liant. Ces problèmes de concurrence sont indépendants du fait que les parties à l'accord soient ou non des concurrents. Pour que les licences liées soient susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels, le donneur doit posséder une puissance de marché pour les produits liants, afin de pouvoir restreindre la concurrence sur les produits liés. En l'absence de puissance de marché pour le produit liant, le donneur ne peut pas utiliser sa technologie dans le but anticoncurrentiel d'exclure les fournisseurs du produit lié. En outre, comme dans le cas des obligations de non-concurrence, le lien doit couvrir une certaine proportion du marché du produit lié pour qu'il puisse y avoir un verrouillage sensible du marché. Lorsque le donneur dispose d'une certaine puissance sur le marché du produit lié plutôt que sur celui du produit liant, la restriction est considérée comme une clause de non-concurrence ou une obligation quantitative, en raison du fait que tout problème de concurrence a son origine sur le marché du produit «lié» et non du produit «liant» ([66]).

194. Les licences liées peuvent également entraîner des gains d'efficience. C'est par exemple le cas lorsque le produit lié est nécessaire pour que la technologie concédée puisse être exploitée de façon techniquement satisfaisante ou pour garantir que la production soit conforme aux normes de qualité observées par le donneur et par les autres preneurs. Normalement, dans de tels cas, les licences liées soit ne restreignent pas la concurrence soit sont couvertes par l'article 81, paragraphe 3. Lorsque les preneurs utilisent la marque ou le nom du donneur ou lorsqu'il est clair, pour les consommateurs, qu'il existe un lien entre le produit comportant la technologie concédée et le donneur, il est légitime que le donneur s'assure que la qualité des produits soit telle qu'elle ne porte pas atteinte à sa technologie ou à sa réputation en tant qu'opérateur économique. En outre, lorsque les consommateurs savent que les preneurs (et le donneur) fabriquent les produits à partir de la même technologie, il est peu probable que les preneurs accepteraient de prendre une licence si la technologie n'était pas exploitée par tous d'une façon techniquement satisfaisante.

195. Les licences liées peuvent également favoriser la concurrence lorsque le produit lié permet au preneur d'exploiter la technologie concédée de façon beaucoup plus efficace. Par exemple, lorsque le donneur concède une technologie portant sur un processus particulier, les parties peuvent également convenir que le preneur achètera au donneur un catalyseur mis au point pour être utilisé avec la technologie concédée et qui permet d'exploiter celle-ci de façon plus efficace que d'autres catalyseurs. Lorsqu'une restriction de ce type entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, sont susceptibles d'être remplies, même lorsque les parts de marché sont supérieures aux seuils fixés dans le règlement d'exemption par catégorie.

2.7. **Obligations de non-concurrence**

196. Dans le contexte des accords de technologie, les obligations de non-concurrence consistent à imposer au preneur de ne pas utiliser des technologies appartenant à des tiers qui seraient en concurrence avec la technologie concédée. Lorsque l'obligation de non-concurrence couvre un produit ou une technologie supplémentaire fournis par le donneur, l'obligation relève de la section précédente relative aux licences liées.

197. Le règlement d'exemption par catégorie exempte les obligations de non-concurrence à la fois pour les accords entre concurrents et pour les accords entre non-concurrents jusqu'aux seuils de parts de marché de 20 % et 30 % respectivement.

198. Le principal risque que les obligations de non-concurrence posent pour la concurrence est l'élimination de technologies appartenant à des tiers. Elles peuvent également faciliter la collusion entre donneurs lorsqu'il y a usage cumulatif. L'exclusion de technologies concurrentes réduit les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les redevances facturées par le donneur et limite aussi la concurrence entre les technologies en place en réduisant les possibilités de passage d'une technologie à l'autre qu'ont les preneurs. Les accords entre concurrents et les accords entre non-concurrents peuvent généralement être analysés de la même manière, dans la mesure où dans les deux cas, c'est l'exclusion des autres technologies qui constitue le principal problème. Toutefois, dans le cas d'un accord de licences croisées entre concurrents dans lequel les deux parties conviennent de ne pas utiliser des technologies appartenant à des tiers, l'accord peut faciliter une collusion entre elles sur le marché de produits, ce qui justifie la fixation d'un seuil de part de marché plus faible de 20 %.

199. Il peut y avoir verrouillage du marché lorsqu'une partie importante des preneurs potentiels sont déjà liés à une ou, dans le cas d'effets cumulatifs, à plusieurs sources technologiques et n'ont pas la possibilité d'exploiter des technologies concurrentes. Un verrouillage peut être provoqué par des accords conclus par un seul donneur disposant d'une grande puissance de marché ou par l'effet cumulatif d'accords conclus par plusieurs donneurs, même lorsque chaque accord individuel ou réseau individuel d'accords est couvert par le règlement d'exemption par catégorie. Dans ce dernier cas, toutefois, un effet cumulatif grave n'est guère susceptible de se produire tant que la proportion du marché lié par les accords est inférieure à 50 %. Au-delà de ce seuil, il risque d'y avoir un verrouillage sensible du marché lorsque les barrières à l'entrée de nouveaux preneurs sont relativement élevées. Si ces barrières sont faibles, de nouveaux preneurs pourront pénétrer sur le marché et exploiter commercialement des technologies attrayantes détenues par des tiers, et constituer ainsi une réelle alternative aux preneurs en place. Afin de déterminer quelles sont les possibilités réelles d'entrée et d'expansion dont disposent les tiers, il convient également de tenir compte de la mesure dans laquelle les distributeurs sont liés aux preneurs par des obligations de non-concurrence. En effet, les technologies appartenant à des tiers n'auront de réelles possibilités de pénétrer sur le marché que si elles ont accès aux actifs de production et de distribution nécessaires. En d'autres termes, la facilité d'accès dépend non seulement de l'existence d'un nombre suffisant de preneurs, mais également de la mesure dans laquelle ils ont accès à la distribution. Pour apprécier les effets de verrouillage au niveau de la distribution, la Commission utilisera le cadre d'analyse exposé à la section IV.2.1 des lignes directrices sur les restrictions verticales ([67]).

200. Lorsque le donneur détient une forte puissance de marché, toute obligation imposée aux preneurs de n'acquérir la technologie qu'auprès du donneur peut entraîner des effets de verrouillage sensibles. Plus la position détenue par le donneur sur le marché est forte, plus le risque d'exclusion des technologies concurrentes est élevé. Pour que les effets de verrouillage soient sensibles, il n'est pas nécessaire que les obligations de non-concurrence couvrent une partie substantielle du marché; il suffit quelles visent les entreprises qui sont le plus susceptibles de concéder des technologies concurrentes. Le risque de verrouillage est particulièrement élevé lorsqu'il y a seulement un nombre limité de preneurs potentiels et lorsque l'accord de licence porte sur une technologie utilisée par les preneurs comme facteur de production pour leurs propres produits. Dans ces conditions, il est probable que les barrières à l'entrée pour un nouveau donneur soient élevées. Le verrouillage est peut-être moins probable lorsque la technologie est utilisée pour fabriquer un produit vendu à des tiers; bien que la restriction pèse alors également sur la capacité de production des produits en question, elle ne pèse pas sur la demande de produits comportant les facteurs de production produits à partir de la technologie concédée. Dans de tels cas, les donneurs ont seulement besoin, pour pénétrer sur le marché, d'avoir accès à un ou plusieurs preneurs ayant une capacité de production appropriée, et sauf lorsque quelques entreprises seulement possèdent ou sont capables d'obtenir les actifs nécessaires pour prendre une licence, il est peu probable qu'en imposant des obligations de non-concurrence à ses preneurs, le donneur soit en mesure d'empêcher des concurrents d'avoir accès à des preneurs efficients.

201. Des obligations de non-concurrence peuvent également avoir des effets proconcurrentiels. Premièrement, elles peuvent favoriser la diffusion des technologies en réduisant le risque d'appropriation frauduleuse de la technologie concédée, notamment du savoir-faire. Si un preneur est autorisé à obtenir des licences sur des technologies concurrentes appartenant à des tiers, il existe un risque qu'un savoir-faire particulier obtenu sous licence soit utilisé pour l'exploitation de technologies concurrentes et bénéficie ainsi à des concurrents. Lorsqu'un preneur exploite également des technologies concurrentes, cela rend normalement aussi le contrôle du paiement des redevances plus difficile, ce qui pourrait inciter les donneurs à ne pas concéder de licence.

202. Deuxièmement, les obligations de non-concurrence, éventuellement associées à un territoire exclusif, peuvent être nécessaires pour qu'un preneur soit incité à investir dans la technologie concédée et à l'exploiter efficacement. Lorsque l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, en raison d'un verrouillage sensible, il peut être nécessaire, pour bénéficier de l'article 81, paragraphe 3, de choisir une option moins restrictive consistant par exemple à imposer des obligations de production minimale ou de redevances, deux solutions qui comportent un risque moindre d'exclusion des technologies concurrentes.

203. Troisièmement, lorsque le donneur s'engage à faire des investissements importants en faveur du preneur, par exemple dans des actions de formation ou dans une adaptation de la technologie concédée aux besoins du preneur, des obligations de non-concurrence ou, en lieu et place de celles-ci, une obligation de production minimale ou de redevances minimales, peuvent s'avérer nécessaires pour inciter le donneur à consentir ces investissements et éviter qu'il y renonce. Toutefois, le donneur aura normalement la possibilité de facturer directement ces investissements sous forme de paiement d'une somme forfaitaire, ce qui montre que des alternatives moins restrictives sont envisageables.

3. **Accords de règlement et de non-revendication**

204. La concession de licences peut servir d'instrument de règlement des litiges ou à éviter que l'une des parties exerce ses droits de propriété intellectuelle en vue d'empêcher l'autre partie d'exploiter sa propre technologie. Les licences, y compris les licences croisées, dans le cadre d'accords de règlement ou de non-revendication ne constituent pas en soi une restriction de la concurrence, puisqu'elles permettent aux parties d'exploiter leurs technologies après la conclusion de l'accord. Toutefois, certaines conditions énoncées dans de tels accords peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Les accords de licence dans le cadre d'accords de règlement sont traités de la même manière que d'autres accords de licence. Dans le cas de technologies qui, d'un point de vue technique, sont des substituts, il convient donc d'apprécier dans quelle mesure les technologies en question peuvent se trouver dans une situation de blocage unilatéral ou bilatéral (voir le point 32 ci-dessus). Si tel est le cas, les parties ne sont pas considérées comme des concurrents.

205. L'exemption par catégorie est applicable, sous réserve que l'accord ne contienne pas de restrictions caractérisées de la concurrence au sens de l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie. La liste des restrictions caractérisées figurant à l'article 4, paragraphe 1, peut notamment s'appliquer lorsque les parties étaient conscientes de l'absence de toute situation de blocage et qu'elles sont donc des concurrents. Dans ces conditions, le règlement est seulement un moyen de restreindre la concurrence qui existait en l'absence de l'accord.

206. Dans les cas où le preneur serait probablement exclu du marché si la licence n'existait pas, l'accord est généralement favorable à la concurrence. Les restrictions limitant la concurrence intratechnologique entre le donneur et le preneur sont souvent compatibles avec l'article 81 (voir section 2 ci-dessus).

207. Les accords par lesquels les parties se concèdent des licences croisées et imposent des restrictions concernant l'utilisation de leurs technologies, y compris des restrictions relatives à la concession de licences à des tiers, peuvent relever de l'article 81, paragraphe 1. Lorsque les parties ont une forte puissance de marché et que l'accord impose des restrictions allant manifestement au-delà de ce qui est nécessaire pour débloquer la situation, l'accord est susceptible de relever de l'article 81, paragraphe 1, même s'il est probable qu'il existe une situation de blocage mutuel. L'article 81, paragraphe 1, est notamment susceptible de s'appliquer lorsque les parties se répartissent les marchés ou fixent des redevances courantes réciproques ayant une incidence sensible sur les prix du marché.

208. Lorsque l'accord autorise les parties à utiliser leurs technologies respectives et s'étend à des développements futurs, il convient d'apprécier son incidence sur l'incitation des parties à innover. Dans les cas où les parties détiennent une forte position sur le marché, l'accord est susceptible de relever de l'article 81, paragraphe 1, s'il les empêche d'acquérir de l'avance l'une par rapport à l'autre. Les accords qui suppriment ou limitent considérablement les possibilités de l'une des parties d'acquérir de l'avance par rapport à l'autre réduisent l'incitation à innover et portent donc atteinte à une partie essentielle du jeu de la concurrence. Ce type d'accords a également peu de chances de remplir les conditions mentionnées à l'article 81, paragraphe 3. Il est particulièrement improbable que la restriction puisse être considérée comme indispensable au sens de la troisième condition de l'article 81, paragraphe 3. La réalisation de l'objectif de l'accord, à savoir la garantie qu'une partie puisse continuer à exploiter sa propre technologie sans être gênée par l'autre, ne requiert pas que les parties conviennent de partager les innovations futures. Toutefois, il est peu probable que les parties se voient empêchées d'acquérir de l'avance l'une par

rapport à l'autre lorsque la licence a pour objet de leur permettre de développer leurs technologies respectives et qu'elle ne les conduit pas à utiliser les mêmes solutions technologiques. De tels accords créent seulement une liberté de conception en empêchant de futurs recours de l'autre partie pour violation de ses droits.

209. Dans le cadre d'un accord de règlement et de non-revendication, des clauses de non-contestation sont généralement considérées comme ne relevant pas de l'article 81, paragraphe 1. Une caractéristique propre à de tels accords est que les parties conviennent de ne pas contester a posteriori les droits de propriété intellectuelle qu'ils couvrent. En effet, le véritable objectif de l'accord est de régler les litiges existants et/ou d'éviter des litiges futurs.

4. **Accords de regroupement de technologies**

210. Les accords de regroupement de technologies sont des accords par lesquels deux parties ou plus regroupent un ensemble de technologies qui sont concédées non seulement aux parties à l'accord, mais aussi à des tiers. Sur le plan structurel, les accords de regroupement de technologies peuvent prendre la forme de simples arrangements entre un nombre limité de parties ou d'accords à la structure plus complexe, dans lesquels l'organisation de la concession des licences relatives aux technologies regroupées est confiée à une entité distincte. Dans les deux cas, l'accord peut autoriser les preneurs à opérer sur le marché sur la base d'une licence unique.

211. Il n'y a pas de lien systématique entre les accords de regroupement de technologies et les normes, mais, dans certains cas, les technologies en cause couvrent (entièrement ou en partie) une norme industrielle de fait ou de droit. Lorsque de tels accords couvrent des normes industrielles, ce n'est pas nécessairement une norme unique. Des accords de regroupement de technologies différents peuvent couvrir des normes concurrentes ([68]).

212. Les accords créant des regroupements de technologies et définissant les conditions de leur fonctionnement ne sont pas couverts par l'exemption par catégorie, quel que soit le nombre des parties concernées (voir section III.2.2 ci-dessus). De tels accords ne sont examinés que dans les présentes lignes directrices. Les regroupements de technologies posent un certain nombre de problèmes spécifiques liés à la sélection des technologies choisies et au fonctionnement de l'accord, qui ne se posent pas dans le cas des autres types d'accords de licence. Les licences individuelles accordées par les parties à des preneurs tiers, toutefois, sont traitées comme les autres accords de licence et peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie lorsque les conditions mentionnées dans le règlement d'exemption par catégorie sont remplies, y compris les conditions figurant à l'article 4, qui concernent les restrictions caractérisées.

213. Les accords de regroupement de technologies peuvent restreindre la concurrence. De tels accords impliquent nécessairement la vente en commun des technologies regroupées ce qui, lorsqu'il s'agit uniquement ou principalement de technologies pouvant se substituer les unes aux autres, constitue une entente portant sur la fixation des prix. De plus, outre le fait qu'ils réduisent la concurrence entre les parties, les regroupements de technologies peuvent également avoir pour effet, notamment lorsqu'ils couvrent une norme industrielle ou créent une norme industrielle de fait, de réduire l'innovation en excluant d'autres technologies du marché. L'existence de la norme et des technologies regroupées qui y sont liées peut rendre plus difficile la pénétration sur le marché de technologies nouvelles et améliorées.

214. Les regroupements de technologies peuvent également être favorables à la concurrence, notamment en réduisant les coûts des opérations et en limitant les redevances cumulatives afin d'éviter une double marginalisation. Le regroupement permet la concession en une seule opération des licences relatives aux technologies concernées. Cela est particulièrement important dans les secteurs où ce sont les droits de propriété intellectuelle qui prévalent et où, pour pouvoir opérer sur le marché, les preneurs doivent obtenir des licences d'un nombre important de donneurs. Lorsqu'ils bénéficient d'un service continu pour l'application de la technologie concédée, le regroupement des licences et des services peut entraîner des réductions de coûts supplémentaires.

4.1. **Nature des technologies regroupées**

215. Les risques que les regroupements de technologie peuvent poser sur le plan de la concurrence, ainsi que leur capacité à améliorer les gains d'efficience, dépendent dans une large mesure du rapport entre les technologies regroupées et les autres technologies. Il convient d'opérer deux distinctions fondamentales: a) entre les compléments technologiques et les substituts technologiques et b) entre les technologies essentielles et les technologies non essentielles.

216. Deux technologies ([69]) constituent des *compléments*, mais non des *substituts*, lorsqu'elles sont toutes deux nécessaires pour fabriquer le produit ou réaliser le processus auxquels les technologies s'appliquent. Inversement, deux technologies constituent des substituts lorsque chacune d'entre elles permet au preneur de fabriquer le produit ou de réaliser le processus auxquels les technologies s'appliquent. Une technologie est considérée comme *essentielle*, par opposition à une technologie *non essentielle*, s'il n'existe pas de substitut pour cette technologie parmi les technologies regroupées ou parmi les autres, et si la technologie en question constitue une partie nécessaire de l'ensemble des technologies regroupées pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels le regroupement s'applique. Une technologie pour laquelle il n'existe pas de substitut reste essentielle tant qu'elle est couverte par au moins un droit de propriété intellectuelle valable. Des technologies essentielles sont nécessairement des technologies complémentaires.

217. Lorsque les technologies regroupées sont des substituts, les redevances sont susceptibles d'être plus élevées, parce que les preneurs ne peuvent pas profiter de la rivalité entre ces technologies. Lorsque les technologies sont des compléments, l'accord réduit les coûts de transaction et peut entraîner des redevances globalement plus faibles, parce que les parties sont en mesure de fixer des redevances communes pour l'ensemble des technologies regroupées, au lieu de fixer chacune des redevances ne tenant pas compte de celles fixées par les autres.

218. La distinction entre les technologies complémentaires et les technologies de substitution n'est pas toujours tranchée, car les technologies peuvent être en partie des substituts et en partie des compléments. Lorsque, en raison des gains d'efficience qui résulteront de l'intégration de deux technologies, les preneurs sont susceptibles de vouloir les utiliser toutes les deux, les technologies sont traitées comme des compléments, même si elles sont partiellement substituables l'une à l'autre. Dans de tels cas, il est probable que s'il n'y avait pas regroupement des technologies, les preneurs chercheraient à obtenir des licences pour les deux technologies en raison des avantages économiques que cela pourrait leur procurer par rapport à l'utilisation d'une seule d'entre elles.

219. L'inclusion de substituts dans l'accord de regroupement restreint la concurrence intertechnologique et produit les mêmes résultats que des licences groupées collectives. En outre, lorsque les technologies regroupées sont en grande partie des substituts, l'accord équivaut à un accord de fixation des prix entre concurrents. D'une manière générale, la Commission estime que l'inclusion de substituts dans des technologies regroupées constitue une violation de l'article 81, paragraphe 1, et qu'il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies dès lors que les technologies regroupées comportent de nombreux substituts. Étant donné que les technologies en question peuvent se substituer l'une à l'autre, l'inclusion des deux n'entraîne aucune réduction des coûts de l'opération. En l'absence du regroupement, les preneurs n'auraient pas demandé à bénéficier des deux technologies. Il ne suffit pas que les parties demeurent libres de concéder des licences de façon indépendante, car elles auront peu d'intérêt à le faire si elles ne veulent pas saper les effets du regroupement qui leur permet d'exercer conjointement leur puissance de marché.

220. Lorsque l'accord ne comprend que des technologies qui sont essentielles et qui sont donc nécessairement aussi complémentaires, il n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la position des parties sur le marché. Toutefois, les conditions auxquelles les licences sont accordées peuvent entrer dans le champ d'application de cette disposition.

221. Lorsque l'accord porte sur des brevets non essentiels, mais complémentaires, il y a un risque d'exclusion des technologies de tiers. Dès lors qu'une technologie est couverte par l'accord et concédée en tant que partie de l'ensemble des technologies regroupées, les preneurs auront probablement peu d'intérêt à prendre une licence pour une technologie concurrente, puisque la redevance payée pour les technologies regroupées couvre déjà un substitut. En outre, l'inclusion de technologies qui ne sont pas nécessaires pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels s'appliquent les technologies regroupées contraint également les preneurs à payer pour des technologies dont ils n'ont peut-être pas besoin. L'inclusion de brevets complémentaires équivaut donc à des licences groupées collectives. Lorsque des technologies regroupées englobent des technologies non essentielles, l'accord risque d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, dès lors que les parties à l'accord détiennent des parts importantes sur l'un des marchés en cause.

222. Les technologies complémentaires et de substitution pouvant être mises au point après la création du regroupement, l'appréciation du caractère essentiel est un processus continu. Une technologie peut par conséquent devenir non essentielle après la création du regroupement en raison de l'émergence de nouvelles technologies tierces. L'une des manières d'empêcher l'exclusion de ces technologies tierces est d'exclure du regroupement les technologies devenues non essentielles. Il peut cependant y avoir d'autres moyens d'empêcher l'exclusion des technologies des tiers. Lors de l'appréciation d'accords de regroupement de technologies comprenant des technologies non essentielles, c'est-à-dire des technologies pour lesquelles il existe des substituts en dehors de l'accord ou qui ne sont pas nécessaires pour produire un ou plusieurs produits auxquels l'accord s'applique, la Commission tiendra notamment compte, dans son appréciation globale, des facteurs suivants:

a) le fait qu'il existe des raisons proconcurrentielles d'inclure les technologies non essentielles dans l'accord;

b) le fait que les donneurs gardent la liberté de concéder leurs technologies respectives de façon indépendante. Lorsque l'accord comprend un nombre limité de technologies et qu'il existe des substituts en dehors de l'accord, les preneurs peuvent souhaiter constituer leur propre ensemble technologique composé en partie de technologies faisant partie de l'accord et en partie de technologies détenues par des tiers;

c) le fait que, lorsque les technologies regroupées donnent lieu à des applications différentes, dont certaines ne requièrent pas l'utilisation de toutes les technologies, elles ne puissent être concédées que globalement, ou que des ensembles séparés soient proposés pour des applications distinctes. Dans ce dernier cas, on évite de lier des technologies non essentielles pour un produit ou un processus déterminé et des technologies essentielles;

d) le fait que les technologies regroupées ne puissent être concédées que globalement ou que les preneurs aient la possibilité d'obtenir une licence pour une partie seulement d'entre elles, avec une réduction correspondante de la redevance. La possibilité d'obtenir une licence pour une partie des technologies seulement peut réduire le risque d'exclusion du marché de technologies appartenant à des tiers et qui ne sont pas couvertes par l'accord, notamment si le preneur obtient une réduction correspondante des redevances. Cela nécessite une ventilation des redevances globales en fonction de chacune des technologies couvertes par l'accord. Lorsque les accords de licence conclus entre le regroupement et des preneurs individuels ont une durée relativement longue et que l'accord de regroupement de technologies contribue à la création d'une norme industrielle de fait, il convient également de tenir compte du fait que le regroupement pourrait empêcher l'accès au marché de nouvelles technologies de substitution. Dans de tels cas, l'appréciation du risque de verrouillage doit prendre en compte l'éventuelle possibilité, pour les preneurs, de résilier une partie de l'accord de licence dans un délai raisonnable et d'obtenir une réduction correspondante de la redevance.

4.2. **Appréciation de restrictions individuelles**

223. La présente section concerne un certain nombre de restrictions que l'on retrouve couramment, sous une forme ou sous une autre, dans les accords de regroupement de technologies, et qui doivent être appréciées dans le contexte global de l'accord. Il convient de rappeler (voir point 212 ci-dessus) que le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords de licence conclus entre les parties à l'accord de regroupement de technologies et des preneurs tiers. La présente section aborde donc uniquement les aspects liés à la création du regroupement de technologies et aux problèmes propres à la concession de licences dans le cadre des regroupements de technologies.

224. Lors de son évaluation, la Commission s'appuiera essentiellement sur les principes suivants:

1) plus la position des parties à l'accord de regroupement est forte, plus le risque d'effets anticoncurrentiels est élevé;

2) les accords de regroupement qui couvrent une partie importante du marché devraient être ouverts et non discriminatoires;

3) les accords de regroupement ne devront pas exclure indûment des technologies appartenant à des tiers ou limiter la création d'autres regroupements.

225. Les entreprises qui concluent un accord de regroupement de technologies compatible avec l'article 81 et toute norme industrielle dont il est à la base sont normalement libres de négocier et de fixer les redevances pour les technologies concernées, ainsi que la part de chacune de ces technologies dans les redevances totales, soit avant soit après la fixation de la norme. Il s'agit d'une caractéristique propre à ce type de normes ou d'accords, qui ne peut être considérée en soi comme constituant une restriction de la concurrence et peut dans certaines conditions donner de meilleurs résultats. Dans certaines circonstances, il peut être plus efficace de se mettre d'accord sur les redevances avant de choisir la norme et non après l'avoir adoptée, afin d'éviter que le choix de cette norme confère un degré important de puissance sur le marché d'une ou plusieurs technologies essentielles. En revanche, les preneurs doivent rester libres de déterminer le prix des produits qui seront produits sous licence. Lorsque les technologies qui seront incluses dans l'accord sont choisies par un expert indépendant, il peut y avoir une concurrence accrue entre les différentes solutions technologiques disponibles.

226. Lorsque les technologies regroupées détiennent une position dominante sur le marché, les redevances et les autres éléments de l'accord devront être équitables et non discriminatoires; quant aux licences, elles devront être non exclusives. Ces conditions doivent être remplies pour garantir que l'accord reste ouvert et n'entraîne pas le verrouillage du marché et d'autres effets anticoncurrentiels sur les marchés en aval. Toutefois, il n'est pas exclu d'appliquer des redevances différentes pour des usages différents. Le fait d'appliquer des redevances différentes à des marchés de produits différents n'est généralement pas considéré comme une restriction de la concurrence; en revanche, il ne devrait y avoir aucune discrimination à l'intérieur des marchés de produits. Le traitement des preneurs ne devrait notamment pas dépendre du fait qu'ils soient ou non des donneurs. C'est pourquoi la Commission examinera si les donneurs sont également soumis à des obligations de paiement de redevances.

227. Les donneurs et les preneurs de licences doivent pouvoir développer des produits et des normes concurrents et doivent également pouvoir concéder et obtenir des licences en dehors de l'accord de regroupement. Ces conditions sont nécessaires pour limiter le risque d'exclusion de technologies tierces du marché et garantir que l'accord ne restreigne pas l'innovation et n'empêche pas la création de solutions technologiques concurrentes. Lorsqu'un accord de regroupement de technologies est à la base d'une norme industrielle de fait et lorsque les parties sont soumises à des obligations de non-concurrence, l'accord risque tout particulièrement d'empêcher le développement de technologies et de normes nouvelles et améliorées.

228. Les obligations de rétrocession devront être non exclusives et limitées aux développements indispensables ou importants pour l'utilisation des technologies regroupées. Les parties à l'accord pourront alors tirer parti et bénéficier des améliorations apportées à ces technologies. Il est légitime pour les parties de s'assurer que l'exploitation des technologies regroupées ne puisse être entravée par des preneurs qui détiennent ou s'apprêtent à obtenir des brevets essentiels.

229. L'un des problèmes que posent les accords de regroupement de brevets est qu'ils risquent de protéger des brevets non valables. Le regroupement augmente les coûts et les risques d'une contestation, car il suffit qu'un seul brevet soit valable pour qu'une contestation échoue. La protection de brevets non valables peut contraindre les preneurs à payer des redevances plus élevées et peut également empêcher toute innovation dans le domaine couvert par le brevet non valable. Afin de limiter ce risque, tout droit de résilier une licence en cas de contestation doit être limité aux technologies détenues par le donneur, qui fait l'objet de la contestation, et ne pas s'étendre aux technologies détenues par d'autres donneurs dans le regroupement.

4.3. **Restrictions exclues**

230. La façon dont un accord de regroupement de technologies est mis en place, est organisé et fonctionne peut réduire le risque qu'il ait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, et faire en sorte qu'il soit proconcurrentiel.

231. Lorsque la participation à un processus de création d'une norme et d'un regroupement est ouverte à toutes les parties intéressées, représentant des intérêts différents, les technologies qui seront incluses dans l'accord auront plus de chances d'être sélectionnées sur la base de considérations relatives aux prix et à la qualité que si l'accord est conclu par un groupe limité de détenteurs de technologies. De même, lorsque les parties à l'accord sont composées de personnes représentant des intérêts différents, les conditions de concession de la licence, y compris les redevances, auront plus de chances d'être ouvertes et non discriminatoires et de refléter la valeur de la technologie concédée, que si l'accord est contrôlé par des représentants des donneurs.

232. Un autre facteur important est la mesure dans laquelle des experts indépendants sont associés à la mise en place et au fonctionnement de l'accord. Déterminer si une technologie est ou non essentielle à une norme à la base de laquelle se trouve un accord constitue par exemple souvent une question complexe, qui nécessite une expertise particulière. L'association d'experts indépendants au processus de sélection peut beaucoup contribuer à garantir l'application effective d'un engagement de n'inclure que des technologies essentielles.

233. La Commission tiendra compte de la façon dont les experts sont sélectionnés et de la nature exacte de leurs fonctions. Les experts devraient être indépendants des entreprises qui ont conclu l'accord. S'ils sont liés aux donneurs ou dépendants d'eux, un poids moins important sera accordé à leur participation. Ils devront également avoir l'expertise technique nécessaire pour remplir les diverses tâches qui leur ont été confiées. Les experts indépendants pourront par exemple être amenés à évaluer si les technologies proposées pour faire partie de l'accord sont ou non valables et si elles sont ou non essentielles.

234. Il convient également d'examiner les dispositions relatives à l'échange d'informations sensibles entre les parties. Sur des marchés oligopolistiques, l'échange d'informations sensibles, par exemple les données sur les prix et la production, peut faciliter la collusion ([70]). Dans de tels cas, la Commission examinera si des mesures de sécurité ont été mises en place pour garantir que des données sensibles ne soient pas échangées. Un expert indépendant ou l'organisme qui délivre les licences peuvent jouer un rôle important à cet égard, en garantissant que les données relatives à la production et aux ventes, qui peuvent s'avérer nécessaires pour calculer et vérifier les redevances, ne soient pas divulguées à des entreprises qui sont en concurrence sur les marchés affectés.

235. Enfin, il convient d'examiner les mécanismes de règlement des litiges prévus lors de la mise en place de l'accord. Si la résolution des litiges est confiée à des organismes ou à des personnes qui sont indépendants des parties à l'accord, le règlement des litiges aura plus de chances de fonctionner de façon neutre.

([1]) JO L 123, 27.4.2004. Ce règlement remplace le règlement (CE) nº 240/96 de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 31 du 9.2.1996, p. 2).

([2]) Voir arrêt de la Cour du 16.3.2000 dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. 2000, p. I-1365, point 130, et point 106 des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, non encore publiées.

([3]) Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

([4]) Dans les pages qui suivent, le terme «accord» englobe également les pratiques concertées et les décisions d'associations d'entreprises.

([5]) Voir communication de la Commission sur la notion d'effet sur le commerce entre États membres figurant aux articles 81 et 82 du traité, non encore publiée.

(6) Dans les pages qui suivent, le terme «restriction» englobe également les actes ayant pour but d'empêcher et de fausser la concurrence.

(7) Ce principe de l'épuisement d'un droit dans la Communauté est notamment affirmé à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 104/89/CEE rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40 de 1989, p. 1), qui dispose que le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement.

(8) En revanche, la vente de copies d'une œuvre protégée n'entraîne pas l'épuisement des droits d'exécution, y compris les droits de location, de cette œuvre, voir à cet égard les affaires 158/86, *Warner Brothers et Metronome Video*, Rec. 1988, p. 2605, et C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Rec. 1998, p. I-5171.

(9) Voir par exemple l'arrêt du 13.7.1966 dans les affaires jointes 56/64 et 58/64, *Consten et Grundig*, Rec. 1966, p. 429.

(10) Les modalités d'application de l'article 81, paragraphe 3, sont définies dans les lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.

(11) Voir arrêts du 30.6.1966 dans l'affaire 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 1966, p. 337, et du 28.5.1998 dans l'affaire C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, p. I-3111, point 76.

(12) Voir à ce propos, par exemple, l'arrêt dans l'affaire *Consten et Grundig*, cité à la note 9.

(13) Voir à cet égard les arrêts dans l'affaire *Société Technique Minière*, cité à la note 11, et dans l'affaire 258/78, *Nungesser*, Rec. 1982, p. 2015.

(14) Voir à cet égard l'arrêt du 8.7.1999 dans l'affaire C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, p. I-4125, point 99.

(15) Voir arrêt du 28.4.1984 dans les affaires jointes 29/83 et 30/83, *Cram et Rheinzink*, Rec. 1984, p. 1679, point 26, et arrêt du 8.11.1983 dans les affaires jointes 96/82 et autres, *Anseau-Navewa*, Rec. 1983, p. 3369, points 23 à 25.

(16) Voir l'arrêt rendu dans l'affaire *John Deere*, Rec. 1998, cité à la note 11.

(17) On trouvera des orientations sur la question du caractère sensible de l'incidence d'un accord dans la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13). Cette communication définit le caractère sensible par défaut. Les accords n'entrant pas dans le champ d'application de la communication *de minimis* n'ont pas nécessairement des effets restrictifs sensibles. Une appréciation individuelle est nécessaire.

(18) Voir article 1er, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil, cité à la note 3.

(19) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).

(20) En ce qui concerne la distinction entre ces deux types de marché, voir également les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001, p. 2, points 44 à 52).

(21) Voir les points 50 à 52 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, citées à la note précédente.

(22) Ibidem, point 51.

(23) Voir à cet égard la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, citée à la note 17.

(24) Conformément à l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1/2003, le droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui ne sont pas interdits par l'article 81.

(25) Le règlement (CE) nº 19/65 du Conseil (JO de 1965, p. 533) n'habilite pas la Commission à exempter les accords de transfert de technologie conclus entre plus de deux entreprises.

(26) Voir considérant 19 du règlement, ainsi que section 2.5 ci-dessous.

(27) JO C 1 du 3.1.1979, p. 2.

(28) Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.

(29) Voir à cet égard la décision de la Commission dans l'affaire *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 du 20.4.1990, p. 32).

(30) Voir à cet égard l'arrêt du 6.10.1982 dans l'affaire 262/81, *Coditel (II)*, Rec. 1982, p. 3381.

(31) JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

(32) JO L 304 du 5.12.2000, p. 3.

(33) JO L 304 du 5.12.2000, p. 7.

(34) Voir note 31.

(35) Voir le guide «La politique de concurrence en Europe — Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution», 2002.

(36) JO C 291 du 3.10.2000, p. 1, ainsi que la note 31.

(37) Voir ci-dessus, point 29.

([38]) Les raisons de ce mode de calcul sont expliquées au point 23 ci-dessus.

([39]) Voir par exemple la jurisprudence citée à la note 15.

([40]) Voir à cet égard le point 98 des lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.

([41]) C'est également le cas lorsqu'une partie accorde une licence à l'autre partie et accepte d'acheter un facteur de production physique au preneur. Le prix d'achat peut alors avoir la même fonction que la redevance.

([42]) Voir à cet égard l'arrêt du 25.2.1986 dans l'affaire 193/83, *Windsurfing International*, Rec. 1986, p. 611, point 67.

([43]) Pour une définition générale des ventes actives et passives, il convient de se reporter au point 50 des lignes directrices sur les restrictions verticales, citées à la note 36.

([44]) Les limitations du domaine d'utilisation sont examinées plus en détail à la section IV.2.4 ci-dessous.

([45]) Cette restriction caractérisée s'applique aux accords de licence concernant les échanges intracommunautaires. En ce qui concerne les accords concernant les exportations vers des pays tiers ou les importations/réimportations en provenance d'un pays tiers, voir l'affaire C-306/96, *Javico*, Rec. 1998, p. I-1983.

([46]) Voir à cet égard le point 77 de l'arrêt dans l'affaire *Nungesser*, cité à la note 13.

([47]) Voir à cet égard l'arrêt du 25.10.1977 dans l'affaire 26/76, *Metro (I)*, Rec. 1977, p. 1875.

([48]) Si la technologie concédée est obsolète, il n'y a aucune restriction de concurrence; voir à cet égard l'arrêt du 27.9.1988 dans l'affaire 65/86, *Bayer contre Süllhofer*, Rec. 1988, p. 5249.

([49]) En ce qui concerne les clauses de non-contestation dans le cadre d'accords de règlement, voir point 209 ci-dessous.

([50]) Voir ci-dessus, point 14.

([51]) Voir ci-dessus, points 66 et 67.

([52]) Voir à cet égard le point 42 des lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.

([53]) Voir à cet égard le point 8 de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, citée à la note 17.

([54]) Voir à cet égard l'arrêt du 7.10.1999 dans l'affaire T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. 1999, p. II-2969, point 101.

([55]) Voir à cet égard le point 23 des lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale, citées à la note 20.

([56]) Voir l'arrêt dans les affaires jointes 25/84 et 26/84, *Ford*, Rec. 1985, p. 2725.

([57]) Voir par exemple à cet égard la décision de la Commission dans l'affaire *TPS* (JO L 90 de 1999, p. 6). De même, l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, s'applique tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

([58]) Cité à la note 36. Voir notamment les points 115 et suivants.

([59]) Pour ce qui est de ces notions, voir section IV.4.1 ci-dessous.

([60]) Voir point 85 des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, citées à la note 2.

([61]) Idem, points 98 et 102.

([62]) Voir le point 130 de l'arrêt cité à la note 2. De même, l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ces dispositions sont, dans certaines circonstances, applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1; voir à cet égard l'arrêt du 19.2.2002 dans l'affaire C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, point 120.

([63]) Voir à cet égard l'arrêt du 10.7.1990 dans l'affaire T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, p. II-309. Voir également le point 106 des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2 ci-dessus.

([64]) Voir arrêt dans l'affaire *Nungesser*, cité dans la note 13.

([65]) Voir à cet égard la communication de la Commission relative à l'affaire Canon/Kodak (JO C 330 du 1.11.1997, p. 10), ainsi que l'affaire IGR Stereo Television mentionnée dans le XI[e] rapport sur la politique de concurrence, point 94.

([66]) En ce qui concerne le cadre analytique applicable, voir section 2.7 ci-dessous, ainsi que points 138 et suivants des lignes directrices concernant les restrictions verticales, citées à la note 36.

([67]) Voir note 36.

([68]) Voir à cet égard le communiqué de presse IP/02/1651 de la Commission concernant la concession de brevets pour les services mobiles de troisième génération (3G). Cette affaire concernait cinq accords de regroupement de technologies créant cinq technologies différentes, dont chacune peut être utilisée pour produire des équipements 3G.

([69]) La notion de «technologie» n'est pas limitée aux brevets. Elle couvre également les applications de brevets et les droits de propriété intellectuelle autres que les brevets.

([70]) Voir à cet égard l'arrêt rendu dans l'affaire *John Deere*, cité à la note 11.

Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence

(2004/C 101/03)

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

1. INTRODUCTION

1. Le règlement (CE) nº 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (ci-après le «règlement du Conseil») [1] institue un régime de compétences parallèles permettant à la Commission et aux autorités de concurrence des États membres (ou autorités nationales de concurrence) [2] d'appliquer l'article 81 et l'article 82 du traité CE (ci-après le «traité»). Ensemble, les autorités nationales de concurrence et la Commission forment un réseau d'autorités publiques qui agissent dans l'intérêt général et collaborent étroitement afin de préserver la concurrence. Forum de discussion et de coopération pour l'application de la politique communautaire de la concurrence et son contrôle, ce réseau fournit un cadre dans lequel s'inscrit la coopération des autorités européennes de concurrence dans les affaires où les articles 81 et 82 du traité sont appliqués, et constitue le socle sur lequel s'appuie la création et la préservation d'une culture commune de la concurrence en Europe. Ce réseau s'appelle «réseau européen de la concurrence» (REC), ou encore «European Competition Network (ECN).».

2. La structure des autorités nationales de concurrence varie d'un État membre à l'autre. Dans certains États membres, un seul organisme instruit les affaires et adopte tous les types de décisions. Dans d'autres, les rôles sont répartis entre deux organismes, l'un chargé d'instruire l'affaire, l'autre — souvent un collège — chargé de statuer. Enfin, dans certains États membres, les décisions d'interdiction et/ou les décisions infligeant une amende ne peuvent être prises que par une juridiction; dans ce cas, une autre autorité de concurrence fait office de procureur et porte l'affaire devant cette juridiction. Sous réserve du principe général d'efficacité, l'article 35 du règlement nº 1/2003 autorise les États membres à choisir le ou les organismes qui seront désignés comme autorités nationales de concurrence et à leur assigner des fonctions. Selon les principes généraux du droit communautaire, les États membres sont tenus de mettre en place un système de sanctions qui soient efficaces, proportionnées et dissuasives [3]. Les États membres acceptent que leurs systèmes d'exécution soient différents, mais reconnaissent néanmoins mutuellement, comme base de coopération, les normes de leurs systèmes respectifs [4]

3. Le réseau formé par les autorités de concurrence devrait assurer à la fois une division efficace du travail et une application efficace et homogène des règles communautaires de concurrence. Le règlement nº 1/2003, conjugué à la déclaration commune du Conseil et de la Commission sur le fonctionnement du réseau européen de la concurrence, énonce les grands principes du fonctionnement du réseau, tandis que la présente communication présente les détails du système.

4. Les consultations et les échanges au sein du réseau sont une affaire entre autorités agissant dans l'intérêt public et ne modifient nullement les droits ou obligations incombant aux entreprises en vertu du droit communautaire ou du droit des États membres. Chaque autorité de concurrence conserve l'entière responsabilité de veiller à la régularité de la procédure pour les affaires qu'elle traite.

2. DIVISION DU TRAVAIL

2.1. Principes d'attribution

5. Le règlement du Conseil est fondé sur un régime de compétences parallèles par lequel toutes les autorités de concurrence sont habilitées à appliquer les articles 81 ou 82 du traité et sont chargées d'opérer une division efficace du travail pour les affaires dont l'instruction est jugée nécessaire. En même temps, chaque membre du réseau conserve toute latitude pour décider d'enquêter ou non sur une affaire. Dans le cadre de ce système de compétences parallèles, les affaires sont traitées par:

— une seule autorité nationale de concurrence, éventuellement avec le concours d'homologues d'autres États membres;

— plusieurs autorités nationales de concurrence agissant en parallèle;

ou

— la Commission.

6. Dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office [5] restera en charge de l'affaire. La réattribution d'une affaire ne serait envisagée qu'au commencement de la procédure (voir paragraphe 18) si cette autorité estime qu'elle n'est pas bien placée pour agir ou si d'autres autorités s'estiment bien placées, elles aussi, pour agir (voir paragraphes 8 à 15 ci-après).

7. Lorsque la réattribution est jugée nécessaire pour préserver efficacement la concurrence et l'intérêt communautaire, les membres du réseau s'efforcent de réattribuer les affaires, aussi souvent que possible, à une seule autorité bien placée [6]. En tout état de cause, l'opération de réattribution doit être rapide et efficace et ne doit pas interrompre les enquêtes en cours.

8. Une autorité peut être considérée comme étant bien placée pour traiter une plainte si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies:

   1. l'accord ou la pratique a des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles sur son territoire, y est mis en œuvre ou y trouve son origine;

   2. l'autorité est à même de faire cesser efficacement l'intégralité de l'infraction; autrement dit, elle peut délivrer une injonction de ne pas faire dont l'effet sera suffisant pour faire cesser l'infraction et elle peut, au besoin, sanctionner l'infraction de manière appropriée;

   3. elle est en mesure de réunir, éventuellement avec le concours d'autres autorités, les preuves requises pour démontrer l'infraction.

9. Les critères susmentionnés montrent qu'il doit y avoir un rapport étroit entre l'infraction et le territoire de l'État membre pour que l'autorité de concurrence de cet État membre puisse être considérée comme bien placée. Il est fort probable que, dans la plupart des cas, les autorités des États membres où la concurrence est substantiellement affectée par une infraction seront bien placées, à condition qu'elles soient capables de faire efficacement cesser l'infraction par une intervention individuelle parallèle, à moins que la Commission ne soit mieux placée pour agir (voir points 14 et 15 ci-après).

10. Il s'ensuit qu'une seule autorité nationale de concurrence est généralement bien placée pour s'occuper des accords ou pratiques qui affectent la concurrence de façon substantielle essentiellement sur son territoire.

> Exemple 1: *des entreprises situées dans l'État membre A sont impliquées dans une entente sur les prix de produits vendus essentiellement dans l'État membre A.*
>
> *L'autorité de concurrence de A est bien placée pour traiter l'affaire.*

11. En outre, même si plusieurs autorités peuvent être considérées comme bien placées, l'intervention d'une seule autorité est parfois indiquée dès lors qu'elle est suffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction.

> Exemple 2: *deux entreprises ont constitué une entreprise commune dans l'État membre A. Cette entreprise commune, qui fournit des services dans les États membres A et B, crée un problème de concurrence. Une injonction de ne pas faire est jugée suffisante pour traiter l'affaire efficacement, car elle peut faire cesser l'intégralité de l'infraction. Les preuves se trouvent essentiellement dans les bureaux de l'entreprise commune établie dans l'État membre A.*
>
> *Les autorités de concurrence de A et B sont toutes deux bien placées pour traiter l'affaire, mais l'intervention de la seule autorité de concurrence de A serait suffisante et plus efficace que l'intervention de la seule autorité de concurrence de B ou l'intervention parallèle des deux autorités nationales de concurrence.*

12. L'intervention parallèle de deux ou trois autorités nationales de concurrence peut être indiquée lorsqu'un accord ou une pratique a des effets substantiels sur la concurrence essentiellement sur leurs territoires respectifs et que l'intervention d'une seule autorité serait insuffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction et/ou la sanctionner de manière appropriée. [. . .]

> Exemple 3: *deux entreprises s'entendent sur le partage d'un marché, restreignant ainsi à l'État membre A l'activité de l'entreprise située dans cet État et à l'État membre B l'activité de l'entreprise située dans cet État.*
>
> *Les autorités nationales de concurrence de A et B sont bien placées pour traiter l'affaire en parallèle, chacune en ce qui concerne son territoire.*

13. Les autorités qui traitent une plainte dans le cadre d'une intervention parallèle s'efforceront de coordonner leur action dans la mesure du possible. À cet effet, elles peuvent juger bon de désigner l'une d'elles comme chef de file et de lui déléguer certaines tâches, comme la coordination des mesures d'enquête, chaque autorité demeurant toutefois responsable de la procédure qu'elle a elle-même engagée.

14. La Commission est particulièrement bien placée si un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris les réseaux d'accords ou pratiques similaires, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres (marchés transfrontaliers couvrant plus de trois États membres ou plusieurs marchés nationaux).

> Exemple 4: *deux entreprises décident de se partager des marchés ou de fixer des prix pour l'ensemble du territoire de la Communauté. La Commission est bien placée pour traiter l'affaire.*
>
> Exemple 5: *une entreprise qui occupe une position dominante sur quatre marchés nationaux différents abuse de cette position en imposant à ses distributeurs de tous ces marchés de pratiquer des rabais de fidélité. La Commission est bien placée pour traiter l'affaire. Elle pourrait aussi traiter un seul marché national de manière à créer une affaire «principale», les autres marchés nationaux pouvant alors être traités par les autorités nationales, surtout si chacun d'eux nécessite une appréciation séparée.*

15. En outre, la Commission est particulièrement bien placée pour traiter une affaire si celle-ci est étroitement liée à d'autres dispositions communautaires pouvant être exclusivement ou plus efficacement appliquées par la Commission, ou si l'intérêt de la Communauté exige l'adoption d'une décision de la Commission pour développer la politique de concurrence communautaire lorsqu'un nouveau problème de concurrence se pose ou pour assurer une application efficace des règles.

2.2. **Mécanismes de coopération pour l'attribution des affaires et l'assistance**

2.2.1. *Information au début de la procédure (article 11, paragraphes 2 et 3 du règlement du Conseil)*

16. Pour déceler les procédures multiples et assurer que les affaires sont traitées par une autorité de concurrence bien placée, les membres du réseau doivent être informés à un stade précoce des affaires en instance devant les différentes autorités de concurrence ([7]). Si une affaire doit être réattribuée, le réseau et les entreprises en cause ont tout intérêt à ce que cela se fasse rapidement.

17. Le règlement du Conseil crée un mécanisme permettant aux autorités de concurrence de s'informer mutuellement pour assurer une réattribution efficace et rapide des affaires. Son article 11, paragraphe 3, prévoit que les autorités de concurrence des États membres, lorsqu'elles agissent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité, doivent en informer la Commission, avant ou juste après avoir lancé la première mesure formelle d'enquête. Il dispose également que cette information peut être mise à la disposition d'autres autorités de concurrence ([8]). La raison d'être de l'article 11, paragraphe 3, est de permettre au réseau de déceler les procédures multiples et d'aborder les éventuels problèmes de réattribution dès qu'une autorité commence à enquêter sur une affaire. C'est pourquoi l'information doit être fournie aux autorités nationales de concurrence et à la Commission avant ou juste après une démarche analogue aux mesures d'enquête pouvant être entreprises par la Commission en application des articles 18 à 21 du règlement du Conseil. La Commission a accepté une obligation équivalente d'informer les autorités nationales de concurrence conformément à l'article 11, paragraphe 2, du règlement du Conseil. Les membres du réseau échangeront des informations sur les affaires en cours de traitement au moyen d'un formulaire type comportant certains détails sur les affaires, notamment le nom de l'autorité traitant l'affaire, le produit, les territoires et les parties concernés, l'infraction alléguée, la durée supposée de l'infraction et l'origine de l'affaire. À chaque fois qu'une modification de quelque importance de l'affaire interviendra, les autorités de concurrence se communiqueront des mises à jour de ces informations.

18. Si des problèmes de réattribution d'affaires surviennent, il convient de les résoudre rapidement, en principe dans les deux mois suivant la date de la première information envoyée au réseau conformément à l'article 11 du règlement du Conseil. Durant ce délai, les autorités de concurrence s'efforcent de parvenir à un accord sur une éventuelle réattribution et, au besoin, sur les modalités d'une action parallèle.

19. D'une manière générale, l'autorité ou les autorités de concurrence traitant une affaire à la fin du délai de réattribution doivent continuer à la traiter jusqu'à l'achèvement de la procédure. La réattribution d'une affaire au-delà du délai initial de deux mois ne doit se faire qu'en cas d'évolution importante, en cours de procédure, des faits connus de l'affaire.

2.2.2. *Suspension ou arrêt de la procédure (article 13 du règlement du Conseil)*

20. Si un même accord ou une même pratique sont portés devant plusieurs autorités de concurrence, que ce soit parce qu'elles sont saisies d'une plainte ou parce qu'elles agissent d'office, l'article 13 du règlement du Conseil prévoit une base juridique pour la suspension de la procédure ou le rejet de la plainte au motif qu'une autre autorité traite ou a traité l'affaire. Dans l'article 13, l'expression «traite l'affaire» ne signifie pas simplement qu'une autre autorité a été saisie de la plainte, mais qu'elle enquête ou a enquêté sur l'affaire pour son compte.

21. L'article 13 du règlement du Conseil s'applique lorsqu'une autre autorité a traité ou traite le problème de concurrence soulevé par le plaignant, même si elle a agi ou si elle agit sur la base d'une plainte déposée par un autre plaignant ou par suite d'une procédure d'office. Ceci implique donc que l'article 13 peut être invoqué lorsque l'accord ou la pratique porte sur la ou les mêmes infractions sur les mêmes marchés de produits et géographiques en cause.

22. Une autorité nationale de concurrence a la faculté, mais non l'obligation, de suspendre ou de clore sa procédure. L'article 13 du règlement du Conseil laisse une marge d'appréciation des spécificités de chaque espèce. Cette souplesse est importante: si une plainte a été rejetée par une autorité à la suite de l'examen du fond de l'affaire, une autre autorité peut ne pas vouloir réexaminer le dossier. En revanche, si une plainte a été rejetée pour d'autres motifs (par exemple, l'autorité n'a pas pu recueillir les preuves

nécessaires pour démontrer l'infraction), une autre autorité peut vouloir effectuer sa propre enquête et traiter l'affaire. Pour les affaires en instance, cette souplesse se reflète aussi dans le choix qu'a chaque autorité nationale de concurrence de décider de clore ou de suspendre sa procédure. Il se peut qu'une autorité ne veuille pas clore une affaire avant que l'issue de la procédure d'une autre autorité ne soit parfaitement claire. La faculté de suspendre sa procédure permet à l'autorité de conserver sa faculté de décider à une date ultérieure si elle doit ou non mettre un terme à sa procédure. Cette souplesse facilite également une application homogène des règles.

23. Si une autorité clôt ou suspend sa procédure parce qu'une autre autorité traite l'affaire, elle peut transmettre à cette dernière, en vertu de l'article 12 du règlement du Conseil, les informations qu'elle a obtenues du plaignant.

24. L'article 13 du règlement du Conseil peut aussi être appliqué à une partie d'une plainte ou à une partie d'une procédure. En effet, il se peut que seule une partie d'une plainte ou d'une procédure engagée d'office et une affaire déjà traitée ou en cours de traitement par une autre autorité de concurrence se chevauchent, auquel cas l'autorité qui est saisie de la plainte est en droit de rejeter une partie de la plainte sur la base de l'article 13 et de traiter le reste de la plainte de manière appropriée. Le même principe s'applique à la clôture de la procédure.

25. L'article 13 du règlement du Conseil n'est pas la seule base juridique pour suspendre ou clore une procédure engagée d'office ou rejeter une plainte, car l'autorité nationale de concurrence peut également avoir la faculté de le faire en application du droit procédural national. De même, la Commission peut rejeter une plainte pour absence d'intérêt communautaire ou d'autres motifs inhérents à la nature de la plainte ([9]).

2.2.3. *Échange et utilisation d'informations confidentielles (article 12 du règlement du Conseil)*

26. Un élément essentiel du fonctionnement du réseau est le pouvoir de toutes les autorités de concurrence de s'échanger et d'utiliser les informations (y compris les pièces, les déclarations, et les informations sur support électronique) qu'elles ont recueillies aux fins de l'application de l'article 81 ou de l'article 82 du traité. Ce pouvoir est une condition préalable pour une attribution et un traitement efficace des affaires.

27. L'article 12 du règlement du Conseil précise qu'aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles. Autrement dit, les échanges d'informations peuvent non seulement avoir lieu entre une autorité nationale de concurrence et la Commission, mais aussi entre autorités nationales de concurrence. L'article 12 a la primauté sur toute législation contraire d'un État membre. La question de savoir si les informations ont été recueillies de façon légale par l'autorité qui les transmet est régie par la législation dont relève cette autorité. Une autorité qui transmet des informations peut informer l'autorité qui les reçoit du fait que la collecte de ces informations a été contestée ou pourrait encore l'être.

28. L'échange et l'utilisation d'informations comportent notamment les protections suivantes pour les entreprises et les particuliers.

a) En premier lieu, l'article 28 du règlement du Conseil établit que «la Commission et les autorités de concurrence des États membres, leurs fonctionnaires, agents et les autres personnes travaillant sous la supervision de ces autorités sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application du» règlement du Conseil et qui, «par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel». Toutefois, l'intérêt légitime d'entreprises pour la protection de leurs secrets d'affaires ne doit pas empêcher la divulgation d'informations nécessaires pour prouver une infraction aux dispositions des articles 81 et 82 du traité. Le terme «secret professionnel» employé à l'article 28 du règlement du Conseil est une notion du droit communautaire qui recouvre notamment les secrets d'affaires et d'autres informations confidentielles. Cela crée un niveau de protection minimal commun à l'intérieur de la Communauté.

b) La deuxième protection accordée aux entreprises concerne l'utilisation d'informations qui ont été échangées au sein du réseau. En vertu du l'article 12, paragraphe 2, du règlement du Conseil, les informations ainsi échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies ([10]). L'article 12, paragraphe 2, prévoit que les informations échangées peuvent aussi être utilisées aux fins de l'application du droit national de la concurrence lorsque ce droit est appliqué dans la même affaire parallèlement au droit communautaire. Toutefois, cela n'est possible que si l'application du droit national n'aboutit pas, en ce qui concerne la constatation d'une infraction, à un résultat différent de celui obtenu par l'application des articles 81 et 82 du traité.

c) La troisième protection donnée par le règlement du Conseil concerne les sanctions infligées aux personnes physiques en raison des informations échangées conformément à l'article 12, paragraphe 1. Le règlement du Conseil prévoit seulement des sanctions à l'encontre

d'entreprises au motif de violation des articles 81 et 82 du traité. Certaines législations nationales prévoient également des sanctions à l'égard de personnes physiques en cas de violation des articles 81 et 82 du traité. En principe, les personnes physiques jouissent de droits de la défense plus étendus (par exemple, le droit de garder le silence, alors que les entreprises peuvent seulement refuser de fournir des réponses qui les conduiraient à reconnaître qu'elles ont commis une infraction) ([11]). L'article 12, paragraphe 3, du règlement du Conseil assure que les informations obtenues d'entreprises ne peuvent être utilisées d'une manière susceptible de porter atteinte à la protection plus étendue des personnes physiques. Cette disposition interdit d'infliger des sanctions à une personne physique sur la base d'informations échangées conformément au règlement, si le droit de l'autorité qui transmet les informations et de celle qui les reçoit ne prévoient pas de sanctions similaires pour les personnes physiques, sauf si les droits de la personne concernée en matière de collecte de preuves ont été respectés par l'autorité émettrice au même niveau que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. La qualification de la sanction par le droit national («administrative» ou «pénale») est sans objet aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 3. Le règlement du Conseil entend établir une distinction entre les peines privatives de liberté et les autres types de sanctions, comme les amendes infligées à des personnes physiques et d'autres sanctions personnelles. Si le système juridique de l'autorité qui transmet les informations et celui de l'autorité qui les reçoit prévoient tous deux des sanctions de même nature (par exemple, dans les deux États membres, des amendes peuvent être infligées à un membre du personnel d'une entreprise qui est impliqué dans la violation de l'article 81 ou 82 du traité), les informations échangées conformément à l'article 12 du règlement du Conseil peuvent être utilisées par l'autorité qui les reçoit. En ce cas, les protections procédurales des deux systèmes sont considérées comme équivalentes. Si, en revanche, les deux systèmes juridiques ne prévoient pas des sanctions de même nature, les informations ne peuvent être utilisées que si le même niveau de protection des droits des personnes physiques est assuré dans l'affaire en cause (voir article 12, paragraphe 3, du règlement du Conseil). Dans ce dernier cas, toutefois, une peine privative de liberté ne peut être infligée que si l'autorité émettrice et l'autorité destinataire ont toutes deux le pouvoir d'infliger ce type de sanction.

2.2.4. *Enquêtes (article 22 du règlement du Conseil)*

29. Le règlement du Conseil prévoit qu'une autorité nationale de concurrence peut demander à une autre autorité nationale de concurrence de lui prêter assistance en vue de recueillir des informations ou d'exécuter des mesures d'enquête en son nom et pour son compte. L'article 12 du règlement du Conseil habilite l'autorité qui prête assistance à transmettre à l'autorité demandeuse les informations qu'elle a recueillies. L'échange de ces informations entre les autorités nationales ainsi que leur utilisation à titre de preuves par l'autorité demandeuse se fait dans le respect de l'article 12 du règlement du Conseil. Si une autorité nationale de concurrence agit au nom et pour le compte d'une homologue, elle le fait conformément à sa propre législation nationale et en vertu de ses propres pouvoirs d'enquête.

30. L'article 22, paragraphe 2, du règlement du Conseil prévoit que la Commission peut demander à une autorité nationale de concurrence d'effectuer une inspection en son nom et pour son compte. À cet effet, la Commission peut adopter une décision conformément à l'article 20, paragraphe 4, du règlement du Conseil ou simplement adresser une demande à l'autorité concernée. Les fonctionnaires de l'autorité nationale de concurrence exerceront leurs fonctions conformément à leur droit national. Les agents de la Commission peuvent prêter assistance à cette dernière durant l'inspection.

2.3. **Position des entreprises**

2.3.1. *Généralités*

31. Tous les membres du réseau s'efforceront de procéder à l'attribution rapide et efficace des affaires. Étant donné que le règlement du Conseil crée un système de compétences parallèles, l'attribution d'affaires entre membres du réseau constitue une simple division du travail où certaines autorités s'abstiennent d'agir. Il s'ensuit que l'attribution d'affaires ne confère pas aux entreprises impliquées dans une infraction ou affectées par une infraction un droit individuel à voir l'affaire traitée par une autorité donnée.

32. Si une affaire est réattribuée à une autorité donnée, c'est parce que l'application des critères d'attribution énoncés ci-dessus a permis de conclure que cette autorité est bien placée pour traiter l'affaire par une intervention unique ou parallèle. L'autorité de concurrence à laquelle l'affaire est réattribuée aurait, de toute façon, été en mesure d'engager une procédure d'office à l'encontre de l'infraction.

33. De plus, toutes les autorités de concurrence appliquent le droit communautaire de la concurrence, et le règlement du Conseil prévoit des mécanismes permettant d'assurer l'application homogène de ces règles.

34. Si une affaire est réattribuée au sein du réseau, les entreprises concernées et le ou les plaignants en sont informés dès que possible.

2.3.2. *Position des plaignants*

35. Si la Commission est saisie d'une plainte conformément à l'article 7 du règlement du Conseil, mais n'instruit pas cette plainte ou n'interdit pas l'accord ou la pratique dénoncé, et sans préjudice de l'article 7, paragraphe 3, du règlement d'application de la Commission, le plaignant est en droit d'obtenir une décision de rejet de sa plainte ([12]). Les droits de plaignants qui déposent une plainte auprès d'une autorité nationale de concurrence sont régis par la législation nationale en vigueur.

36. En outre, l'article 13 du règlement du Conseil confère à toutes les autorités nationales de concurrence la faculté de suspendre ou de rejeter une plainte au motif qu'une autre autorité de concurrence la traite ou l'a traitée. Cette disposition permet également à la Commission de rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre traite ou a traité le cas. L'article 12 du règlement du Conseil autorise la transmission d'informations entre autorités au sein du réseau, sous réserve des protections qu'il énonce (voir paragraphe 29).

2.3.3. *Position des entreprises invoquant le bénéfice d'un programme de clémence*

37. La Commission estime ([13]) qu'il est de l'intérêt de la Communauté de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui coopèrent avec elle dans les enquêtes sur les ententes illégales. Un certain nombre d'États membres ont également adopté des programmes de clémence ([14]) relatifs aux enquêtes sur les ententes. Ces programmes visent à faciliter la découverte des ententes illégales par les autorités de concurrence et, ce faisant, à avoir un effet dissuasif quant à la participation à de telles ententes.

38. En l'absence d'un système de clémence pleinement harmonisé s'étendant à l'ensemble de la Communauté, une demande de clémence adressée à une autorité donnée ne saurait être considérée comme étant une demande adressée à une autre autorité de concurrence. Il s'ensuit que le demandeur a intérêt à solliciter la clémence auprès de toutes les autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 81 du traité sur le territoire affecté par l'infraction et qui peuvent être considérées comme bien placées pour agir contre l'infraction en question ([15]). Compte tenu de l'importance du choix du moment dans la plupart des systèmes de clémence en vigueur, les demandeurs auront également intérêt à se demander s'il est indiqué de solliciter simultanément des mesures de clémence auprès de toutes les autorités compétentes. Il incombe au demandeur de faire les démarches qu'il juge indiquées pour défendre sa position dans le cadre d'une éventuelle procédure engagée par ces autorités.

39. Comme pour toutes les affaires dans lesquelles les articles 81 et 82 du traité sont appliqués, si une autorité nationale de concurrence traite une affaire qui a été engagée à la suite d'une demande de clémence, elle est tenue d'en informer la Commission et de mettre cette information à la disposition des autres membres du réseau conformément à l'article 11, paragraphe 3, du règlement du Conseil (voir paragraphes 16 et suivants). La Commission a accepté une obligation équivalente d'informer les autorités nationales de concurrence en vertu de l'article 11, paragraphe 2, de ce règlement. Dans les deux cas, toutefois, l'information communiquée au réseau en application de l'article 11 ne sera pas utilisée par les autres membres du réseau comme base d'ouverture d'une enquête pour leur propre compte, que ce soit en vertu des règles communautaires de concurrence ou, dans le cas des autorités nationales de concurrence, de leur législation de la concurrence ou autres législations nationales ([16]). Cette disposition ne porte pas atteinte au pouvoir éventuel de l'autorité d'ouvrir une enquête sur la base d'informations obtenues d'autres sources ou, sous réserve des paragraphes 40 et 41 ci-dessous, de demander à un autre membre du réseau, y compris le membre auquel la demande de clémence a été adressée, de lui fournir des informations conformément à l'article 12 du règlement du Conseil, informations que l'autorité en question pourra utiliser.

40. Hormis les cas prévus au paragraphe 41, les informations communiquées de son plein gré par le demandeur de mesures de clémence ne seront transmises à un autre membre du réseau, conformément à l'article 12 du règlement du Conseil, qu'avec le consentement du demandeur. De même, d'autres informations qui ont été obtenues pendant ou à la suite d'une inspection ou dans le cadre d'autres mesures d'enquête qui n'auraient chacune pu être exécutées autrement qu'à la suite d'une demande de clémence ne seront transmises à une autre autorité, conformément à l'article 12, que si le demandeur a autorisé la transmission à cette autorité d'informations qu'il a communiquées de son plein gré dans sa demande de clémence. Les membres du réseau inciteront les demandeurs de mesures de clémence à donner ce consentement, notamment en ce qui concerne la divulgation à des autorités auprès desquelles le demandeur aurait la faculté d'obtenir un traitement favorable. Une fois que le demandeur a donné son consentement à la transmission d'informations à une autre autorité, il ne peut se rétracter. Toutefois, le présent paragraphe est sans préjudice de la responsabilité de chaque demandeur de solliciter des mesures de clémence auprès des autorités qu'il juge appropriées.

41. Nonobstant ce qui précède, le consentement du demandeur pour la transmission d'informations à une autre autorité en vertu de l'article 12 du règlement du Conseil n'est pas requis dans l'une quelconque des circonstances suivantes:

1. Le consentement n'est pas requis si l'autorité destinataire a reçu du même demandeur, à propos de la même infraction, la même demande de mesures de clémence que l'autorité émettrice, à condition qu'au moment de la transmission des informations, le demandeur n'ait pas la faculté de retirer les informations qu'il a communiquées à cette autorité destinataire.

2. Le consentement n'est pas requis si l'autorité destinataire a donné un engagement écrit stipulant que ni les informations qui lui ont été transmises ni toutes les autres informations qu'elle pourrait obtenir à compter du jour et de l'heure de transmission indiqués par l'autorité émettrice ne seront utilisées, ni par elle ni par aucune autre autorité à laquelle elle aura par la suite transmis ces informations, afin d'infliger des sanctions:

   a) au demandeur de mesures de clémence;

   b) à toute autre personne morale ou physique couverte par le traitement favorable proposé par l'autorité émettrice, dans le cadre de son régime de mesures de clémence, à la suite de la demande faite par le demandeur;

   c) à un salarié ou ancien salarié de l'une ou l'autre des personnes visées aux points a) ou b).

   Une copie de l'engagement écrit de l'autorité destinataire des informations sera communiquée au demandeur.

3. Lorsque des informations ont été recueillies par un membre du réseau, en vertu de l'article 22, paragraphe 1, du règlement du Conseil au nom et pour le compte du membre du réseau auquel la demande de mesures de clémence a été adressée, aucun consentement n'est pas requis pour la transmission de ces informations au membre du réseau qui a reçu la demande ni pour leur utilisation par celui-ci.

42. L'information se rapportant aux affaires engagées suite à une demande de clémence et mise à disposition de la Commission conformément à l'article 11, paragraphe 3, du règlement du Conseil ([17]) ne sera mise à la disposition que des autorités nationales de concurrence s'étant engagées à respecter les principes décrits ci-dessus (voir aussi paragraphe 72). Le même principe s'applique lorsqu'une affaire a été engagée par la Commission suite à une demande de clémence qu'elle a elle-même reçue. Ceci n'affecte le pouvoir d'aucune autorité de se voir fournir des informations en application de l'article 12 du règlement du Conseil, à condition toutefois que les paragraphes 40 et 41 ci-dessus soient respectés.

3. APPLICATION HOMOGÈNE DES RÈGLES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE ([18])

3.1. Mécanisme de coopération (article 11, paragraphes 4 et 5 du règlement du Conseil)

43. Le règlement du Conseil a pour objectif de garantir une application cohérente des articles 81 et 82 du traité dans l'ensemble de la Communauté. À cet égard, les autorités de concurrence respecteront la règle de convergence figurant à l'article 3, paragraphe 2, du règlement du Conseil. Conformément à l'article 16, paragraphe 2, elles ne pourront pas, lorsqu'elles statueront sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, prendre des décisions qui iraient à l'encontre des décisions adoptées par la Commission. Au sein du réseau d'autorités de concurrence, la Commission, en tant que gardienne des traités, est chargée en dernier ressort, mais pas à elle seule, d'élaborer la politique et de veiller à l'application efficace et homogène du droit communautaire de la concurrence.

44. En vertu de l'article 11, paragraphe 4, du règlement du Conseil, au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision d'application de l'article 81 ou 82 du traité ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. Elles lui communiquent, au plus tard trente jours avant l'adoption de la décision, un résumé de l'affaire, la décision envisagée ou, en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée.

45. De même qu'avec l'article 11, paragraphe 3, du règlement du Conseil, l'obligation consiste à informer la Commission, mais l'autorité nationale de concurrence qui informe la Commission peut partager cette information avec les autres membres du réseau.

46. Si une autorité nationale de concurrence a informé la Commission conformément à l'article 11, paragraphe 4, du règlement du Conseil et que le délai de trente jours a expiré, la décision peut être adoptée tant que la Commission n'a pas engagé la procédure. La Commission peut présenter des observations écrites sur l'affaire avant l'adoption de la décision par l'autorité nationale de concurrence. Les autorités nationales de concurrence et la Commission mettront en œuvre tous leurs efforts afin de garantir une application homogène du droit communautaire (voir paragraphe 3).

47. Si des circonstances particulières exigent qu'une décision nationale soit prise en moins de trente jours après la transmission d'informations conformément à l'article 11, paragraphe 4, du règlement du Conseil, l'autorité nationale de concurrence concernée peut demander à la Commission de réagir rapidement et celle-ci s'efforcera de réagir aussi rapidement que possible.

48. Les autres types de décisions, c'est-à-dire les décisions de rejet de plaintes, les décisions de clôture d'une procédure d'office ou les décisions ordonnant des mesures provisoires, peuvent aussi revêtir de l'importance du point de vue de la politique communautaire de la concurrence, et les membres du réseau peuvent avoir intérêt à s'en informer mutuellement et, éventuellement, à en débattre. Dès lors, les autorités nationales de concurrence peuvent, en application de l'article 11, paragraphe 5, du règlement du Conseil, informer la Commission et, ce faisant, informer le réseau de toute autre affaire dans laquelle le droit communautaire de la concurrence est appliqué.

49. Tous les membres du réseau devraient s'informer mutuellement de la clôture de leurs procédures qui ont été notifiées au réseau conformément à l'article 11, paragraphes 2 et 3, du règlement du Conseil ([19]).

3.2. **Ouverture par la Commission de la procédure prévue à l'article 11, paragraphe 6, du règlement du Conseil**

50. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, la Commission, qui se voit confier par l'article 85, paragraphe 1, du traité la mission d'assurer l'application des principes énoncés aux articles 81 et 82 du traité CE, est chargée de la définition et de la mise en œuvre de l'orientation de la politique communautaire de la concurrence ([20]). Elle peut adopter à tout moment des décisions individuelles en application des articles 81 et 82 du traité.

51. En vertu de l'article 11, paragraphe 6, du règlement du Conseil, l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du règlement du Conseil dessaisit toutes les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Autrement dit, une fois que la Commission a ouvert une procédure, les autorités nationales de concurrence ne peuvent agir sur la même base juridique à l'encontre du ou des mêmes accords ou pratiques de la ou des mêmes entreprises sur le même marché géographique en cause et le même marché de produits en cause.

52. L'ouverture d'une procédure est un acte officiel ([21]) par lequel la Commission fait part de son intention d'adopter une décision en vertu du chapitre III du règlement du Conseil. Elle peut avoir lieu à n'importe quel stade de l'examen de l'affaire par la Commission. Le simple fait que la Commission ait reçu une plainte n'est pas suffisant en soi pour dessaisir les autorités nationales de concurrence de leur compétence.

53. Deux situations peuvent se produire. Dans la première, la Commission est la première autorité de concurrence à engager la procédure dans une affaire en vue de l'adoption d'une décision en application du règlement du Conseil, et dès lors les autorités nationales de concurrence ne peuvent plus traiter l'affaire. L'article 11, paragraphe 6, du règlement du Conseil prévoit que l'ouverture par la Commission d'une procédure dessaisit les autorités nationales de concurrence de leur compétence pour engager une procédure en vue de l'application des articles 81 et 82 du traité aux mêmes accords ou pratiques de la ou des mêmes entreprises sur le même marché géographique en cause et le même marché de produits en cause.

54. La deuxième situation se produit si une ou plusieurs autorités nationales de concurrence ont informé le réseau, conformément à l'article 11, paragraphe 3, du règlement du Conseil, qu'elles traitent une affaire donnée. Au cours de la période d'attribution initiale (délai indicatif de deux mois; voir le paragraphe 18 ci-dessus), la Commission peut ouvrir une procédure avec les effets de l'article 11, paragraphe 6, du règlement du Conseil, après avoir consulté les autorités concernées. À l'issue de la phase d'attribution, la Commission n'applique en principe l'article 11, paragraphe 6, que si l'un des cas suivants se produit:

a) des membres du réseau envisagent des décisions contradictoires dans la même affaire;

b) des membres du réseau envisagent une décision qui est manifestement contraire à la jurisprudence constante; les normes définies dans les arrêts des juridictions communautaires et dans des décisions et règlements antérieurs de la Commission doivent servir de repère; en ce qui concerne l'appréciation des faits (définition du marché, etc.), seule une divergence importante déclenche l'intervention de la Commission;

c) un ou plusieurs membres du réseau prolongent une procédure à l'excès;

d) il y a lieu d'adopter une décision de la Commission pour développer la politique communautaire de la concurrence, notamment si une question similaire de concurrence se pose dans plusieurs États membres, ou pour assurer une application efficace;

e) la ou les autorités nationales de concurrence concernées ne s'y opposent pas.

55. Si une autorité nationale de concurrence agit déjà dans une affaire, la Commission expose par écrit à l'autorité nationale de concurrence concernée et aux autres membres du réseau les motifs d'application de l'article 11, paragraphe 6, du règlement du Conseil ([22]).

56. La Commission annonce au réseau son intention d'appliquer l'article 11, paragraphe 6, du règlement du Conseil suffisamment tôt pour que les membres du réseau aient la possibilité de demander une réunion du comité consultatif sur la question, avant que la Commission n'ouvre la procédure.

57. En principe, dès lors que l'intérêt communautaire n'est pas en jeu, la Commission n'adopte pas de décision qui soit contraire à la décision d'une autorité nationale de concurrence après que l'information a eu lieu en bonne et due forme conformément à l'article 11, paragraphes 3 et 4, du règlement du Conseil, et que la Commission n'a pas fait usage de l'article 11, paragraphe 6.

4. RÔLE ET FONCTIONNEMENT DU COMITÉ CONSULTATIF DANS LE NOUVEAU RÉGIME

58. Le comité consultatif est l'enceinte où les experts des diverses autorités de concurrence examinent certaines affaires ainsi que des questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence ([23]).

4.1. Portée de la consultation

4.1.1. *Décisions de la Commission*

59. Le comité consultatif est consulté avant que la Commission n'adopte une décision conformément aux articles 7, 8, 9, 10 et 23, à l'article 24, paragraphe 2, ou à l'article 29, paragraphe 1, du règlement du Conseil. La Commission tient le plus grand compte de l'avis du comité consultatif et informe ce dernier de la façon dont elle a tenu compte de son avis.

60. En ce qui concerne les décisions d'adoption de mesures provisoires, le comité consultatif est consulté suivant une procédure plus légère et plus rapide, sur la base d'une note explicative succincte et du dispositif de la décision.

4.1.2. *Décisions des autorités nationales de concurrence*

61. Il est de l'intérêt du réseau que les affaires importantes traitées par des autorités nationales de concurrence au titre des articles 81 et 82 du traité puissent être examinées en comité consultatif. Le règlement du Conseil permet à la Commission d'inscrire à l'ordre du jour du comité consultatif les affaires en cours de traitement par une autorité nationale de concurrence. L'examen d'une affaire peut être demandé par la Commission ou par un État membre. Dans l'un ou l'autre cas, la Commission inscrit l'affaire à l'ordre du jour après en avoir informé la ou les autorités nationales de concurrence concernées. Le comité consultatif ne rend pas d'avis sur les affaires examinées.

62. Pour les affaires importantes, le comité consultatif pourrait aussi être le lieu d'examen de l'attribution des affaires. En particulier, si la Commission entend appliquer l'article 11, paragraphe 6, du règlement du Conseil après le délai initial d'attribution, l'affaire peut être débattue en comité consultatif avant que la Commission n'ouvre la procédure. Le comité consultatif peut adopter une déclaration officieuse sur la question.

4.1.3. *Mesures d'application, règlements d'exemption par catégories, lignes directrices et autres communications (article 33 du règlement du Conseil)*

63. Le comité consultatif est consulté sur les projets de règlements de la Commission, comme prévu par les règlements pertinents du Conseil.

64. Outre les règlements, la Commission adopte aussi des communications et des lignes directrices. Ces outils plus souples sont fort utiles pour expliquer et annoncer la politique de la Commission ainsi que pour expliquer l'interprétation que celle-ci donne des règles de concurrence.

4.2. Procédure

4.2.1. *Procédure normale*

65. En ce qui concerne la consultation sur les projets de décisions de la Commission, la réunion du comité consultatif se tient au plus tôt quatorze jours après l'envoi par la Commission de la convocation, accompagnée d'un exposé succinct de l'affaire, de la liste des pièces les plus importantes (pièces nécessaires à l'appréciation de l'affaire) et d'un avant-projet de décision. Le comité consultatif émet un avis sur l'avant-projet de décision de la Commission. À la demande d'un ou plusieurs membres, cet avis sera motivé.

66. Le règlement du Conseil prévoit la possibilité que les États membres donnent leur accord pour fixer un délai plus court entre l'envoi de la convocation et la réunion.

4.2.2. *Procédure écrite*

67. Le règlement du Conseil instaure la possibilité d'une procédure de consultation écrite. Si aucun État membre ne soulève d'objection, la Commission peut consulter les États membres en leur envoyant les pièces et en fixant un délai qui leur permet de formuler leurs observations. En principe, ce délai est d'au moins quatorze jours, sauf pour les décisions relatives aux mesures provisoires prévues à l'article 8 du règlement du Conseil. Si un État membre demande la tenue d'une réunion, la Commission prend les dispositions pour l'organiser.

4.3. Publication de l'avis du comité consultatif

68. Le comité consultatif peut recommander que son avis soit publié, auquel cas la Commission publie l'avis en même temps que la décision, en tenant compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires.

5. OBSERVATIONS FINALES

69. La présente communication ne préjuge pas l'interprétation des dispositions du traité et des dispositions réglementaires en vigueur par le Tribunal de première instance et la Cour de justice.

70. La présente communication sera périodiquement révisée de concert par les autorités nationales de concurrence et la Commission. Sur la base de l'expérience acquise, elle sera révisée au plus tard à la fin de la troisième année suivant son adoption.

71. La présente communication remplace la communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 81 et 82 du traité publiée en 1997 ([24]).

6. DÉCLARATION DES AUTRES MEMBRES DU RÉSEAU

72. Les principes décrits dans la présente communication seront également suivis par les autorités de concurrence des États membres qui ont signé une déclaration conforme à l'annexe à la présente communication, dans laquelle elles déclarent avoir pris acte des principes énoncés dans la présente communication, y compris le principe relatif à la protection des personnes ayant demandé à bénéficier de mesures de clémence ([25]), et acceptent de les respecter. La liste de ces autorités a été publiée sur le site Internet de la Commission européenne. Elle sera mise à jour lorsque cela s'avérera nécessaire.

([1]) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

([2]) Dans la présente communication, la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence sont collectivement dénommées «les autorités de concurrence».

([3]) Voir arrêt de la Cour dans l'affaire 68/88, Commission contre Grèce, Recueil 1989, p. 2965, points 23 à 25.

([4]) Voir paragraphe 8 de la Déclaration commune du Conseil et de la Commission sur le fonctionnement du réseau, qui peut être consultée sur le site du registre du Conseil: http://register.consilium.eu.int (document n° 15435/02 ADD 1).

([5]) Dans la présente communication, le terme «procédure» désigne les enquêtes et/ou les procédures officielles préalables à l'adoption d'une décision en vertu du règlement du Conseil conduites par une autorité nationale de la concurrence ou par la Commission, selon le cas.

([6]) Voir considérant 18 du règlement du Conseil.

([7]) Pour les procédures engagées à la suite d'une demande de clémence, voir paragraphes 37 *seq*.

([8]) L'intention de faire en sorte que toutes les informations échangées en vertu de l'article 11 puissent être mises à la disposition de tous les membres du réseau et que ceux-ci puissent y accéder facilement, est toutefois exprimée dans la Déclaration commune sur le fonctionnement du réseau mentionnée à la note 5 ci-dessus.

([9]) Voir communication de la Commission relative aux plaintes.

([10]) Voir affaire 85/87, Dow Benelux, Recueil 1989, p. 3137, points 17 à 20.

([11]) Voir affaire 374/87, Orkem, Recueil 1989, p. 3283, et affaire T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG, Recueil 2001, p. II-729.

([12]) Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission (JO L 123 du 27.4.2004).

([13]) JO C 45 du 19.2.2002, p. 3, paragraphe 3.

([14]) Dans cette communication, le terme «clémence» désigne tous les systèmes (y compris celui de la Commission) qui offrent l'immunité totale ou une forte réduction des amendes qui, sinon, auraient été infligées au participant à une entente illicite, en échange de la divulgation librement consentie, avant ou pendant la phase d'examen de l'affaire d'entente, d'éléments de preuve répondant à des critères précis. Ce terme ne désigne pas les réductions d'amendes accordées pour d'autres motifs. La Commission publiera sur son site Internet une liste des autorités qui appliquent un régime de clémence.

([15]) Voir paragraphes 8 à 15 ci-dessus.

([16]) De même, les informations transmises en vue d'obtenir l'aide de l'autorité destinataire en vertu des articles 20 ou 21 du règlement (CE) n° 1/2003 ou en vue d'exécuter une inspection ou autre mesure d'enquête en vertu de l'article 22 dudit règlement ne peuvent être utilisées qu'aux fins de l'application desdits articles.

([17]) Voir paragraphe 17.

([18]) L'article 15 du règlement du Conseil confère aux autorités de concurrence des États membres et à la Commission la faculté de présenter des observations écrites et, avec l'autorisation de la Cour, des observations orales au sujet de l'application des articles 81 ou 82 du traité. Il s'agit là d'un outil très important pour assurer l'application homogène des règles communautaires. Les autorités de concurrence des États membres et la Commission collaborent étroitement dans l'exercice de cette faculté.

([19]) Voir le paragraphe 24 de la Déclaration commune sur le fonctionnement du réseau mentionnée à la note 5 ci-dessus.

([20]) Voir affaire C-344/98, Masterfoods Ltd, Recueil 2000, p. I-11369.

([21]) La Cour a défini ce concept dans l'affaire 48/72, SA Brasserie de Haecht, Recueil 1973, p. 77: «l'article 9 [du règlement n° 17], se référant à l'engagement d'une procédure [...], vise évidemment un acte d'autorité de la Commission, manifestant sa volonté de procéder à une décision.»

([22]) Voir paragraphe 22 de la déclaration commune mentionnée à la note 5 ci-dessus.

([23]) Conformément à l'article 14, paragraphe 2, du règlement du Conseil, si des questions horizontales comme les règlements d'exemption par catégorie et les lignes directrices sont examinées, les États membres peuvent désigner un représentant supplémentaire, compétent en matière de concurrence, mais ne faisant pas nécessairement partie de l'autorité de concurrence.

([24]) JO C 313 du 15.10.1997, p. 3.

([25]) Voir paragraphes 37 *seq*.

ANNEXE

DÉCLARATION CONCERNANT LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION RELATIVE À LA COOPÉRATION AU SEIN DU RÉSEAU DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE

Afin de coopérer étroitement dans le but de sauvegarder la concurrence au sein de l'Union européenne, dans l'intérêt des consommateurs, l'autorité de concurrence soussignée:

1. prend acte des principes énoncés dans la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau d'autorités de concurrence;

2. déclare qu'elle respectera ces principes, qui comprennent des principes relatifs à la protection des personnes ayant demandé à bénéficier de mesures de clémence, dans tous les cas où elle agira ou sera susceptible d'agir et où ces principes seront d'application.

....

(lieu) (date)

Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE

(2004/C 101/04)

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

I. OBJET DE LA COMMUNICATION

1. La présente communication porte sur la coopération entre la Commission et les juridictions des États membres de l'Union européenne lorsque ces dernières appliquent les articles 81 et 82 CE. Aux fins de la présente communication, les «juridictions des États membres de l'Union européenne» (ci-après dénommées «juridictions nationales») sont les cours et tribunaux d'un État membre de l'Union européenne qui peuvent appliquer les articles 81 et 82 CE et saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel en application de l'article 234 CE ([1]).

2. Les juridictions nationales peuvent être appelées à appliquer les articles 81 ou 82 CE dans des litiges entre particuliers, tels que les actions portant sur des contrats ou les actions en dommages et intérêts. Elles peuvent également faire office d'autorités publiques ou d'instances de recours. Une juridiction nationale peut effectivement être désignée comme autorité de concurrence d'un État membre (ci-après dénommée «autorité nationale de concurrence») conformément à l'article 35, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 (ci-après dénommé «le règlement») ([2]). Dans ce cas, la coopération entre les juridictions nationales et la Commission est régie non seulement par la présente communication, mais également par la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence ([3]).

II. L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES

A. LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES POUR APPLIQUER LES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES

3. Si les juridictions nationales sont compétentes pour une affaire donnée ([4]), elles ont le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 CE ([5]). De surcroît, il convient de rappeler que les articles 81 et 82 CE relèvent de l'ordre public et sont essentiels pour l'accomplissement de la mission confiée à la Communauté et, notamment, pour le fonctionnement du marché intérieur ([6]). Selon la Cour de justice, dès lors que, en vertu du droit national, les juridictions nationales doivent soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle interne de nature contraignante, qui n'auraient pas été avancés par les parties, une telle obligation s'impose également s'agissant des règles communautaires contraignantes, telles que les règles de concurrence communautaires. Il en est de même si le droit national confère au juge la faculté d'appliquer d'office la règle de droit contraignante, il appartient aux juridictions nationales d'appliquer les règles de concurrence communautaires, même lorsque la partie qui a intérêt à leur application ne les a pas invoquées, dans le cas où son droit national lui permet une telle application. Toutefois, le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande ([7]).

4. Selon les fonctions qui leur sont dévolues par le droit national, les juridictions nationales peuvent être appelées à appliquer les articles 81 et 82 CE dans des procédures administratives, civiles ou pénales ([8]). C'est ainsi que lorsqu'une personne physique ou morale saisit une juridiction nationale pour sauvegarder ses droits individuels, ces juridictions jouent un rôle bien précis dans l'application des articles 81 et 82 CE qui diffère de leur application dans l'intérêt public par la Commission ou les autorités de concurrence nationales ([9]). De fait, les juridictions nationales peuvent donner effet aux articles 81 ou 82 CE en déclarant la nullité de contrats ou en accordant des dommages et intérêts.

5. Les juridictions nationales peuvent appliquer les articles 81 et 82 CE sans qu'il soit nécessaire d'appliquer en parallèle le droit national de la concurrence. Toutefois, lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence à des accords, à des décisions d'associations d'entreprises ou à des pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE ou à une pratique abusive interdite par l'article 82 CE ([10]), elles doivent également appliquer les règles de concurrence communautaires à ces accords, décisions ou pratiques ([11]).

6. Le règlement ne se borne pas à habiliter les juridictions nationales à appliquer le droit communautaire de la concurrence. L'application parallèle du droit national de la concurrence à des accords, décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées qui affectent le commerce entre États membres ne peut aboutir à des conclusions différentes de celles qui découlent de l'application du droit communautaire. Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, du règlement, les accords, décisions ou pratiques concertées qui n'enfreignent pas l'article 81, paragraphe 1, CE ou qui satisfont aux conditions énoncées

à l'article 81, paragraphe 3, CE ne peuvent pas non plus être interdits en vertu du droit national de la concurrence ([12]). À l'inverse, la Cour de justice a établi que les accords, décisions ou pratiques concertées qui violent l'article 81, paragraphe 1, et ne satisfont pas aux conditions de l'article 81, paragraphe 3, CE ne pouvaient être maintenus en vertu du droit national ([13]). En ce qui concerne l'application parallèle du droit national de la concurrence et de l'article 82 CE dans le cas d'un comportement unilatéral, l'article 3 du règlement ne prévoit pas d'obligation de convergence similaire. Toutefois, dans le cas de dispositions contradictoires, le principe général de primauté du droit communautaire exige que les juridictions nationales laissent inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire à la règle communautaire, que cette disposition nationale soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire ([14]).

7. Outre l'application des articles 81 et 82 CE, les juridictions nationales ont également compétence pour appliquer les actes adoptés par des institutions européennes conformément au traité CE ou aux mesures adoptées pour donner effet au Traité, dans la mesure où ces actes ont un effet direct. Les juridictions nationales peuvent donc être amenées à faire respecter des décisions ([15]) ou des règlements de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE à des catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées. Lorsqu'elles appliquent ces règles de concurrence communautaires, les juridictions nationales agissent dans le cadre du droit communautaire et sont par conséquent tenues d'en observer les principes généraux ([16]).

8. L'application des articles 81 et 82 CE par les juridictions nationales dépend souvent d'appréciations économiques et juridiques complexes ([17]). Lorsqu'elles appliquent les règles de concurrence communautaires, les juridictions nationales sont liées par la jurisprudence des juridictions communautaires, ainsi que par les règlements de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE à des catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ([18]). De surcroît, l'application des articles 81 et 82 CE par la Commission dans un cas donné lie les juridictions nationales lorsqu'elles appliquent des règles de concurrence communautaires dans la même affaire parallèlement ou consécutivement à la Commission ([19]). Enfin, et sans préjudice de l'interprétation finale du traité CE par la Cour de justice, les juridictions nationales peuvent trouver des indications dans les règlements et décisions de la Commission qui présentent des éléments d'analogie avec l'affaire dont elles sont saisies, ainsi que dans les communications et lignes directrices de la Commission relatives à l'application des articles 81 et 82 CE ([20]) et dans le rapport annuel sur la politique de concurrence ([21]).

B. LES ASPECTS PROCÉDURAUX DE L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES

9. Le droit national définit dans une large mesure les conditions procédurales de l'application des règles de concurrence communautaires par les juridictions nationales et les sanctions qu'elles peuvent infliger en cas d'infraction à ces règles. Toutefois, dans une certaine mesure, le droit communautaire détermine également les conditions d'application des règles de concurrence communautaires. Ces dispositions du droit communautaire fournissent aux juridictions nationales la faculté de tirer parti de certains instruments, par exemple solliciter l'avis de la Commission sur des questions touchant à l'application des règles de concurrence communautaires ([22]), ou elles peuvent créer des règles qui ont un effet obligatoire sur les procédures dont elles sont saisies, par exemple permettre à la Commission et aux autorités de concurrence nationales de leur présenter des observations écrites ([23]). Ces dispositions du droit communautaire prévalent sur les règles nationales. Par conséquent, les juridictions nationales doivent s'abstenir d'appliquer les règles nationales qui, si elles étaient appliquées, entreraient en conflit avec les dispositions du droit communautaire. Lorsque de telles dispositions du droit communautaire sont directement applicables, elles sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, et doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur ([24]).

10. À défaut de dispositions de droit communautaire régissant les procédures et sanctions liées à l'application des règles de concurrence communautaires par les juridictions nationales, ces dernières appliquent les règles de procédure nationales — dans la mesure où elles ont compétence pour le faire — et infligent les sanctions prévues par ces dernières. L'application de ces dispositions nationales doit toutefois être compatible avec les principes généraux du droit communautaire. À cet égard, il est utile de rappeler la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle:

a) dans le cas d'une infraction au droit communautaire, le droit national doit prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ([25]);

b) si l'infraction au droit communautaire porte préjudice à un particulier, ce dernier doit pouvoir sous certaines conditions intenter une action en dommages et intérêts devant une juridiction nationale ([26]);

c) les règles relatives aux procédures et aux sanctions appliquées par les juridictions nationales pour faire respecter le droit communautaire

— ne doivent pas rendre son application excessivement difficile ou pratiquement impossible (principe d'efficacité) ([27]) et

— ne doivent pas être moins favorables que les règles visant à faire respecter le droit national équivalent (principe d'équivalence) ([28]).

En raison de la primauté du droit communautaire, une juridiction nationale ne peut appliquer des règles nationales qui soient incompatibles avec ces principes.

C. L'APPLICATION PARALLÈLE OU CONSÉCUTIVE DES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES PAR LA COMMISSION ET LES JURIDICTIONS NATIONALES

11. Une juridiction nationale peut appliquer le droit communautaire de la concurrence à un accord, à une décision, à une pratique concertée ou à un comportement unilatéral affectant le commerce entre États membres en même temps que la Commission ou après celle-ci ([29]). Certaines des obligations que les juridictions nationales doivent respecter en pareils cas sont décrites aux points suivants.

12. Si la juridiction nationale statue avant la Commission, elle doit éviter d'adopter une décision qui irait à l'encontre d'une décision envisagée par cette dernière ([30]). À cet effet, la juridiction nationale peut demander à la Commission si elle a ouvert une procédure à l'égard des mêmes accords, décisions ou pratiques ([31]) et, le cas échéant, où en est la procédure et si une décision est probable dans l'affaire considérée ([32]). La juridiction nationale peut aussi, pour des raisons de sécurité juridique, envisager de suspendre sa procédure jusqu'à ce que la Commission ait statué ([33]). La Commission s'efforcera pour sa part de donner la priorité aux affaires dans lesquelles elle a décidé d'ouvrir une procédure en vertu de l'article 2, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 773/2004 de la Commission et qui font l'objet d'une procédure nationale en suspens pour ce motif, notamment lorsque l'issue d'un litige au civil en dépend. Toutefois, lorsque la juridiction nationale ne peut raisonnablement avoir de doute au sujet de la décision envisagée par la Commission ou que cette dernière a déjà statué dans une affaire similaire, la juridiction nationale peut statuer sur l'affaire pendante devant elle conformément à cette décision envisagée ou à la décision antérieure sans qu'il soit nécessaire de demander les renseignements susmentionnés à la Commission ou sans attendre sa décision.

13. Lorsque la Commission statue avant la juridiction nationale dans une affaire donnée, cette dernière ne peut prendre de décision allant à l'encontre de celle de la Commission. L'effet contraignant de la décision de la Commission est bien entendu sans préjudice de l'interprétation du droit communautaire par la Cour de justice. Par conséquent, si la juridiction nationale a des doutes sur la légalité de la décision de la Commission, elle ne peut en éviter les effets contraignants sans que la Cour de justice ait statué en sens contraire ([34]). Par conséquent, si une juridiction nationale souhaite prendre une décision allant à l'encontre de celle de la Commission, elle doit saisir la Cour de justice à titre préjudiciel (article 234 CE). Cette dernière statuera alors sur la compatibilité de la décision de la Commission avec le droit communautaire. Toutefois, si la décision de la Commission fait l'objet d'un recours devant les juridictions communautaires en application de l'article 230 CE et que la solution du litige pendant devant la juridiction nationale dépend de la validité de la décision de la Commission, la juridiction nationale doit suspendre sa procédure en attendant le jugement définitif des juridictions communautaires dans le recours en annulation, à moins qu'elle ne considère que les circonstances de l'espèce justifient une demande de décision préjudicielle à la Cour de justice sur la validité de la décision de la Commission ([35]).

14. Lorsqu'une juridiction nationale suspend sa procédure, par exemple pour attendre la décision de la Commission (situation décrite au point 12 de la présente communication) ou bien une décision finale des juridictions communautaires dans un recours en annulation ou une procédure préjudicielle (situation décrite au point 13), il lui incombe d'examiner la nécessité d'ordonner des mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties ([36]).

III. LA COOPÉRATION ENTRE LA COMMISSION ET LES JURIDICTIONS NATIONALES

15. Outre le mécanisme de coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice conformément à l'article 234 CE, le traité CE ne prévoit pas expressément de coopération entre les juridictions nationales et la Commission. Cependant, dans leur interprétation de l'article 10 CE, qui fait obligation aux États membres de faciliter l'accomplissement de la mission de la Communauté, les juridictions communautaires ont établi que cette disposition du Traité imposait aux institutions européennes et aux États membres des devoirs mutuels de coopération loyale afin d'atteindre les objectifs du traité CE. L'article 10 CE implique par conséquent que la Commission doit assister les juridictions nationales lorsqu'elles appliquent le droit communautaire ([37]). De la même façon, les juridictions nationales peuvent être tenues d'assister la Commission dans l'accomplissement de sa mission ([38]).

16. Il convient également de rappeler la coopération entre les juridictions nationales et les autorités nationales, et notamment les autorités nationales de concurrence, pour l'application des articles 81 et 82 CE. Alors que la coopération entre ces autorités nationales est avant tout régie par des règles nationales, l'article 15, paragraphe 3, du règlement prévoit que ces autorités peuvent soumettre des observations aux juridictions nationales de leur État membre. Les points 31 et 33 à 35 de la présente communication sont applicables mutatis mutandis à ces observations.

A. LE RÔLE DE LA COMMISSION EN TANT QU'AMICUS CURIAE

17. Afin d'assister les juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence communautaires, la Commission doit aider les juridictions nationales lorsque ces dernières le jugent nécessaire pour pouvoir statuer sur une affaire donnée. L'article 15 du règlement mentionne les formes d'assistance les plus fréquentes: la communication d'informations (points 21 à 26) et les avis de la Commission (points 27 à 30), dans les deux cas à la demande de la juridiction nationale, ainsi que la possibilité pour la Commission de présenter des observations (points 31 à 35). Comme le règlement prévoit ces formes d'assistance, elle ne peut être limitée par une règle des États membres quelle qu'elle soit. Toutefois, à défaut de règles communautaires de procédure à cet effet et dans la mesure où elles sont nécessaires pour faciliter ces formes d'assistance, les États membres doivent adopter les règles de procédure permettant à la fois aux juridictions nationales et à la Commission de faire pleinement usage des possibilités offertes par le règlement ([39]).

18. La juridiction nationale peut adresser sa demande d'assistance par écrit à l'adresse suivante:

Commission européenne
Direction générale de la Concurrence
B-1049 Bruxelles
Belgique

ou par courrier électronique à comp-amicus@cec.eu.int

19. Il convient de rappeler que, quelle que soit la forme de la coopération avec les juridictions nationales, la Commission respectera leur indépendance. Par conséquent, l'assistance offerte par la Commission ne lie pas la juridiction nationale. La Commission doit également veiller à respecter l'obligation de secret professionnel qui lui incombe et à préserver son propre fonctionnement et sa propre indépendance ([40]). En remplissant son devoir d'assistance aux juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence communautaires, tel que prévu à l'article 10 CE, la Commission doit rester neutre et objective. En effet, l'assistance apportée par la Commission aux juridictions nationales relève de son devoir de défense de l'intérêt public. Elle n'est donc pas destinée à servir les intérêts privés des parties en cause dans l'affaire pendante devant la juridiction nationale. Par conséquent, la Commission n'entendra aucune des parties sur l'aide qu'elle apporte à la juridiction nationale. Si la Commission a été contactée par l'une quelconque des parties à l'affaire en instance devant la juridiction nationale sur des points soulevés devant cette juridiction, elle en informe cette dernière, que ces contacts aient eu lieu avant ou après la demande de coopération émanant de cette juridiction.

20. La Commission publiera un résumé de sa coopération avec les juridictions nationales conformément à la présente communication dans son Rapport annuel sur la Politique de concurrence. Elle peut aussi donner accès à ses avis et à ses observations sur son site Internet.

1. **Le devoir de la Commission de transmettre des informations aux juridictions nationales**

21. Le devoir de la Commission d'assister les juridictions nationales dans l'application du droit communautaire de la concurrence se reflète principalement dans l'obligation qui lui incombe de communiquer aux juridictions nationales les informations en sa possession. Une juridiction nationale peut notamment demander à la Commission des documents en sa possession ou des renseignements concernant la procédure, afin de déterminer si une affaire donnée est en instance devant elle, si elle a ouvert une procédure ou si elle a déjà statué. Une juridiction nationale peut également demander à la Commission quand une décision sera probablement prise, afin de pouvoir déterminer si les conditions sont réunies pour décider de surseoir à statuer ou s'il y a lieu d'adopter des mesures provisoires ([41]).

22. Afin de rendre efficace la coopération avec les juridictions nationales, la Commission s'efforcera de leur fournir les renseignements requis dans le délai d'un mois à partir de la date de réception de la demande. Lorsque la Commission doit inviter la juridiction nationale à clarifier sa demande ou qu'elle doit consulter des parties directement affectées par la communication de ces renseignements, ce délai commence à courir à partir du moment où elle reçoit les renseignements demandés.

23. Lorsqu'elle communique des renseignements aux juridictions nationales, la Commission doit respecter les garanties que l'article 287 CE confère aux personnes physiques et morales ([42]). Aux termes de cette disposition, les membres de la Commission, ainsi que ses fonctionnaires et agents, sont tenus de ne pas divulguer les informations qui sont couvertes par le secret professionnel. Il peut s'agir aussi bien d'informations confidentielles que de secrets d'affaires. Ces derniers sont des informations dont non seulement la divulgation au public, mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci ([43]).

24. Les dispositions combinées des articles 10 et 287 CE n'entraînent pas une interdiction absolue pour la Commission de communiquer des informations couvertes par le secret professionnel aux juridictions nationales. La jurisprudence des juridictions communautaires confirme que l'obligation de coopération loyale oblige la Commission à fournir à la juridiction nationale toutes les informations que cette dernière lui demande, même celles qui sont couvertes par le secret professionnel. Toutefois, en offrant sa coopération aux juridictions nationales, la Commission ne saurait en aucun cas porter atteinte aux garanties établies à l'article 287 CE.

25. Par conséquent, avant de transmettre des informations couvertes par le secret professionnel à une juridiction nationale, la Commission rappellera à cette dernière l'obligation qui lui est faite par le droit communautaire de préserver les droits conférés par l'article 287 CE aux personnes physiques et morales et elle lui demandera si elle peut et veut garantir la protection des informations confidentielles et des secrets d'affaires. Si la juridiction nationale ne peut offrir une telle garantie, la Commission ne communique pas les informations couvertes par le secret professionnel ([44]). Ce n'est que lorsque la juridiction nationale a offert la garantie qu'elle protégerait les informations confidentielles et les secrets d'affaires que la Commission lui communiquera les informations requises, en indiquant quels en sont les éléments couverts par le secret professionnel et ceux qui ne le sont pas et qui peuvent par conséquent être divulgués.

26. Il existe d'autres exceptions à la divulgation d'informations par la Commission aux juridictions nationales. Ainsi, la Commission peut refuser de communiquer des renseignements aux juridictions nationales pour des raisons essentiellement liées à la nécessité de préserver les intérêts de la Communauté ou pour éviter toute interférence dans son fonctionnement et avec son indépendance, notamment de nature à compromettre l'accomplissement de sa mission ([45]). La Commission s'abstiendra, par conséquent, de transmettre aux juridictions nationales des renseignements fournis volontairement par l'auteur d'une demande de clémence sans avoir obtenu l'accord de celui-ci.

2. **Les demandes d'avis sur des questions concernant l'application des règles de concurrence communautaires**

27. Lorsqu'elle doit appliquer des règles de concurrence communautaires, une juridiction nationale peut d'abord chercher des indications dans la jurisprudence des juridictions communautaires ou dans les règlements, décisions, communications et lignes directrices de la Commission relatives à l'application des articles 81 et 82 CE ([46]). Lorsque ces instruments ne fournissent pas d'indications suffisantes, la juridiction nationale peut demander à la Commission son avis sur des questions relatives à l'application des règles de concurrence communautaires. La juridiction nationale peut solliciter l'avis de la Commission sur des questions économiques, factuelles et juridiques ([47]), bien entendu sans préjudice de la possibilité ou de l'obligation de cette juridiction de saisir la Cour de justice d'une demande préjudicielle concernant l'interprétation ou la validité du droit communautaire en application de l'article 234 CE.

28. Pour être en mesure de fournir à la juridiction nationale un avis utile, la Commission peut lui demander des informations complémentaires ([48]). Dans l'intérêt d'une coopération efficace avec les juridictions nationales, la Commission s'efforcera de leur fournir l'avis demandé dans un délai de quatre mois à partir de la date de réception de la demande. Si la Commission a demandé des informations complémentaires à la juridiction nationale pour pouvoir formuler son avis, ce délai commence à courir à partir du moment où elle reçoit ce complément d'information.

29. Lorsqu'elle donne son avis, la Commission se bornera à communiquer à la juridiction nationale les informations factuelles ou la clarification en matière économique ou juridique requise, sans se prononcer sur le fond de l'affaire dont cette juridiction est saisie. De surcroît, contrairement à l'interprétation du droit communautaire par les juridictions communautaires, qui fait autorité, l'avis de la Commission ne lie pas juridiquement la juridiction nationale.

30. Conformément aux considérations exposées au point 19 de la présente communication, la Commission n'entendra pas les parties avant d'adresser son avis à la juridiction nationale. Cette dernière devra traiter l'avis de la Commission conformément aux règles de procédure nationales, qui devront respecter les principes généraux du droit communautaire.

3. **La soumission d'observations à la juridiction nationale par la Commission**

31. Conformément à l'article 15, paragraphe 3, du règlement, les autorités de concurrence nationales et la Commission peuvent soumettre des observations sur des questions liées à l'application des articles 81 ou 82 CE à une juridiction nationale appelée à les appliquer. Le règlement fait une distinction entre les observations écrites, que les autorités de concurrence nationales et la Commission peuvent soumettre d'office, et les observations orales, qu'elles ne peuvent présenter qu'avec l'autorisation de la juridiction nationale ([49]).

32. Le règlement précise que la Commission ne soumettra d'observations que lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 CE l'exige. Ceci étant l'objectif de sa soumission, la Commission limitera ses observations à une analyse économique et juridique des faits en cause dans l'affaire dont la juridiction nationale est saisie.

33. Pour permettre à la Commission de soumettre des observations utiles, les juridictions nationales peuvent être invitées à communiquer ou à faire transmettre à la Commission une copie de l'ensemble des documents nécessaires à l'appréciation de l'affaire. Conformément à l'article 15, paragraphe 3, second alinéa, du règlement, la Commission n'utilisera ces documents que pour préparer ses observations ([50]).

34. Comme le règlement n'établit pas de cadre procédural pour la soumission d'observations, ce sont les règles de procédure et pratiques des États membres qui déterminent le cadre procédural pertinent. Si un État membre n'a pas encore établi ce cadre, la juridiction nationale doit décider quelles sont les règles de procédure à appliquer pour la présentation d'observations dans l'affaire dont elle est saisie.

35. Le cadre procédural doit respecter les principes rappelés au point 10 de la présente communication. Cela signifie notamment que le cadre procédural de la soumission d'observations sur les questions liées à l'application des articles 81 ou 82 CE

a) doit être compatible avec les principes généraux du droit communautaire, et notamment avec les droits fondamentaux des parties en cause;

b) ne peut rendre la soumission de ces observations excessivement difficile ou pratiquement impossible (principe d'efficacité) ([51]) et

c) ne peut rendre la soumission de ces observations plus difficile que dans le cas de procédures judiciaires dans lesquelles le droit national équivalent est appliqué (le principe d'équivalence).

B. LE DEVOIR DES JURIDICTIONS NATIONALES DE FACILITER LE RÔLE DE LA COMMISSION DANS L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES

36. Étant donné que l'obligation de coopération loyale implique aussi que les autorités des États membres assistent les institutions européennes afin d'atteindre les objectifs du traité CE ([52]), le règlement fournit trois exemples de cette assistance: 1) la communication des documents nécessaires à l'appréciation d'une affaire dans laquelle la Commission souhaiterait soumettre des observations (voir point 33), 2) la communication des jugements qui appliquent les articles 81 ou 82 CE et 3) le rôle des juridictions nationales dans le cadre d'une inspection de la Commission.

1. **La communication des jugements des juridictions nationales appliquant les articles 81 ou 82 CE**

37. Aux termes de l'article 15, paragraphe 2, du règlement, les États membres transmettent à la Commission copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application des articles 81 ou 82 du traité CE et ce sans délai, lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties. La transmission de ces jugements et l'information qui en résulte sur les procédures devant les juridictions nationales permettent avant tout à la Commission d'être informée en temps utile des affaires au sujet desquelles il peut être opportun de soumettre des observations lorsque l'une des parties forme un recours contre le jugement.

2. **Le rôle des juridictions nationales dans le cadre d'une inspection de la Commission**

38. Enfin, les juridictions nationales peuvent jouer un rôle dans le contexte des inspections menées par la Commission auprès des entreprises et associations d'entreprises. Le rôle de ces juridictions varie selon que ces inspections sont menées dans des locaux commerciaux ou non commerciaux.

39. En ce qui concerne l'inspection de locaux commerciaux, la législation nationale peut requérir l'autorisation d'une juridiction nationale pour permettre à une autorité nationale disposant d'un pouvoir de contrainte d'assister la Commission si l'entreprise en cause s'oppose à l'inspection. Cette autorisation peut également être demandée à titre préventif. Lorsqu'elle est saisie d'une demande à cet effet, la juridiction nationale a le pouvoir de contrôler si la décision de la Commission de procéder à une inspection est authentique et si les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection. Lorsqu'elle contrôle la proportionnalité des mesures coercitives, la juridiction nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité de concurrence nationale, des explications détaillées, notamment sur les motifs qui l'incitent à suspecter une violation des articles 81 et 82 CE, ainsi que sur la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée ([53]).

40. En ce qui concerne l'inspection de locaux non commerciaux, le règlement requiert l'autorisation d'une juridiction nationale avant qu'une décision de la Commission ordonnant cette inspection puisse être exécutée. Dans ce cas, la juridiction nationale peut contrôler si la décision de la Commission est authentique et si les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et registres professionnels liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. La juridiction nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité nationale de concurrence, des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées ([54]).

41. Dans les deux cas visés aux points 39 et 40, la juridiction nationale ne peut mettre en cause la légalité de la décision de la Commission ni la nécessité de l'inspection ni encore exiger des informations figurant dans les dossiers de la Commission ([55]). De surcroît, l'obligation de coopération loyale oblige la juridiction nationale à rendre sa décision dans des délais de nature à permettre à la Commission de mener à bien son inspection ([56]).

IV. **DISPOSITIONS FINALES**

42. La présente communication est publiée afin d'aider les juridictions nationales à appliquer les articles 81 et 82 CE. Elle ne lie pas ces juridictions et n'affecte pas les droits et obligations conférés par le droit communautaire aux États membres de l'Union européenne, ainsi qu'aux personnes morales ou physiques.

43. La présente communication remplace la communication de 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE ([57]).

([1]) Pour les critères déterminant quelles entités peuvent être considérées comme des juridictions au sens de l'article 234 CE, voir, par exemple, l'affaire C-516/99, Schmid, Recueil 2002, p. 4573, point 34: «(. . .) la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit, ainsi que son indépendance».

([2]) Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

([3]) Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO C 101 du 27.4.2004, p. 43). Aux fins de cette communication, une «autorité nationale de concurrence» est l'autorité désignée par un État membre conformément à l'article 35, paragraphe 1, du règlement.

([4]) La compétence d'une juridiction nationale dépend des règles de juridiction nationales, européennes et internationales. Dans ce contexte, rappelons que le règlement (CE) nº 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 12 du 16.1.2001, p. 1) est applicable à toutes les affaires de concurrence à caractère civil ou commercial.

([5]) Voir article 6 du règlement.

([6]) Voir articles 2 et 3 CE, affaire C-126/97 Eco Swiss Recueil 1999, p. I-3055, point 36; affaire T-34/92 Fiatagri UK et New Holland Ford Recueil 1994, p. II-905, point 39 et affaire T-128/98 Aéroports de Paris Recueil 2000, p. II-3929, point 241.

([7]) Affaires jointes C-430/93 et C-431/93, van Schijndel, points 13 à 15 et 22, Recueil 1995, p. I-4705.

([8]) Aux termes de la dernière phrase du huitième considérant du règlement (CE) nº 1/2003, le règlement ne s'applique pas aux lois nationales qui imposent des sanctions pénales aux personnes physiques, sauf si lesdites sanctions constituent un moyen d'assurer l'application des règles de concurrence applicables aux entreprises.

([9]) Affaire T-24/90, Automec, point 85, Recueil 1992, p. II-2223.

([10]) Pour une clarification de la notion d'effet sur le commerce, voir la communication publiée sur cette question (JO C 101 du 27.4.2004, p. 81).

([11]) Article 3, paragraphe 1, du règlement.

([12]) Voir également la communication sur l'application de l'article 81, paragraphe 3 CE (JO C 101 du 27.4.2004, p. 2).

([13]) Affaire 14/68, Walt Wilhelm, point 1, Recueil 1969, p. 1 et affaires jointes 253/78 et 1 à 3/79, Giry et Guerlain, points 15 à 17, Recueil 1980 p. 2327.

([14]) Affaire 106/77, Simmenthal, point 21, Recueil 1978, p. 629 et affaire C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), point 49, Recueil 2003.

([15]) Ainsi, une juridiction nationale peut être invitée à faire respecter une décision prise par la Commission en application des articles 7 à 10, 23 et 24 du règlement.

([16]) Voir notamment affaire 5/88, Wachauf, point 19, Recueil 1989, p. 2609.

([17]) Affaires jointes C-215/96 et C-216/96, Bagnasco, point 50, Recueil 1999, p. I-135.

([18]) Affaire 63/75, Fonderies Roubaix, points 9 à 11, Recueil 1976, p. 111 et affaire C-234/89, Delimitis, point 46, Recueil 1991, p. I-935.

([19]) Au sujet de l'application parallèle ou consécutive des règles de concurrence communautaires par la Commission et les juridictions nationales, voir points 11 à 14.

([20]) Affaire 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, point 27, Recueil 1989, p. 803 et affaire C-234/89, Delimitis, point 50, Recueil 1991, p. I-935. Une liste des lignes directrices, communications et règlements de la Commission dans le domaine de la politique de concurrence, notamment les règlements relatifs à l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE à des catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées est jointe en annexe à la présente communication. Pour les décisions de la Commission appliquant les articles 81 et 82 CE (depuis 1964), voir http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/.

([21]) Affaires jointes C-319/93, C-40/94 et C-224/94, Dijkstra, point 32, Recueil 1995, p. I-4471.

([22]) Sur la possibilité offerte aux juridictions nationales de demander l'avis de la Commission, voir points 27 à 29.

([23]) Sur la présentation d'observations, voir points 31 à 35.

([24]) Affaire 106/77 Simmenthal, points 14 et 15, Recueil 1978, p. 629.

([25]) Affaire 68/88, Commission/Grèce, points 23 à 25, Recueil 1989, p. 2965.

([26]) Au sujet des dommages et intérêts dans le cas d'une infraction commise par une entreprise, voir affaire C-453/99, Courage and Crehan, points 26 et 27, Recueil 2001, p. 6297. Au sujet des dommages et intérêts dans le cas d'une infraction commise par un État membre ou une autorité qui est une émanation de l'État et sur les conditions d'une telle responsabilité, voir notamment affaires conjointes C-6/90 et C-9/90, Francovich, points 33 à 36, Recueil 1991, p. I-5357; affaire C-271/91, Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, point 30 et points 34 et 35, Recueil 1993, p. I-4367; affaires conjointes C-46/93 et C-48/93, Brasserie du Pêcheur et Factortame, Recueil 1996, p. I-1029; affaire C-392/93, British Telecommunications, points 39 à 46, Recueil 1996, p. I-1631 et affaires conjointes C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à 190/94, Dillenkofer, points 22 à 26 et 72, Recueil 1996, p. I-4845.

([27]) Voir notamment affaire 33/76, Rewe, point 5, Recueil 1976, p. 1989; affaire 45/76, Comet, point 12, Recueil 1976, p. 2043 et affaire 79/83, Harz, points 18 et 23, Recueil 1984, p. 1921.

([28]) Voir notamment affaire 33/76, Rewe, point 5, Recueil 1976, p. 1989; affaire 158/80, Rewe, point 44, Recueil 1981, p. 1805; affaire 199/82, San Giorgio, point 12, Recueil 1983, p. 3595 et affaire C-231/96, Edis, points 36 et 37, Recueil 1998, p. I-4951.

([29]) L'article 11, paragraphe 6, en liaison avec l'article 35, paragraphes 3 et 4, du règlement n'empêche une application parallèle des articles 81 ou 82 CE par la Commission et une juridiction nationale que lorsque cette dernière a été désignée comme autorité de concurrence nationale.

([30]) Article 16, paragraphe 1, du règlement.

([31]) La Commission rend publique l'ouverture d'une procédure en vue d'adopter une décision en vertu des articles 7 à 10 du règlement [voir l'article 2, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures d'application des articles 81 et 82 du traité CE (JO L 123 du 27.4.2004)]. Selon la CJCE, l'ouverture d'une procédure implique un acte d'autorité de la Commission, manifestant sa volonté de prendre une décision (affaire 48/72, Brasserie de Haecht, point 16, Recueil 1973, p. 77).

([32]) Affaire C-234/89, Delimitis, point 53, Recueil 1991, p. I-935 et affaires jointes C-319/93, C-40/94 et C-224/94, Dijkstra, point 34, Recueil 1995, p. I-4471. Voir aussi le point 21 de la présente communication.

([33]) Voir article 16, paragraphe 1 du règlement, affaire C-234/89, Delimitis, point 47, Recueil 1991, p I-935 et affaire C-344/98, Masterfoods, point 51, Recueil 2000, p. I-11369.

([34]) Affaire 314/85, Foto-Frost, points 12 à 20, Recueil 1987, p. 4199.

([35]) Voir article 16, paragraphe 1, du règlement et affaire C-344/98, Masterfoods, points 52 à 59, Recueil 2000, p. I-11369.

([36]) Affaire C-344/98, Masterfoods, point 58, Recueil 2000, p. I-11369.

([37]) Affaire C-2/88, Zwartveld, points 16 à 22, Recueil 1990, p. I-3365 et affaire C-234/89, Delimitis, point 53, Recueil 1991, p. I-935.

([38]) Affaire C-94/00 Roquette Frères, point 31, Recueil 2002, p. 9011.

([39]) Au sujet de la compatibilité de ces règles nationales de procédure avec les principes généraux du droit communautaire, voir points 9 et 10 de la présente communication.

([40]) Au sujet de ces devoirs, voir notamment les points 23 à 26 de la présente communication.

([41]) Affaire C-234/89, Delimitis, point 53, Recueil 1991, p. I-935 et affaires jointes C-319/93, C-40/94 et C-224/94, Dijkstra, point 34, Recueil 1995, p. I-4471.

([42]) Affaire C-234/89, Delimitis, point 53, Recueil 1991, p. I-935.

([43]) Affaire T-353/94, Postbank, points 86 et 87, Recueil 1996, p. II-921 et affaire 145/83, Adams, point 34, Recueil 1985, p. 3539.

([44]) Affaire C-2/88, Zwartveld, points 10 et 11, Recueil 1990, p. I-4405 et affaire T-353/94, Postbank, point 93, Recueil 1996, p. II-921.

([45]) Affaire C-2/88, Zwartveld, points 10 et 11, Recueil 1990, p. I-4405; affaire C-275/00, First et Franex, point 49, Recueil 2002, p. I-10943 et affaire T-353/94, Postbank, point 93, Recueil 1996, p. II-921.

([46]) Voir point 8 de la présente communication.

([47]) Affaire C-234/89, Delimitis, point 53, Recueil 1991, p. I-935 et affaires jointes C-319/93, C-40/94 et C-224/94, Dijkstra, point 34, Recueil 1995, p. I-4471.

([48]) Cf. affaire 96/81, Commission/Pays-Bas, point 7, Recueil 1982, p. 1791 et affaire 272/8, Commission/Grèce, point 30, Recueil 1988, p. 4875.

([49]) Aux termes de l'article 15, paragraphe 4, du règlement, cet article est sans préjudice des pouvoirs plus étendus que le droit national confère aux autorités de concurrence des États membres de présenter des observations aux juridictions.

([50]) Voir également l'article 28, paragraphe 2, du règlement qui fait obligation à la Commission de ne pas divulguer les informations qu'elle a recueillies et qui sont couvertes par le secret professionnel.

([51]) Affaires jointes C-46/87 et C-227/88, Hoechst, point 33, Recueil 1989, p. 2859. Voir aussi l'article 15, paragraphe 3, du règlement.

([52]) Affaire C-69/90, Commission/Italie, point 15, Recueil 1991, p. 6011.

([53]) Article 20, paragraphes 6 à 8, du règlement et affaire C-94/00, Roquette Frères, Recueil 2002, p. 9011.

([54]) Article 21, paragraphe 3, du règlement.

([55]) Affaire C-94/00, Roquette Frères, point 39 et points 62 à 66, Recueil 2002, p. 9011.

([56]) Voir aussi Ibidem, points 91 et 92.

([57]) JO C 39 du 13.2.1993, p. 6.

ANNEXE

RÈGLEMENTS D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE, COMMUNICATIONS ET LIGNES DIRECTRICES DE LA COMMISSION

La présente liste figure également sur le site de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, où elle est régulièrement mise à jour:

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/

A. **Règles non sectorielles**

1. *Communications à caractère général*

— Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5)

— Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13)

— Communication sur la notion d'effet sur le commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 81)

— Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 2)

2. *Accords verticaux*

— Règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336 du 29.12.1999, p. 21)

— Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 291 du 13.10.2000, p. 1)

3. *Accords de coopération horizontale*

— Règlement (CE) nº 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation (JO L 304 du 5.12.2000, p. 3)

— Règlement (CE) nº 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 304 du 5.12.2000, p. 7)

— Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001, p. 2)

4. *Accords de licence de transfert de technologie*

— Règlement (CE) nº 773/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 123 du 27.4.2004)

— Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie (JO C 101 du 27.4.2004, p. 2)

B. **Règles sectorielles**

1. *Assurances*

— Règlement (CE) nº 358/2003 de la Commission du 27 février 2003 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances (JO L 53 du 28.2.2003, p. 8)

2. *Véhicules automobiles*

— Règlement (CE) nº 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JO L 203 du 1.8.2002, p. 30)

3. *Télécommunications et services postaux*

— Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications (JO C 233 du 6.9.1991, p. 2)

— Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'État relatives aux services postaux (JO C 39 du 6.2.1998, p. 2)

— Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications — Cadre général, marchés en cause et principes (JO C 265 du 22.8.1998, p. 2)

— Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (JO C 165 du 11.7.2002, p. 6)

4. *Transports*

— Règlement (CEE) nº 1617/93 de la Commission, du 25 juin 1993, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet la planification conjointe et la coordination des horaires, l'exploitation de services en commun, les consultations tarifaires pour le transport de passagers et de fret sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports (JO L 155 du 26.6.1993, p. 18)

— Clarification des recommandations de la Commission en matière d'application des règles de concurrence aux projets de nouvelles infrastructures de transport (JO C 298 du 30.9.1997, p. 5)

— Règlement (CE) nº 823/2000 de la Commission, du 19 avril 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortiums) (JO L 100 du 20.4.2000, p. 24)

Projet de Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE

(2004/C 101/05)

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

I. INTRODUCTION ET OBJET DE LA COMMUNICATION

1. Le règlement nº 1/2003 [1] établit un régime de compétence parallèle de la Commission et des autorités de concurrence et juridictions des États membres pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE. Il reconnaît notamment la complémentarité du rôle de la Commission, des autorités de concurrence des États membres qui agissent dans l'intérêt public et des juridictions des États membres qui statuent dans les litiges entre particuliers afin de préserver les droits subjectifs découlant des articles 81 et 82 CE [2].

2. En vertu du règlement nº 1/2003, les autorités agissant dans l'intérêt public peuvent concentrer leur action sur l'examen d'infractions graves aux articles 81 et 82 CE, qui sont souvent difficiles à découvrir. À cet effet, elles peuvent s'appuyer sur les informations qui leur sont communiquées par les entreprises et les consommateurs.

3. En conséquence, la Commission incite les citoyens et les entreprises à s'adresser à ces autorités pour les informer de violations suspectées des règles de concurrence. Au niveau de la Commission, il existe à cet effet deux moyens. L'un consiste à déposer une plainte au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003. Ces plaintes doivent remplir certaines conditions qui sont énoncées aux articles 5 à 9 du règlement 773/2004 [3].

4. L'autre moyen consiste à fournir à la Commission des éléments d'information relatifs au marché, sans qu'il soit nécessaire de remplir les conditions prévues pour les plaintes à l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003. À cet effet, la Commission a créé un site Internet spécialement destiné à recueillir les éléments d'information relatifs à des violations suspectées des articles 81 et 82 que les citoyens, les entreprises ainsi que leurs associations souhaiteraient signaler à la Commission. Ces informations sont susceptibles de constituer le point de départ d'une enquête de la Commission [4]. Elles peuvent être communiquées à l'adresse suivante:

http://europa.eu.int/dgcomp/info-on-anti-competitive-practices

ou à:

Commission européenne/Europese Commissie
DG Concurrence
B-1049 Bruxelles/Brussel

5. Sans préjuger de l'interprétation du règlement nº 1/2003 et du règlement 773/2004 de la Commission par les juridictions communautaires, la présente communication se propose d'aider les entreprises et les citoyens désireux d'obtenir réparation de violations suspectées des règles de concurrence. Elle comprend deux chapitres principaux:

— le chapitre II fournit des indications relatives au choix à opérer entre le dépôt d'une plainte auprès de la Commission et la saisine d'une juridiction nationale. En outre, il rappelle les principes du partage des tâches entre la Commission et les autorités nationales de concurrence dans le cadre du système d'application établi par le règlement nº 1/2003. Ces principes sont exposés dans la communication relative à la coopération au sein du réseau d'autorités de la concurrence [5];

— le chapitre III expose la procédure de traitement par la Commission des plaintes déposées au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003.

6. La présente communication n'aborde pas les cas suivants:

— plaintes déposées au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003 par les États membres,

— plaintes demandant à la Commission de prendre des mesures à l'encontre d'un État membre en application des dispositions combinées des articles 86, paragraphe 3, 81 ou 82 CE,

— plaintes relatives à l'article 87 CE concernant les aides accordées par les États,

— plaintes portant sur des infractions commises par les États membres que la Commission peut poursuivre en application de l'article 226 du traité [6].

II. LES DIFFÉRENTES POSSIBILITÉS POUR DÉPOSER UNE PLAINTE POUR VIOLATION SUSPECTÉE DES ARTICLES 81 OU 82 CE

A. LES PLAINTES DANS LE NOUVEAU SYSTÉME ÉTABLI PAR LE RÈGLEMENT Nº 1/2003

7. Selon la nature de la plainte, le plaignant peut saisir une juridiction nationale ou une autorité de concurrence. Le présent chapitre se propose d'aider les plaignants éventuels à décider en connaissance de cause s'ils doivent s'adresser à la Commission, à l'une des autorités de concurrence des États membres ou à une juridiction nationale.

8. Alors que les juridictions nationales ont pour vocation de préserver les droits subjectifs et sont donc tenues de statuer sur toutes les affaires dont elles sont saisies, les autorités qui agissent dans l'intérêt public ne peuvent pas en revanche instruire toutes les plaintes, et doivent fixer des priorités dans le traitement des affaires. La Cour de justice considère que la Commission, chargée en vertu de l'article 85, paragraphe 1, CE de veiller à l'application des principes fixés par les articles 81 et 82CE, est appelée à définir et à mettre en œuvre l'orientation de la politique communautaire de la concurrence et qu'afin de s'acquitter efficacement de sa mission, elle est en droit d'accorder des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie ([7]).

9. Le règlement nº 1/2003 donne compétence aux juridictions et aux autorités de concurrence des États membres, parallèlement à la Commission, pour appliquer pleinement les articles 81 et 82 CE. L'un de ses principaux objectifs consiste à obtenir la participation efficace des juridictions et des autorités de concurrence des États membres à l'application des articles 81 et 82 CE ([8]).

10. Par ailleurs, l'article 3 du règlement nº 1/2003 prévoit que les juridictions et les autorités de concurrence des États membres doivent appliquer les articles 81 et 82 CE à tous les accords ou comportements susceptibles d'affecter le commerce entre États membres auxquels elles appliquent le droit national de la concurrence. En outre, les articles 11 et 15 du règlement créent une série de mécanismes par lesquels ces juridictions et autorités de la concurrence coopèrent avec la Commission en vue de l'application des articles 81 et 82 CE.

11. Dans ce nouveau cadre législatif, la Commission entend recentrer ses ressources autour des axes suivants:

— application des règles communautaires de concurrence dans les cas où elle est bien placée pour agir ([9]), en mettant l'accent sur les infractions les plus graves ([10]);

— traitement des cas utiles en vue de définir la politique communautaire de la concurrence et/ou d'assurer l'application cohérente des articles 81 ou 82 CE.

B. COMPLÉMENTARITE DES RÔLES DES AUTORITÉS PUBLIQUES ET DES PARTICULIERS EN VUE DE L'APPLICATION DES ARTICLES 81 ET 82 CE

12. Les juridictions communautaires considèrent invariablement que, par leur effet direct, l'article 81, paragraphe 1, et l'article 82 CE engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder ([11]).

13. Les juridictions nationales peuvent statuer sur la validité ou la nullité de contrats et seules les juridictions nationales peuvent accorder des dommages et intérêts à une personne en cas de violation des articles 81 et 82 CE. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, toute personne, afin d'assurer la pleine efficacité des règles communautaires de concurrence, peut demander réparation pour le préjudice qui lui a été causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence. Ces actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales étant de nature à décourager les entreprises de conclure ou d'appliquer des accords ou pratiques restrictifs de la concurrence, sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté ([12]).

14. Le règlement nº 1/2003 tient expressément compte du fait que les juridictions nationales ont un rôle essentiel à jouer dans l'application des règles communautaires de concurrence ([13]). En étendant à ces juridictions la faculté d'appliquer l'article 81, paragraphe 3, CE, il ôte aux entreprises la possibilité de retarder la procédure devant la juridiction nationale au moyen d'une notification à la Commission et, ce faisant, il supprime un obstacle aux litiges entre particuliers qui existait avec le règlement nº 17 ([14]).

15. Sans préjudice de la faculté ou de l'obligation des juridictions nationales de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel en application de l'article 234 CE, l'article 15, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003 prévoit expressément que ces juridictions peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations ou des avis. Cette disposition vise à faciliter l'application des articles 81 et 82 CE par les juridictions nationales ([15]).

16. La saisine des juridictions nationales présente les avantages suivants pour les plaignants:

— les juridictions nationales peuvent octroyer des dommages et intérêts pour le préjudice subi par suite d'une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 CE;

— les juridictions nationales peuvent statuer sur des demandes de paiement ou d'exécution des obligations contractuelles fondées sur un accord qu'elles examinent au titre de l'article 81;

— c'est aux juridictions nationales qu'il appartient de faire application, dans les rapports contractuels entre particuliers, de la sanction civile de nullité de l'article 81, paragraphe 2 ([16]). Elles peuvent notamment apprécier, en vertu du droit national applicable, la portée et les conséquences de la nullité de certaines clauses contractuelles en vertu de l'article 81, paragraphe 2, CE, en particulier en ce qui concerne tous les autres éléments couverts par l'accord ([17]);

— les juridictions nationales sont ordinairement mieux placées que la Commission pour ordonner des mesures provisoires ([18]);

— devant les juridictions nationales, il est possible d'introduire un recours sur la base à la fois du droit communautaire de la concurrence et du droit national;

— en principe, les juridictions ont la faculté d'accorder les frais et dépens à la personne ayant obtenu gain de cause, ce qui n'est jamais possible dans une procédure administrative devant la Commission.

17. La possibilité pour un plaignant de bénéficier d'une protection de ses droits en saisissant une juridiction nationale est un élément important dont la Commission peut tenir compte lorsqu'elle examine l'intérêt communautaire à instruire une plainte ([19]).

18. La Commission estime donc que le nouveau régime établi par le règlement n° 1/2003 renforce les possibilités qui s'offrent aux plaignants pour demander et obtenir réparation devant les juridictions nationales.

C. PARTAGE DES TÂCHES ENTRE LES AUTORITÉS AGISSANT DANS L'INTÉRÊT PUBLIC DANS LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

19. Le règlement n° 1/2003 crée un régime de compétence parallèle pour l'application des articles 81 et 82 CE en habilitant les autorités de concurrence des États membres à appliquer ces dispositions dans leur intégralité (article 5). Le fonctionnement de ce régime décentralisé est également amélioré par la possibilité qu'ont les autorités d'échanger des informations (article 12) et de se prêter assistance mutuelle pour la réalisation des inspections (article 22).

20. Le règlement ne régit pas le partage des tâches entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres. Ce partage résulte de la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres au sein du réseau européen de la concurrence (REC). Le règlement vise à assurer l'application efficace des articles 81 et 82 CE grâce à une répartition souple du traitement des dossiers entre les autorités agissant dans l'intérêt public à l'intérieur de la Communauté.

21. Une communication séparée fournit des orientations pour le partage des tâches entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres ([20]). Les orientations fournies dans cette communication, laquelle concerne les relations entre les autorités agissant dans l'intérêt public, présentent de l'intérêt pour les plaignants, car elles leur permettent d'adresser leur plainte à l'autorité susceptible d'être la mieux placée pour traiter leur affaire.

22. La communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence prévoit notamment ([21]):

«Une autorité peut être considérée comme étant bien placée pour traiter une plainte si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies:

— c'est sur son territoire que l'accord ou la pratique a des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles, qu'il est mis en œuvre ou qu'il trouve son origine;

— l'autorité est à même de faire cesser effectivement l'intégralité de l'infraction; autrement dit, elle peut délivrer une injonction de ne pas faire dont l'effet sera suffisant pour faire cesser l'infraction et elle peut, au besoin, sanctionner l'infraction de manière appropriée;

— elle est en mesure de réunir, éventuellement avec le concours d'autres autorités, les preuves requises pour démontrer l'infraction.

Les critères susmentionnés montrent qu'il doit y avoir un rapport étroit entre l'infraction et le territoire de l'État membre pour que l'autorité de concurrence de cet État membre puisse être considérée comme bien placée. Il est fort probable que, dans la plupart des cas, les autorités des États membres où la concurrence est substantiellement affectée par une infraction seront bien placées, à condition qu'elles soient capables de faire effectivement cesser l'infraction par une intervention individuelle parallèle et à moins que la Commission ne soit mieux placée pour agir (voir ci-dessous [. . .]).

Il s'ensuit qu'une seule autorité nationale de concurrence est généralement bien placée pour s'occuper des accords ou pratiques qui affectent la concurrence de façon substantielle essentiellement sur son territoire. [. . .]

En outre, même si plusieurs autorités peuvent être considérées comme bien placées, l'intervention d'une seule autorité peut être indiquée dès lors qu'elle est suffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction. [. . .]

L'intervention parallèle de deux ou trois autorités nationales de concurrence peut être indiquée lorsqu'un accord ou une pratique a des effets substantiels sur la concurrence essentiellement sur leurs territoires respectifs et que l'intervention d'une seule autorité serait insuffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction et/ou la sanctionner de manière appropriée. [. . .]

Les autorités qui traitent une plainte dans le cadre d'une intervention parallèle s'efforceront de coordonner leur action dans toute la mesure du possible. A cet effet, elles pourront juger bon de désigner l'une d'elles comme chef de file et de lui déléguer certaines tâches, comme la coordination des mesures d'enquête, chaque autorité demeurant toutefois responsable de la procédure qu'elle a elle-même engagée.

La Commission est particulièrement bien placée si un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris les réseaux d'accords ou pratiques similaires, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres (marchés transfrontaliers couvrant plus de trois États membres ou plusieurs marchés nationaux). [. . .]

En outre, la Commission est particulièrement bien placée pour traiter une affaire si celle-ci est étroitement liée à d'autres dispositions communautaires qui peuvent être directement ou plus efficacement appliquées par la Commission, ou si l'intérêt de la Communauté exige l'adoption d'une décision de la Commission afin de développer la politique de concurrence communautaire lorsqu'un nouveau problème de concurrence se pose ou d'assurer une application efficace des règles.».

23. Au sein du réseau européen de la concurrence, les informations relatives aux affaires instruites à la suite d'une plainte seront mises à la disposition des autres membres du réseau avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête ([22]). Lorsque plusieurs autorités ont été saisies d'une même plainte ou lorsque le plaignant n'a pas saisi une autorité bien placée, les membres du réseau s'efforceront de déterminer dans un délai indicatif de deux mois la ou les autorités devant être chargée(s) de l'affaire.

24. Les plaignants eux-mêmes ont un rôle important à jouer afin de réduire le risque d'une réattribution éventuellement nécessaire d'une affaire née de leur plainte. Lorsqu'ils décident du lieu de dépôt de leur plainte, ils peuvent se référer aux orientations concernant le partage des tâches au sein du réseau européen de la concurrence établi dans le présent chapitre. Lorsqu'une affaire est malgré tout réattribuée au sein du réseau, les entreprises intéressées et le ou les plaignants en sont informés dès que possible par les autorités de concurrence concernées ([23]).

25. En vertu de l'article 13 du règlement nº 1/2003, la Commission peut rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre traite ou a traité l'affaire. En ce cas, elle doit, conformément à l'article 9 du règlement 773/2004, indiquer sans délai au plaignant quelle est l'autorité de concurrence nationale qui traite ou a déjà traité le dossier.

III. TRAITEMENT PAR LA COMMISSION DES PLAINTES DÉPOSÉES AU TITRE DE L'ARTICLE 7, PARAGRAPHE 2, DU RÈGLEMENT Nº 1/2003

A. GÉNÉRALITÉS

26. En vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003, les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime ([24]) sont habilitées à déposer une plainte pour demander à la Commission de constater une infraction aux dispositions des articles 81 et 82 CE et d'imposer des mesures pour faire cesser ladite infraction en application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003. Le présent chapitre a trait aux conditions applicables aux plaintes déposées au titre de l'article 7, paragraphe 2, à leur appréciation et à la procédure suivie par la Commission.

27. La Commission, à la différence du juge civil dont la vocation est de sauvegarder les droits subjectifs des particuliers, est une autorité administrative qui doit agir dans l'intérêt public. La définition de priorités constitue un élément inhérent à l'exercice de l'activité de la Commission dans sa mission de service public ([25]).

28. Il est légitime pour la Commission de déterminer le degré de priorité à accorder aux différentes affaires dont elle est saisie et de prendre comme critère de priorité l'intérêt communautaire d'une affaire ([26]). La Commission peut rejeter une plainte si elle estime que l'affaire ne présente pas un intérêt communautaire suffisant pour justifier la poursuite de l'instruction. En cas de rejet de sa plainte, le plaignant est en droit de recevoir une décision de la Commission ([27]) sans préjudice de l'article 7, paragraphe 3, du règlement 773/2004.

B. DÉPOT D'UNE PLAINTE AU TITRE DE L'ARTICLE 7, PARAGRAPHE 2, DU RÈGLEMENT Nº 1/2003

a) **Formulaire de dépôt d'une plainte**

29. Une plainte au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003 ne peut être déposée que pour invoquer une prétendue violation des articles 81 ou 82 CE, afin que la Commission agisse en application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003. La plainte déposée au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003 doit être conforme au formulaire C prévu à l'article 5, paragraphe 1, du règlement 773/2004 et annexé à ce règlement.

30. Le formulaire C se trouve à l'adresse http://europa.eu.int/dgcomp/complaints-form. Il est également annexé à la présente communication. La plainte doit être déposée en trois exemplaires papier avec, si possible, un exemplaire sur support électronique. De plus, le plaignant doit fournir une version non confidentielle de la plainte (article 5, paragraphe 2, du règlement 773/2004). La transmission électronique à la Commission est possible via le site indiqué et les exemplaires sur support papier doivent être envoyés à l'adresse suivante:

Commission européenne/Europese Commissie
DG Concurrence
B-1049 Bruxelles/Brussel

31. Le formulaire C invite le plaignant à fournir des informations exhaustives à propos de sa plainte. Le plaignant doit en outre produire des copies des pièces dont il peut raisonnablement disposer et, dans la mesure du possible, indiquer à la Commission où elle pourrait se procurer les éléments et documents pertinents dont il ne dispose pas. Dans certains cas particuliers, la Commission peut dispenser le plaignant de l'obligation de produire certains renseignements requis par le formulaire C (article 5, paragraphe 1, du règlement 773/2004). Elle estime que cette possibilité peut notamment faciliter la tâche des associations de consommateurs lorsque, pour autant que la plainte soit motivée par ailleurs, elles n'ont pas accès à des éléments d'information spécifiques provenant des entreprises qui font l'objet de la plainte.

32. La correspondance adressée à la Commission qui ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 5 du règlement 773/2004 et ne constitue donc pas une plainte au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, sera considérée par la Commission comme une information d'ordre général susceptible de donner lieu, si la Commission le juge utile, à une enquête de sa propre initiative (cf. point 4 ci-dessus).

b) **Intérêt légitime**

33. En vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime sont habilitées à déposer une plainte ([28]). Les États membres sont réputés avoir un intérêt légitime pour toutes les plaintes qu'ils décident de déposer.

34. Dans les affaires traitées par la Commission dans le passé, la condition relative à l'intérêt légitime ne soulevait que rarement des doutes, dans la mesure où la plupart des plaignants étaient directement lésés par l'infraction alléguée. Il existe cependant des cas où la condition de l'«intérêt légitime» énoncée à l'article 7, paragraphe 2, doit être analysée de façon plus approfondie avant que l'on puisse établir qu'elle est remplie. Sur ce point, la meilleure orientation consiste à dresser une liste non exhaustive d'exemples.

35. Ainsi, le Tribunal de première instance estime qu'une association d'entreprises peut faire valoir un intérêt légitime à introduire une plainte, même si elle n'est pas directement concernée, en tant qu'entreprise opérant sur le marché en cause, par le comportement dénoncé, à condition toutefois, d'une part, qu'elle ait le droit de représenter les intérêts de ses membres et, d'autre part, que le comportement dénoncé soit susceptible de léser les intérêts de ceux-ci ([29]). À l'inverse, la Commission peut ne pas donner suite à la plainte d'une association d'entreprises dont les membres n'ont pas participé au type d'opérations commerciales dénoncé dans la plainte ([30]).

36. Il peut être déduit de cette jurisprudence que les entreprises (elles-mêmes ou par l'intermédiaire des associations habilitées à défendre leurs intérêts) peuvent faire valoir un intérêt légitime lorsqu'elles opèrent sur le marché en cause ou lorsque le comportement dénoncé est susceptible de léser directement leurs intérêts. Cela confirme la pratique constante de la Commission selon laquelle un intérêt légitime peut être invoqué, par exemple, par les parties à l'accord ou à la pratique dénoncée, par des concurrents dont les intérêts ont prétendument été lésés par le comportement dénoncé ou par des entreprises exclues d'un réseau de distribution.

37. Les associations de consommateurs peuvent également déposer des plaintes ([31]). La Commission estime en outre que les particuliers, dans la mesure où ils sont acheteurs des biens ou des services faisant l'objet d'une infraction, voient leurs intérêts économiques directement lésés et peuvent justifier d'un intérêt légitime ([32]).

38. En revanche, la Commission ne considère pas comme un intérêt légitime au sens de l'article 7, paragraphe 2, l'intérêt de personnes ou d'organisations souhaitant agir en vertu de considérations d'intérêt général, sans démontrer qu'elles-mêmes ou leurs membres sont susceptibles d'être lésés directement par l'infraction (pro bono publico).

39. Les collectivités locales ou territoriales peuvent démontrer un intérêt légitime en leur qualité d'acheteurs ou d'utilisateurs de biens ou de services touchés par le comportement dénoncé. En revanche, elles ne sauraient être considérées comme démontrant un intérêt légitime au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 si elles portent de prétendues infractions à l'attention de la Commission pro bono publico.

40. Les plaignants sont tenus de faire valoir leur intérêt légitime. La Commission peut légitimement, et sans préjudice de son droit d'ouvrir, le cas échéant, d'office une procédure de constatation d'infraction, ne pas donner suite à une plainte émanant d'une personne physique ou morale ne justifiant pas d'un intérêt légitime. Elle peut vérifier à n'importe quel stade de l'instruction si cette condition est remplie ou non ([33]).

C. EXAMEN DES PLAINTES

a) **Intérêt communautaire**

41. Selon la jurisprudence constante des juridictions communautaires, la Commission n'est pas tenue d'instruire chaque plainte dont elle est saisie ([34]) ni, a fortiori, de prendre une décision définitive au sens de l'article 249 CE quant à l'existence ou l'inexistence de l'infraction alléguée aux articles 81 ou 82 CE ([35]). La Commission peut accorder des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie et se référer à l'intérêt communautaire pour déterminer le degré de priorité à accorder à ces plaintes ([36]), sauf lorsque l'objet de la plainte relève de ses compétences exclusives ([37]).

42. Toutefois, pour apprécier l'intérêt communautaire qu'il y a à poursuivre l'examen d'une affaire, la Commission est tenue d'examiner attentivement les éléments de fait et de droit qui sont portés à sa connaissance par le plaignant ([38]).

43. L'évaluation de l'intérêt communautaire présenté par une plainte étant fonction des circonstances de chaque espèce, il ne convient ni de limiter le nombre des critères d'appréciation auxquels la Commission peut se référer, ni de lui imposer le recours exclusif à certains critères. Étant donné que le contexte factuel et juridique peut varier considérablement d'une affaire à l'autre, il est possible d'appliquer des critères qui n'avaient pas été envisagés jusqu'alors ([39]). Au besoin, la Commission peut donner la priorité à un seul critère pour évaluer l'intérêt communautaire ([40]).

44. Parmi les critères que la jurisprudence a estimés pertinents pour apprécier l'intérêt communautaire à examiner (ou à poursuivre l'examen) d'une affaire, figurent ceux qui suivent:

— La Commission est en droit de rejeter une plainte au motif que le plaignant peut introduire des actions pour faire valoir ses droits devant les juridictions nationales ([41]).

— La Commission peut ne pas considérer certaines situations comme exclues par principe de son domaine de compétence dans le cadre de la mission que lui confie le traité, mais elle est tenue d'apprécier dans chaque espèce la gravité des atteintes alléguées à la concurrence et la persistance de leurs effets. Cette obligation implique notamment qu'elle tienne compte de la durée et de l'importance des infractions dénoncées ainsi que de leur incidence sur la situation de la concurrence dans la Communauté ([42]).

— Il se peut que la Commission doive mettre en balance l'importance de l'infraction alléguée pour le fonctionnement du marché commun, la probabilité de pouvoir établir son existence et l'étendue des mesures d'investigation nécessaires, en vue de remplir sa mission de surveillance du respect des articles 81 et 82 du traité ([43]).

— L'existence du pouvoir discrétionnaire de la Commission n'est pas fonction du caractère plus ou moins avancé de l'instruction d'une affaire. En revanche, cet élément fait partie des circonstances de l'espèce que la Commission peut devoir prendre en considération ([44]).

— La Commission peut décider qu'il n'est pas opportun de donner suite à une plainte dénonçant des pratiques qui ont ultérieurement cessé. Mais, à cet effet, elle devra vérifier si certains effets anticoncurrentiels persistent et si la gravité des infractions ou la persistance de leurs effets ne confère pas à la plainte un intérêt communautaire ([45]).

— La Commission peut aussi décider qu'il n'est pas opportun de donner suite à une plainte si les entreprises concernées acceptent de modifier leur comportement de telle sorte qu'elle peut considérer qu'il n'y a plus un intérêt communautaire suffisant pour intervenir ([46]).

45. Lorsqu'elle estime qu'une affaire ne présente pas un intérêt communautaire suffisant pour justifier son instruction (ou la poursuite de l'instruction), la Commission peut rejeter la plainte pour ce motif. Elle peut adopter une telle décision soit avant de commencer une instruction soit après avoir ordonné des mesures d'enquête ([47]). Toutefois, la Commission n'est pas obligée d'écarter une plainte au motif d'absence d'intérêt communautaire ([48]).

b) **Appréciation au regard des articles 81 et 82**

46. L'examen d'une plainte au titre des articles 81 et 82 comprend deux aspects. L'un concerne les faits à établir pour prouver la violation des articles 81 ou 82 CE et l'autre concerne l'appréciation juridique du comportement dénoncé.

47. Lorsque la plainte, tout en remplissant les conditions de l'article 5 du règlement 773/2004 et du formulaire C, ne justifie pas suffisamment les allégations avancées, elle peut être rejetée pour ce motif ([49]). Pour rejeter une plainte au motif que le comportement dénoncé ne viole pas les règles communautaires de concurrence ou n'entre pas dans leur champ d'application, la Commission n'est pas obligée de tenir compte de circonstances qui n'ont pas été portées à son attention par le plaignant et qu'elle n'aurait pu découvrir que par l'instruction de l'affaire ([50]).

48. Il n'est pas possible, dans la présente communication, de traiter de manière exhaustive les critères d'appréciation juridique des accords ou pratiques relevant des articles 81 et 82 CE. Il est donc conseillé aux plaignants éventuels de se reporter aux nombreuses informations qui peuvent être obtenues de la Commission ([51]), en sus d'autres sources, et notamment à la jurisprudence des juridictions communautaires et à la pratique constante de la Commission. Les points qui suivent abordent quatre questions spécifiques avec des renvois aux sources d'information utiles.

49. Les accords et pratiques entrent dans le champ d'application des articles 81 et 82 lorsqu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. L'accord ou la pratique qui ne remplit pas cette condition relève éventuellement du droit national de la concurrence, mais pas du droit communautaire de la concurrence. On trouvera de nombreuses indications sur la question dans la communication de la Commission sur la notion d'effet sur le commerce ([52]).

50. Les accords qui relèvent de l'article 81 peuvent être des accords d'importance mineure qui sont réputés ne pas restreindre sensiblement le jeu de la concurrence. La communication de minimis de la Commission a trait à cette question ([53]).

51. Les accords qui remplissent les conditions d'un règlement d'exemption par catégorie sont réputés remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3 ([54]). Pour retirer le bénéfice du règlement d'exemption en application de l'article 29 du règlement nº 1/2003, la Commission doit, après avoir procédé à une appréciation individuelle, aboutir à la conclusion que l'accord auquel s'applique ce règlement d'exemption produit des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, CE.

52. Les accords qui restreignent le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE peuvent remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3, CE. Conformément à l'article 1er, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003 et sans qu'une décision préalable soit nécessaire, ces accords ne sont pas interdits. La communication relative à l'article 81, paragraphe 3, CE fournit des indications sur les conditions qu'un accord doit remplir en vertu de l'article 81, paragraphe 3, CE ([55]).

D. PROCÉDURES DE TRAITEMENT DES PLAINTES PAR LA COMMISSION

a) **Vue d'ensemble**

53. Comme cela a été rappelé plus haut, la Commission n'est pastenue, pour établir si une infraction a été commise, d'instruire chacune des plaintes dont elle est saisie. En revanche, elle a le devoir d'étudier attentivement les éléments de fait et de droit que le plaignant porte à son attention, afin d'apprécier si ces éléments dénotent un comportement susceptible de constituer une infraction aux dispositions des articles 81 et 82 ([56]).

54. Dans la procédure d'examen des plaintes par la Commission, on distingue différentes phases ([57]).

55. Durant la première phase, qui suit le dépôt de la plainte, la Commission examine celle-ci et se procure éventuellement des informations complémentaires afin de décider de la suite à donner à la plainte. Cette phase peut comporter un échange de vues informel entre la Commission et le plaignant afin de préciser les éléments de fait et de droit sur lesquels porte la plainte. Il peut arriver que, durant cette phase, la Commission communique sa première réaction au plaignant, donnant ainsi à ce dernier l'occasion de développer ses allégations à la lumière de cette première réaction.

56. Durant la deuxième phase, la Commission peut poursuivre l'instruction de l'affaire en vue de l'ouverture d'une procédure au titre de l'article 7, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003 à l'encontre des entreprises mises en cause. Si la Commission considère qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour agir sur la base de la plainte, elle en informe le plaignant de manière motivée et lui donne l'occasion de soumettre des observations complémentaires dans un délai qu'elle fixe (article 7, paragraphe 1, du règlement 773/2004).

57. Si le plaignant ne fait pas connaître son point de vue dans le délai que lui a imparti la Commission, la plainte est réputée retirée (article 7, paragraphe 3, du règlement 773/2004). Dans tous les autres cas, au cours de la troisième phase de la procédure, la Commission prend connaissance des observations présentées par le plaignant. Ensuite, elle engage une procédure contre la personne faisant l'objet de la plainte ou adopte une décision définitive rejetant la plainte ([58]).

58. Lorsque, en application de l'article 13, du règlement nº 1/2003, la Commission rejette une plainte au motif qu'une autre autorité traite ou a traité l'affaire, elle procède conformément à l'article 9 du règlement 773/2004.

59. Tout au long de la procédure, les plaignants bénéficient de toute une série de droits, et notamment de ceux prévus aux articles 6 à 8 du règlement 773/2004. Toutefois, dans les affaires de concurrence, l'instruction de la Commission ne constitue pas une procédure contradictoire entre, d'un côté, le plaignant et, de l'autre, les entreprises qui font l'objet de l'enquête. En conséquence, les droits procéduraux des plaignants ne sont pas aussi étendus que les droits de la défense des entreprises contre lesquelles la Commission dirige son enquête ([59]).

b) **Délai indicatif pour informer le plaignant de l'action envisagée par la Commission**

60. La Commission a l'obligation de statuer sur les plaintes dans un délai raisonnable ([60]). Le caractère raisonnable du délai s'apprécie en fonction des circonstances propres à chaque affaire, et notamment du contexte de celle-ci, des différentes étapes procédurales que la Commission a suivies, de la conduite des parties au cours de la procédure, de la complexité de l'affaire ainsi que de son enjeu pour les différentes parties intéressées ([61]).

61. La Commission s'efforcera en principe d'informer le plaignant, dans un délai indicatif de quatre mois à compter de la réception de la plainte, de la suite qu'elle se propose de donner à celle-ci. Par conséquent, selon les circonstances propres à chaque affaire et sous réserve de la nécessité éventuelle de demander des informations complémentaires au plaignant ou à des tiers, la Commission indiquera en principe au plaignant sous quatre mois si elle entend instruire son affaire plus avant ou non. Ce délai n'est pas réglementaire et ne lie pas la Commission.

62. De fait, au cours de cette période de quatre mois, et à titre de première réaction durant la première phase de la procédure, la Commission peut communiquer au plaignant la suite qu'elle se propose de donner à la plainte (voir le point 55 ci-dessus). Lorsque l'examen de la plainte a atteint la deuxième phase (voir le point 56 ci-dessus), la Commission peut aussi communiquer directement au plaignant son appréciation provisoire par la lettre prévue à l'article 7, paragraphe 1, du règlement 773/2004.

63. Aux fins du traitement le plus rapide de leur plainte, il est souhaitable que les plaignants fassent preuve de diligence pendant la procédure administrative ([62]), par exemple en communiquant à la Commission tout nouvel élément.

c) **Droits procéduraux du plaignant**

64. Lorsque la Commission adresse aux entreprises mises en cause une communication des griefs en application de l'article 10, paragraphe 1, du règlement 773/2004, le plaignant a le droit de recevoir une copie de ce document dont auront été retirés les secrets d'affaires et les autres informations confidentielles relatives aux entreprises en cause (version non confidentielle de la communication des griefs; voir l'article 6, paragraphe 1, du règlement 773/2004). Le plaignant est invité à présenter par écrit ses observations relatives à la communication des griefs. Un délai est fixé pour la présentation de ces observations écrites.

65. En outre, si les plaignants en font la demande dans leurs observations écrites, la Commission peut, le cas échéant, leur donner l'occasion d'exprimer leur point de vue lors de l'audition des destinataires d'une communication des griefs ([63]).

66. Les plaignants ont la faculté de présenter, de leur propre initiative ou sur demande de la Commission, des documents contenant des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles. Les informations confidentielles sont protégées par la Commission ([64]). En vertu de l'article 16 du règlement 773/2004, les plaignants sont tenus de signaler les informations confidentielles, d'indiquer les raisons pour lesquelles elles sont considérées comme confidentielles et d'en fournir également une version non confidentielle au moment où ils font connaître leur point de vue conformément à l'article 6, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 1, du règlement 773/2004, ainsi que lors de toute communication subséquente d'informations complémentaires au cours de la même procédure. En outre, la Commission peut, dans tous les autres cas, demander aux plaignants qui ont produit des documents ou des déclarations d'identifier ceux qu'ils considèrent comme confidentiels en totalité ou en partie. Elle peut notamment fixer un délai au plaignant pour qu'il communique les raisons pour lesquelles il considère qu'une information est confidentielle et fournisse une version non confidentielle, y compris une description succincte ou une version non confidentielle de chacune des informations supprimées.

67. La qualification des informations comme confidentielles n'empêche pas la Commission de divulguer et d'utiliser des informations lorsque cela s'avère nécessaire pour prouver une infraction aux dispositions des articles 81 ou 82 CE ([65]). Lorsque des secrets d'affaires et des informations confidentielles sont nécessaires pour prouver une infraction, la Commission doit apprécier pour chaque document si la nécessité de la divulguer l'emporte sur le préjudice que la divulgation est susceptible de causer.

68. Lorsque la Commission estime ne pas devoir donner suite à une plainte en raison d'un intérêt communautaire insuffisant ou pour d'autres motifs, elle en informe le plaignant par une lettre qui indique sa base juridique (article 7, paragraphe 1, du règlement 773/2004), précise les raisons qui l'ont amenée à conclure provisoirement dans le sens indiqué et donne au plaignant l'occasion de présenter des informations ou des observations complémentaires dans le délai qu'elle lui fixe. La Commission indique également les conséquences prévues à l'article 7, paragraphe 3, du règlement 773/2004 en cas de défaut de réponse (voir ci-dessous).

69. En vertu de l'article 8, paragraphe 1, du règlement 773/2004, le plaignant a le droit d'accéder aux informations sur lesquelles la Commission fonde sa conclusion préliminaire. En principe, la Commission accorde cet accès en annexant à sa lettre une copie des différentes pièces pertinentes.

70. Le délai de présentation par le plaignant de ses observations concernant la lettre prévue à l'article 7, paragraphe 1, du règlement 773/2004 est fixé en fonction des circonstances de l'espèce, mais n'est pas inférieur à quatre semaines (article 17, paragraphe 2, du règlement 773/2004). Si le plaignant ne réagit pas dans le délai imparti, la plainte est réputée retirée (article 7, paragraphe 3, du règlement 773/2004). Les plaignants ont également la faculté de retirer leur plainte à tout moment s'ils le souhaitent.

71. Le plaignant peut demander une prorogation du délai de présentation de ses observations. Selon les circonstances de l'espèce, la Commission peut accorder cette prorogation.

72. Dans ce cas, la Commission prend connaissance des observations complémentaires du plaignant. Si ces observations sont de nature à amener la Commission à modifier sa ligne de conduite antérieure, elle peut engager une procédure à l'encontre des entreprises mises en cause. Dans cette procédure, le plaignant a les droits procéduraux exposés ci-dessus.

73. Si les observations du plaignant ne modifient pas la ligne de conduite envisagée par la Commission, celle-ci adopte une décision de rejet de la plainte ([66]).

d) **Décision de la Commission rejetant une plainte**

74. Lorsque la Commission rejette une plainte par une décision au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement 773/2004, elle est tenue de motiver sa décision en application de l'article 253 CE, c'est-à-dire d'une manière qui soit adaptée à l'acte en question et tienne compte des circonstances de l'espèce.

75. La motivation d'une décision doit exposer de façon claire et nette le raisonnement suivi par la Commission afin de permettre au plaignant de vérifier les motifs de la décision et au juge communautaire compétent d'exercer son contrôle. Toutefois, la Commission n'est pas tenue de prendre position sur tous les arguments que les intéressés invoquent à l'appui de leur demande. Il suffit qu'elle expose les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision ([67]).

76. Lorsque la Commission rejette une plainte dans une affaire donnant également lieu à une décision en vertu de l'article 10 du règlement n° 1/2003 (constatation d'inapplicabilité des articles 81 ou 82 CE) ou de l'article 9 du règlement n° 1/2003 (engagements), la décision de rejet de la plainte peut mentionner cette autre décision adoptée sur la base des dispositions mentionnées.

77. La décision de rejet d'une plainte peut faire l'objet d'un recours devant les juridictions communautaires ([68]).

78. La décision de rejet de plainte fait obstacle à la demande par le plaignant de demander la réouverture de l'enquête, à moins que ce dernier ne fasse état de nouveaux éléments de preuve significatifs. En conséquence, une correspondance complémentaire d'anciens plaignants relative à la même infraction alléguée ne peut être considérée comme une nouvelle plainte, sauf si de nouveaux éléments de preuve significatifs sont portées à l'attention de la Commission. Toutefois, la Commission peut rouvrir un dossier si les circonstances l'exigent.

79. Une décision de rejet de plainte ne statue pas définitivement sur la question de l'existence ou de l'inexistence d'une infraction aux dispositions des articles 81 ou 82 CE, même lorsque la Commission a apprécié les faits au regard des articles 81 et 82 CE. Il s'ensuit que les appréciations portées par la Commission dans une décision de rejet d'une plainte ne sont pas de nature à empêcher le juge national ou l'autorité de concurrence nationale d'appliquer les articles 81 et 82 aux accords et pratiques qui sont soumis à leur appréciation. Les appréciations de la Commission dans une décision de rejet d'une plainte constituent des éléments de fait que les juridictions ou les autorités de la concurrence nationales peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords ou comportements en cause avec les articles 81 et 82 ([69]).

e) **Situations particulières**

80. En vertu de l'article 8 du règlement n° 1/2003, lorsqu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut ordonner des mesures provisoires. Il ressort clairement de l'article 8 du règlement n° 1/2003 qu'un plaignant ne peut pas demander des mesures provisoires au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003. Les demandes de mesures provisoires formées par des entreprises peuvent être portées devant les juridictions nationales qui sont bien placées pour statuer sur ces mesures ([70]).

81. Certaines personnes peuvent souhaiter signaler à la Commission des violations suspectées des articles 81 ou 82 CE sans que leur identité ne soit révélée aux entreprises visées par les allégations en question. Ces personnes ne doivent pas hésiter à prendre contact avec la Commission, car celle-ci est tenue de respecter la demande d'anonymat d'un informateur ([71]), à moins que cette demande ne soit manifestement injustifiée.

(1) Règlement (CE) nº 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, pages 1-25).

(2) Cf. notamment considérants 3 à 7 et 35 du règlement nº 1/2003.

(3) Règlement (CE) nº 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant les procédures engagées par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (JO L 123 du 27.4.2004).

(4) La Commission traite la correspondance des informateurs dans le respect de ses principes de bonne conduite administrative.

(5) Communication relative à la coopération au sein du Réseau d'autorités de la concurrence (p. 43).

(6) En ce qui concerne le traitement de ces plaintes, cf. communication de la Commission du 10 octobre 2002, COM(2002) 141.

(7) Affaire C-344/98, Masterfoods contre HB Ice Cream, Recueil 2000, p. I-11369, point 46; affaire C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) et autres contre Commission, Recueil 1999, p. I-1341, point 88; affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, points 73 à 77.

(8) Cf. notamment articles 5, 6, 11, 12, 15, 22, 29, 35 et considérants 2 à 4 et 6 à 8 du règlement nº 1/2003.

(9) Cf. communication relative à la coopération au sein du réseau d'autorités de la concurrence, points 5 seq.

(10) Cf. considérant 3 du règlement nº 1/2003.

(11) Jurisprudence constante, affaire 127/73, Belgische Radio en Televisie (BRT) contre SABAM et Fonior, p. 51, point 16, Recueil 1974; affaire C-282/95 P, Guérin Automobiles contre Commission, Recueil 1997, p. I-1503, point 39; affaire C-453/99, Courage contre Bernhard Crehan, Recueil 2001, p. I-6297, point 23.

(12) Affaire C-453/99, Courage contre Bernhard Crehan, points 26 et 27, Recueil 2001, p. I-6297; la faculté des juridictions nationales d'octroyer des dommages et intérêts est également soulignée au considérant 7 du règlement nº 1/2003.

(13) Cf. articles 1, 6, et 15 et considérant 7 du règlement nº 1/2003.

(14) Règlement nº 17: premier règlement d'application des articles 81 et 82 du traité; JO P 13 du 21 février 1962, p. 204 à 211. Le règlement nº 17 est abrogé par l'article 43 du règlement nº 1/2003 avec effet au 1er mai 2004.

(15) Pour plus de détails sur ce mécanisme, cf. communication relative à la coopération avec les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE.

(16) Affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, point 93.

(17) Affaire C-230/96, Cabour et Nord Distribution Automobile contre Arnor «SOCO», Recueil 1998, p. I-2055, point 51; affaires jointes T-185/96, T-189/96 et T-190/96, Dalmasso et autres contre Commission, Recueil 1999, p. II-93, point 50.

(18) Cf. article 8 du règlement nº 1/2003 et point 80 ci-après. Selon le cas d'espèce, les autorités de la concurrence des États membres peuvent également être habilitées à adopter des mesures provisoires.

(19) Cf. points 41 seq. ci-après.

(20) Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (p. 43).

(21) Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, points 8 à 15.

(22) Article 11, paragraphes 2 et 3, du règlement nº 1/2003; communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, points 16/17.

(23) Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence . . . point 36.

(24) Pour plus de détails sur cette notion, cf. points 33 et suivants ci-après.

(25) Affaire C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) et autres contre Commission, Recueil 1999, p. I-1341, point 88; affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, points 73 à 77 et 85.

(26) Jurisprudence constante depuis l'affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, point 85.

(27) Arrêt du 18 mars 1997 dans l'affaire C-282/95 P, Guérin Automobiles contre Commission, Recueil 1997, p. I-1503, point 36.

(28) Cf. article 5, paragraphe 1, du règlement 773/2004.

(29) Affaire T-114/92, Bureau européen des médias et de l'industrie musicale (BEMIM) contre Commission, Recueil 1995, p. II-147, point 28. De même, des associations d'entreprises étaient plaignantes dans des cas à l'origine de l'affaire 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE) contre Commission, Recueil 1985, p. 1105, et de l'affaire T-319/99, Federación Nacional de Empresas (FENIN) contre Commission, pas encore publié au Recueil 2003.

(30) Affaires jointes T-133/95 et T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC) contre Commission, Recueil 1998, p. II-3645, points 79 à 83.

(31) Affaire T-37/92, Bureau européen des Unions de consommateurs (BEUC) contre Commission, Recueil 1994, p. II-285, point 36.

([32]) La question est actuellement soulevée dans une procédure pendante devant le Tribunal de première instance (affaires jointes T-213 et 214/01). De même, la Commission a déclaré recevable la plainte d'un consommateur individuel dans sa décision du 9 décembre 1998 dans l'affaire IV/D-2/34.466, Transbordeurs grecs, considérant 1 (JO L 109 du 27.4.1999, p. 24).

([33]) Affaires jointes T-133/95 et T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC) contre Commission, Recueil 1998, p. II-3645, point 79.

([34]) Affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, point 76; affaire C-91/95 P, Roger Tremblay et autres contre Commission, Recueil 1996, p. I-5547, point 30.

([35]) Affaire 125/78, GEMA contre Commission, Recueil 1979, p. 3173, point 17; affaire C-119/97/P, Union française de l'express (Ufex) et autres contre Commission, Recueil 1999, p. I-1341, point 87.

([36]) Jurisprudence constante depuis l'arrêt du 18 septembre 1992 dans l'affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, points 77 et 85; le considérant 18 du règlement nº 1/2003 confirme expressément cette possibilité.

([37]) Jurisprudence constante depuis l'arrêt du 18 septembre 1992 dans l'affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, point 75. Avec le règlement nº 1/2003, ce principe peut n'être pertinent que dans le contexte de l'article 29 de ce règlement.

([38]) Affaire 210/81, Oswald Schmidt, opérant sous la raison sociale Demo-Studio Schmidt, contre Commission, Recueil 1983, p. 3045, point 19; affaire C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) et autres contre Commission, Recueil 1999, p. I-1341, point 86.

([39]) Affaire C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) et autres contre Commission, Recueil 1999, p. I-1341, points 79-80.

([40]) Affaire C-450/98 P, International Express Carriers Conference (IECC) contre Commission, Recueil 1998, p. II-3645, points 57-59.

([41]) Affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, points 88 seq.; affaire T-5/93, Roger Tremblay et autres contre Commission, Recueil 1996, p. I-5547, points 65 seq.; affaire T-575/93, Casper Koelman contre Commission, Recueil 1996, p. II-1, points 75 à 80. Voir aussi le chapitre II ci-dessus et les explications plus détaillées qui y sont données.

([42]) Affaire C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) et autres contre Commission, Recueil 1999, p. I-1341, points 92-93.

([43]) Jurisprudence constante depuis l'affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, point 86.

([44]) Affaire C-449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC) contre Commission, Recueil 2001, p. I-3875, point 37.

([45]) Affaire T-77/95, Syndicat français de l'Express international et autres contre Commission, Recueil 1997, p. II-1, point 57, confirmée sous réserve de la condition mentionnée dans le même point par l'arrêt dans l'affaire C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) et autres contre Commission, Recueil 1999, p. I-1341, points 95. Cf. aussi l'affaire T-37/92, Bureau européen des Unions de consommateurs (BEUC) contre Commission, Recueil 1994, p. II-285, point 113, où il est dit qu'un engagement non écrit entre un État membre et un pays tiers qui ne s'inscrit pas dans le cadre de la politique commerciale commune n'est pas de nature à établir qu'il a été mis fin au comportement dénoncé.

([46]) Affaire T-110/95, International Express Carriers Conference (IECC) contre Commission, Recueil 1998, p. II-3605, point 57, confirmée par l'affaire 449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC) contre Commission, Recueil 2001, p. I-3875, points 44-47.

([47]) Affaire C-449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC) contre Commission, Recueil 2001, p. I-3875, points 37.

([48]) Cf. déjà l'affaire T-77/92, Parker Pen contre Commission, Recueil 1994, p. II-549, points 64/65.

([49]) Affaire 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE) contre Commission, Recueil 1985, p. 1105, points 21-24; affaire T-198/98, Micro Leader Business contre Commission, Recueil 1999, p. II-3989, points 32 à 39.

([50]) Affaire T-319/99, Federacion Nacional de Empresas (FENIN) contre Commission, pas encore publié au Recueil 2003, point 43.

([51]) De nombreuses informations sont disponibles sur le site Internet de la Commission: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

([52]) Communication sur la notion d'effet sur le commerce contenue dans les articles 81 et 82 du traité (p. 81).

([53]) Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) (JO C 368 du 22.12.2002, p. 13).

([54]) Le texte de tous les règlements d'exemption par catégorie est disponible sur le site Internet de la Commission: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

([55]) Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (p. 97).

([56]) Affaire 210/81, Oswald Schmidt, opérant sous la raison sociale Demo-Studio Schmidt, contre Commission, Recueil 1983, p. 3045, point 19; affaire T-24/90, Automec contre Commission, Recueil 1992, p. II-2223, point 79.

([57]) Cf. affaire T-64/89, Automec contre Commission, Recueil 1990, p. II-367, points 45 à 47 et affaire T-37/92, Bureau européen des Unions de consommateurs (BEUC) contre Commission, Recueil 1994, p. II-285, point 29.

([58]) Affaire C-282/95 P, Guérin Automobiles contre Commission, Recueil 1997, p. I-1503, point 36.

([59]) Affaires jointes 142 et 156/84, British-American Tobacco Company and R.J. Reynolds Industries contre Commission, Recueil 1987, p. 249, points 19 et 20.

([60]) Affaire C-282/95 P, Guérin Automobiles contre Commission, Recueil 1997, p. I-1503, point 37.

([61]) Affaires jointes T-213/95 et T-18/96, Stichting Certificacie Kraanverhuurbedrijf (SCK) et Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) contre Commission, Recueil 1997, p. 1739, point 57.

([62]) La notion de «diligence» de la part du plaignant est employée dans l'affaire T-77/94, Vereniging van Groothandelaren in Bloemwekerijprodukten et autres contre Commission, Recueil 1997, p. II-759, point 75.

([63]) Article 6, paragraphe 2, du règlement 773/2004 de la Commission.

([64]) Article 287 CE, article 28 du règlement nº 1/2003 et articles 15 à 16 du règlement 773/2004.

([65]) Article 27, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003.

([66]) Article 7, paragraphe 2, du règlement 773/2004; affaire C-282/95 P, Guérin Automobiles contre Commission, Recueil 1997, p. I-1503, point 36.

([67]) Jurisprudence constante, cf. affaire T-114/92, Bureau européen des médias et de l'industrie musicale (BEMIM) contre Commission, Recueil 1995, p. II-147, point 41.

([68]) Jurisprudence constante depuis l'affaire 210/81, Oswald Schmidt, opérant sous la raison sociale Demo-Studio Schmidt, contre Commission, Recueil 1983, p. 3045.

([69]) Affaire T-575/93, Casper Koelman contre Commission, Recueil 1996, p. II-1, points 41 à 43.

([70]) Selon le cas d'espèce, les autorités de la concurrence des États membres peuvent également être habilitées à adopter des mesures provisoires.

([71]) Affaire 145/83, Stanley George Adams contre Commission, Recueil 1985, p. 3539.

ANNEXE

FORMULAIRE C

Dépôt de plainte en vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1/2003

I. **Informations concernant le plaignant et l'entreprise, les entreprises ou l'association d'entreprises donnant lieu à la plainte**

1. Veuillez fournir des informations complètes sur l'identité de la personne physique ou morale qui dépose plainte. Si le plaignant est une entreprise, veuillez identifier le groupe de sociétés auquel elle appartient et fournir un bref aperçu de la nature et de la portée de ses activités économiques. Indiquez les coordonnées (numéro de téléphone, adresse postale et adresse électronique) d'une personne de contact auprès de qui des explications supplémentaires peuvent être obtenues.

2. Veuillez identifier l'entreprise, les entreprises ou l'association d'entreprises dont le comportement fait l'objet de la plainte, en fournissant, le cas échéant, toutes les informations disponibles sur le groupe de sociétés auquel appartiennent lesdites entreprises, ainsi que sur la nature et la portée de leurs activités économiques. Situez le plaignant par rapport à l'entreprise, aux entreprises ou à l'association d'entreprises visées par la plainte (par exemple client, concurrent).

II. **Renseignements concernant l'infraction présumée et preuves**

3. Veuillez exposer en détail les faits dont on peut inférer, selon vous, qu'il y a infraction à l'article 81 ou 82 du traité et/ou à l'article 53 ou 54 de l'accord EEE. Veuillez notamment indiquer la nature des produits (biens ou services) affectés par les infractions présumées et expliquer, le cas échéant, les relations commerciales dont ces produits font l'objet. Veuillez fournir toutes les informations disponibles sur les accords ou les pratiques des entreprises ou des associations d'entreprises visées par la plainte. Veuillez indiquer, dans la mesure du possible, les positions respectives desdites entreprises sur le marché.

4. Veuillez soumettre tous les documents en votre possession qui se rapportent ou sont directement liés aux faits exposés dans la plainte (par exemple, texte d'accords, comptes rendus de négociations ou de réunions, conditions de transaction, documents commerciaux, circulaires, correspondance, résumés de conversations téléphoniques, . . .). Veuillez indiquer le nom et l'adresse des personnes capables de témoigner des faits exposés dans la plainte, et notamment des personnes lésées par l'infraction présumée. Veuillez communiquer les statistiques ou les autres données en votre possession qui se rapportent aux faits exposés, en particulier celles qui mettent en évidence des évolutions sur le marché (par exemple, des informations concernant les prix et les tendances des prix, les barrières à l'entrée de nouveaux fournisseurs sur le marché, etc.).

5. Veuillez exposer votre point de vue sur la portée géographique de l'infraction présumée et expliquer, si ce n'est pas évident, dans quelle mesure le commerce entre États membres ou entre la Communauté et un ou plusieurs États de l'AELE qui sont parties contractantes de l'accord EEE peut être affecté par le comportement dénoncé.

III. **Résultat escompté de l'intervention de la Commission et intérêt légitime**

6. Veuillez expliquer le résultat que vous escomptez, en termes de conclusions ou de mesures, de la procédure engagée par la Commission.

7. Veuillez exposer les motifs en vertu desquels vous faites valoir un intérêt légitime en tant que plaignant conformément à l'article 7 du règlement (CE) nº 1/2003. Veuillez indiquer, en particulier, en quoi vous êtes lésé par le comportement dénoncé et expliquer comment, selon vous, l'intervention de la Commission serait de nature à redresser les griefs allégués.

IV. **Procédures devant les autorités de concurrence ou les juridictions nationales**

8. Veuillez spécifier si vous avez effectué une démarche auprès d'une autre autorité de concurrence et/ou si un procès a été intenté devant une juridiction nationale pour les mêmes motifs ou des motifs apparentés. Si tel est le cas, veuillez fournir des informations complètes concernant l'autorité administrative ou judiciaire en question et les allégations que vous leur avez soumises.

Déclaration selon laquelle les renseignements contenus dans le présent formulaire et dans ses annexes sont fournis de toute bonne foi.

.....

Date et signature

Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation)

(2004/C 101/06)

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

I. RÈGLEMENT (CE) Nº 1/2003

1. Le règlement (CE) nº 1/2003 [1] établit un nouveau régime d'application des articles 81 et 82 du traité. Bien qu'il vise à redonner toute son importance à l'objectif premier consistant à garantir une application efficace des règles de concurrence, le règlement crée également une sécurité juridique, dans la mesure où il stipule que les accords [2] qui tombent sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, mais remplissent les conditions définies à l'article 81, paragraphe 3, sont valides et exécutables de plein droit ab initio sans décision préalable d'une autorité de concurrence [article 1er du règlement (CE) nº 1/2003].

2. Le régime mis en place par le règlement (CE) nº 1/2003, tout en introduisant une compétence parallèle de la Commission, des autorités de la concurrence des États membres et des juridictions des États membres pour l'application des articles 81 et 82 dans leur intégralité, limite, par une série de mesures, les risques d'application incohérente et, partant, garantit la principale composante de la sécurité juridique pour les entreprises, telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, c'est-à-dire l'application cohérente des règles de concurrence dans l'ensemble de la Communauté.

3. Les entreprises sont généralement bien placées pour apprécier la légalité de leurs actes d'une manière qui leur permette de décider en toute connaissance de cause de mettre ou non à exécution leur projet de conclure un accord ou d'adopter une pratique et sous quelle forme. Elles connaissent les faits et ont à leur disposition le cadre juridique que constituent les règlements d'exemption par catégorie, la jurisprudence et la pratique constante, ainsi que les nombreuses indications fournies par les lignes directrices et les communications de la Commission [3].

4. Parallèlement à la réforme des règles d'application des articles 81 et 82 instaurée par le règlement (CE) nº 1/2003, la Commission a mené une révision des règlements d'exemption par catégorie, des communications et des lignes directrices de la Commission, en vue de mieux aider les opérateurs économiques à s'autoévaluer. Elle a aussi produit des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 [4]. Dans la grande majorité des cas, ces divers instruments permettent aux entreprises d'évaluer valablement leurs accords au regard de l'article 81. En outre, la Commission a pour pratique de n'infliger des amendes plus que symboliques [5] que dans les cas où il est établi, soit dans des instruments horizontaux soit dans la jurisprudence et la pratique, qu'un comportement donné constitue une infraction.

5. Lorsque, en dépit des éléments susmentionnés, des affaires créent une incertitude réelle parce qu'elles soulèvent, pour l'application des articles 81 et 82, des questions nouvelles ou non résolues, les entreprises concernées peuvent souhaiter demander à la Commission des orientations informelles [6]. Lorsqu'elle le juge approprié, et sous réserve de ses priorités en matière d'application du droit, la Commission peut fournir de telles orientations sur les questions nouvelles relatives à l'interprétation des articles 81 et/ou 82 dans une déclaration écrite (lettre d'orientation). La présente communication expose les modalités de cet instrument.

II. CADRE PERMETTANT D'APPRÉCIER L'OPPORTUNITÉ D'ENVOYER UNE LETTRE D'ORIENTATION

6. Le règlement (CE) nº 1/2003 confère à la Commission des compétences pour poursuivre et sanctionner efficacement les infractions aux articles 81 et 82 [7]. Un des principaux objectifs du règlement est d'assurer une application efficace des règles de concurrence communautaires en supprimant l'ancien système de notification et en permettant ainsi à la Commission de concentrer sa politique en matière d'application sur les infractions les plus graves [8].

7. Si le règlement (CE) nº 1/2003 est sans préjudice de la possibilité pour la Commission de fournir des orientations informelles à certaines entreprises [9], selon les modalités définies dans la présente communication, cette possibilité ne doit pas affecter l'objectif principal du règlement, qui consiste à garantir une application efficace des règles de concurrence. La Commission ne peut par conséquent fournir des orientations informelles à des entreprises individuelles que dans la mesure où cela est compatible avec ses priorités en matière d'application du droit.

---

[1] Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, pages 1 à 25).

[2] Dans la présente communication, le terme «accord» est utilisé pour désigner les accords, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées. Le terme «pratiques» vise le comportement des entreprises en position dominante. Le terme «entreprises» couvre également les associations d'entreprises.

[3] Tous les textes mentionnés sont disponibles sur: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

[4] Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (p. 97).

[5] Les amendes symboliques sont normalement fixées à 1 000 euros; cf. Lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement nº 17 et l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA (JO C 9 du 14.1.1998, p. 3).

[6] Cf. considérant 38 du règlement nº 1/2003.

[7] Cf. en particulier articles 7 à 9, 12, 17 à 24, 29 du règlement (CE) nº 1/2003.

[8] Cf. en particulier considérant 3 du règlement (CE) nº 1/2003.

[9] Cf. considérant 38 du règlement (CE) nº 1/2003.

8. Sous réserve du point 7, lorsqu'elle est saisie d'une demande de lettre d'orientation, la Commission examinera l'opportunité de traiter cette demande. L'envoi d'une lettre d'orientation ne pourra être envisagée que si les conditions cumulatives suivantes sont remplies:

   a) L'appréciation au fond d'un accord ou d'une pratique au regard des articles 81 et/ou 82 du traité soulève une question d'application du droit qui n'est clarifiée ni dans le cadre juridique communautaire existant, en ce compris la jurisprudence des juridictions européennes, ni dans les orientations générales librement accessibles, ou dont on ne trouve de précédents ni dans la pratique décisionnelle ni dans les lettres d'orientation antérieures.

   b) Une évaluation préliminaire des particularités et du contexte de l'affaire tend à indiquer que la clarification de la question nouvelle au moyen d'une lettre d'orientation est utile, compte tenu des éléments suivants:

      — l'importance économique, du point de vue du consommateur, des marchandises ou des services concernés par l'accord ou la pratique, et/ou

      — la mesure dans laquelle l'accord ou la pratique correspondent ou sont susceptibles de correspondre à un usage économique courant sur le marché en cause, et/ou

      — l'ampleur des investissements liés à l'opération par rapport à la taille des sociétés concernées et la mesure dans laquelle l'opération se rapporte à une opération structurelle telle que la création d'une entreprise commune qui n'est pas de plein exercice.

   c) Il est possible d'envoyer une lettre d'orientation sur la base des renseignements fournis, c'est-à-dire qu'aucune enquête supplémentaire n'est nécessaire.

9. De plus, la Commission ne prendra pas en considération une demande de lettre d'orientation dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes:

   — les questions posées dans la demande sont semblables ou comparables aux questions soulevées dans une affaire pendante devant le Tribunal de première instance ou la Cour de justice des Communautés européennes;

   — l'accord ou la pratique auxquels la demande se rapporte font l'objet d'une procédure pendante devant la Commission ou devant une juridiction ou une autorité de concurrence d'un État membre.

10. La Commission ne prendra pas en considération les questions hypothétiques et ne fournira pas de lettre d'orientation sur des accords ou des pratiques qui ne sont plus mis en œuvre par les parties. Les entreprises peuvent néanmoins demander à la Commission de fournir une lettre d'orientation sur des questions soulevées par un accord ou une pratique qu'elles envisagent, c'est-à-dire avant qu'elles ne mettent en application l'accord ou la pratique en question. Dans ce cas, l'opération doit avoir atteint un niveau de développement suffisant pour que la demande soit prise en considération.

11. Une demande de lettre d'orientation est sans préjudice du pouvoir de la Commission d'ouvrir la procédure conformément au règlement (CE) nº 1/2003 en ce qui concerne les faits exposés dans la demande.

III. INDICATIONS SUR LA MANIÈRE DE DEMANDER DES ORIENTATIONS

12. L'entreprise ou les entreprises qui ont conclu un accord ou se sont livrées à une pratique pouvant relever du champ d'application des articles 81 et/ou 82 du traité, ou qui ont l'intention de le faire, peuvent présenter une demande concernant des questions d'interprétation soulevées par l'accord ou la pratique en question.

13. Toute demande de lettre d'orientation doit être adressée à:

    Commission européenne/Europese Commissie
    Direction générale de la concurrence
    B-1049 Bruxelles/Brussel.

14. Il n'existe pas de formulaire. Il convient de présenter une note qui énonce clairement:

    — l'identité de toutes les entreprises concernées ainsi qu'une adresse unique pour les contacts avec la Commission;

    — les questions précises sur lesquelles les entreprises souhaitent obtenir des orientations;

    — des renseignements complets et exhaustifs sur tous les points utiles pour procéder à une appréciation motivée des questions soulevées, y compris des documents pertinents;

    — une argumentation détaillée, compte tenu du point 8 a), exposant pourquoi la demande soulève une ou des questions nouvelles;

    — tout autre renseignement qui permette d'évaluer la demande en tenant compte des éléments exposés aux points 8-10 de la présente communication, notamment une déclaration attestant que l'accord ou la pratique auxquels la demande se rapporte ne font pas l'objet d'une procédure pendante devant une juridiction ou une autorité de concurrence d'un État membre;

— lorsque la demande contient des éléments considérés comme des secrets d'affaires, une indication précise de ces éléments;

— tout autre renseignement ou document utiles concernant l'affaire en question.

IV. **TRAITEMENT DE LA DEMANDE**

15. En principe, la Commission évaluera la demande à partir des renseignements fournis. Sans préjudice du point 8 c), elle peut utiliser les renseignements supplémentaires dont elle dispose à partir de sources publiques, de procédures antérieures ou de toute autre source et peut demander au(x) demandeur(s) de lui fournir des renseignements complémentaires. Les règles normales concernant le secret professionnel sont applicables aux informations fournies par les demandeurs.

16. La Commission peut partager les renseignements qui lui sont transmis avec les autorités de concurrence des États membres et recevoir des informations de leur part. Elle peut examiner le fond de la demande avec lesdites autorités avant de fournir une lettre d'orientation.

17. Lorsqu'il n'est pas fourni de lettre d'orientation, la Commission en informe le ou les demandeurs.

18. Une entreprise peut retirer sa demande à tout moment. En tout état de cause, les renseignements fournis dans le cadre d'une demande d'orientations seront conservés par la Commission, qui pourra les utiliser lors de procédures ultérieures en application du règlement (CE) n° 1/2003 (voir le point 11 ci-dessus).

V. **LA LETTRE D'ORIENTATION**

19. Une lettre d'orientation contient:

— une description succincte des faits sur lesquels elle se base;

— la motivation juridique principale qui sous-tend l'interprétation faite par la Commission des questions nouvelles soulevées par la demande concernant les articles 81 et/ou 82.

20. Une lettre d'orientation peut être limitée à une partie des questions soulevées dans la demande. Elle peut également comprendre des éléments autres que ceux exposés dans la demande.

21. Les lettres d'orientation seront placées sur le site Internet de la Commission en tenant compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires soient protégés. Avant de publier une lettre d'orientation, la Commission conviendra d'une version publique avec les demandeurs.

VI. **LES EFFETS DES LETTRES D'ORIENTATION**

22. Les lettres d'orientation visent en premier lieu à aider les entreprises à procéder elles-mêmes à une appréciation de leurs accords et de leurs pratiques en toute connaissance de cause.

23. Une lettre d'orientation ne saurait préjuger de l'appréciation de la même question par les juridictions communautaires.

24. Une lettre d'orientation n'exclut pas que la Commission examine par la suite un accord ou une pratique ayant constitué la base factuelle d'une lettre d'orientation dans le cadre d'une procédure mise en œuvre conformément au règlement (CE) n° 1/2003, notamment à la suite d'une plainte. Dans ce cas, la Commission tiendra compte de la lettre d'orientation antérieure, sous réserve notamment de tout changement affectant les faits en cause, de tout nouvel élément soulevé dans la plainte, de toute évolution de la jurisprudence des juridictions communautaires ou de toute modification de caractère plus général de la politique suivie par la Commission.

25. Les lettres d'orientation ne sont pas des décisions de la Commission et elles ne lient ni les autorités de concurrence ni les juridictions des États membres ayant compétence pour l'application des articles 81 et 82. Toutefois, il est loisible aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres de tenir compte des lettres d'orientation de la Commission dans la mesure où elles le jugent utile dans le contexte d'une affaire.

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

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

(2004/C 101/07)

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

1. INTRODUCTION

1. Les articles 81 et 82 du traité s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont «susceptibles d'affecter le commerce entre États membres».

2. Dans leur interprétation des articles 81 et 82, les juridictions communautaires ont déjà largement explicité le sens et la portée de cette notion d'affectation du commerce entre États membres.

3. Outre qu'elles exposent les principes élaborés par les juridictions communautaires dans le cadre de l'interprétation de la notion d'affectation du commerce des articles 81 et 82, les présentes lignes directrices énoncent une règle indiquant quand les accords ne sont en général pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres (règle de l'absence d'incidence sensible sur le commerce ou règle AISC). Leur but n'est pas d'être exhaustives, mais de présenter la méthodologie pour l'application de la notion d'affectation du commerce et de fournir une orientation sur cette application dans des situations qui se produisent fréquemment. Bien qu'elles ne soient pas contraignantes pour les juridictions et les autorités des États membres, les présentes lignes directrices ont aussi pour but de les aider à appliquer le concept d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82.

4. Les présentes lignes directrices n'abordent pas la question de ce qui constitue une restriction sensible du jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1. Cette question, qui est distincte de la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, est traitée dans la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au regard de l'article 81, paragraphe 1, du traité [1] (la règle *de minimis*). Les lignes directrices ne sont pas non plus destinées à éclairer sur la notion d'affectation du commerce qui figure à l'article 87, paragraphe 1, du traité consacré aux aides accordées par les États.

5. Les présentes lignes directrices, y compris la règle de l'absence d'incidence sensible sur le commerce, ne préjugent pas l'interprétation que la Cour de justice et le Tribunal de première instance pourront donner ultérieurement des articles 81 et 82.

2. CRITÈRE DE L'AFFECTATION DU COMMERCE

2.1. Principes généraux

6. L'article 81, paragraphe 1, prévoit que «sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun». Pour faciliter la lecture du texte, les termes «accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées» seront désignées collectivement par le terme «accords».

7. De son côté, l'article 82 prévoit que «est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.». Le terme «pratiques» désignera ci-après le comportement des entreprises dominantes.

8. Le critère de l'affectation du commerce détermine aussi le champ d'application de l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité [2].

9. En vertu de l'article 3, paragraphe 1 de ce Règlement, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent l'article 81 aux accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence à ces accords, décisions ou pratiques concertées. De même, lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du traité, elles sont également tenues d'appliquer l'article 82 du traité. L'article 3, paragraphe 1, contraint donc les autorités de la concurrence et les juridictions des États membres à appliquer également les articles 81 et 82 lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence à des accords et des pratiques abusives susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. Toutefois, l'article 3, paragraphe 1, n'oblige pas les autorités de la concurrence et les juridictions nationales à appliquer le droit national de la concurrence lorsqu'elles appliquent les articles 81 et 82 à des accords, décisions ou pratiques concertées et abus susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. Elles peuvent alors n'appliquer que les seules règles de concurrence communautaires.

10. Il ressort de l'article 3, paragraphe 2, que l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Toutefois, le règlement (CE) nº 1/2003 n'empêche pas les États membres d'adopter et d'appliquer sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

11. Enfin, il convient de mentionner que l'article 3, paragraphe 3, précise que, sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, l'article 3, paragraphes 1 et 2, ne s'applique pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité.

12. Le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas. De nature juridictionnelle, il définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence ([3]). Ainsi, ce droit n'est pas applicable aux accords et aux pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres.

13. Le critère de l'affectation du commerce limite le champ d'application des articles 81 et 82 aux accords et pratiques susceptibles d'avoir un niveau minimal d'effets transfrontaliers à l'intérieur de la Communauté. Selon les termes de la Cour de justice, l'accord ou la pratique doit affecter «de façon sensible» le commerce entre États membres ([4]).

14. En ce qui concerne l'article 81 du traité, c'est l'accord qui doit être susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Il est indifférent que, considérée isolément, chaque partie de l'accord, y compris les restrictions du jeu de la concurrence pouvant découler de l'accord soient susceptibles de le faire ([5]). En revanche, si l'accord pris dans son ensemble peut affecter le commerce entre États membres, le droit communautaire s'applique à l'intégralité de l'accord, y compris à ses parties qui, prises isolément, n'affectent pas le commerce entre États membres. Lorsque les relations contractuelles entre les mêmes parties couvrent plusieurs activités, ces activités, pour faire partie du même accord, doivent être directement liées et être partie intégrante du même accord commercial global ([6]). Si ce n'est pas le cas, chaque activité constituera un accord distinct.

15. De même, il est indifférent de savoir si la participation à l'accord d'une entreprise donnée affecte ou n'affecte pas sensiblement le commerce entre États membres ([7]). L'entreprise ne saurait se soustraire au droit communautaire au seul motif que sa participation à un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres est insignifiante.

16. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, point n'est besoin d'établir un lien entre la restriction alléguée du jeu de la concurrence et la capacité de l'accord d'affecter le commerce entre États membres, car des accords non restrictifs peuvent très bien affecter le commerce intracommunautaire. Par exemple, les accords de distribution sélective qui sont fondés sur des critères de sélection purement qualitatifs justifiés par la nature des produits et qui ne restreignent pas le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, peuvent quand même affecter le commerce entre États membres. Il arrive cependant que les restrictions alléguées au sujet d'un accord renseignent clairement sur la capacité de l'accord d'affecter le commerce entre États membres. C'est ainsi qu'un accord de distribution interdisant les exportations peut, de par sa nature même, affecter les échanges entre États membres, mais pas nécessairement de façon sensible ([8]).

17. En ce qui concerne l'article 82, c'est l'abus qui doit affecter le commerce entre États membres, mais cela ne signifie pas que chaque élément du comportement doive être apprécié isolément. En effet, le comportement qui fait partie d'une stratégie générale poursuivie par l'entreprise dominante doit être apprécié quant à son incidence globale. Lorsqu'une entreprise en position dominante adopte diverses pratiques dans la poursuite d'un même objectif, par exemple des pratiques visant à éliminer ou à évincer des concurrents, il suffit, pour que l'article 82 soit applicable à toutes les pratiques faisant partie de cette stratégie générale, que l'une d'elles au moins soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres ([9]).

18. Il ressort du libellé des articles 81 et 82 ainsi que de la jurisprudence des juridictions communautaires que l'application du critère de l'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments:

    a) la notion de «commerce entre États membres»,

    b) la notion de «susceptible d'affecter»,

    c) la notion de «caractère sensible».

2.2. **La notion de «commerce entre États membres»**

19. La notion de «commerce» n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services ([10]), mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement ([11]). Cette interprétation concorde avec l'objectif fondamental du traité consistant à favoriser la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux.

20. D'après une jurisprudence constante, la notion de «commerce» englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence ([12]). Lorsqu'une entreprise est ou risque d'être éliminée, la structure de la concurrence au sein de la Communauté est affectée, comme le sont les activités économiques que poursuit cette entreprise.

21. La condition de l'existence d'une affectation du commerce «entre États membres» suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux États membres. Il n'est cependant pas indispensable que l'accord ou la pratique affectent le commerce entre l'ensemble d'un État membre et l'ensemble d'un autre État membre. En effet, les articles 81 et 82 sont également applicables dans des cas concernant une partie d'un État membre, à condition toutefois que l'affectation du commerce soit sensible ([13]).

22. L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre États membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational ([14]).

2.3. **La notion de «susceptible d'affecter»**

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

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

a) «un degré de probabilité suffisant sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait»,

b) une influence sur les «courants d'échanges entre États membres»,

c) une «influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle» sur les courants d'échanges.

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

25. Fondée sur des éléments objectifs, l'appréciation de l'affectation du commerce ne tient pas compte de l'intention subjective des entreprises en cause. En revanche, s'il existe des preuves que des entreprises ont eu l'intention d'affecter le commerce entre États membres, par exemple en ayant cherché à entraver les exportations vers d'autres États membres ou les importations en provenance d'autres États membres, il s'agit alors d'un élément pertinent dont il convient de tenir compte.

26. Les mots «susceptible d'affecter» et l'évocation par la Cour de justice d'un «degré de probabilité suffisant» impliquent qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre États membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est «de nature» à affecter le commerce entre États membres ([17]).

27. Il n'y a ni obligation ni nécessité de calculer le volume réel du commerce intracommunautaire affecté par l'accord ou la pratique. Ainsi, dans le cas d'accords interdisant les exportations vers d'autres États membres, point n'est besoin d'estimer quel aurait été, en l'absence de l'accord, le niveau de commerce parallèle entre les États membres concernés. Cette interprétation concorde avec la nature juridictionnelle du critère de l'affectation du commerce. En effet, l'applicabilité du droit communautaire s'étend aux catégories d'accords et de pratiques abusives susceptibles d'avoir des effets transfrontaliers, qu'un accord donné ou une pratique donnée ait réellement eu ces effets ou non.

28. L'appréciation au regard du critère de l'affectation du commerce résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants ([18]). Les facteurs pertinents sont la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, et la position et l'importance des entreprises en cause ([19]).

29. La nature de l'accord ou de la pratique renseigne du point de vue qualitatif sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres. Certains accords et pratiques sont susceptibles, par leur nature même, d'affecter le commerce entre États membres, tandis que d'autres nécessitent une analyse plus approfondie sur ce point. Les ententes transfrontalières sont un exemple du premier cas, tandis que les entreprises communes limitées au territoire d'un seul État membre sont un exemple du second. Cet aspect est examiné de plus près à la section III ci-après qui aborde différentes catégories d'accords et de pratiques.

30. La nature des produits concernés par les accords ou pratiques renseigne sur la possibilité que les échanges intracommunautaires soient affectés. Lorsque la nature des produits fait que leur commerce transfrontalier est aisé ou qu'ils sont importants pour des entreprises désireuses de s'implanter ou d'accroître leurs activités dans d'autres États membres, l'applicabilité du droit communautaire est plus facilement établie que dans les cas où les produits proposés par des fournisseurs d'autres États membres font l'objet d'une demande limitée en raison de leur nature et les cas où ils présentent un intérêt limité pour une implantation transfrontalière ou pour une expansion de l'activité économique exercée à partir de ce lieu d'implantation ([20]). L'implantation comprend la création, par des entreprises d'un État membre, d'agences, de succursale ou de filiales dans un autre État membre.

31. La position de marché des entreprises en cause et leur volume de ventes renseignent du point de vue quantitatif sur la capacité de l'accord ou de la pratique en cause d'affecter le commerce entre États membres. Cet aspect, qui fait partie intégrante de l'appréciation du caractère sensible, est abordé dans la section D ci-après.

32. Outre les éléments qui viennent d'être mentionnés, il faut tenir compte du cadre juridique et factuel dans lequel l'accord ou la pratique fonctionne. Le cadre économique et juridique pertinent donne une idée du potentiel de commerce entre États membres. En effet, si des barrières absolues, extérieures à l'accord ou à la pratique, s'opposent au commerce transfrontalier entre États membres, celui-ci ne risquera d'être affecté que si ces barrières sont susceptibles de disparaître dans un avenir prévisible. En revanche, si les barrières ne sont pas absolues, mais rendent simplement les activités transfrontalières plus difficiles, il est extrêmement important d'assurer que les accords et les pratiques n'entraveront pas davantage ces activités, faute de quoi ils pourront affecter le commerce entre États membres.

2.3.2. *Influence sur les «courants d'échanges entre États membres»*

33. Pour que les articles 81 et 82 soient applicables, il faut qu'il y ait une influence sur les «courants d'échanges entre États membres».

34. Le terme «courants d'échanges» est neutre. Il n'est pas une condition de restriction ou de réduction du commerce ([21]). Les courants d'échanges peuvent aussi être affectés lorsqu'un accord ou une pratique provoquent un accroissement du commerce. En effet, l'applicabilité du droit communautaire est établie si l'accord ou la pratique abusive est susceptible de détourner les courants commerciaux entre États membres de leur orientation naturelle probable en l'absence de l'accord ou de la pratique ([22]).

35. Cette interprétation exprime le fait que le critère de l'affectation du commerce est un critère juridictionnel qui sert à établir une distinction entre les accords et pratiques abusives qui sont susceptibles d'avoir des effets transfrontaliers, de manière à justifier un examen au regard des règles communautaires de concurrence et les accords et pratiques abusives qui ne sont pas susceptibles d'avoir ces effets.

2.3.3. *«Influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle» sur les courants d'échanges*

36. L'influence d'accords et de pratiques sur les courants d'échanges entre États membres peut être «directe ou indirecte, actuelle ou potentielle».

37. Normalement, l'influence directe sur le commerce entre États membres est en rapport avec les produits concernés par un accord ou une pratique. Si, par exemple, les fabricants d'un produit donné dans différents États membres décident de se partager des marchés, cela influence directement le commerce intracommunautaire sur le marché des produits en cause. On en trouve un autre exemple dans le cas du fournisseur qui limite les remises de distributeurs aux produits vendus dans l'État membre où les distributeurs sont établis. De telles pratiques augmentent le prix relatif des produits destinés à l'exportation, rendant ainsi les ventes à l'exportation moins intéressantes et moins compétitives.

38. Il n'est pas rare que l'influence indirecte soit en rapport avec des produits apparentés à ceux qui sont concernés par l'accord ou la pratique. À titre d'exemple, l'influence indirecte peut avoir lieu lorsqu'un accord ou une pratique a une incidence sur les activités économiques transfrontalières d'entreprises qui utilisent d'une manière ou d'une autre les produits concernés par l'accord ou la pratique ([23]). Cette influence peut par exemple survenir

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

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

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

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

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

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

2.4. **La notion de caractère sensible**

2.4.1. *Principe général*

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

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

46. Dans un certain nombre de cas concernant des importations et des exportations, la Cour de justice a considéré que la condition du caractère sensible était remplie dès lors que les ventes des entreprises en cause représentaient environ 5 % du marché ([32]). Toutefois, la seule part de marché n'est pas toujours considérée comme le facteur déterminant, puisqu'il faut aussi tenir compte, entre autres, du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises avec les produits en cause ([33]).

47. Par conséquent, le caractère sensible peut être mesuré à la fois en termes absolus (chiffre d'affaires) et en termes relatifs en comparant la position de la ou des entreprises en cause avec celle d'autres acteurs du marché (part de marché). Ce poids donné à la position et à l'importance des entreprises en cause est dans le droit-fil de la notion de «susceptible d'affecter» qui implique de fonder l'appréciation sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres plus que sur l'incidence sur les courants d'échange réels de produits et services entre pays. La position de marché des entreprises en cause et le chiffre d'affaires qu'elles réalisent avec les produits en cause renseignent sur la capacité d'un accord ou d'une pratique d'affecter le commerce entre États membres. Ces deux éléments sont exprimés dans la règle de présomption négative aux paragraphes 52 et 53 ci-après.

48. L'application du critère du caractère sensible n'exige pas nécessairement de définir les marchés en cause et de calculer les parts de marché ([34]). Les ventes d'une entreprise en termes absolus peuvent suffire à étayer la conclusion que l'incidence sur le commerce est sensible. C'est notamment le cas avec les accords et pratiques qui sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, par exemple parce qu'ils concernent les importations ou les exportations ou parce qu'ils portent sur plusieurs États membres. Le fait que, dans ces conditions, le chiffre d'affaires réalisé avec les produits faisant l'objet de l'accord puisse être suffisant pour constater une affectation substantielle du commerce entre États membres est exprimé dans la présomption positive énoncée au paragraphe 53 ci-dessous.

49. Les accords et pratiques doivent systématiquement être considérés dans le cadre économique et juridique dans lequel ils se produisent. Dans le cas d'accords verticaux, il se peut qu'il faille prendre en considération d'éventuels effets cumulatifs de réseaux parallèles d'accords similaires ([35]). En effet, même si un accord ou un réseau d'accords n'est pas susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, l'effet de réseaux parallèles d'accords, pris comme un tout, est susceptible de le faire. Pour que cela soit le cas, toutefois, il faut que l'accord individuel ou le réseau d'accords apporte une contribution significative à l'affectation globale du commerce ([36]).

2.4.2. *Chiffrage du caractère sensible*

50. Il n'est pas possible d'établir des règles générales quantitatives qui soient applicables à toutes les catégories d'accords et qui indiquent à quel moment le commerce entre États membres risque d'être affecté sensiblement. En revanche, il est possible d'indiquer à quel moment le commerce n'est normalement pas susceptible d'être affecté sensiblement. En premier lieu, dans sa communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (règle *de minimis*) ([37]), la Commission déclare que les accords entre petites et moyennes entreprises, telles que définies dans l'annexe de la recommandation 96/280/CE de la Commission ([38]), sont rarement en mesure d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Cette présomption s'explique par le fait qu'en principe, les activités des PME sont de nature locale ou tout au plus régionale. Les PME peuvent cependant relever du droit communautaire, notamment lorsqu'elles se lancent dans une activité économique transfrontalière. En second lieu, la Commission juge opportun d'énoncer des principes généraux indiquant à quel moment, en principe, le commerce n'est pas susceptible d'être affecté sensiblement, c'est-à-dire une présomption négative qui définit par défaut l'affectation sensible du commerce entre États membres (règle de l'absence d'affectation sensible du commerce). Lorsqu'elle appliquera l'article 81, la Commission considérera ce critère comme une présomption négative réfutable applicable à tous les accords au sens de l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la nature des restrictions figurant dans l'accord, y compris celles qui sont définies comme des restrictions caractérisées dans les règlements et orientations de la Commission concernant les exemptions par catégories. Lorsque cette présomption est applicable, la Commission n'engagera normalement pas de procédure, qu'elle soit d'office ou sur demande. Lorsque les entreprises estiment de bonne foi qu'un accord est couvert par cette présomption négative, la Commission n'imposera pas d'amendes.

51. Sans préjudice du paragraphe 53 ci-dessous, cette définition négative du caractère sensible n'implique pas que les accords et les pratiques abusives qui ne relèvent pas des critères énoncés ci-dessous soient automatiquement susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. En fait, une analyse cas par cas s'impose.

52. La Commission estime que, en principe, les accords ne peuvent pas affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies:

a) la part de marché totale des parties sur un marché communautaire en cause affecté par l'accord n'excède pas 5 %, et

b) dans le cas des accords horizontaux, le chiffre d'affaires annuel moyen réalisé dans la Communauté par les entreprises en cause ([39]) avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros. Dans le cas d'accords concernant l'achat conjoint de produits le chiffre d'affaires pertinent sera celui des achats combinés des parties de produits couverts par l'accord.

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

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

53. La Commission estime en outre que si un accord ou une pratique sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, par exemple parce qu'ils concernent des importations et des exportations ou bien plusieurs États membres, il existe une présomption positive réfutable que cette affectation du commerce est sensible, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé par les parties avec les produits concernés par l'accord et calculé comme indiqué aux paragraphes 52 ci-dessus et 54 ci-dessous excède 40 millions d'euros. Dans le cas de ces accords qui, de par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, on peut également souvent présumer que l'affectation du commerce sera sensible dès lors que la part de marché des parties est supérieure au seuil de 5 % mentionné ci-dessus. Toutefois, une telle présomption n'existe pas lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un État membre (voir paragraphe 90 ci-dessous).

54. S'agissant du seuil de 40 millions d'euros (Cf. paragraphe 52 ci-dessus) il est calculé sur la base des ventes totales hors taxes réalisées dans la Communauté, durant l'exercice écoulé, par les entreprises en cause — voir paragraphe 52 ci-dessus — avec les produits concernés par l'accord (les produits contractuels). Les ventes entre sociétés du même groupe sont exclues ([40]).

55. Pour appliquer le seuil de part de marché, il convient de définir le marché en cause ([41]), lequel comprend le marché de produits en cause et le marché géographique en cause. Les parts de marché doivent être calculées sur la base de la valeur des ventes ou, le cas échéant, de la valeur des achats. Si ces valeurs ne sont pas disponibles, on pourra avoir recours à des estimations reposant sur d'autres données commerciales fiables, et notamment les volumes.

56. Dans le cas de réseaux d'accords établis par le même fournisseur avec des distributeurs différents, les ventes prises en compte sont celles qui ont été réalisées par l'ensemble du réseau.

57. Les contrats qui font partie du même accord commercial global constituent un accord unique aux fins de la règle de l'absence d'incidence sensible sur le commerce ([42]) et les entreprises ne sont pas autorisées à faire en sorte de respecter ces seuils en subdivisant un accord qui, du point de vue économique, forme un tout.

3. APPLICATION DES PRINCIPES SUSMENTIONNÉS AUX TYPES USUELS D'ACCORDS ET DE PRATIQUES ABUSIVES

58. La Commission appliquera la présomption négative énoncée dans la section précédente s'applique à tous les accords, y compris ceux qui, par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, ainsi ceux qui impliquent des échanges avec des entreprises établies dans des pays tiers (voir section 3.3 ci-après).

59. Lorsque cette présomption négative n'est pas applicable, la Commission tiendra compte d'éléments qualitatifs liés à la nature de l'accord ou de la pratique et à la nature des produits sur lesquels ils portent (voir paragraphes 29 et 30 ci-dessus). La présomption positive, citée au paragraphe 53 ci-dessus, relative au caractère sensible des accords qui, de par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, montre également l'importance de la nature de l'accord. Afin de donner des orientations complémentaires sur l'application du concept d'affectation du commerce, il convient donc d'examiner différents types d'accords et de pratiques courants.

60. Dans les sections suivantes, une distinction première est établie entre les accords et les pratiques qui couvrent plusieurs États membres et ceux qui sont limités à un seul État membre ou à une partie d'un État membre. Ces deux catégories principales sont subdivisées en sous-catégories en fonction de la nature de l'accord ou de la pratique abusive en cause. Les accords et pratiques impliquant des pays tiers sont également traités.

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

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

3.1.1. *Accords concernant les importations et les exportations*

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

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

3.1.2. *Ententes couvrant plusieurs États membres*

64. Les ententes, comme celles qui impliquent la fixation de prix et le partage de marchés, qui couvrent plusieurs États membres sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Les ententes transfrontalières harmonisent les conditions de concurrence et affectent l'interpénétration des échanges en détournant les courants commerciaux traditionnels de leur orientation naturelle ([45]). Lorsque des entreprises décident d'attribuer des territoires géographiques, les ventes d'autres secteurs à destination des territoires attribués sont susceptibles d'être éliminées ou réduites. Lorsque des entreprises décident de fixer les prix, elles éliminent la concurrence et, de ce fait, les différences de prix que celle-ci créerait et qui inciteraient concurrents et clients à se lancer dans le commerce transfrontalier. Lorsque des entreprises s'entendent sur des quotas de vente, les courants d'échanges traditionnels sont préservés. Les entreprises en cause s'abstiennent d'accroître leur production et, ce faisant, de desservir une clientèle potentielle dans d'autres États membres.

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

3.1.3. *Accords de coopération horizontale couvrant plusieurs États membres*

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

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

68. De même, le commerce est susceptible d'être affecté si une entreprise commune fabrique pour ses sociétés mères un produit semi-fini que celles-ci transforment ou incorporent ultérieurement dans un produit. Ce sera probablement le cas si le produit semi-fini en question était précédemment obtenu auprès de fournisseurs d'autres États membres, si les sociétés mères le produisaient précédemment dans d'autres États membres ou si le produit final fait l'objet d'échanges dans plusieurs États membres.

69. Lors de l'appréciation du caractère sensible, il est important de tenir compte des ventes de produits liés à l'accord réalisées par les sociétés mères et pas seulement des ventes de l'entité commune créée par l'accord, puisque l'entreprise commune n'opère pas sur un marché en qualité d'entité autonome.

3.1.4. *Accords verticaux mis en œuvre dans plusieurs États membres*

70. En principe, les accords verticaux et réseaux d'accords verticaux similaires mis en œuvre dans plusieurs États membres sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, s'ils provoquent la canalisation des échanges d'une manière particulière. Les réseaux d'accords de distribution sélective mis en œuvre dans deux ou plusieurs États membres, par exemple, canalisent les échanges d'une manière particulière, car ils le limitent aux membres du réseau, affectant ainsi les courants d'échanges par rapport à ce que serait la situation en l'absence d'accord ([51]).

71. De même, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les accords verticaux qui ont des effets d'éviction. Cela peut être le cas d'accords par lesquels des distributeurs de plusieurs États membres décident de s'approvisionner exclusivement auprès d'un fournisseur donné ou de vendre uniquement ses produits. Ces accords peuvent limiter le commerce entre les États membres dans lesquels ils sont mis en œuvre ou le commerce provenant d'États membres qu'ils ne couvrent pas. L'éviction peut être la résultante d'un accord isolé ou de réseaux d'accords. Normalement, lorsqu'un accord ou des réseaux d'accords couvrant plusieurs États membres ont des effets d'éviction, ils ont par leur nature même la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre États membres.

72. En principe, les accords entre fournisseurs et distributeurs qui prévoient un prix imposé pour la revente et qui couvrent deux ou plusieurs États membres peuvent, par leur nature même, également affecter le commerce entre États membres ([52]). Ces accords modifient les niveaux de prix qui auraient probablement existé en leur absence et, ce faisant, affectent les courants d'échanges.

3.1.5. *Abus de position dominante couvrant plusieurs États membres*

73. En ce qui concerne l'abus de position dominante, il convient de distinguer entre les abus qui créent des barrières à l'entrée ou éliminent des concurrents (entrave abusive à l'entrée) et les abus par lesquels l'entreprise dominante exploite sa puissance économique, par exemple en pratiquant des prix excessifs ou discriminatoires (exploitation abusive). Ces deux types d'abus peuvent se produire soit par le biais d'accords, qui relèvent également de l'article 81, paragraphe 1, ou par le biais d'un comportement unilatéral, qui relève uniquement de l'article 82 pour ce qui est du droit communautaire de la concurrence.

74. Dans le cas d'une exploitation abusive, comme des rabais discriminatoires, ses effets se font sentir sur les partenaires commerciaux en aval, qui en profitent ou en souffrent, en modifiant leur situation concurrentielle et en affectant les courants d'échanges entre États membres.

75. Lorsqu'une entreprise en position dominante adopte un comportement d'éviction dans plusieurs États membres, ce comportement abusif est normalement susceptible, par sa nature même, d'affecter le commerce entre États membres. Il a une incidence négative sur la concurrence dans une région débordant le cadre d'un seul État membre, car il est susceptible de détourner le commerce du cours qu'il aurait suivi en l'absence du comportement abusif. À titre d'exemple, les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés lorsque l'entreprise en position dominante accorde des rabais de fidélité. Il est probable que les clients qui bénéficient de ce système de rabais d'éviction achètent moins auprès des concurrents de l'entreprise dominante qu'ils ne l'auraient fait en l'absence de ces rabais. Un comportement d'éviction qui vise directement à éliminer un concurrent, telle une tarification prédatoire, est également susceptible d'affecter le commerce entre États membres en raison de son incidence sur la structure concurrentielle du marché à l'intérieur de la Communauté ([53]). Lorsqu'une entreprise en position dominante adopte un comportement visant à éliminer un concurrent qui opère dans plusieurs États membres, le commerce peut être affecté de plusieurs façons. En premier lieu, il y a un risque que le concurrent touché cesse d'être une source d'approvisionnement à l'intérieur de la Communauté. Même si l'entreprise visée n'est pas éliminée, son comportement concurrentiel futur est susceptible d'être affecté, ce qui peut également avoir une incidence sur le commerce entre États membres. En second lieu, le comportement abusif peut avoir une incidence sur d'autres concurrents. En effet, par ce comportement, l'entreprise dominante peut signaler à ses concurrents qu'elle exercera des représailles s'ils tentent de se lancer dans une réelle concurrence. En troisième lieu, le seul fait d'éliminer un concurrent peut rendre le commerce entre États membres susceptible d'être affecté. Cela peut être le cas même si l'entreprise qui risque d'être éliminée procède essentiellement à des exportations vers des pays tiers ([54]). Dès lors que la structure de concurrence effective à l'intérieur de la Communauté risque d'être touchée, il y a applicabilité du droit communautaire.

76. Normalement, lorsqu'une entreprise en position dominante adopte des pratiques d'exploitation ou d'exclusion dans plusieurs États membres, cet abus aura également, par sa nature même, la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Étant donné la position sur le marché de l'entreprise dominante et le fait que le comportement est mis en œuvre dans plusieurs États membres, l'ampleur de ce comportement et son incidence probable sur les courants d'échanges sont normalement tels que le commerce entre États membres est susceptible d'en être sensiblement affecté. Dans le cas d'une exploitation abusive telle que la pratique de prix discriminatoires, ce comportement modifie la position concurrentielle des partenaires commerciaux dans plusieurs États membres. Dans le cas de pratiques d'exclusion, y compris celles qui visent à éliminer un concurrent, l'activité économique des concurrents dans plusieurs États membres est affectée. L'existence même d'une position dominante dans plusieurs États membres suggère que la concurrence sur une partie substantielle du marché commun est déjà affaiblie ([55]). Lorsqu'en adoptant un comportement abusif, par exemple en éliminant un compétiteur, une entreprise dominante provoque une nouvelle détérioration de la concurrence, la mesure dans laquelle ce comportement peut affecter les échanges entre États membres est normalement appréciable.

3.2. **Accords et abus couvrant un seul État membre ou une partie seulement d'un État membre**

77. Lorsque des accords ou des pratiques abusives couvrent le territoire d'un seul État membre, il peut s'avérer nécessaire de procéder à un examen plus détaillé de la capacité des accords ou des pratiques abusives d'affecter le commerce entre États membres. Rappelons que, pour qu'il y ait une affectation du commerce, il n'est pas indispensable que celui-ci soit réduit: il suffit qu'une modification sensible soit susceptible d'être causée dans les courants d'échanges intracommunautaires. Néanmoins, dans de nombreux cas impliquant un seul État membre; la nature de l'infraction alléguée, et notamment sa propension à interdire l'accès au marché national, renseigne bien sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres. Les exemples mentionnés ci-après ne sont pas exhaustifs: ils indiquent simplement dans quels cas des accords limités au territoire d'un seul État membre peuvent être jugés susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

3.2.1. *Ententes couvrant un seul État membre*

78. Les ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Du reste, les juridictions communautaires considèrent souvent que l'entente qui s'étend à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité ([56]).

79. La capacité qu'ont ces accords de cloisonner le marché intérieur est due au fait que, normalement, les entreprises qui participent à des ententes dans un seul État membre doivent se protéger contre les concurrents d'autres États membres ([57]). Si elles ne le font pas et si le produit concerné par l'accord est commercialisable ([58]), l'entente risque d'être affaiblie par la concurrence d'entreprises d'autres États membres. En principe, ces accords peuvent également, par leur nature même, affecter sensiblement le commerce entre États membres, compte tenu de la couverture de marché requise pour assurer l'efficacité de ces ententes.

80. Étant donné que la notion d'affectation du commerce englobe les influences potentielles, il n'est pas déterminant de savoir si cette action contre des concurrents d'autres États membres est effectivement adoptée à un moment donné. En effet, si les prix fixés par l'entente sont analogues aux prix pratiqués dans d'autres États membres, il n'est pas forcément urgent que les participants à l'entente se protègent contre des concurrents d'autres États membres. Ce qui compte, c'est de savoir s'ils sont susceptibles ou non de se protéger en cas d'évolution des conditions du marché. La probabilité qu'ils le soient dépend de l'existence ou non de barrières naturelles aux échanges sur le marché, et notamment de la question de savoir si le produit en cause est commercialisable ou non. À titre d'exemple, dans une affaire concernant certains services de banque de détail ([59]), la Cour a considéré que le commerce n'était pas susceptible d'être affecté de manière sensible, car le potentiel de commercialisation des produits particuliers en cause était très limité et il n'y avait pas de facteur d'une importance décisive dans le choix des entreprises d'autres États membres de s'établir ou non dans le pays concerné ([60]).

81. La mesure dans laquelle les membres d'une entente contrôlent les prix et les concurrents d'autres États membres peut renseigner sur la mesure dans laquelle les produits concernés par l'entente sont commercialisables. Le contrôle permet de penser que la concurrence et les concurrents d'autres États membres constituent, aux yeux des participants à l'entente, une menace potentielle. Par ailleurs, s'il est prouvé que les participants à l'entente ont délibérément fixé le niveau des prix au vu du niveau des prix pratiqués dans d'autres États membres (tarification limite), cela montre que les produits en cause sont commercialisables et que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté.

82. Normalement, le commerce peut également être affecté si les participants à une entente nationale tempèrent la contrainte concurrentielle imposée par les concurrents d'autres États membres en incitant ceux-ci à se rallier à l'accord restrictif, ou si leur exclusion de l'accord donne un handicap concurrentiel aux concurrents ([61]). Dès lors, l'accord empêche ces concurrents d'exploiter leur avantage concurrentiel éventuel ou augmente leurs coûts, ce qui a des répercussions négatives sur leur compétitivité et leurs ventes. Dans les deux cas, l'accord entrave les acti-

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

3.2.2. *Accords de coopération horizontale couvrant un seul État membre*

83. Les accords de coopération horizontale, et notamment les entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice (cf. paragraphe 66 ci-dessus), qui sont limités à un seul État membre et ne concernent pas directement les importations et les exportations, n'appartiennent pas à la catégorie d'accords qui, par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Il peut donc s'avérer nécessaire d'examiner de près la capacité qu'a l'accord isolé d'affecter le commerce entre États membres.

84. Les accords de coopération horizontale sont parfois susceptibles d'affecter le commerce entre États membres lorsqu'ils ont des effets d'éviction. Cela peut être le cas avec les accords établissant des régimes sectoriels de normalisation et certification qui excluent les entreprises d'autres États membres ou bien sont plus faciles à respecter par les entreprises de l'État membre en cause parce qu'ils s'inspirent de règles et traditions nationales. Dans ces conditions, les accords rendent la pénétration sur le marché national plus difficile pour les entreprises d'autres États membres.

85. Le commerce peut aussi être affecté si une entreprise commune a pour effet d'écarter les entreprises d'autres États membres d'un circuit de distribution ou d'une source de demande importants. Par exemple, si deux ou plusieurs distributeurs établis dans le même État membre et représentant une part substantielle des importations des produits en cause, constituent une entreprise commune d'achat pour regrouper leurs achats de ce produit, la réduction du nombre de circuits de distribution qui en résulte limite la possibilité qu'ont les fournisseurs d'autres États membres d'avoir accès au marché national en cause. Le commerce est donc susceptible d'être affecté ([63]), comme il peut l'être également lorsque des entreprises, qui importaient précédemment un produit donné, constituent une entreprise commune ayant pour objet de fabriquer ledit produit. En ce cas, l'accord modifie les courants d'échanges entre États membres par rapport à la situation antérieure à l'accord.

3.2.3. *Accords verticaux couvrant un seul État membre*

86. Les accords verticaux couvrant l'ensemble d'un État membre sont notamment susceptibles d'affecter les courants d'échanges entre États membres lorsqu'ils rendent plus difficile aux entreprises d'autres États membres la pénétration du marché national en cause, soit au moyen d'exportations, soit au moyen de l'établissement (effet d'éviction). Lorsque des accords verticaux produisent ce genre d'effet d'éviction, ils contribuent à un cloisonnement de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité ([64]).

87. Ainsi, il peut y avoir éviction lorsque des fournisseurs imposent aux acheteurs des obligations d'achat exclusif ([65]). Dans l'affaire Delimitis ([66]), qui concernait des contrats entre un brasseur et les propriétaires de lieux de consommation de bière, aux termes desquels ces derniers s'engageaient à acheter leur bière exclusivement auprès de ce brasseur, la Cour de justice a défini l'éviction comme l'absence, en raison des accords, de possibilités réelles et concrètes d'avoir accès au marché. Normalement, les accords ne créent des barrières significatives à l'entrée que lorsqu'ils couvrent une proportion significative du marché. La part de marché et la couverture du marché peuvent servir d'indicateur à cet égard. Lors de l'appréciation, il convient de tenir compte non seulement de l'accord ou du réseau d'accords en cause, mais aussi d'autres réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires ([67]).

88. Les accords verticaux qui couvrent l'ensemble d'un État membre et concernent des produits commercialisables peuvent également affecter le commerce entre États membres, même s'ils ne créent pas d'obstacles directs au commerce. Les accords aux termes desquels des entreprises s'engagent sur un prix imposé à la revente affectent parfois directement le commerce entre États membres en augmentant les importations en provenance d'autres États membres et en réduisant les exportations provenant de l'État membre en cause ([68]). Les accords impliquant un prix imposé peuvent aussi affecter les courants d'échanges d'une manière assez semblable à celle des ententes horizontales. Dans la mesure où le prix imposé est plus élevé que le prix pratiqué dans d'autres États membres, ce niveau de prix n'est défendable que si les importations en provenance d'autres États membres peuvent être contrôlées.

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

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

90. Si un accord interdit l'accès à un marché régional, le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'État membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible. Cette appréciation ne saurait reposer sur la seule couverture géographique: il faut aussi accorder un certain poids à la part de marché des parties à l'accord. Même si les parties détiennent une forte part d'un marché régional parfaitement défini, la taille de ce marché en termes de volume peuvent encore être insignifiants par rapport aux ventes totales des produits en cause dans l'État membre en cause. C'est pourquoi il est généralement considéré que le meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter (sensiblement) le commerce entre États membres est la part du marché national en volume à laquelle l'accès est interdit. Par conséquent, les accords couvrant des régions présentant une forte concentration de la demande auront plus de poids que les accords couvrant des régions où la demande est moins concentrée. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, la part du marché national à laquelle l'accès est interdit doit être importante.

91. Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, même si le marché local se trouve dans une région frontalière. En revanche, si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante, le commerce est susceptible d'être affecté, même si le marché en cause ne se trouve pas dans une région frontalière.

92. Pour les cas de cette catégorie, on pourra trouver certaines orientations dans la jurisprudence relative à la notion, dans l'article 82, de partie substantielle du marché commun ([70]). Les accords qui, par exemple, ont pour effet d'empêcher les concurrents d'autres États membres d'avoir accès à une partie d'un État membre constituant une partie substantielle du marché commun devraient être considérés comme affectant sensiblement le commerce entre États membres.

3.2.5. *Abus de position dominante couvrant un seul État membre*

93. Lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés ([71]). Ainsi, dans l'arrêt Michelin ([72]), la Cour de justice a considéré qu'un système de rabais de fidélité écartait les concurrents d'autres États membres et, par conséquent, affectait le commerce au sens de l'article 82. De même, dans l'arrêt Rennet ([73]), la Cour a conclu qu'un abus sous forme d'obligation d'achat exclusif imposée aux clients écartait les produits en provenance d'autres États membres.

94. Les entraves abusives à l'entrée qui affectent la structure concurrentielle du marché à l'intérieur d'un État membre, par exemple en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent, peuvent également affecter le commerce entre États membres. En principe, si l'entreprise qui risque d'être éliminée n'opère que dans un seul État membre, le comportement abusif n'affectera pas le commerce entre États membres. En revanche, il risque de l'affecter si l'entreprise visée exporte vers ou importe depuis d'autres États membres ([74]), et aussi si elle opère dans d'autres États membres ([75]). L'incidence dissuasive du comportement abusif sur d'autres concurrents peut affecter le commerce. Si, par des agissements répétitifs, l'entreprise dominante a acquis la réputation d'adopter des pratiques d'éviction envers les concurrents qui tentent de se lancer dans une concurrence directe, les concurrents d'autres États membres sont susceptibles de se montrer moins agressifs sur le marché, ce qui risque d'affecter le commerce, même si, en l'espèce, la victime n'est pas d'un autre État membre.

95. Dans les cas d'exploitation abusive, comme la discrimination par les prix et la tarification excessive, la situation risque d'être plus complexe. En principe, la discrimination par les prix entre des clients nationaux n'affectera pas le commerce entre États membres. En revanche, elle peut le faire si les acheteurs poursuivent des activités d'exportation et sont désavantagés par la tarification discriminatoire, ou si cette pratique sert à faire barrage aux importations ([76]). Les pratiques consistant à proposer des prix inférieurs aux clients qui sont les plus susceptibles d'importer des produits depuis d'autres États membres peut compliquer la tâche de concurrents établis dans d'autres États membres et désireux d'entrer sur le marché. En ce cas, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté.

96. Tant qu'une entreprise a une position dominante qui couvre l'ensemble d'un État membre, il est en principe indifférent que l'abus spécifique commis par l'entreprise dominante ne porte que sur une partie de son territoire ou n'affecte que certains acheteurs du territoire national. Une entreprise dominante peut entraver le commerce de manière significative en adoptant un comportement abusif dans les régions ou vis-à-vis des clients qui sont les plus susceptibles d'être visés par des concurrents d'autres États membres. Ainsi, un circuit de distribution donné constitue parfois un moyen particulièrement important d'obtenir l'accès à de vastes catégories de consommateurs. Le fait d'entraver l'accès à ces circuits peut avoir une incidence substantielle sur le commerce entre États membres. Lors de l'appréciation du caractère sensible, il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce. La conjonction de la position de marché de l'entreprise dominante et de la nature anticoncurrentielle de son comportement implique que, normalement, ces abus affectent sensiblement le commerce par leur nature

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

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

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

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

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

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

3.3.1. *Remarques générales*

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

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

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

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

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

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

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

3.3.3. *Autres dispositions*

106. Dans le cas des accords et des pratiques qui n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, il faut en principe examiner de plus près la question de savoir si l'activité économique transfrontalière à l'intérieur du marché commun, et donc les courants d'échanges entre États membres, sont susceptibles d'être affectés ou non.

107. À cet égard, il convient d'examiner les effets de l'accord ou de la pratique sur les clients et d'autres opérateurs à l'intérieur de la Communauté qui ont besoin des produits des entreprises qui sont parties à l'accord ou à la pratique abusive ([85]). Dans l'affaire Compagnie maritime belge ([86]), qui concernait des accords avec des chargeurs opérant sur des lignes entre l'Europe et l'Afrique de l'Ouest, il a été considéré que les accords étaient susceptibles d'affecter indirectement le commerce entre États membres, car ils modifiaient les zones d'attraction des ports de la Communauté couverts par les accords et affectaient les activités d'autres entreprises de ces régions. Plus précisément, les accords affectaient les activités d'entreprises qui avaient besoin des parties pour des services de transport soit comme moyen pour transporter des marchandises achetées dans des pays tiers ou vendues dans des pays tiers, soit comme facteur de production important dans les services que les ports eux-mêmes proposaient.

108. De même, le commerce peut être affecté si l'accord empêche les réimportations dans la Communauté. Cela peut être le cas d'accords verticaux entre des fournisseurs communautaires et des distributeurs de pays tiers imposant des restrictions à la revente à l'extérieur d'un territoire attribué, y compris la Communauté. Si la revente à la Communauté était possible et probable en l'absence de l'accord, ces importations pourraient affecter les courants d'échanges à l'intérieur de la Communauté ([87]).

109. Toutefois, pour que ces effets soient probables, il faut qu'il y ait un différentiel de prix sensible entre les prix des produits pratiqués à l'intérieur de la Communauté et ceux qui sont pratiqués à l'extérieur de la Communauté et ce différentiel ne doit pas être érodé par le niveau des droits de douane et les frais de transport. En outre, les volumes de produit exportés par rapport au marché total de ces produits dans le territoire du marché commun ne doivent pas être insignifiants ([88]). Si ces volumes sont insignifiants par rapport à ceux qui sont vendus à l'intérieur de la Communauté, l'incidence d'une réimportation sur le commerce entre États membres n'est pas jugée sensible. En procédant à cette appréciation, il convient de tenir compte, selon les circonstances de l'espèce, non seulement de l'accord individuel conclu entre les parties, mais aussi de l'effet cumulatif éventuel d'accords similaires conclus par les mêmes fournisseurs concurrents. Ainsi, il se peut que les volumes de produit concernés par un seul accord soient très faibles, mais que les volumes concernés par plusieurs accords de ce type soient importants. En ce cas, les accords pris comme un tout sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Toutefois, il convient de rappeler (voir paragraphe 49 ci-dessus) que l'accord individuel ou le réseau d'accords apporte une contribution significative à l'affectation globale du commerce.

([1]) JO C 368 du 22.12.2001, p. 13.

([2]) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

([14]) Voir section 3.2 ci-après.

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

([16]) Dans certains arrêts portant principalement sur des accords verticaux, la Cour de justice a ajouté une formulation indiquant que l'accord était susceptible de nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États membres; voir par exemple affaire T-62/98, Volkswagen, Recueil 1998, p. II-2707, point 179; point 47 de l'arrêt Bagnasco cité à la note en bas de page 11; affaire 56/65, Société Technique Minière, Recueil 1966, p. 337. Par conséquent, l'incidence d'un accord sur l'objectif de marché unique est un élément qui pourrait être pris en compte.

([17]) Voir par exemple affaire T-228/97, Irish Sugar, Recueil 1999, p. II-2969, point 170; affaire 19/77, Miller, Recueil 1978, p. 131, point 15.

([18]) Voir affaire C-250/92, Gøttrup-Klim, Recueil 1994, p. II-5641, point 54.

([19]) Voir par exemple affaire C-306/96, Javico, Recueil 1998, p. I-1983, point 17, et point 18 de l'arrêt Béguelin cité à la note en bas de page 4.

([20]) Sur ce point, comparer les arrêts Bagnasco et Wouters cités à la note en bas de page 11.

([21]) Voir par exemple affaire T-141/89, Tréfileurope, Recueil 1995, p. II-791; affaire T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), Recueil 1995, p. II-289, en ce qui concerne les exportations; décision de la Commission dans l'affaire Volkswagen (II) (JO L 262 du 2.10.2001, p. 14).

([22]) Voir affaire 71/74, Frubo, Recueil 1975, p. 563, point 38; affaires jointes 209/78 et autres, Van Landewyck, Recueil 1980, p. 3125, point 172; affaire T-61/89, Dansk Pelsdyravler Forening, Recueil 1992, p. II-1931, point 143; affaire T-65/89, BPB Industries et British Gypsum, Recueil 1993, p. II-389, point 135.

([23]) Voir affaire T-86/95, Compagnie Générale Maritime et autres, Recueil 2002, p. II-1011, point 148 et point 202 de l'arrêt Compagnie Maritime Belge cité à la note en bas de page 12.

([24]) Voir affaire 123/83, BNIC/Clair, Recueil 1985, p. 391, point 29.

([25]) Voir décision de la Commission dans l'affaire Zanussi, point 11 (JO L 322 du 16.11.1978, p. 36).

([26]) Sur ce point, voir affaire 31/85, ETA Fabrique d'ébauches, Recueil 1985, p. 3933, points 12 et 13.

([27]) Voir affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 P, RTE (Magill), Recueil 1995, p. I-743, point 70; affaire 107/82, AEG, Recueil 1983, p. 3151, point 60.

([28]) Voir point 60 de l'arrêt AEG cité dans la note en bas de page qui précède.

([29]) Voir affaire 5/69, Völk, Recueil 1969, p. 295, point 7.

([30]) Voir par exemple point 17 de l'arrêt Javico cité à la note en bas de page 19, et point 138 de l'arrêt dans BPB Industries et British Gypsum cité à la note en bas de page 21.

([31]) Voir point 138 de l'arrêt BPB Industries et British Gypsum cité à la note en bas de page 22.

([32]) Voir par exemple points 9 et 10 de l'arrêt Miller cité à la note en bas de page 17, et point 58 de l'arrêt AEG cité à la note en bas de page 27.

([33]) Voir affaires jointes 100/80 et autres, Musique Diffusion Française, Recueil 1983, p. 1825, point 86. Dans cette affaire, les produits en cause représentaient à peine un peu plus de 3 % des ventes sur les marchés nationaux en cause. La Cour a considéré que les accords qui entravaient les importations parallèles étaient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres en raison du chiffre d'affaires élevé des parties et de la position de marché relative des produits par rapport à celle de produits fabriqués par des fournisseurs concurrents.

([34]) Voir points 179 et 231 de l'arrêt Volkswagen cité à la note en bas de page 16, et arrêt du 19.3.2003 dans l'affaire T-213/00, CMA CGM et autres, points 219 et 220.

([35]) Voir par exemple arrêt du 8.6.1995 dans l'affaire T-7/93, Langnese-Iglo, Recueil 1995, p. II-1533, point 120.

([36]) Voir points 140 et 141 de l'arrêt dans l'affaire Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, cité à la note en bas de page 5.

([37]) Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), paragraphe 3 (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13).

([38]) JO L 107 du 30.4.1996, p. 4. À compter du 1.1.2005, cette recommandation sera remplacée par la recommandation 2003/361/CE de la Commission concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 36).

([39]) Le terme «entreprises en cause» englobe les entreprises liées telles que définies au paragraphe 12.2 de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13).

([40]) Voir note précédente.

([41]) Lors de la définition du marché en cause, il est conseillé de se reporter à la communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).

([42]) Voir également paragraphe 14 ci-dessus.

([43]) Voir point 8 de l'arrêt Kerpen & Kerpen cité à la note en bas de page 15. Il faut noter que la Cour ne se réfère pas à la part de marché, mais à la part des exportations françaises et aux volumes de produit concernés.

([44]) Voir par exemple l'arrêt Volkswagen cité à la note en bas de page 16 et l'affaire T-175/95, BASF Coatings, Recueil 1999, p. II-1581. Pour qu'un accord horizontal entrave le commerce parallèle, voir affaires jointes 96/82 et autres, IAZ International, Recueil 1983, p. 3369, point 27.

([45]) Voir par exemple affaire T-142/89, Usines Gustave Boël, Recueil 1995, p. II-867, point 102.

([46]) Les accords de coopération horizontale font l'objet des lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001, p. 2). Ces lignes directrices traitent de l'appréciation de différents types d'accords au regard des règles de concurrence, mais n'abordent pas la question de l'affectation du commerce.

([47]) Voir règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1).

([48]) La communication de la Commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO C 66 du 2.3.1998, p. 1), donne des indications sur la portée de cette notion.

([49]) Voir par exemple décision de la Commission dans l'affaire Ford/Volkswagen (JO L 20 du 28.1.1993, p. 14).

([50]) Voir point 146 de l'arrêt Compagnie Générale Maritime cité à la note en bas de page 23 ci-dessus.

([51]) Voir affaires jointes 43/82 et 63/82, VBVB et VBBB, Recueil 1984, p. 19, point 9.

([52]) Voir affaire T-66/89, Publishers Association, Recueil 1992, p. II-1995.

([53]) Voir arrêt Commercial Solvents cité à la note 4, arrêt Hoffmann-La Roche cité à la note en bas de page 8, point 125, Recueil 1979, p. 461, et arrêt RTE et ITP cité à la note 27, Recueil, p. 215, point 16, affaire 6/72, Continental Can, Recueil 1973, p. 215; point 16 et arrêt du 14.2.1978 dans l'affaire 27/76, United Brands, points 197 à 203.

([54]) Voir points 32 et 33 de l'arrêt Commercial Solvents cité à la note en bas de page 3.

([55]) Selon une jurisprudence constante, la position dominante se définit comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs; voir par exemple point 38 de l'arrêt Hoffmann-La Roche cité à la note en bas de page 8.

([56]) Pour un exemple récent, voir point 95 de l'arrêt Wouters cité à la note en bas de page 11.

([57]) Voir par exemple affaire 246/86, Belasco, Recueil 1989, p. 2117, point 32 à 38.

([58]) Voir point 34 de l'arrêt Belasco cité à la note qui précède et, plus récemment, affaires jointes T-202/98 et autres, British Sugar, Recueil 2001, p. II-2035, point 79. En revanche, il n'en va pas de même lorsque le marché n'est pas sensible aux importations, voir point 51 de l'arrêt Bagnasco cité à la note en bas de page 11.

([59]) Garanties concernant l'ouverture d'un crédit en compte courant.

([60]) Voir le paragraphe 51 de l'arrêt Bagnasco cité à la note en bas de page 11.

([61]) Voir affaire 45/85, Verband der Sachversicherer, Recueil 1987, p. 405, point 50 et affaire C-7/95 P, John Deere, Recueil 1998, p. I-3111. Voir aussi point 172 de l'arrêt Van Landewyck cité à la note 21, où la Cour souligne que l'accord en cause a sensiblement réduit l'incitation à favoriser la vente des produits importés.

([62]) Voir par exemple arrêt Stichting Sigarettenindustrie cité à la note en bas de page 15, points 49 et 50.

([63]) Voir affaire T-22/97, Kesko, Recueil 1999, p. II-3775, point 109.

([64]) Voir par exemple affaire T-65/98, Van den Bergh Foods, Recueil 2003-II . . ., et arrêt Langnese-Iglo, cité à la note 34, point 120.

([65]) Voir arrêt du 7.12.2000 dans l'affaire C-214/99, Neste, Recueil 2000, p. I-11121.

([66]) Voir arrêt du 28.2.1991 dans l'affaire C-234/89, Delimitis, Recueil 1991, p. I-935.

([67]) Voir le paragraphe 120 de l'arrêt Langnese-Iglo cité à la note en bas de page 35.

([68]) Voir par exemple décision de la Commission dans l'affaire Volkswagen (II) citée à la note en bas de page 21, points 81 et seq.

([69]) Voir points 177 à 181 de l'arrêt SCK et FNK cité à la note en bas de page 13.

([70]) Sur cette notion, voir l'arrêt Ambulanz Glöckner cité à la note en bas de page 11, point 38; affaire C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Recueil 1991, p. I-5889; arrêt du 17.7.1997 dans l'affaire C-242/95, GT-Link, Recueil 1997, p. I-4449.

([71]) Voir par exemple le paragraphe 135 de l'arrêt dans BPB Industries et British Gypsum cité à la note en bas de page 22.

([72]) Voir affaire 322/81, Nederlandse Banden Industrie Michelin, Recueil 1983, p. 3461.

([73]) Voir affaire 61/80, Coöperative Stremsel- en Kleurselfabriek, Recueil 1981, p. 851, point 15.

([74]) Voir l'arrêt Irish Sugar cité à la note de bas de page 17, point 169.

([75]) Voir point 70 de l'arrêt RTE (Magill) cité à la note en bas de page 27.

([76]) Voir arrêt Irish Sugar cité à la note en bas de page 17.

([77]) Voir par exemple la jurisprudence citée à la note en bas de page 70.

([78]) Voir arrêt du 20.6.1978 dans l'affaire 28/77, Tepea, point 48, Recueil 1978, p. 1391, et point 16 de l'arrêt Continental Can cité à la note en bas de page 53.

([79]) Voir affaires jointes C-89/85 et autres, Ahlström Osakeyhtiö (Woodpulp), Recueil 1988, p. 651, point 16.

([80]) Voir à cet effet l'affaire T-102/96, Gencor, Recueil 1999, p. II-753, qui applique le critère des effets dans le domaine des concentrations.

([81]) Voir à cet effet le point 19 de l'arrêt Javico cité à la note en bas de page 19.

([82]) Voir affaire 51/75, EMI/CBS, Recueil 1976, p. 811, points 28 et 29.

([83]) Voir décision de la Commission dans l'affaire Siemens/Fanuc (JO L 376 du 18.12.1985, p. 29).

([84]) Voir affaires jointes 29/83 et 30/83, CRAM et Rheinzinc, Recueil 1984, p. 1679, et affaires jointes 40/73 et autres, Suiker Unie, Recueil 1975, p. 1663, points 564 et 580.

([85]) Voir point 22 de l'arrêt Javico cité à la note en bas de page 19.

([86]) Voir le paragraphe 203 de l'arrêt Compagnie maritime belge cité à la note en bas de page 12.

([87]) Voir l'arrêt Javico cité à la note en bas de page 19.

([88]) Voir points 24 à 26 de l'arrêt Javico cité à la note en bas de page 19.

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité

(2004/C 101/08)

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

1. INTRODUCTION

1. L'article 81, paragraphe 3, du traité prévoit une dérogation aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité. Les accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées ([1]) qui sont visés par l'article 81, paragraphe 1, mais remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont valides et applicables sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.

2. L'article 81, paragraphe 3, s'applique à des accords individuels ou, au moyen de règlements d'exemption par catégorie, à des catégories d'accords et de pratiques concertées. Le règlement nº 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ([2]) n'affecte pas la validité et la nature juridique des règlements d'exemption par catégorie. Tous les règlements d'exemption actuels restent en vigueur et les accords couverts par des règlements d'exemption par catégorie sont juridiquement valides et applicables, même s'ils restreignent la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe ([3]). Ces accords ne peuvent être interdits que pour l'avenir et seulement après abrogation officielle de l'exemption par catégorie par la Commission ou une autorité nationale de la concurrence ([4]). Les accords exemptés par catégorie ne peuvent être invalidés par les juridictions nationales dans le cadre d'une procédure contentieuse privée.

3. Les lignes directrices actuelles relatives aux restrictions verticales, aux accords de coopération horizontaux et aux accords de transfert de technologie ([5]) concernent l'application de l'article 81 à différents types d'accords et de pratiques concertées. Ces lignes directrices ont pour objet de présenter l'avis de la Commission sur les critères d'appréciation sur le fond appliqués aux différents types d'accords et pratiques.

4. Les présentes lignes directrices exposent l'interprétation que la Commission donne aux conditions de l'exception contenue à l'article 81, paragraphe 3. Elles fournissent ainsi des orientations sur la manière dont elle appliquera cette disposition dans des cas individuels. Bien que ces lignes directrices ne soient pas contraignantes pour les juridictions et les autorités des États membres, elles ont aussi pour objet de leur fournir des orientations pour l'application de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité.

5. Ces lignes directrices définissent un cadre analytique pour l'application de l'article 81, paragraphe 3. L'objectif est de permettre l'élaboration d'une méthodologie pour l'application de cette disposition. Cette méthodologie est fondée sur l'approche économique qui a été introduite et développée dans les lignes directrices sur les restrictions verticales, sur les accords de coopération horizontale et sur les accords de transfert de technologie. La Commission appliquera également les présentes lignes directrices, qui donnent une orientation plus détaillée sur l'application des quatre conditions de l'article 81, paragraphe 3, que celle contenue dans les lignes directrices sur les restrictions verticales, sur les accords de coopération horizontale et sur les accords de transfert de technologie, aux accords couverts par ces dernières lignes directrices.

6. Les principes énoncés dans les présentes lignes directrices doivent être appliqués à la lumière des circonstances de l'espèce, ce qui exclut toute application mécanique. Il convient d'apprécier chaque affaire au regard des faits qui la caractérisent et d'appliquer les lignes directrices avec bon sens et souplesse.

7. Sur un certain nombre de questions, les présentes lignes directrices reflètent l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice. Toutefois, la Commission entend également expliquer sa politique sur des questions qui n'ont pas encore été abordées dans la jurisprudence ou qui sont sujettes à interprétation. La position de la Commission est, toutefois, sans préjudice de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes concernant l'interprétation de l'article 81, paragraphes 1 et 3, et sans préjudice de l'interprétation que ces juridictions pourraient donner de ces dispositions à l'avenir.

2. CADRE GÉNÉRAL DE L'ARTICLE 81 CE

2.1. Les dispositions du traité

8. L'article 81, paragraphe 1, interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ([6]) et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ([7]).

9. En dérogation à cette règle, l'article 81, paragraphe 3, prévoit que l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, peut être déclarée inapplicable à tous accords qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, ni donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

10. En vertu de l'article 1er, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 1/2003, les accords visés à l'article 81, paragraphe 1, qui ne remplissent pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet ([8]). En vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de ce même règlement, les accords visés à l'article 81, paragraphe 1, qui remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas interdits sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet. Ces accords sont valides et applicables à partir du moment où les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont remplies et aussi longtemps qu'elles le sont.

11. L'appréciation au regard de l'article 81 s'effectue donc en deux étapes. La première consiste à déterminer si un accord entre entreprises, qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, a un objet anticoncurrentiel ou des effets anticoncurrentiels réels ou potentiels ([9]). La seconde étape, qui n'a lieu d'être que s'il est avéré qu'un accord restreint le jeu de la concurrence, consiste à déterminer les effets proconcurrentiels produits par cet accord et à voir si ces effets proconcurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. La mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81, paragraphe 3 ([10]).

12. Pour évaluer les effets bénéfiques éventuels visés à l'article 81, paragraphe 3, il est indispensable de procéder à la détermination préalable de la nature restrictive et de l'incidence de l'accord. Pour mettre l'article 81, paragraphe 3, en perspective, il convient de décrire succinctement l'objectif et la teneur essentielle de la règle d'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, les accords de coopération horizontale et les accords de transfert de technologie ([11]) contiennent de nombreuses orientations sur l'application de l'article 81, paragraphe 1, à différents types d'accords. Les présentes lignes directrices se limitent donc à rappeler le cadre analytique de base pour l'application de l'article 81, paragraphe 1.

2.2. **Règle d'interdiction de l'article 81, paragraphe 1**

2.2.1. *Remarques générales*

13. L'article 81, paragraphe 1, a pour objectif de préserver la concurrence sur le marché afin d'accroître le bien-être du consommateur et d'assurer une répartition efficace des ressources. La concurrence et l'intégration du marché servent ces finalités, puisque la création et le maintien d'un marché unique ouvert favorisent la répartition efficace des ressources dans toute la Communauté au profit des consommateurs.

14. L'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, s'applique aux accords et pratiques concertées entre entreprises et aux décisions d'associations d'entreprises qui restreignent la concurrence, pour autant qu'ils soient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Un principe général qui sous-tend l'article 81, paragraphe 1, et qui est exprimé dans la jurisprudence des juridictions communautaires, veut que chaque opérateur économique détermine de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché ([12]). Compte tenu de ce principe, les juridictions communautaires ont défini les «accords», «décisions» et «pratiques concertées» comme des notions du droit communautaire qui permettent d'établir une distinction entre le comportement unilatéral d'une entreprise et la coordination de comportements ou collusion entre des entreprises ([13]). Le comportement unilatéral relève uniquement de l'article 82 du traité pour ce qui est du droit de la concurrence communautaire. Par ailleurs, la règle de convergence définie à l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1/2003 ne s'applique pas au comportement unilatéral. Cette disposition vise exclusivement les accords, décisions et pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. L'article 3, paragraphe 2, prévoit que lorsque ces accords, décisions et pratiques concertées ne sont pas interdits par l'article 81, ils ne peuvent être interdits par le droit de la concurrence des États membres. L'article 3 est sans préjudice du principe fondamental de la primauté du droit communautaire, qui veut notamment que les accords et pratiques abusives interdits par les articles 81 et 82 ne puissent être regardés comme valables par le droit national ([14]).

15. Le type de coordination de comportements ou de collusion entre entreprises visé par l'article 81, paragraphe 1, consiste dans la situation où au moins une entreprise s'engage envers une autre entreprise à adopter un certain comportement sur le marché ou que, par suite de contacts entre elles, l'incertitude entourant leur comportement sur le marché soit éliminée ou du moins substantiellement réduite ([15]). Il s'ensuit que la coordination peut revêtir la forme d'obligations régissant le comportement sur le marché d'au moins une des parties ainsi que d'accords influant sur le comportement sur le marché d'au moins une des parties en modifiant ses incitations. Il n'est pas indispensable que la coordination soit de l'intérêt de toutes les entreprises en cause ([16]). De même, elle ne doit pas forcément être explicite. Elle peut également être tacite. Pour qu'un accord puisse être réputé conclu au moyen d'un acquiescement tacite, il est nécessaire qu'une entreprise invite une autre entreprise, que ce soit de façon expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un but ([17]). Dans certaines circonstances, un accord peut se déduire de relations commerciales durables entre les parties et être imputable à ces relations ([18]). Toutefois, le seul fait qu'une mesure adoptée par une entreprise s'inscrive dans le cadre de relations commerciales continues ne saurait être suffisant ([19]).

16. Les accords entre entreprises tombent sous le coup de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, dès lors qu'ils sont susceptibles d'avoir une incidence défavorable sensible sur les paramètres de concurrence, tels que le prix, la production, la qualité des produits, la diversité des produits et l'innovation. Ils peuvent produire cet effet en réduisant considérablement la rivalité entre les parties à l'accord ou entre ces parties et des tiers.

2.2.2. *Principes fondamentaux d'appréciation des accords en vertu de l'article 81, paragraphe 1*

17. Pour apprécier si un accord doit être considéré comme altérant le jeu de la concurrence, il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux ([20]). Lors de cette appréciation, il est nécessaire de tenir compte de l'incidence éventuelle de l'accord sur la concurrence intermarques (c'est-à-dire la concurrence entre fournisseurs de marques concurrentes) et sur la concurrence intramarque (c'est-à-dire la concurrence entre distributeurs d'une même marque). L'article 81, paragraphe 1, interdit les restrictions tant de la concurrence intermarques que de la concurrence intramarque ([21]).

18. Pour déterminer si un accord, ou l'une de ses parties, est susceptible de restreindre la concurrence intermarques et/ou la concurrence intramarque, il est nécessaire d'examiner comment, et dans quelle mesure, cet accord affecte, ou est susceptible d'affecter, la concurrence sur le marché. Les deux questions suivantes fournissent un cadre utile à cet effet. La première question a trait à l'incidence de l'accord sur la concurrence intermarques, alors que la seconde question a trait à l'incidence de l'accord sur la concurrence intramarque. Comme certaines restrictions peuvent affecter ces deux types de concurrence à la fois, il peut s'avérer nécessaire d'analyser une restriction à la lumière de ces deux questions, avant de pouvoir conclure s'il y a ou non restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1:

1. L'accord restreint-il la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord? Dans l'affirmative, l'accord peut entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Lors de cette appréciation, il convient de tenir compte de la concurrence qui s'exerce entre les parties ainsi que de la concurrence émanant de tiers. Par exemple, lorsque deux entreprises établies dans des États membres différents s'engagent à ne pas vendre de produits sur leurs marchés nationaux respectifs, la concurrence (potentielle) qui existait avant l'accord est restreinte. De même, lorsqu'un fournisseur impose à ses distributeurs l'obligation de ne pas vendre de produits concurrents et que cette obligation empêche des tiers d'accéder au marché, la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord est restreinte. Pour déterminer si les parties à un accord sont des concurrents réels ou potentiels, il convient de tenir compte du contexte économique et juridique. Si, par exemple, en raison des risques financiers encourus et des capacités techniques des parties, il est peu probable, sur la base de facteurs objectifs, que l'une ou l'autre d'entre elles soit en mesure de mener à bien individuellement les activités couvertes par l'accord, on estime qu'elles ne sont pas en concurrence pour les activités en question ([22]). C'est aux parties qu'il incombe d'apporter les preuves y afférentes.

2. L'accord restreint-il la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de la ou des restrictions contractuelles? Dans l'affirmative, l'accord peut entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Par exemple, lorsqu'un fournisseur restreint la liberté de ses distributeurs de se faire mutuellement concurrence, la concurrence (potentielle) qui aurait existé entre les distributeurs en l'absence de ces restrictions, est restreinte. Les restrictions de ce type comprennent les prix de vente imposés ainsi que les restrictions des ventes entre distributeurs, qu'il s'agisse de restrictions territoriales ou de restrictions de clientèle. Toutefois, certaines restrictions peuvent, dans certains cas, ne pas entrer dans le champ de l'application de l'article 81, paragraphe 1, dès lors qu'elles sont objectivement nécessaires à l'existence d'un accord de ce type ou de cette nature ([23]). La décision d'exclure ces restrictions du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ne peut être faite que sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties elles-mêmes et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties. La question à trancher n'est pas de savoir si les parties, compte tenu de leur situation spécifique, n'auraient pas accepté de conclure un accord moins restrictif, mais si, compte tenu de la nature de l'accord et des caractéristiques du marché, un accord moins restrictif n'aurait pas été conclu par des entreprises se trouvant dans une situation similaire. Par exemple, les restrictions territoriales figurant dans un accord conclu entre un fournisseur et un distributeur peuvent ne pas relever de l'article 81, paragraphe 1, pendant une certaine période, si elles sont objectivement nécessaires pour que le distributeur puisse pénétrer sur un nouveau marché ([24]). De même, l'interdiction, imposée à tous les distributeurs, de ne pas vendre à certaines catégories d'utilisateurs finals peut ne pas restreindre la concurrence, si cette restriction est objectivement nécessaire pour des raisons de sécurité ou de santé liées à la nature dangereuse du produit en question. L'affirmation selon laquelle, en l'absence de la restriction, le fournisseur aurait eu recours à une intégration verticale, ne suffit pas. Les décisions d'avoir ou non recours à l'intégration verticale dépendent d'un vaste éventail de facteurs économiques complexes, dont certains sont internes à l'entreprise concernée.

19. Lors de l'application du cadre analytique décrit au paragraphe précédent, il convient de tenir compte du fait que cette disposition opère une distinction entre les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence et ceux ayant pour effet de restreindre la concurrence. Un accord ou une restriction contractuelle ne sont interdits par l'article 81, paragraphe 1, que s'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence intermarques et/ou la concurrence intramarque.

20. Cette distinction entre les accords ayant pour objet et ceux ayant pour effet de restreindre la concurrence, est importante. Dès lors qu'il a été établi qu'un accord a pour objet de restreindre la concurrence, il n'est pas nécessaire de tenir compte de ses effets concrets ([25]). En d'autres termes, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, il n'est pas nécessaire de prouver qu'un accord a eu des effets anticoncurrentiels, dès lors qu'il a pour objet de restreindre la concurrence. L'article 81, paragraphe 3, en revanche, n'opère aucune distinction entre les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence et les accords ayant pour effet de restreindre la concurrence. L'article 81, paragraphe 3, s'applique à tous les accords remplissant les quatre conditions énoncées à cet article ([26]).

21. Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché. Cette présomption repose sur la gravité de la restriction et sur l'expérience qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence. Les restrictions de concurrence par objet, comme la fixation des prix et le partage du marché, entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant ainsi à une mauvaise répartition des ressources parce que les biens et services demandés par les clients ne sont pas produits. Elles provoquent aussi une réduction du bien-être des consommateurs, en raison des prix plus élevés que ceux-ci doivent payer pour se procurer ces biens et services.

22. La question de savoir si un accord a pour objet de restreindre la concurrence ou non est fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment de la teneur de l'accord et de ses buts objectifs. Il peut également s'avérer nécessaire d'examiner le contexte dans lequel il est (doit être) appliqué ainsi que la conduite et le comportement effectifs des parties sur le marché ([27]). En d'autres termes, avant de pouvoir déterminer si une restriction donnée a pour objet de restreindre la concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits sur lesquels repose l'accord ainsi que les circonstances spécifiques dans lesquelles il fonctionnera. Il arrive que les modalités concrètes de mise en œuvre d'un accord révèlent une restriction par objet, alors que celle-ci n'est pas expressément stipulée dans l'accord. La preuve de l'intention subjective des parties de restreindre la concurrence est un facteur important, mais pas une condition nécessaire.

23. Les règlements d'exemption par catégorie, lignes directrices et communications communautaires donnent une idée de ce qui constitue des restrictions par objet. En règle générale, la Commission considère comme des restrictions par objet celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications. Dans le cas des accords horizontaux ayant pour objet de restreindre la concurrence, les restrictions comprennent la fixation des prix, la limitation de la production et le partage des marchés et de la clientèle ([28]). Dans le cas des accords verticaux, la catégorie des restrictions par objet comprend notamment l'imposition de prix de revente fixes et de prix de revente minimaux et des restrictions assurant une protection territoriale absolue, dont celles qui portent sur les ventes passives ([29]).

24. Si un accord n'a pas pour objet de restreindre le jeu de la concurrence, il convient de voir s'il a des effets restreignant la concurrence, en tenant compte des effets actuels et potentiels ([30]). En d'autres termes, l'accord doit être susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels. Dans le cas des restrictions par effet, il n'y a pas présomption d'effets anticoncurrentiels. Pour qu'un accord soit restrictif par ses effets, il doit affecter la concurrence réelle ou potentielle à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité qu'il aura sur le marché en cause des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité ou qualité des produits et services ([31]). Ces effets négatifs doivent être sensibles. La règle d'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, ne s'applique pas lorsque les effets anticoncurrentiels sont insignifiants ([32]). Ce critère reflète l'approche économique appliquée par la Commission. L'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, ne s'applique que lorsqu'il est possible de conclure, après avoir procédé à une analyse appropriée du marché, que l'accord est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché ([33]). Le fait que les parts de marché des parties soient supérieures aux seuils définis dans la communication de minimis de la Commission ne permet pas, à lui seul, de parvenir à une telle conclusion ([34]). Les accords qui se situent dans la zone de sécurité des règlements d'exemption par catégorie peuvent relever de l'article 81, paragraphe 1, mais pas nécessairement. En outre, le fait que, en raison des parts de marché détenues par les parties, un accord ne se situe pas dans la zone de sécurité d'un règlement d'exemption par catégorie, ne permet pas à lui seul de conclure que l'accord entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ou qu'il ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Il est nécessaire de procéder à une appréciation individuelle des effets que l'accord est susceptible d'avoir.

25. Des effets défavorables sur la concurrence sont susceptibles de se produire sur le marché en cause quand les parties, individuellement ou conjointement, possèdent ou obtiennent un certain pouvoir de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir ou permet aux parties de

l'exploiter. Le pouvoir de marché est la capacité de pratiquer pendant une durée significative des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir pendant une durée significative la production en termes de quantité, qualité et diversité des produits ou en termes d'innovation à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu de la concurrence. Sur les marchés où les coûts fixes sont élevés, les entreprises doivent fixer leurs prix sensiblement au-dessus de leurs coûts de production marginaux, afin d'avoir un bon retour sur investissement. Le fait que des entreprises fixent leurs prix au-dessus de coûts marginaux n'indique donc pas, en soi, que la concurrence ne fonctionne pas bien sur le marché et que les entreprises possèdent une puissance de marché qui leur permet de fixer leurs prix à des niveaux qui ne sont pas concurrentiels. C'est lorsque les pressions concurrentielles ne sont pas suffisantes pour maintenir les prix de la production à des niveaux concurrentiels que des entreprises possèdent une puissance de marché au sens de l'article 81, paragraphe 1.

26. La création, le maintien ou le renforcement d'un pouvoir de marché peut provenir d'une restriction de concurrence entre les parties à l'accord, mais aussi entre l'une quelconque des parties et des tiers, par exemple parce que l'accord entraîne l'éviction de concurrents ou augmente les coûts des concurrents, limitant ainsi leur capacité de rivaliser efficacement avec les parties à l'accord. Le pouvoir de marché est une question de degré. Le degré de pouvoir de marché normalement requis pour la constatation d'une infraction au regard de l'article 81, paragraphe 1, dans le cas d'accords ayant pour effet de restreindre le jeu de la concurrence est inférieur à celui qui est requis pour un constat de position dominante en vertu de l'article 82.

27. En principe, pour analyser les effets restrictifs d'un accord, il faut définir le marché en cause ([35]), mais aussi examiner et évaluer, entre autres, la nature des produits, la position de marché des parties, des concurrents et des acheteurs, l'existence de concurrents potentiels et le niveau des barrières à l'entrée. Dans certains cas, toutefois, il est possible de montrer les effets anticoncurrentiels directement en analysant le comportement des parties sur le marché. Ainsi, il est parfois possible de constater qu'un accord a entraîné des hausses de prix. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale et les lignes directrices sur les restrictions verticales définissent un cadre détaillé permettant d'analyser l'incidence de différents types d'accords horizontaux et verticaux sur la concurrence au regard de l'article 81, paragraphe 1 ([36]).

2.2.3. *Restrictions accessoires*

28. Le paragraphe 18 ci-dessus définit un cadre d'analyse de l'incidence d'un accord et des restrictions individuelles qu'il contient sur la concurrence intermarques et sur la concurrence intramarque. Si, sur la base de ces principes, on parvient à la conclusion que la principale opération couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est plus nécessaire d'examiner si les restrictions individuelles contenues dans l'accord sont également compatibles avec l'article 81, paragraphe 1, dans la mesure où elles sont accessoires à l'opération principale, non restrictive.

29. En droit communautaire de la concurrence, la notion de restriction accessoire couvre toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée ([37]). Si, dans ses éléments essentiels (accord de distribution ou entreprise commune, par exemple), un accord n'a pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, les restrictions qui sont directement liées et nécessaires à la réalisation de cette opération principale ne relèvent pas non plus de l'article 81, paragraphe 1 ([38]). C'est ce que l'on appelle les restrictions accessoires. Une restriction est directement liée à l'opération principale si elle est subordonnée à la réalisation de cette opération et est liée à celle-ci de manière indissociable. Le critère de la nécessité implique que la restriction doit être objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale et être proportionnée par rapport à celle-ci. C'est pourquoi le critère des restrictions accessoires est similaire au critère défini au paragraphe 18, sous 2, ci-dessus. Toutefois, le critère des restrictions accessoires s'applique dans tous les cas où l'opération principale ne restreint pas la concurrence ([39]). Il n'est pas utilisé uniquement pour déterminer l'incidence de l'accord sur la concurrence intramarque.

30. Il convient de distinguer entre l'application de la notion de restriction accessoire et celle de l'exemption prévue à l'article 81, paragraphe 3, qui concerne certains avantages économiques engendrés par des accords restrictifs et que l'on compare aux effets restrictifs des accords. L'application de la notion de restriction accessoire n'implique pas la mise en balance des effets proconcurrentiels et des effets anticoncurrentiels, cette analyse ne pouvant être faite que dans le cadre spécifique de l'article 81, paragraphe 3 ([40]).

31. L'appréciation des restrictions accessoires se borne à déterminer si, dans le cadre spécifique de l'opération ou activité principale non restrictive, une restriction particulière est nécessaire à la réalisation de cette opération ou activité et lui est proportionnée. Si, à partir de facteurs objectifs, on peut conclure qu'en l'absence de la restriction, l'opération principale non restrictive serait difficile, voire impossible à réaliser, la restriction pourrait être considérée comme étant objectivement nécessaire à sa réalisation et lui étant proportionnée ([41]). Par exemple, si l'objet principal d'un accord de franchise ne restreint pas la concurrence, les restrictions qui sont nécessaires au bon fonctionnement de cet accord, comme les obligations visant à protéger l'identité et la réputation de l'enseigne, ne relèvent pas non plus de l'article 81, paragraphe 1 ([42]). De même, si une entreprise commune ne restreint pas en soi la concurrence, alors les restrictions nécessaires au bon fonctionnement de l'accord sont jugées accessoires à l'opération principale et n'entrent pas dans le champ

d'application de l'article 81, paragraphe 1. C'est ainsi que dans sa décision dans l'affaire TPS ([43]), la Commission avait estimé que l'obligation imposée aux parties de ne pas détenir de participations dans des sociétés pratiquant la distribution et la commercialisation de programmes de télévision par satellite était accessoire à la création de l'entreprise commune durant une phase initiale, et que la restriction échappait donc à l'article 81, paragraphe 1, pendant une période de trois ans. Dans son appréciation, la Commission avait tenu compte des investissements élevés et des risques commerciaux qu'impliquait l'entrée sur le marché de la télévision à péage.

2.3. **Exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3**

32. L'appréciation d'accords ayant pour objet et pour effet de restreindre la concurrence au regard de l'article 81, paragraphe 1, n'est que l'un des volets de l'analyse. L'autre volet, qui est exprimé dans l'article 81, paragraphe 3, est l'appréciation des effets économiques positifs des accords restrictifs.

33. Les règles communautaires de concurrence visent à protéger la concurrence sur le marché comme moyen d'accroître le bien-être du consommateur et à assurer une répartition efficace des ressources. Les accords qui restreignent la concurrence peuvent en même temps avoir des effets proconcurrentiels sous forme de gains d'efficacité ([44]), lesquels peuvent créer un surcroît de valeur en abaissant le coût de fabrication d'une production, en améliorant la qualité du produit ou en permettant la création d'un nouveau produit. Lorsque les effets proconcurrentiels d'un accord l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels, l'accord est finalement favorable à la concurrence et compatible avec les objectifs des règles communautaires de concurrence. Ces accords ont pour effet net de favoriser l'essence même du jeu de la concurrence qui consiste à gagner des clients en proposant des produits meilleurs ou des prix plus avantageux que ceux de la concurrence. Ce cadre analytique est exprimé dans l'article 81, paragraphe 1, et l'article 81, paragraphe 3. Du reste, cette dernière disposition reconnaît expressément que les accords restrictifs peuvent engendrer des avantages économiques objectifs de nature à compenser les inconvénients de la restriction de concurrence ([45]).

34. L'octroi de l'exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, est subordonné à quatre conditions cumulatives, dont deux sont positives et deux sont négatives:

a) les accords doivent contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,

b) les utilisateurs doivent obtenir une partie équitable du profit qui en résulte,

c) les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs,

d) l'accord ne doit pas donner aux entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Lorsque ces quatre conditions sont remplies, l'accord renforce la concurrence sur le marché en cause, car il incite les entreprises concernées à proposer aux consommateurs des produits moins chers ou de meilleure qualité, dédommageant ainsi ces derniers des effets défavorables des restrictions du jeu de la concurrence.

35. L'article 81, paragraphe 3, peut s'appliquer soit à des accords individuels, soit à des catégories d'accords au moyen d'un règlement d'exemption par catégorie. Lorsqu'un accord est couvert par une exemption par catégorie, les parties à l'accord restrictif sont dispensées de l'obligation imposée par l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003 de prouver que leur accord individuel remplit chacune des conditions de l'article 81, paragraphe 3. Tout ce qu'elles ont à prouver, c'est que l'accord restrictif bénéficie d'une exemption par catégorie. L'application de l'article 81, paragraphe 3, à des catégories d'accords au moyen d'un règlement d'exemption par catégorie repose sur la présomption que les accords restrictifs entrant dans son champ d'application ([46]) remplissent chacune des quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

36. Si un accord donné entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas remplies, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré. En vertu de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, si la Commission constate que, dans un cas particulier, un accord couvert par un règlement d'exemption par catégorie a certains effets qui sont incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité, elle est habilitée à retirer le bénéfice dudit règlement. En vertu de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, l'autorité de concurrence d'un État membre peut également retirer le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie pour son territoire (ou une partie de son territoire), si celui-ci présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct. Dans ce cas, il incombe à l'autorité de concurrence de démontrer que l'accord viole les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, et qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3.

37. Les juridictions des États membres ne sont pas habilitées à retirer le bénéfice des règlements d'exemption par catégorie, pas plus qu'elles ne peuvent, dans leur application desdits règlements, en modifier la portée en étendant leur champ d'application à des accords qui n'en relèvent pas ([47]). En dehors du champ d'application des règlements d'exemption par catégorie, les juridictions des États membres ont le pouvoir d'appliquer l'article 81 de manière pleine et entière (voir article 6 du règlement (CE) nº 1/2003).

3. APPLICATION DES QUATRE CONDITIONS DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 3

38. Le reste de ces lignes directrices examine chacune des quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3 ([48]). Étant donné que ces quatre conditions sont cumulatives ([49]), dès lors qu'il est constaté que l'une d'elles n'est pas remplie, il est inutile d'examiner les trois autres. Il n'est donc pas exclu que, dans certains cas, il soit indiqué d'examiner ces quatre conditions dans un ordre différent.

39. Aux fins des présentes lignes directrices, il convient d'intervertir la deuxième et la troisième condition et, par conséquent, d'aborder la question du caractère indispensable avant celle de la répercussion sur les consommateurs. L'analyse de cette dernière impose de mettre en balance les effets positifs et négatifs d'un accord sur les consommateurs. Elle ne doit pas porter sur les effets de restrictions qui n'ont pas satisfait au critère de la nature indispensable et qui, pour cette raison, sont interdites par l'article 81.

3.1. Principes généraux

40. L'article 81, paragraphe 3, du traité n'entre en ligne de compte que si un accord entre entreprises restreint le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1. En cas d'accords non restrictifs, il est inutile d'examiner le profit résultant éventuellement de l'accord.

41. S'il a été prouvé qu'un accord restreint la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, il est possible d'invoquer l'exemption énoncée à l'article 81, paragraphe 3. En vertu de l'article 2 du règlement (CE) nº 1/2003, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies. Lorsque les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas remplies, l'accord est nul de plein droit (voir article 81, paragraphe 2). Toutefois, cette nullité de plein droit s'applique aux seuls éléments de l'accord qui sont incompatibles avec l'article 81, sous réserve que ces éléments soient séparables de l'accord dans son ensemble ([50]). Si certains éléments seulement de l'accord sont nuls, c'est sur la base du droit national applicable qu'il convient d'en déterminer les conséquences sur le reste de l'accord ([51]).

42. Selon une jurisprudence constante, les quatre conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont cumulatives ([52]), c'est-à-dire qu'elles doivent toutes être remplies pour que la dérogation soit applicable, faute de quoi l'application de la dérogation doit être refusée ([53]). Les quatre conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont également exhaustives. Lorsqu'elles sont remplies, la dérogation est applicable et ne peut pas être subordonnée à une autre condition. Les objectifs poursuivis par d'autres dispositions du traité peuvent être pris en compte dans la mesure où ils peuvent être intégrés dans les quatre conditions de l'article 81, paragraphe 3 ([54]).

43. En principe, l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3, du profit résultant des accords restrictifs ne déborde pas le cadre de chacun des marchés en cause concernés par l'accord. Les règles communautaires de concurrence ont pour objectif la protection de la concurrence sur le marché et ne sauraient être détachées de cet objectif. Par ailleurs, la condition selon laquelle les consommateurs ([55]) doivent recevoir une partie équitable du profit implique en général que les gains d'efficacité engendrés par l'accord restrictif sur un marché en cause doivent être suffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels produits par l'accord sur ce même marché en cause ([56]). En principe, les effets négatifs sur les consommateurs d'un marché géographique ou d'un marché de produits donné ne peuvent être comparés aux effets positifs pour les consommateurs d'un marché géographique ou d'un marché de produits distinct, ni compensés par ces effets positifs. Toutefois, lorsque deux marchés sont liés entre eux, les gains d'efficacité obtenus sur des marchés séparés peuvent être pris en compte, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle qui bénéficie des gains d'efficacité soient substantiellement les mêmes ([57]). De fait, dans certains cas, seuls les consommateurs d'un marché en aval sont affectés par l'accord, auquel cas l'incidence de l'accord sur ces consommateurs doit être appréciée. Tel est le cas par exemple des accords d'achat ([58]).

44. Les accords restrictifs sont évalués au regard de l'article 81, paragraphe 3, dans le cadre réel où ils se produisent ([59]) et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient compte des modifications importantes des faits. La règle d'exemption de l'article 81, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas ([60]). Lorsque l'on applique l'article 81, paragraphe 3, conformément à ces principes, il est nécessaire de tenir compte des investissements initiaux à fonds perdus faits par l'une ou l'autre des parties ainsi que des délais ou des contraintes nécessaires à l'engagement et à la rentabilisation d'un investissement destiné à accroître l'efficience d'une entreprise. Il n'est pas possible d'appliquer l'article 81 en faisant abstraction de ces investissements *ex ante*. Les risques auxquels les parties sont confrontées et les investissements à fonds perdus qui doivent être consentis pour mettre l'accord en œuvre peuvent donc avoir pour conséquence que celui-ci

n'entre pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement.

45. Il arrive que l'accord restrictif soit un événement irréversible: une fois mis en œuvre, il n'est plus possible de rétablir la situation antérieure. Dans ces cas-là, l'appréciation doit être faite exclusivement sur la base des faits de l'époque de la mise en œuvre. Par exemple, dans le cas d'un accord de recherche et de développement par lequel chacune des parties convient d'abandonner son projet de recherche personnel et de mettre ses possibilités en commun avec celles d'une autre partie, il peut se révéler techniquement et économiquement impossible, d'un point de vue objectif, de remettre en route un projet qui a été abandonné. Dès lors, l'appréciation des effets anticoncurrentiels et proconcurrentiels de l'accord relatif à l'abandon des projets de recherche individuels doit se faire à la date d'achèvement de sa mise en œuvre. Si, à ce moment-là, l'accord est compatible avec l'article 81, par exemple parce qu'un nombre suffisant de tiers ont des projets de recherche et de développement concurrents, l'accord des parties consistant à abandonner leurs projets personnels reste compatible avec l'article 81, même si les projets des tiers échouent à une date ultérieure. L'interdiction énoncée à l'article 81 peut toutefois s'appliquer à d'autres parties de l'accord pour lesquelles la question de l'irréversibilité ne se pose pas. Si l'accord prévoit, par exemple, une exploitation conjointe en plus d'une activité de recherche et de développement conjointe, l'article 81 peut s'appliquer à cette partie de l'accord si, à la suite de l'évolution du marché, l'accord exerce des effets restrictifs sur la concurrence et ne remplit (plus) les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, les investissements à fonds perdus *ex ante* ayant été dûment pris en considération (voir point précédent).

46. L'article 81, paragraphe 3, n'exclut pas a priori certains types d'accords de son champ d'application. Par principe, tous les accords restrictifs qui remplissent cumulativement les quatre conditions de l'article 81, paragraphe 3, bénéficient de l'exemption ([61]). Toutefois, il est fort peu probable que de graves restrictions de la concurrence puissent remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3. En général, ces restrictions sont interdites par des règlements d'exemption par catégorie ou qualifiées de restrictions caractérisées dans les lignes directrices et les communications de la Commission. D'ordinaire, les accords de cette nature ne remplissent pas les deux premières conditions (au moins) de l'article 81, paragraphe 3. Ils ne créent pas d'avantages économiques objectifs ([62]) et ne bénéficient pas aux consommateurs ([63]). À titre d'exemple, un accord horizontal de fixation des prix limite la production, entraînant ainsi une mauvaise répartition des ressources, outre qu'il opère un transfert de valeur du consommateur au producteur, puisqu'il se traduit par des prix plus élevés sans générer la moindre contrepartie pour les consommateurs du marché en cause. Du reste, ce type d'accords ne remplit généralement pas non plus le critère du caractère indispensable, c'est-à-dire la troisième condition ([64]).

47. L'argument affirmant que des accords restrictifs sont justifiés parce qu'ils visent à assurer des conditions de concurrence équitables sur le marché est, par nature, dénué de fondement et doit être rejeté ([65]). L'article 81 a pour objet la protection efficace de la concurrence en assurant que les marchés restent ouverts et concurrentiels. Il incombe au législateur de défendre des conditions de concurrence équitables conformément aux obligations du droit communautaire ([66]) et non aux entreprises de pratiquer l'autoréglementation.

3.2. **Première condition de l'article 81, paragraphe 3: gains d'efficacité**

3.2.1. *Généralités*

48. D'après la première condition de l'article 81, paragraphe 3, l'accord restrictif doit contribuer à améliorer la production ou distribution de produits ou promouvoir le progrès technique ou économique. Cette disposition se réfère expressément aux seuls produits, mais elle s'applique par analogie aux services.

49. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, seuls les avantages objectifs peuvent être pris en compte ([67]), ce qui signifie que les gains d'efficacité ne sont pas appréciés du point de vue subjectif des parties ([68]). Les réductions de coûts permises par le simple exercice du pouvoir de marché par les parties ne peuvent être prises en compte. Ainsi, lorsque des entreprises s'entendent pour fixer des prix ou se partager des marchés, elles réduisent leur production et, par voie de conséquence, leurs coûts de production. Une diminution de la concurrence peut aussi se traduire par une baisse des ventes et des frais de commercialisation. Ces réductions de coûts sont la conséquence directe d'une réduction de la production et de la valeur, et ne génèrent pas d'effets proconcurrentiels sur le marché. Ainsi, elles ne débouchent pas sur la création de valeur par une intégration d'actifs et d'activités, mais permettent simplement aux entreprises concernées d'accroître leurs bénéfices. Dès lors, elles sont sans objet du point de vue de l'article 81, paragraphe 3.

50. L'objectif de la première condition de l'article 81, paragraphe 3, est de définir les types de gains d'efficacité qui peuvent être pris en considération et être évalués ensuite à la lumière de la deuxième et de la troisième condition de cette disposition. Il convient de déterminer quels sont les avantages objectifs apportés par l'accord et quelle est l'importance économique de ces gains d'efficacité. Compte tenu du fait que, pour que l'article 81, paragraphe 3, soit applicable, il faut que les effets proconcurrentiels de l'accord compensent ses effets anticoncurrentiels, il est nécessaire de vérifier quelle est la nature du lien entre l'accord et les gains d'efficacité allégués et quelle est la valeur de ces gains.

51. Tous les gains d'efficacité allégués doivent donc être justifiés, afin que les points suivants puissent être vérifiés:

a) nature des gains d'efficacité allégués;

b) lien entre l'accord et les gains d'efficacité;

c) probabilité et importance de chaque gain d'efficacité allégué; et

d) modalités et date de réalisation de chaque gain d'efficacité allégué.

52. Le point a) permet à l'autorité saisie de l'affaire de vérifier si les gains d'efficacité allégués sont de nature objective (voir paragraphe 49 ci-dessus).

53. Le point b) permet à l'autorité saisie de vérifier s'il existe un lien de causalité suffisant entre l'accord restrictif et les gains d'efficacité allégués. Cette condition requiert normalement que les gains d'efficacité résultent de l'activité économique qui constitue l'objet de l'accord. Il peut s'agir, par exemple, d'une activité de distribution, de cession de licences de technologie, de production en commun ou de recherche et développement en commun. Toutefois, si un accord se traduit par des gains d'efficacité plus importants sur le marché en cause, par exemple en permettant une réduction des coûts à l'échelle de l'ensemble du secteur en cause, ces avantages supplémentaires sont également pris en compte.

54. En principe, le lien de causalité doit aussi être direct, car les allégations de gain d'efficacité fondées sur des effets indirects sont généralement trop incertaines et trop difficiles à vérifier pour être prises en considération ([69]). Il existe par exemple un lien de causalité direct lorsqu'un accord de transfert de technologie permet aux preneurs de licence de produire des produits nouveaux ou meilleurs, ou lorsqu'un accord de distribution permet la distribution de produits à un coût plus bas ou la production de services de valeur. Il y aurait effet indirect lorsque, par exemple, il est allégué qu'un accord restrictif permet aux entreprises concernées d'accroître leurs bénéfices, ce qui leur permettra d'investir plus dans la recherche et le développement, ce qui profitera en fin de compte aux consommateurs. S'il peut y avoir un lien entre la rentabilité et la recherche-développement, ce lien n'est généralement pas suffisamment direct pour être pris en considération dans le contexte de l'article 81, paragraphe 3.

55. Les points c) et d) permettent à l'autorité saisie de vérifier la valeur des gains d'efficacité allégués qui, dans le contexte de la troisième condition de l'article 81, paragraphe 3, doivent être mis en balance avec les effets anti-compétitifs de l'accord (cf. paragraphe 101 ci-après). Étant donné que l'article 81, paragraphe 1, ne s'applique que lorsque l'accord est susceptible d'avoir une incidence négative sur la concurrence et les consommateurs (en cas de restrictions caractérisées, il y a présomption d'une telle incidence), les gains d'efficacité allégués doivent être corroborés par des preuves, de façon à pouvoir être vérifiés. Les allégations non étayées seront rejetées.

56. Lorsqu'elles invoquent des gains réalisés sur les coûts, les entreprises sollicitant le bénéfice de l'article 81, paragraphe 3, doivent calculer ou estimer, avec la plus grande précision possible, la valeur des gains d'efficacité et fournir une description détaillée du mode de calcul. Elles doivent en outre décrire la ou les méthodes par lesquelles les gains d'efficacité ont été ou seront réalisés. Les éléments fournis doivent être vérifiables afin de pouvoir établir avec une certitude suffisante que des gains d'efficacité ont été réalisés ou le seront.

57. Si les gains d'efficacité allégués prennent la forme de nouveaux ou de meilleurs produits ou d'autres types de gains non liés aux coûts, les entreprises invoquant le bénéfice de l'article 81, paragraphe 3, sont tenues de décrire et d'expliquer en détail la nature des gains d'efficacité et en quoi ils constituent un avantage économique objectif.

58. Lorsqu'un accord n'est pas encore pleinement applicable, les parties doivent justifier leurs projections quant à la date à partir de laquelle les gains d'efficacité vont devenir opérationnels et donc avoir une incidence positive importante sur le marché.

3.2.2. *Les différentes catégories de gains d'efficacité*

59. Les catégories de gains d'efficacité énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont assez larges pour couvrir tous les gains d'efficacité économiques objectifs. Étant donné qu'il existe un chevauchement considérable entre les différentes catégories mentionnées à l'article 81, paragraphe 3, et qu'un même accord peut générer plusieurs types de gains d'efficacité, il n'est pas indiqué d'établir des distinctions claires et nettes entre ces catégories. Aux fins des présentes lignes directrices, une distinction est établie entre les gains d'efficacité réalisés sur les coûts et les gains d'efficacité de nature qualitative, qui créent de la valeur sous forme de produits nouveaux ou meilleurs, d'une plus grande variété de produits, etc.

60. En général, les gains d'efficacité sont le fruit d'une intégration d'activités économiques par laquelle des entreprises conjuguent leurs actifs afin de réaliser ce qu'elles ne pourraient réaliser aussi efficacement chacune de son côté ou par laquelle elles confient à une autre entreprise des tâches pour lesquelles celle-ci est plus performante.

61. Le processus qui va de la recherche et développement à la distribution en passant par la production peut être assimilé à une chaîne de valeur pouvant être divisée en plusieurs étapes: à chaque étape de cette chaîne, l'entreprise doit choisir entre exécuter l'activité elle-même, l'exécuter conjointement avec une ou plusieurs autres entreprises ou la confier intégralement à une ou plusieurs autres entreprises.

62. Normalement, chaque fois que le choix opéré implique une coopération sur le marché avec une autre entreprise, un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, doit être conclu. Il peut s'agir d'un accord vertical, comme c'est le cas lorsque les parties opèrent à des niveaux différents de la chaîne de valeur, ou horizontal, lorsque les parties opèrent au même niveau de la chaîne. Ces deux catégories d'accords peuvent générer des gains d'efficacité en permettant aux entreprises en cause d'exécuter une tâche donnée à moindre coût ou avec plus de valeur ajoutée pour le consommateur. Ces accords peuvent aussi contenir ou induire des restrictions de concurrence, auquel cas la règle d'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, et la règle d'exemption prévue à l'article 81, paragraphe 3, peuvent jouer.

63. Les types de gains d'efficacité mentionnés ci-après ne sont que des exemples et leur liste n'est nullement exhaustive.

3.2.2.1. Gains d'efficacité réalisés sur les coûts

64. Les gains sur coûts résultant d'accords entre entreprises peuvent avoir des origines diverses. Une source très importante de réductions de coûts est la mise au point de nouvelles techniques et méthodes de fabrication. En général, le plus fort potentiel de réductions de coûts est atteint lorsque des bonds technologiques se produisent. Ainsi, l'introduction de la chaîne de montage a permis une réduction substantielle du coût de fabrication des automobiles.

65. Une autre source très importante de réduction des coûts réside dans les synergies résultant de l'intégration d'actifs existants. En effet, lorsque les parties à un accord conjuguent leurs actifs respectifs, elles peuvent être en mesure d'obtenir une configuration coûts/production qui, sinon, serait impossible. La conjonction de deux technologies possédant des atouts complémentaires peut réduire les coûts de production ou permettre la fabrication d'un produit de meilleure qualité. Il se peut, par exemple, que les actifs de production de la société A permettent une production horaire élevée, mais nécessitent une consommation relativement importante de matières premières par unité produite, alors que les actifs de production de la société B ne permettent qu'une production horaire plus faible, mais nécessitent une consommation moindre de matières premières par unité produite. Il est alors possible de réaliser des synergies si, en créant une entreprise commune de production réunissant les actifs de production de A et de B, les parties peuvent atteindre un niveau de production horaire plus élevé avec une consommation moindre de matières premières par unité produite. De même, si une entreprise a optimisé une partie de la chaîne de valeur et une autre entreprise a optimisé une autre partie de cette chaîne, la conjonction de leurs activités peut entraîner un abaissement des coûts. La société A peut, par exemple, disposer d'installations de production hautement automatisées, qui entraînent des coûts de production faibles par unité produite, alors que B a mis au point un système efficace de traitement des commandes. Le système permet d'adapter la production à la demande des clients, en assurant une livraison dans les délais requis et en réduisant les coûts de stockage et d'obsolescence. En réunissant leurs actifs, A et B pourraient parvenir à un abaissement des coûts.

66. Les gains d'efficacité réalisés sur les coûts peuvent aussi résulter d'économies d'échelle, c'est-à-dire un coût par unité de production qui baisse à mesure que la production augmente. Ainsi, il arrive souvent que l'investissement dans des équipements et autres actifs doive être effectué dans un bloc indivisible. Si une entreprise ne peut pas exploiter le bloc dans son intégralité, ses coûts moyens seront plus élevés que si elle pouvait le faire. Par exemple, le coût d'exploitation d'un camion est pratiquement le même, que le camion soit presque vide, à moitié plein ou plein. Les accords par lesquels des entreprises regroupent leur logistique peuvent leur permettre d'augmenter les facteurs de charge et de réduire le nombre des véhicules utilisés. Une échelle plus grande peut aussi permettre une meilleure division du travail qui débouchera sur une baisse des coûts unitaires. Les entreprises peuvent réaliser des économies d'échelle en tous points de la chaîne de valeur, et notamment dans la recherche et développement, la production, la distribution et la commercialisation. Les économies d'apprentissage constituent un type connexe d'efficacité: à mesure que l'on acquiert de l'expérience dans l'utilisation d'un procédé de fabrication donné ou l'exécution d'une tâche donnée, la productivité a des chances d'augmenter parce que le procédé sera appliqué plus efficacement ou la tâche exécutée plus rapidement.

67. Les économies de gamme, qui se produisent lorsque des entreprises réduisent leurs coûts en produisant des biens différents avec les mêmes facteurs de production, représentent une autre source de réduction des coûts. Ces gains d'efficacité résultent du fait qu'il est possible d'utiliser les mêmes composants, les mêmes installations et le même personnel pour fabriquer une diversité de produits. De même, des économies de gamme peuvent être réalisées au niveau de la distribution lorsque plusieurs types de produits sont distribués par les mêmes véhicules. Ainsi, un producteur de pizzas surgelées et un producteur de légumes surgelés ont la possibilité de réaliser des économies de gamme en distribuant leurs produits conjointement, car ces deux types de produits doivent être distribués dans des camions frigorifiques et il y a probablement d'importants chevauchements de clientèle. En conjuguant leurs activités, ces deux producteurs peuvent afficher des coûts de distribution moins élevés par unité distribuée.

68. De même, les accords qui permettent une meilleure planification de la production, qui réduisent le besoin d'avoir un stock coûteux et qui permettent une meilleure utilisation de la capacité de production sont des sources de gains d'efficacité par réduction des coûts. À titre d'exemple, citons le recours aux achats en flux tendus, c'est-à-dire l'obligation pour un fournisseur de pièces d'approvisionner l'acheteur en continu en fonction des besoins de celui-ci, ce qui évite à l'acheteur de tenir un stock de pièces important qui risque de devenir obsolète. Enfin, les accords qui permettent aux parties de rationaliser leur production en tous points de leurs installations donnent souvent lieu à des réductions de coûts.

3.2.2.2. Gains d'efficacité qualitatifs

69. Des accords entre entreprises peuvent générer différents gains d'efficacité de nature qualitative, qui sont pertinents pour une application de l'article 81, paragraphe 3. Dans biens des cas, les principaux gains d'efficacité qu'un accord est susceptible d'apporter ne sont pas des réductions de coût, mais des améliorations qualitatives ou d'autres gains d'efficacité de nature qualitative. Selon le cas en cause, de tels gains d'efficacité peuvent donc être identiques aux gains d'efficacité liés aux coûts, voire plus importants qu'eux.

70. Le progrès technique et technologique constitue un élément essentiel et dynamique de l'économie, en apportant des avantages importants sous la forme de produits et services nouveaux ou meilleurs. En coopérant, des entreprises peuvent être en mesure de susciter des gains d'efficacité qui n'auraient pas été possibles en l'absence de l'accord restrictif ou n'auraient été possibles qu'avec un délai substantiel ou à un coût plus élevé. Ces gains d'efficacité constituent une importante source d'avantages économiques visés par la première condition de l'article 81, paragraphe 3. Les accords susceptibles de produire des gains d'efficacité de cette nature sont, notamment, les accords de recherche-développement. Par exemple, A et B pourraient créer une entreprise commune pour le développement et, en cas de réussite, la production conjointe d'un pneu à cellules. La crevaison de l'une des cellules n'affecte pas les autres, ce qui signifie qu'en cas de crevaison, le pneu ne risque pas de se dégonfler. Ces pneus sont donc plus sûrs que les pneus traditionnels. De même, il n'est pas nécessaire de changer immédiatement le pneu et, par conséquent, d'avoir un pneu de rechange dans son véhicule. Ces deux types de gains d'efficacité constituent des avantages objectifs au sens de la première condition de l'article 81, paragraphe 3.

71. Tout comme la réunion d'actifs complémentaires peut entraîner une réduction des coûts, la mise en commun d'actifs peut également créer des synergies qui entraîneront des gains d'efficacité de nature qualitative. C'est ainsi que la réunion d'actifs de production peut entraîner la production de produits de meilleure qualité ou de produits ayant des caractéristiques nouvelles. De tels gains d'efficacité peuvent par exemple être produits par des accords de licence et par des accords prévoyant une production en commun de produits et services nouveaux ou améliorés. Les accords de licence peuvent notamment assurer la diffusion plus rapide d'une nouvelle technologie dans la Communauté et permettre aux licenciés de mettre de nouveaux produits sur le marché ou d'utiliser de nouvelles techniques de production entraînant des améliorations qualitatives. Les accords de production en commun peuvent notamment permettre une mise sur le marché plus rapide, ou à un coût moindre, de nouveaux produits et services ou de produits et services améliorés ([70]). Ainsi, dans le secteur des télécommunications, il a été considéré qu'un accord de coopération générait des gains d'efficacité parce qu'il permettait la commercialisation plus rapide de nouveaux services planétaires ([71]). Dans le secteur bancaire, les accords de coopération qui ont contribué à l'amélioration des facilités de paiement transfrontalier à l'intérieur de l'Union européenne ont également été considérés comme créant des gains d'efficacité au sens de la première condition de l'article 81, paragraphe 3 ([72]).

72. Les accords de distribution peuvent également entraîner des gains d'efficacité qualitatifs. Par exemple, les distributeurs spécialisés peuvent être en mesure de fournir des services mieux adaptés aux besoins des clients, d'assurer une livraison plus rapide ou d'avoir une meilleure assurance qualité tout au long de la chaîne de distribution ([73]).

3.3. **Troisième condition de l'article 81, paragraphe 3: caractère indispensable des restrictions**

73. En vertu de la troisième condition de l'article 81, paragraphe 3, l'accord restrictif doit s'abstenir d'imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des gains d'efficacité créés par l'accord en cause. Cette condition implique un double critère: d'une part, l'accord restrictif proprement dit doit être raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité; d'autre part, chacune des restrictions de concurrence qui découlent de l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité.

74. Dans le contexte de la troisième condition de l'article 81, paragraphe 3, le facteur décisif est de savoir si l'accord restrictif et les restrictions individuelles permettent ou non de réaliser l'activité en cause plus efficacement que ce n'aurait vraisemblablement été le cas en leur absence. Il ne s'agit pas de savoir si, en l'absence de la restriction, l'accord n'aurait pas été conclu, mais si davantage de gains d'efficacité sont générés avec l'accord ou avec la restriction qu'en son absence ([74]).

75. Le premier critère contenu dans la troisième condition de l'article 81, paragraphe 3, exige que les gains d'efficacité soient propres à l'accord en cause, autrement dit qu'il n'existe pas d'autre moyen économiquement réalisable et moins restrictif permettant de les réaliser. En procédant à cette dernière appréciation, il convient de prendre en considération les conditions du marché ainsi que les réalités commerciales auxquelles les parties à l'accord font face. Les entreprises qui invoquent le bénéfice de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas tenues d'envisager des solutions alternatives hypothétiques ou théoriques. La Commission ne préjugera pas de l'appréciation commerciale portée par les parties. Elle interviendra seulement lorsqu'il est raisonnablement clair qu'il existe des alternatives réalistes et accessibles. Les parties doivent seulement expliquer et démontrer pourquoi de telles solutions apparemment réalistes et sensiblement moins restrictives seraient nettement moins efficaces que l'accord.

76. Il est particulièrement pertinent d'examiner si, à la lumière des circonstances propres de l'affaire, les parties auraient pu réaliser les gains d'efficacité au moyen d'un autre type d'accord moins restrictif et, dans l'affirmative, à quel moment elles auraient probablement été en mesure d'obtenir les gains d'efficacité. Il peut aussi être nécessaire d'examiner si les parties auraient pu réaliser les gains d'efficacité de manière indépendante. Par exemple, lorsque les gains d'efficacité allégués revêtent la forme de réductions de coûts résultant d'économies d'échelle ou de gamme, les entreprises en cause sont tenues d'expliquer et de prouver pourquoi les mêmes gains d'efficacité n'étaient pas susceptibles d'être obtenus par croissance interne et par la concurrence sur les prix. En procédant à cette appréciation, il convient de déterminer notamment l'échelle efficace minimale sur le marché en cause, c'est-à-dire le niveau de production requis pour réduire le plus possible le coût moyen et épuiser les économies d'échelle ([75]). Plus l'échelle efficace minimale est grande par rapport à la taille de l'une ou l'autre des parties à l'accord, plus il est probable que les gains d'efficacité seront considérés comme étant propres à l'accord. Lorsque des accords engendrent des synergies substantielles par la conjonction d'actifs et de possibilités complémentaires, la nature même des gains d'efficacité laisse présumer que l'accord est nécessaire à leur réalisation.

77. Ces principes peuvent être illustrés par les exemples suivants, qui sont de simples hypothèses:

A et B réunissent, au sein d'une entreprise commune, leurs techniques de production respectives, afin d'augmenter leur production et de diminuer leur consommation de matières premières. L'entreprise commune se voit octroyer une licence exclusive sur leurs techniques de production respectives. Les parties transfèrent leurs installations de production à l'entreprise commune. Elles transfèrent également certains effectifs clés, afin de s'assurer que les économies d'apprentissage existantes peuvent être exploitées et développées. On estime que ces économies réduiront les coûts de production d'encore 5 %. La production de l'entreprise commune est vendue de façon indépendante par A et par B. Dans ce cas, pour déterminer si l'accord est indispensable, il convient d'évaluer s'il serait ou non possible d'obtenir une partie substantielle des avantages acquis au moyen d'un accord de licence, qui constituerait probablement une solution moins restrictive, dans la mesure où A et B continueraient à produire de façon indépendante. Dans le cas qui vient d'être décrit, cela ne serait probablement pas le cas car, dans le cadre d'un accord de licence, les parties n'auraient pas la possibilité de bénéficier, d'une façon aussi souple et permanente, de leurs expériences respectives en matière d'application des deux technologies, qui entraîne des économies d'apprentissage importantes.

78. Une fois qu'il est constaté que l'accord en cause est nécessaire pour générer les gains d'efficacité, il convient d'apprécier la nature indispensable de chaque restriction de concurrence résultant de l'accord. Dans ce contexte, il y a lieu d'apprécier si les restrictions individuelles sont raisonnablement nécessaires pour générer les gains d'efficacité. Les parties sont tenues de justifier leur thèse, tant en ce qui concerne la nature de la restriction que son intensité.

79. Une restriction est indispensable si son absence supprimait ou réduisait substantiellement les gains d'efficacité résultant de l'accord ou rendait leur réalisation beaucoup plus improbable. L'appréciation d'autres solutions doit tenir compte de l'amélioration réelle et potentielle apportée à la concurrence par la suppression d'une restriction donnée ou l'application d'une solution moins restrictive. Plus la solution est restrictive, plus le critère de la troisième condition est rigoureux ([76]). Il est fort peu probable que les restrictions interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou qualifiées de restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications de la Commission soient jugées indispensables.

80. L'appréciation de la nature indispensable se fait dans le cadre réel dans lequel l'accord fonctionne et elle doit notamment tenir compte de la structure du marché, des risques économiques liés à l'accord et des incitations qu'ont les parties. Plus le succès du produit concerné par l'accord est incertain, plus une restriction peut s'avérer nécessaire pour assurer la concrétisation des gains d'efficacité. De même, les restrictions peuvent se révéler indispensables pour faire converger les incitations des parties et assurer que celles-ci vont axer leurs efforts sur la mise en œuvre de l'accord. À titre d'exemple, une

restriction peut s'avérer nécessaire pour éviter des problèmes de blocage une fois que l'une des parties aura effectué un investissement substantiel non récupérable. À partir du moment où un fournisseur a effectué un important investissement visant spécifiquement à satisfaire la demande d'un client, il est captif par rapport à ce dernier. Afin d'éviter que le client n'exploite ex post cette dépendance pour obtenir des conditions plus favorables, il peut être nécessaire d'imposer l'obligation de ne pas acheter le composant en question auprès de tiers ou d'en acheter une quantité minimale au fournisseur ([77]).

81. Il peut arriver qu'une restriction ne soit indispensable que pendant un certain laps de temps, auquel cas l'exemption prévue à l'article 81, paragraphe 3, ne s'appliquera que pendant ce laps de temps. En procédant à l'appréciation, il convient de tenir compte du délai nécessaire aux parties pour réaliser les gains d'efficacité justifiant l'octroi de l'exemption ([78]). Lorsque les avantages ne peuvent être obtenus sans un investissement considérable, il faut tenir compte notamment de la période nécessaire pour rentabiliser cet investissement de manière suffisante (voir également paragraphe 43 ci-dessus).

82. Ces principes peuvent être illustrés par les exemples suivants, qui sont de simples hypothèses:

P produit et distribue des pizzas surgelées; elle détient 15 % de ce marché dans l'État membre X. Les produits sont livrés directement aux détaillants. Comme la plupart des détaillants ont des capacités de stockage limitées, des livraisons relativement fréquentes sont nécessaires, ce qui entraîne un faible taux d'utilisation des capacités et le recours à des véhicules relativement petits. T est un grossiste en pizzas surgelées et autres produits surgelés, qui livre pour l'essentiel aux mêmes clients que P. Les pizzas distribuées par T détiennent 30 % du marché. T possède une flotte de véhicules plus grands et ses capacités sont excédentaires. P conclut un accord de distribution exclusive avec T pour l'État membre X et s'engage à ce que les distributeurs des autres États membres ne vendent pas sur le territoire de T, que ce soit de façon active ou passive. T s'engage à faire de la publicité pour les produits, à enquêter sur les goûts des consommateurs et sur leur taux de satisfaction et à garantir la livraison de tous les produits aux détaillants dans les 24 heures. L'accord entraîne un abaissement des coûts totaux de distribution de 30 %, dans la mesure où les capacités sont mieux utilisées et qu'il n'y a plus de double emploi en matière d'itinéraires. Il permet également la fourniture de services supplémentaires aux consommateurs. Conformément au règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales ([79]), la restriction des ventes passives constitue une restriction caractérisée qui ne peut être considérée comme indispensable que dans des circonstances exceptionnelles. La position bien établie de T sur le marché et la nature des obligations qui lui sont imposées indiquent qu'il ne s'agit pas d'un cas exceptionnel. Toutefois, l'interdiction des ventes actives peut être indispensable. T pourrait se trouver moins incité à vendre et à promouvoir la marque P si des distributeurs d'autres États membres pouvaient vendre activement dans l'État membre X et profiter ainsi des efforts de T. Cela est d'autant plus vrai que T distribue également des marques concurrentes et qu'elle a donc la possibilité de favoriser un plus grand nombre des marques les moins exposées à ces profiteurs.

S est un producteur de boissons gazeuses non alcoolisées; il détient 45 % de ce marché. La part de marché de son plus proche concurrent est de 20 %. S conclut des accords de fourniture avec des clients représentant 25 % de la demande, en vertu desquels ceux-ci s'engagent à s'approvisionner exclusivement auprès de S pendant 5 ans. Avec d'autres clients, représentant 15 % de la demande, S conclut des accords en vertu desquels ces clients se voient accorder des remises conditionnelles trimestrielles si leurs achats dépassent certains objectifs fixés individuellement. S affirme que ces accords lui permettent de prévoir la demande avec plus de précision et, de ce fait, de mieux planifier la production, ce qui réduit les coûts de stockage des matières premières et d'entreposage et évite toute pénurie. Compte tenu de la position de S sur le marché et de la portée cumulée des restrictions, il est très peu probable que celles-ci soient jugées indispensables. L'obligation d'achat exclusif va au-delà de ce qui est nécessaire pour planifier la production, et cela vaut également pour le système de remises conditionnelles. Il est possible de prévoir la demande par des moyens moins restrictifs. C'est ainsi que S pourrait fournir à ses clients des incitations afin qu'ils commandent de grandes quantités à la fois en leur proposant des remises quantitatives ou en proposant une remise aux clients qui passent une commande ferme à l'avance, livrable à des dates précises.

3.4. **Deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3: une partie équitable du profit réservée aux consommateurs**

3.4.1. *Remarques générales*

83. D'après la deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3, une partie équitable du profit résultant de l'accord restrictif doit être réservée aux consommateurs.

84. La notion de «consommateurs» englobe tous les utilisateurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'accord, y compris les producteurs qui utilisent les produits pour transformation, les grossistes, les détaillants et les consommateurs finals, c'est-à-dire les personnes physiques qui agissent à des fins étrangères à leur activité professionnelle ou commerciale. Autrement dit, les consommateurs au sens de l'article 81, paragraphe 3, sont les clients des parties à l'accord et les acheteurs ultérieurs. Ces clients peuvent être des entreprises achetant par exemple des machines industrielles ou des produits pour transformation ultérieure, ou des consommateurs finals effectuant par exemple l'achat d'une glace en vue de sa consommation immédiate ou l'acquisition d'une bicyclette.

85. La notion de «partie équitable» suppose que la répercussion des avantages doit au moins assurer aux consommateurs la compensation d'un inconvénient réel ou probable que la restriction de concurrence constatée au regard de l'article 81, paragraphe 1, leur occasionne. Conformément à l'objectif de l'article 81 qui consiste à empêcher les accords anticoncurrentiels, l'effet net de l'accord doit au moins être neutre du point de vue des consommateurs qui sont directement ou potentiellement affectés par l'accord ([80]). Si ces consommateurs sont moins bien lotis à la suite de l'accord, la deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3, n'est pas remplie. Les avantages d'un accord doivent être comparés aux inconvénients pour les consommateurs et être de nature à compenser ces inconvénients ([81]). Lorsque tel est le cas, l'accord n'est pas préjudiciable aux consommateurs. De plus, l'ensemble de la société en profite, là où les gains d'efficacité permettent d'utiliser moins de ressources pour générer la production consommée ou de produire des biens de plus grande valeur et donc d'avoir une répartition plus efficace de ressources.

86. Il n'est pas obligatoire que les consommateurs reçoivent une partie de chaque gain d'efficacité recensé dans le cadre de la première condition. Il suffit qu'un avantage suffisant soit répercuté pour compenser les inconvénients de l'accord restrictif. Dans ce cas, les consommateurs obtiennent une partie équitable des avantages totaux ([82]). Si un accord restrictif est susceptible d'entraîner une hausse des prix, celle-ci doit être entièrement compensée par un relèvement de la qualité ou d'autres avantages pour les consommateurs. Sinon, la deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3, n'est pas remplie.

87. Le facteur décisif réside dans l'incidence globale sur les consommateurs des produits du marché en cause et non dans l'incidence sur des membres individuels de cette catégorie de consommateurs ([83]). Il peut arriver qu'un certain délai soit nécessaire avant que les gains d'efficacité ne se concrétisent et il n'est pas exclu que, en attendant, l'accord n'ait que des effets négatifs. Le fait que la répercussion sur le consommateur intervienne avec un certain décalage n'exclut pas en soi l'application de l'article 81, paragraphe 3. Toutefois, plus ce décalage est important, plus les gains d'efficacité doivent être élevés pour compenser aussi la perte subie par les consommateurs durant la période précédant la répercussion.

88. Lors de cette appréciation, il faut tenir compte du fait que, pour les consommateurs, la valeur d'un gain futur n'est pas la même que sa valeur actuelle. Une économie de 100 euros réalisée aujourd'hui a plus de valeur que la même économie réalisée dans un an. C'est pourquoi, un gain futur pour les consommateurs ne compense pas pleinement une perte d'une valeur nominale identique qui serait subie aujourd'hui. Pour pouvoir comparer la valeur d'une perte actuelle à celle d'un gain futur pour les consommateurs, il convient d'actualiser la valeur des gains futurs. Le taux d'actualisation appliqué doit refléter le taux d'inflation, le cas échéant, et les intérêts perdus, pour refléter la valeur plus faible des gains futurs.

89. Dans d'autres cas, l'accord permet aux parties d'obtenir les gains d'efficacité plus vite que cela n'aurait été possible autrement. Dans ces conditions, il faut tenir compte de l'incidence négative probable sur les consommateurs du marché en cause après l'expiration de ce délai. Si l'accord restrictif procure aux parties une position de force sur le marché, elles risquent de pratiquer un prix substantiellement plus élevé que ce n'aurait été le cas autrement. Pour que la deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3, soit remplie, l'avantage procuré aux consommateurs par un accès plus rapide aux produits devra être tout aussi substantiel. Cela peut par exemple être le cas lorsqu'un accord permet à deux fabricants de pneus de mettre sur le marché, trois ans plus tôt, un nouveau pneu sensiblement plus sûr, mais, dans le même temps, en accroissant leur puissance de marché, d'augmenter les prix de 5 %. Dans un tel cas, il est probable que le fait d'avoir accès plus rapidement à un produit sensiblement amélioré compense l'augmentation de prix.

90. La deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3, intègre une échelle mobile. Plus la restriction de concurrence constatée au regard de l'article 81, paragraphe 1, est grande, plus les gains d'efficacité et leur répercussion sur les consommateurs doivent être importants. Cette approche de l'échelle mobile suppose que si les effets restrictifs d'un accord sont relativement limités et les gains d'efficacité substantiels, il y a de fortes chances qu'une partie équitable des réductions de coûts soit répercutée sur les consommateurs. C'est pourquoi, dans ce cas, il n'est en principe pas nécessaire de se lancer dans une analyse détaillée de la deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3, sous réserve toutefois que les trois autres conditions d'application de cette disposition soient remplies.

91. Si, en revanche, les effets restrictifs de l'accord sont substantiels et que les réductions de coûts sont relativement insignifiantes, il est fort peu probable que la deuxième condition de l'article 81, paragraphe 3, soit remplie. L'incidence de la restriction de concurrence dépend de l'intensité de la restriction et du degré de concurrence qui subsiste à la suite de l'accord.

92. Si l'accord a, à la fois, des effets anticoncurrentiels substantiels et des effets proconcurrentiels substantiels, une analyse minutieuse s'impose. Lors de l'évaluation de la mise en balance dans des cas de ce genre, il convient de tenir compte du fait que la concurrence est un important moteur d'efficacité et d'innovation à long terme. Les entreprises qui ne sont pas soumises à une pression concurrentielle effective — telles que les entreprises dominantes — sont moins incitées à maintenir ou accroître les gains d'efficacité. Plus l'incidence de l'accord sur la concurrence est forte, plus forte est la probabilité que les consommateurs en pâtissent à long terme.

93. Les deux sections qui suivent décrivent de manière plus détaillée le cadre analytique permettant d'évaluer la répercussion des gains d'efficacité sur le consommateur. La première section aborde les gains réalisés sur les coûts, tandis que le seconde aborde d'autres types de gains d'efficacité, tels les nouveaux produits ou les produits améliorés (gains d'efficacité qualitatifs). Le cadre qui est élaboré dans ces deux sections est particulièrement important lorsqu'il n'est pas immédiatement évident que les inconvénients concurrentiels sont supérieurs aux avantages pour le consommateur, et inversement ([84]).

94. Dans l'application des principes énoncés ci-après, la Commission tient compte du fait que, dans bien des cas, il est difficile de calculer avec précision le taux de répercussion sur le consommateur et d'autres types de répercussion sur le consommateur. Les entreprises sont seulement tenues de justifier leurs allégations en fournissant des estimations et autres éléments autant que faire se peut, compte tenu des circonstances de chaque espèce.

3.4.2. *Répercussion et mise en balance des gains d'efficacité réalisés sur les coûts*

95. Lorsque les marchés, comme c'est normalement le cas, ne sont pas parfaitement concurrentiels, les entreprises sont à même d'influer plus ou moins sur le prix du marché en modifiant leur production ([85]). Elles peuvent aussi opérer une discrimination par le prix entre leurs clients.

96. Dans certaines conditions, il arrive que les gains d'efficacité réalisés sur les coûts débouchent sur un accroissement de la production et une baisse des prix pour les consommateurs touchés. Si, en raison de ces gains, les entreprises en cause peuvent augmenter leurs bénéfices par un accroissement de la production, il peut y avoir répercussion sur les consommateurs. Lors de l'évaluation de l'ampleur de la répercussion possible des réductions de coûts sur les consommateurs et du test de mise en balance contenu dans l'article 81, paragraphe 3, les facteurs suivants sont notamment pris en compte:

a) caractéristiques et structure du marché,

b) nature et ampleur des gains d'efficacité,

c) élasticité-prix de la demande,

d) ampleur de la restriction de concurrence.

En principe, tous les facteurs doivent être pris en considération. Étant donné que l'article 81, paragraphe 3, ne s'applique que dans les cas où la concurrence sur le marché est fortement restreinte (voir point 22 ci-dessus), on ne peut présumer qu'une concurrence résiduelle assurera que les consommateurs recevront une partie équitable des avantages.

Toutefois, le degré de concurrence résiduelle sur le marché et la nature de cette concurrence influent sur la probabilité de répercussion.

97. Plus le degré de concurrence résiduelle est grand, plus grande est la probabilité que des entreprises individuelles tentent d'augmenter leurs ventes en répercutant les réductions de coûts. Lorsque des entreprises luttent essentiellement sur le prix et ne sont pas soumises à de fortes contraintes de capacité, la répercussion peut intervenir relativement vite. En revanche, si la concurrence s'exerce principalement sur la capacité de production et que les adaptations de capacité interviennent avec un certain décalage, la répercussion sera plus lente. De même, elle sera sans doute plus lente si la structure du marché est propice à une collusion tacite ([86]). Si des concurrents sont susceptibles d'exercer des représailles en cas d'accroissement de la production par une ou plusieurs parties à l'accord, l'incitation à accroître la production risque d'être limitée, sauf si l'avantage concurrentiel conféré par les gains d'efficacité est tel que les entreprises en cause sont incitées à s'écarter de la politique commune adoptée sur le marché par les membres de l'oligopole. Autrement dit, les gains d'efficacité générés par l'accord peuvent transformer les entreprises concernées en «francs-tireurs» ([87]).

98. La nature des gains d'efficacité joue également un rôle important. D'après la théorie des prix, les entreprises maximisent leur profit en vendant des unités de production jusqu'à ce que la recette marginale soit égale au coût marginal. La recette marginale est l'accroissement de la recette totale résultant de la vente d'une unité supplémentaire de production et le coût marginal est la variation du coût total due à la production d'une unité supplémentaire. Il s'ensuit de ce principe qu'en règle générale, les décisions de production et de tarification que prend l'entreprise qui maximise ses profits ne sont pas déterminées par ses coûts fixes (coûts qui ne varient pas avec le taux de production) mais par ses coûts variables (coûts qui varient avec le taux de production). Après que les coûts fixes sont engagés et que la capacité est fixée, les décisions de tarification et de production sont déterminées par les conditions des coûts variables et de la demande. Prenons, par exemple, le cas de deux sociétés qui fabriquent chacune deux produits sur deux chaînes de fabrication fonctionnant seulement à la moitié de leur capacité. Un accord de spécialisation peut permettre à ces deux entreprises de se spécialiser dans la fabrication de l'un des deux produits et de mettre au rebut leur deuxième chaîne servant à fabriquer l'autre produit. En même temps, la spécialisation peut permettre aux entreprises de réduire les coûts variables des facteurs de production et du stock. Seules ces dernières réductions auront un effet direct sur les décisions de tarification et de production des entreprises, car elles influeront sur les coûts marginaux de production. La mise au rebut, par chacune des entreprises, d'une de leurs chaînes de fabrication ne réduira pas leurs coûts variables et n'aura aucune incidence sur leurs coûts de production. Il s'ensuit que les entreprises peuvent avoir un intérêt direct à répercuter sur les consommateurs, sous la forme d'une production plus élevée et de prix plus bas, les gains d'efficacité qui réduisent les coûts marginaux, alors qu'elles n'ont pas cet intérêt direct avec les gains d'efficacité qui réduisent les coûts fixes. Il est donc davantage probable que les consommateurs reçoivent une partie équitable des gains d'efficacité réalisés sur les coûts lorsque ceux-ci concernent les coûts variables que lorsqu'ils concernent les coûts fixes.

99. Le fait que les entreprises puissent avoir intérêt à répercuter certains types de réductions de coûts n'implique pas que le taux de répercussion sera nécessairement de 100 %. En effet, le taux de répercussion réel dépend de la mesure dans laquelle les consommateurs réagissent à la modification du prix, autrement dit l'élasticité-prix de la demande. Plus l'augmentation de la demande provoquée par une baisse du prix est forte, plus le taux de répercussion est élevé. L'explication est la suivante: plus les ventes supplémentaires générées par une baisse du prix due à un accroissement de la production sont fortes, plus il est probable que ces ventes compenseront la perte de recette causée par le prix plus bas résultant de l'accroissement de la production. En l'absence de différenciation des prix, la baisse des prix affecte toutes les unités vendues par l'entreprise, auquel cas la recette marginale est inférieure au prix obtenu pour le produit marginal. Si les entreprises en cause sont à même de facturer des prix différents à des clients différents — autrement dit, si elles pratiquent la discrimination par les prix — la répercussion ne profitera normalement qu'aux consommateurs sensibles aux prix ([88]).

100. Il faut aussi tenir compte du fait que, souvent, les gains d'efficacité n'affectent pas l'ensemble de la structure des coûts des entreprises en cause, auquel cas l'incidence sur le prix à la consommation est réduite. Par exemple, si un accord permet aux parties de réduire les coûts de production de 6 %, mais que ces coûts ne représentent qu'un tiers des coûts qui servent de base pour le calcul des prix, l'incidence sur le prix du produit est de 2 %, dans l'hypothèse où le montant total est répercuté.

101. Enfin et surtout, il est indispensable d'équilibrer les deux forces opposées résultant de la restriction de concurrence et des gains d'efficacité par les coûts. D'une part, toute augmentation du pouvoir de marché générée par l'accord restrictif donne aux entreprises en cause la possibilité et l'incitation à augmenter le prix. D'autre part, les types de gains d'efficacité réalisés sur les coûts qui sont pris en compte peuvent donner aux entreprises concernées une incitation à baisser le prix (voir paragraphe 97 ci-dessus). Les effets de ces deux forces contraires doivent être mis en balance. Rappelons, sur ce point, que la condition de répercussion sur le consommateur intègre une échelle mobile. Si l'accord entraîne une réduction substantielle de la contrainte concurrentielle à laquelle se heurtent les parties, il faut en principe que les gains d'efficacité réalisés sur les coûts soient extraordinairement importants pour que la répercussion soit suffisante.

3.4.3. *Répercussion et mise en balance d'autres types de gains d'efficacité*

102. La répercussion sur les consommateurs peut aussi revêtir la forme de gains d'efficacité qualitatifs, par exemple des nouveaux produits ou des produits améliorés qui apportent suffisamment de valeur aux consommateurs pour que les effets anticoncurrentiels de l'accord, y compris une augmentation des prix, soient compensés.

103. Ce type d'appréciation suppose nécessairement un jugement de valeur. Or il est difficile d'attribuer une valeur précise à des gains d'efficacité dynamiques de cette nature. Toutefois, l'objectif fondamental de l'appréciation, à savoir vérifier l'incidence globale de l'accord sur les consommateurs du marché en cause, reste le même. Les entreprises invoquant le bénéfice de l'article 81, paragraphe 3, doivent établir que les consommateurs obtiennent en contrepartie des avantages (voir à cet égard les paragraphes 57 et 86 ci-dessus).

104. L'existence de nouveaux produits ou de produits améliorés constitue une source importante de bien-être pour le consommateur. Tant que l'accroissement de valeur produit par ces améliorations est supérieur aux inconvénients du maintien ou d'une augmentation de prix due à l'accord restrictif, les consommateurs sont mieux lotis qu'en l'absence de l'accord, et l'obligation de répercussion sur le consommateur prévue à l'article 81, paragraphe 3, est normalement remplie. Lorsque l'accord aura probablement pour effet d'augmenter les prix à la consommation sur le marché en cause, il conviendra d'examiner avec soin si les gains d'efficacité allégués créeront une valeur réelle pour les consommateurs sur ce marché, de façon à compenser les effets défavorables de la restriction de concurrence.

3.5. **Quatrième condition de l'article 81, paragraphe 3: pas d'élimination de la concurrence**

105. En vertu de la quatrième condition de l'article 81, paragraphe 3, l'accord ne doit pas donner aux entreprises en cause la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. En définitive, priorité est donnée à la protection de la rivalité et du processus concurrentiel à long terme sur les gains d'efficacité potentiellement proconcurrentiels qui pourraient résulter d'accords restrictifs. La dernière condition de l'article 81, paragraphe 3, reconnaît le fait que la rivalité entre entreprises est un moteur indispensable à l'efficacité économique, y compris les gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovation. Autrement dit, l'objectif ultime de l'article 81 consiste à préserver le jeu de la concurrence. L'élimination de la concurrence sonne le glas de ce jeu et fait que les gains d'efficacité à court terme sont balayés par des pertes plus durables dues, entre autres, aux dépenses engagées par l'entreprise en place pour maintenir sa position (recherche d'avantages personnels), à une mauvaise affectation des ressources, à une diminution de l'innovation et à une augmentation des prix.

106. Le concept d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, qui est énoncé à l'article 81, paragraphe 3, est un concept autonome du droit communautaire qui est propre à l'article 81, paragraphe 3 ([89]). Toutefois, lorsque l'on applique ce concept, il est nécessaire de tenir compte de la relation qui existe entre l'article 81 et l'article 82. Selon une jurisprudence constante, l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne peut empêcher l'application de l'article 82 du traité ([90]). Comme, en outre, les articles 81 et 82 poursuivent tous deux le but consistant à maintenir une concurrence efficace sur le marché, la cohérence veut que l'article 81, paragraphe 3, soit interprété comme empêchant l'application de cette disposition aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante ([91]) ([92]). Cependant, les accords restrictifs conclus par une entreprise dominante ne constituent pas tous un abus de position dominante. C'est, par exemple, le cas lorsqu'une entreprise en position dominante participe à une entreprise commune qui n'est pas de plein exercice ([93]), dont il apparaît qu'elle restreint la concurrence tout en impliquant une substantielle intégration d'actifs.

107. Le fait que la concurrence ait été éliminée au sens de la dernière condition de l'article 81, paragraphe 3, dépend du degré de concurrence qui existait avant l'accord et de l'incidence de l'accord restrictif sur la concurrence, c'est-à-dire la réduction de concurrence induite par l'accord. Plus la concurrence est déjà affaiblie sur le marché en cause, plus faible sera la réduction supplémentaire requise pour l'éliminer au sens de l'article 81, paragraphe 3. De même, plus la réduction de concurrence causée par l'accord est importante, plus forte est la probabilité d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

108. L'application de la dernière condition de l'article 81, paragraphe 3, nécessite une analyse réaliste des différentes sources de concurrence sur le marché, du niveau de contrainte concurrentielle qu'elles imposent aux parties à l'accord et de l'incidence de l'accord sur cette contrainte. Il convient de prendre en considération la concurrence actuelle et potentielle.

109. Si les parts de marché constituent un critère important, l'importance d'autres sources de concurrence réelle ne peut être appréciée sur la base des seules parts de marché. En principe, une analyse qualitative et quantitative détaillée s'impose et il convient d'examiner la capacité et l'intérêt des entreprises en présence à se livrer concurrence. Par exemple, si certaines entreprises doivent faire face à des contraintes de capacité ou ont des coûts de production relativement plus élevés, leur réaction concurrentielle sera nécessairement limitée.

110. En évaluant l'incidence de l'accord sur la concurrence, il est important également d'examiner son influence sur les différents paramètres de celle-ci. La dernière condition de l'exemption prévue à l'article 81, paragraphe 3, n'est pas remplie si l'accord élimine la concurrence sous l'une de ses expressions les plus importantes, ce qui est particulièrement le cas lorsqu'un accord élimine la concurrence sur les prix ([94]) ou dans le domaine de l'innovation et de la mise au point de nouveaux produits.

111. Le comportement des parties sur le marché peut donner une idée des effets de l'accord. Si, après la conclusion de l'accord, les parties appliquent et maintiennent des hausses de prix substantielles ou adoptent un autre comportement dénotant l'existence d'un pouvoir de marché considérable, tout permet de penser qu'elles ne sont soumises à aucune pression concurrentielle réelle et que la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause a été éliminée.

112. L'interaction concurrentielle passée peut aussi fournir un indice des effets de l'accord sur l'interaction concurrentielle future. Il arrive qu'une entreprise parvienne à éliminer la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 3, en concluant un accord avec un concurrent qui, dans le passé, a été un «franc-tireur» ([95]). Ce genre d'accord peut modifier les incitations et possibilités concurrentielles de ce dernier et, ainsi, supprimer une source importante de concurrence sur le marché.

113. En cas de produits différenciés, c'est-à-dire de produits qui diffèrent aux yeux des consommateurs, l'incidence de l'accord dépend parfois de la relation concurrentielle entre les produits vendus par les parties qui l'ont conclu. Lorsque des entreprises proposent des produits différenciés, la contrainte concurrentielle que certains produits s'imposent l'un à l'autre varie en fonction du degré de substituabilité entre eux. Il y a donc lieu de voir quel est ce degré de substituabilité, c'est-à-dire quelle est la contrainte concurrentielle que les produits proposés par les parties s'imposent l'un à l'autre. Plus les produits des parties à l'accord sont des substituts proches, plus l'effet restrictif probable de l'accord est grand. Autrement dit, plus les produits sont substituables, plus grande est la modification probable induite par l'accord en termes de restriction de concurrence sur le marché et plus il est probable que la concurrence risque d'être éliminée pour une partie substantielle des produits en cause.

114. Si les sources de concurrence effective sont généralement les plus importantes, car les plus faciles à constater, il faut aussi prendre en considération les sources de concurrence potentielle. L'évaluation de cette dernière nécessite une analyse des barrières à l'entrée auxquelles se heurtent les entreprises qui ne sont pas encore présentes sur le marché en cause. Les assertions des parties déclarant que les obstacles à l'entrée sur le marché sont minimes doivent être étayées par des informations recensant les sources de concurrence potentielle. En outre, les parties sont tenues de démontrer pourquoi ces sources constituent une réelle pression concurrentielle sur les parties.

115. Dans l'appréciation des barrières à l'entrée et de la possibilité réelle de pénétrer sur le marché à une échelle de quelque ampleur, il convient d'examiner notamment ce qui suit:

i) Le cadre réglementaire pour déterminer son incidence sur l'entrée.

ii) Le coût de l'entrée, y compris les coûts irrécupérables, c'est-à-dire ceux que le nouvel arrivant ne pourra récupérer si, par la suite, il se retire du marché. Plus les coûts irrécupérables sont élevés, plus le risque commercial pour les nouveaux entrants potentiels est élevé.

iii) L'échelle efficace minimale au sein du secteur en cause, c'est-à-dire le taux de production où les coûts moyens sont réduits au minimum. Si cette échelle est importante par rapport à la taille du marché, une entrée efficace risque d'être plus coûteuse et hasardeuse.

iv) La compétitivité des nouveaux arrivants potentiels. Une entrée réussie est fort probable lorsque les nouveaux arrivants potentiels ont accès à des technologies au moins aussi performantes que celles des opérateurs historiques ou ont d'autres avantages concurrentiels qui leur permettent de rivaliser efficacement. Si les nouveaux arrivants potentiels sont sur une trajectoire technologique identique ou inférieure par rapport aux opérateurs historiques et ne possèdent aucun autre avantage concurrentiel significatif, leur entrée est plus risquée et moins réussie.

v) La position des acheteurs et leur capacité d'introduire sur le marché de nouvelles sources de concurrence. Il importe peu que certains acheteurs puissants soient en mesure d'obtenir des parties à l'accord des conditions plus avantageuses que leurs concurrents plus faibles ([96]). La présence d'acheteurs puissants ne peut servir qu'à contrecarrer une conclusion prima facie d'élimination de la concurrence, s'il est probable que les acheteurs en cause ouvrent la voie à de nouvelles entrées réussies.

vi) La réaction probable des opérateurs historiques aux tentatives d'entrée sur le marché. Ainsi, leur comportement passé peut valoir aux opérateurs historiques une réputation de comportement agressif qui aura une incidence sur les entrées futures.

vii) Les perspectives économiques du secteur peuvent donner une idée de l'intérêt qu'il présente à long terme. En effet, les secteurs qui marquent le pas ou sont en déclin sont des candidats moins attrayants pour de nouveaux arrivants que les secteurs placés sous le signe de la croissance.

viii) Des entrées sur une échelle significative dans le passé ou l'absence d'entrée.

116. Les principes ci-dessus peuvent être illustrés par les exemples suivants, qui sont de simples hypothèses et n'ont pas pour but de fixer des seuils:

La société A est une brasserie qui détient 70 % du marché en cause, y compris la vente de bière dans des cafés et autres lieux de consommation. Au cours des cinq dernières années, A a augmenté sa part de marché, qui était de 60 %. Il y a quatre autres concurrents sur le marché: B, C, D et E, qui détiennent des parts de marché de 10 %, 10 %, 5 % et 5 %. Il n'y a eu aucune entrée sur le marché dans un passé récent et les modifications de prix appliquées par A ont généralement été suivies par ses concurrents. A conclut des accords avec 20 % du secteur des cafés et restaurants, qui représentent 40 % de son chiffre d'affaires, en vertu desquels les parties contractantes s'engagent à acheter de la bière uniquement à A, pendant une période de cinq ans. Ces accords augmentent les coûts et réduisent les recettes des rivaux, qui se voient interdire les débouchés les plus attractifs. Compte tenu de la position de A sur le marché, qui s'est renforcée au cours des années précédentes, de l'absence de toute nouvelle entrée et de la position déjà faible des concurrents, il est probable que la concurrence sur le marché sera éliminée au sens de l'article 81, paragraphe 3.

Les sociétés de transport A, B, C et D, qui détiennent ensemble plus de 70 % du marché en cause, concluent un accord en vertu duquel elles conviennent de coordonner leurs horaires et leurs tarifs. À la suite de la mise en œuvre de l'accord, les prix augmentent de 30 à 100 %. Il y a quatre autres fournisseurs, dont le plus important détient environ 14 % du marché en cause. Il n'y a pas eu de nouvelle entrée au cours des dernières années et les parties à l'accord n'ont pas perdu de parts de marché importantes à la suite des augmentations de prix. Les concurrents existants n'ont pas apporté sur le marché de capacités de quelque ampleur et il n'y a eu aucune nouvelle entrée. Compte tenu de la position des parties sur le marché et de l'absence de réaction des concurrents à leur conduite commune, on peut raisonnablement penser que les parties à l'accord ne sont pas soumises à des pressions concurrentielles réelles et que l'accord leur donne la possibilité d'éliminer la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 3.

A est un producteur d'appareils électriques à usage professionnel qui détient une part de marché de 65 % sur le marché en cause. B est un producteur concurrent, détenant 5 % du marché, qui a développé un nouveau type de moteur, qui est plus puissant tout en consommant moins d'électricité. A et B concluent un accord en vertu duquel ils créent une entreprise commune de production pour la fabrication du nouveau moteur. B s'engage à accorder une licence exclusive à l'entreprise commune. Celle-ci réunit la nouvelle technologie de B et les processus efficaces de fabrication et de contrôle de qualité de A. Il existe un autre gros concurrent, qui détient 15 % du marché. Un autre concurrent, dont la part de marché est de 5 %, vient d'être acquis par C, un grand producteur international d'appareils électriques concurrents, qui n'a jusqu'à présent pas opéré sur ce marché, essentiellement parce que les clients souhaitent une présence locale et un service après-vente. Grâce à cette acquisition, C a désormais accès aux services dont il a besoin pour pénétrer sur ce marché. Du fait de l'arrivée de C, la concurrence ne sera sans doute pas éliminée.

(1) Dans les pages qui suivent, le terme «accord» englobera les pratiques concertées et les décisions d'associations d'entreprises.

(2) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

(3) Tous les règlements d'exemption par catégorie et communications de la Commission peuvent être consultés sur le site de la DG Concurrence: http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition.

(4) Voir paragraphe 36 ci-après.

(5) Voir communication de la Commission — Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 291 du 13.10.2000, page 1), communication de la Commission — Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001, page 2) et communication de la Commission — Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité aux accords de transfert de technologie, non encore publiée.

(6) La notion d'effet sur le commerce entre États membres est traitée dans des lignes directrices distinctes.

(7) Dans la suite de ce document, le terme «restreindre» englobe les notions d'empêcher et de fausser le jeu de la concurrence.

(8) En vertu de l'article 81, paragraphe 2, ces accords sont nuls de plein droit.

(9) L'article 81, paragraphe 1, interdit les effets anticoncurrentiels tant réels que potentiels. Voir par exemple l'affaire C-7/95 P, John Deere, Recueil 1998, p. I-3111, point 77.

(10) Voir affaires T-65/98, Van den Bergh Foods, Recueil 2003, p. II-. . ., point 107 et T-112/99, Métropole télévision (M6) et autres, Recueil 2001, p. II-2459, point 74, où le Tribunal de première instance a considéré que la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels ne peut s'effectuer que dans le cadre précis de l'article 81, paragraphe 3.

(11) Voir note 5 ci-dessus.

(12) Voir, par exemple, l'affaire C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Recueil 1999, p. I-4125, point 116, et affaires jointes 40/73 à 48/73 et autres, Suiker Unie, Recueil 1975, p. 1663, point 173.

(13) Voir, à cet égard, le point 108 de l'arrêt C-49/92 P, Anic Partecipazioni, cité à la note précédente, et l'arrêt C-227/87, Sandoz Prodotti, Recueil 1990, p. I-45.

(14) Voir, sur ce point, l'affaire 14/68, Walt Wilhelm, Recueil 1969, p. 1 et, plus récemment, l'affaire T-203/01, Michelin (II), Recueil 2003, p. II-. . ., point 112.

(15) Voir affaires jointes T-25/95 et autres, Cimenteries CBR, Recueil 2000, p. II-491, points 1849 et 1852, et affaires jointes T-202/98 et autres, British Sugar, Recueil 2001, p. II-2035, points 58 à 60.

(16) Voir, à cet effet, l'affaire C-453/99, Courage contre Crehan, Recueil 2001, p. I-6297 et point 3444 de l'arrêt Cimenteries CBR cité dans la note précédente.

(17) Voir à cet égard les affaires jointes C-2/01 P et C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Recueil 2004, p. I-, point 102.

(18) Voir par exemple les affaires jointes 25/84 et 26/84, Ford, Recueil 1985, p. 2725.

(19) Voir à cet égard le point 141 de l'arrêt Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, cité à la note 17.

(20) Voir affaire 56/65, Société Technique Minière, Recueil 1966, p. 337, et point 76 de l'arrêt John Deere, cité à la note 9.

(21) Voir, à cet égard, les affaires jointes 56/64 et 58/66 Consten and Grundig, Recueil 1966, p. 429.

(22) Voir, à cet égard, la décision de la Commission dans l'affaire Elopak/Metal Box-Odin (JO L 209 du 8.8.1990, p. 15), ainsi que dans l'affaire TPS (JO L 90 du 2.4.1999, p. 6).

(23) Voir, à cet égard, l'arrêt Société Technique Minière, cité à la note, et l'arrêt 258/78, Nungesser, Recueil 1982, p. 2015.

(24) Voir la règle 10 au point 119 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, citées à la note ci-dessus, d'après laquelle, notamment, la restriction des ventes passives — une restriction caractérisée — n'est pas considérée comme une restriction contraire à l'article 81, paragraphe 1, pendant une période de deux ans, lorsqu'elle est liée à l'ouverture de nouveaux marchés de produits ou de nouveaux marchés géographiques.

(25) Voir, par exemple, le point 99 de l'arrêt Anic Partecipazioni, cité à la note 12.

(26) Voir paragraphe 46 ci-dessous.

(27) Voir affaires jointes 29/83 et 30/83, CRAM et Rheinzink, Recueil 1984, p. 1679, point 26, et affaires jointes 96/82 et autres, ANSEAU-NAVEWA, Recueil 1983, p. 3369, points 23 à 25.

(28) Voir paragraphe 25 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale citées à la note 5, et article 5 du règlement (CE) nº 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation (JO L 304 du 5.12.2000, p. 3).

(29) Voir article 4 du règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336 du 29.12.1999, p. 21), et les lignes directrices sur les restrictions verticales citées à la note 5, paragraphes 46 et seq. Voir aussi l'affaire 279/87, Tipp-Ex, Recueil 1990, p. I-261, et l'affaire T-62/98, Volkswagen/Commission, Recueil 2000, p. II-2707, point 178.

(30) Voir point 77 de l'arrêt John Deere, cité à la note 9.

(31) Il n'est pas suffisant que l'accord restreigne la liberté d'action de l'une ou plusieurs des parties, voir points 76 et 77 de l'arrêt Métropole Télévision (M6), cité à la note 10. Cela est conforme au fait que l'article 81 a pour objet de protéger la concurrence sur le marché dans l'intérêt des consommateurs.

(32) Voir par exemple l'affaire 5/69, Völk, Recueil 1969, p. 295, point 7. On trouvera des indications sur le caractère sensible dans la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (JO C 368 du 22.12.2001, page 13). La communication définit le caractère sensible de manière négative, c'est-à-dire par son absence. Les accords qui n'entrent pas dans le champ d'application de la règle de minimis n'ont pas nécessairement des effets restrictifs sensibles. Une appréciation individuelle s'impose.

(33) Voir, à cet égard, les affaires jointes T-374/94 et autres, European Night Services, Recueil 1998, p. II-3141.

(34) Voir note 32.

(35) Voir sur ce point la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, page 5).

(36) Pour la référence du JO, voir note 5.

(37) Voir point 104 de l'arrêt Métropole Télévision (M6) e.a., cité à la note 10.

(38) Voir affaire C-399/93, Luttikhuis, Recueil 1995, p. I-4515, points 12 à 14.

(39) Voir les points 118 et suivants de l'arrêt Métropole Télévision (M6) e.a., cité à la note 10.

(40) Voir point 107 de l'arrêt Métropole Télévision (M6) e. a., cité à la note 10.

(41) Voir décision de la Commission dans l'affaire Elopak/Metal Box — Odin, citée à la note 22.

(42) Voir affaire 161/84, Pronuptia, Recueil 1986, p. 353.

(43) Voir note 22. Cette décision a été confirmée par le Tribunal de première instance dans son arrêt Métropole Télévision (M6) e.a., cité à la note 10.

(44) Les réductions de coûts et les autres gains dont bénéficient les parties du seul fait de l'exercice de leur puissance de marché ne sont pas assimilables à des avantages objectifs et ne peuvent être pris en considération (voir paragraphe 48 ci-dessous).

([45]) Voir arrêt Consten et Grundig cité à la note 21.

([46]) Le fait qu'un accord bénéficie d'une exemption par catégorie ne signifie pas automatiquement qu'il tombe sous le coup de l'article 81, paragraphe 1.

([47]) Voir affaire C-234/89, Delimitis, Recueil 1991, p. I-935, point 46.

([48]) L'article 36, paragraphe 4, du règlement (CE) nº 1/2003 abroge, entre autres, l'article 5 du règlement (CE) nº 1017/68 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Toutefois, la pratique décisionnelle de la Commission instituée en vertu du règlement (CE) nº 1017/68 reste pertinente pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, au secteur des transports par voie navigable.

([49]) Voir paragraphe 42 ci-dessous.

([50]) Voir l'arrêt Société Technique Minière, cité à la note 20.

([51]) Voir l'arrêt 319/82, Kerpen & Kerpen, Recueil 1983, p. 4173, points 11 et 12.

([52]) Voir affaire T-185/00 et autres, Métropole Télévision SA (M6), Recueil 2002, p. II-3805, point 86, affaire T-17/93, Matra, Recueil 1994, p. II-595, point 85, et affaires jointes 43/82 et 63/82, VBVB et VBBB, Recueil 1984, p. 19, point 61.

([53]) Voir affaireT-213/00, CMA CGM et autres, Recueil 2003, p. II-. . ., point 226.

([54]) À cet effet, voir implicitement le point 139 de l'arrêt Matra cité à la note 53, et l'affaire 26/76, Metro (I), Recueil 1977, p. 1875, point 43.

([55]) En ce qui concerne la notion de consommateurs, voir le paragraphe 84 ci-dessous selon lequel les consommateurs sont les clients des parties à l'accord et les acheteurs ultérieurs. Les parties elles-mêmes ne sont pas des «consommateurs» aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 3.

([56]) Ce critère est fonction du marché; voir à cet effet l'affaire T-131/99, Shaw, Recueil 2002, p. II-2023, point 163, dans lequel le Tribunal de première instance considère que l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3, doit s'inscrire dans le même cadre d'analyse que celui qui est utilisé pour l'appréciation des effets restrictifs; voir aussi l'affaire C-360/92 P, Publishers Association, Recueil 1995, p. I-23, point 29, où le marché en cause était plus grand que le marché national: la Cour de justice a considéré que, dans l'application de l'article 81, paragraphe 3, il ne convenait pas de considérer uniquement les effets sur le territoire de l'État membre.

([57]) Dans l'affaire T-86/95, Compagnie Générale Maritime et autres, Recueil 2002, p. II-1011, points 343 à 345, le Tribunal de première instance a jugé que l'article 81, paragraphe 3, ne requiert pas que les bénéfices soient liés à un marché spécifique et que, le cas échéant, il doit être tenu compte de «tout autre marché sur lequel l'accord en cause pourrait produire des effets bénéfiques, voire, de manière plus générale, pour tout service dont la qualité ou l'efficacité serait susceptible d'être améliorée par l'existence dudit accord». Il est toutefois important de souligner que, dans cette affaire, le groupe de consommateurs affecté était le même. Cette affaire concernait des services de transport multimodal englobant notamment un ensemble de services de transport maritime et par voie navigable fournis à des compagnies maritimes de toute la Communauté. Les restrictions portaient sur les services de transport par voie navigable qui étaient considérés comme constituant un marché séparé, alors qu'il était allégué que le profit était dégagé des services de transport maritime. Les deux services étaient demandés par les chargeurs requérant des services de transport intermodal entre l'Europe du Nord et l'Asie du Sud-Est et de l'Est. L'arrêt CMA CGM, cité à la note 53 ci-dessus, concernait également une situation dans laquelle l'accord, tout en couvrant plusieurs services distincts, affectait le même groupe de consommateurs, à savoir les chargeurs de fret conteneurisé entre l'Europe du Nord et l'Extrême-Orient. Aux termes de l'accord, les parties fixaient des taxes et des surtaxes relatives aux services de transport terrestre, aux services portuaires et aux services de transport maritime. Le Tribunal de première instance a jugé (voir les points 226 à 228 de l'arrêt) que, en l'espèce, il n'était pas nécessaire de définir les marchés pertinents aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 3. L'accord était restrictif de par son objet même et ne procurait aucun bénéfice aux consommateurs.

([58]) Voir paragraphes 126 et 132 des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale mentionnées à la note 5 ci-dessus.

([59]) Voir l'arrêt Ford cité à la note 18.

([60]) Sur ce point, voir par exemple la décision de la Commission dans l'affaire TPS (JO L 90 du 2.4.1999, page 6). De même, l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, ne s'applique que tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

([61]) Voir point 85 de l'arrêt Matra cité à la note 52.

([62]) Pour cette condition, voir paragraphe 49 ci-dessous.

([63]) Voir affaireT-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), Recueil 1995, p. II-289.

([64]) Voir le point 77 de l'arrêt Nungesser, cité à la note 23, à propos de la protection territoriale absolue.

([65]) Voir l'arrêt SPO cité à la note 63.

([66]) Les mesures nationales doivent notamment respecter les règles du traité relatives à la libre circulation des produits, des services, des personnes et des capitaux.

([67]) Voir arrêt Consten et Grundig cité à la note 21.

([68]) Voir décision de la Commission dans l'affaire Van den Bergh Foods (JO L 246 du 4.9.1998, p. 1).

([69]) Voir décision de la Commission dans l'affaire Glaxo Wellcome (JO L 302 du 17.11.2001, p. 1).

([70]) Voir décision de la Commission dans l'affaire GEAE/P&W (JO L 58 du 3.3.2000, page 16); décision British Interactive Broadcasting/Open (JO L 312 du 6.12.1999, page 1); décision Asahi/Saint Gobain (JO L 354 du 31.12.1994, page 87).

([71]) Voir décision de la Commission dans l'affaire Atlas (JO L 239 du 19.9.1996, page 23), et dans l'affaire Phoenix/Global One (JO L 239 du 19.9.1996, page 57).

([72]) Voir décision de la Commission dans l'affaire Uniform Eurocheques (JO L 35 du 7.2.1985, page 43).

([73]) Voir décision de la Commission dans l'affaire Cégétel + 4 (JO L 88 du 31.3.1999, page 26).

(74) En ce qui concerne la première question, qui peut être pertinente dans le contexte de l'article 81, paragraphe 1, voir paragraphe 18 ci-dessus.

(75) En principe, les économies d'échelle sont épuisées à un certain point, après quoi les coûts se stabilisent et finissent par augmenter en raison, par exemple, de contraintes de capacité et de goulets d'étranglement.

(76) Voir les points 392 à 395 de l'arrêt Compagnie Générale Maritime cité à la note 57.

(77) Pour de plus amples détails, voir paragraphe 116 des lignes directrices sur les restrictions verticales citées à la note 5.

(78) Voir le point 230 de l'arrêt European Night Services, cité à la note 33.

(79) Voir le règlement (CE) nº 2790/99 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336 du 29.12.1999, p. 21).

(80) Sur ce point, voir l'arrêt Consten et Grundig cité à la note 21, dans lequel la Cour de justice a considéré que l'amélioration au sens de la première condition de l'article 81, paragraphe 3, doit présenter des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients en résultant sur le plan de la concurrence.

(81) Il est rappelé que les effets positifs et négatifs sur les consommateurs sont en principe mis en balance pour chaque marché pertinent (voir le paragraphe 43 ci-dessus).

(82) Voir le point 163 de l'arrêt Metro (I) cité à la note 54.

(83) Voir le point 163 de l'arrêt Shaw cité à la note 56.

(84) Dans les sections qui suivent, par souci de commodité, les inconvénients concurrentiels sont évoqués en termes de prix plus élevés, mais ils peuvent aussi désigner une qualité, une diversité ou une innovation moindres que ce qu'elles auraient été en l'absence de ces inconvénients.

(85) Sur des marchés parfaitement concurrentiels, les entreprises individuelles s'alignent sur les prix. Elles vendent leurs produits au prix du marché, lequel est déterminé par l'offre et la demande globales. La production de l'entreprise individuelle est si faible que l'accroissement individuel de la production n'affecte pas le prix du marché.

(86) Il y a collusion tacite d'entreprises lorsque, sur un marché oligopolistique, ces entreprises sont en mesure de coordonner leur action sur le marché sans recourir à une entente explicite.

(87) Ce terme désigne les entreprises qui contraignent le comportement de tarification d'autres entreprises du marché qui auraient autrement pu se livrer à une collusion tacite.

(88) L'accord restrictif peut même permettre aux entreprises en cause de facturer un prix plus élevé aux clients ayant une faible élasticité-demande.

(89) Voir affaires jointes T-191/98, T-212/98 et T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), Recueil 2003, p. II-. . ., point 939 et T-395/94, Atlantic Container Line, Recueil 2002, p. II-875, point 330.

(90) Voir affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge, Recueil 2000, p. I-1365, point 130. De même, l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne peut empêcher l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Dans certains cas, ces dispositions sont applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1. Voir, à cet égard, l'affaire C-309/99, Wouters, Recueil 2002, p. I-1577, point 120.

(91) Voir affaire T-51/89, Tetra Pak (I), Recueil 1990, p. II-309, et point 1456 de l'arrêt Atlantic ContainerLine (TACA), cité à la note 89.

(92) C'est ainsi qu'il faut entendre le paragraphe 135 des lignes directrices sur les restrictions verticales et les paragraphes 36, 71, 105, 134 et 155 des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité aux accords de coopération horizontale, lorsqu'ils déclarent qu'en principe, les accords restrictifs conclus par des entreprises en position dominante ne peuvent bénéficier de l'exemption.

(93) Les entreprises communes de plein exercice, c'est-à-dire les entreprises communes qui accomplissent de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, sont couvertes par le règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 257 du 21.9.1990, p. 13).

(94) Voir point 21 de l'arrêt Metro (I) cité à la note 54.

(95) Voir paragraphe 97 ci-dessus.

(96) Voir affaire T-228/97, Irish Sugar, Recueil 1999, p. II-2969, point 101.

AVIS AUX LECTEURS

LE *JOURNAL OFFICIEL DE L'UNION EUROPÉENNE* EN VINGT LANGUES

À compter de l'accession à l'Union européenne des dix nouveaux États membres (République tchèque, Estonie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Malte, Pologne, Slovénie et Slovaquie) le **1er mai 2004**, la version papier du *Journal officiel de l'Union européenne*, séries L et C, paraîtra dans les vingt langues officielles de l'Union européenne.

La «bande couleur» de la couverture sera supprimée et la version linguistique sera indiquée par le code ISO: espagnol (ES), tchèque (CS), danois (DA), allemand (DE), estonien (ET), grec (EL), anglais (EN), français (FR), italien (IT), letton (LV), lituanien (LT), hongrois (HU), maltais (MT), néerlandais (NL), polonais (PL), portugais (PT), slovaque (SK), slovène (SL), finnois (FI), suédois (SV).

La version CD-ROM du Journal officiel, séries L et C, sera également disponible dans les vingt langues à partir de l'édition de mai 2004.

L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE DANS LES NEUF NOUVELLES LANGUES

L'acquis communautaire est en cours de préparation. Il sera disponible:

— en version papier, sous forme d'abonnement. Les volumes seront envoyés au fur à mesure de leur parution. Le prix est de 2 000 euros.

Chaque volume pourra être acquis individuellement, mais uniquement lorsque la série sera complète.

— en version CD-ROM, après la disponibilité de tous les volumes de la version papier. Le prix du CD-ROM est de 1 000 euros;

— dans EUR-Lex.

Le premier des deux cents et quelques volumes (le nombre exact de volumes n'est pas encore confirmé) de l'acquis communautaire est maintenant disponible dans sept nouvelles langues (le maltais et l'estonien suivront).

Pour de plus amples informations, veuillez contacter nos bureaux de vente (voir modalités en dernière page de couverture).