



Bruxelles, le 17.7.2023
C(2023) 4752 final

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

**Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de
l'Union européenne aux accords de coopération horizontale**

Table des matières

1.	Introduction	6
1.1.	Objet et structure des présentes lignes directrices.....	6
1.2.	Applicabilité de l'article 101 aux accords de coopération horizontale	8
1.2.1.	Introduction	8
1.2.2.	Cadre de l'analyse	11
1.2.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	12
1.2.4.	Restrictions de la concurrence par objet	13
1.2.5.	Effets restrictifs sur la concurrence	15
1.2.6.	Restrictions accessoires.....	16
1.2.7.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3	16
1.2.8.	Accords de coopération horizontale qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1	18
1.3.	Relations avec d'autres orientations, actes législatifs et jurisprudences.....	19
2.	Accords de recherche et DE développement	21
2.1.	Introduction	21
2.2.	Le règlement d'exemption par catégorie applicable à la R&D («REC applicable à la R&D»).....	22
2.2.1.	Définition de «recherche et de développement» dans le REC applicable à la R&D .	23
2.2.2.	Définition des accords de R&D dans le REC applicable à la R&D.....	23
2.2.3.	Conditions d'exemption prévues par le REC applicable à la R&D	26
2.2.4.	Restrictions caractérisées et restrictions exclues.....	32
2.2.5.	Délai nécessaire pour apprécier le respect des conditions du REC applicable à la R&D	36
2.2.6.	Retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie	36
2.2.7.	Période transitoire	37
2.3.	Appréciation individuelle des accords de R&D au regard de l'article 101, paragraphe 1	37
2.3.1.	Marchés en cause	38
2.3.2.	Principaux problèmes de concurrence	39
2.3.3.	Accords de R&D qui ne restreignent généralement pas la concurrence	39
2.3.4.	Restrictions de la concurrence par objet	40
2.3.5.	Effets restrictifs sur la concurrence	40
2.4.	Appréciation individuelle des accords de R&D au regard de l'article 101, paragraphe 3	42
2.4.1.	Gains d'efficacité	42

2.4.2.	Caractère indispensable.....	43
2.4.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	43
2.4.4.	Absence d'élimination de la concurrence	43
2.5.	Date pertinente à laquelle l'appréciation a lieu.....	44
2.6.	Exemples.....	45
3.	Accords de production	49
3.1.	Introduction.....	49
3.2.	Marchés en cause	51
3.3.	Le REC applicable aux accords de spécialisation.....	52
3.3.1.	Accords de production couverts par le REC applicable aux accords de spécialisation	52
3.3.2.	Autres dispositions couvertes par le REC applicable aux accords de spécialisation.	54
3.3.3.	Distribution en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation.....	54
3.3.4.	Services couverts par le REC applicable aux accords de spécialisation	55
3.3.5.	Seuil de part de marché et durée de l'exemption	55
3.3.6.	Restrictions caractérisées en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation	56
3.3.7.	Retrait du bénéfice du REC applicable aux accords de spécialisation.....	57
3.3.8.	Période transitoire	58
3.4.	Appréciation individuelle des accords de production au regard de l'article 101, paragraphe 1	58
3.4.1.	Principaux problèmes de concurrence	58
3.4.2.	Restrictions de la concurrence par objet	59
3.4.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	60
3.5.	Appréciation individuelle des accords de production au regard de l'article 101, paragraphe 3	64
3.5.1.	Gains d'efficience	64
3.5.2.	Caractère indispensable.....	65
3.5.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	65
3.5.4.	Absence d'élimination de la concurrence	65
3.6.	Accords de partage d'infrastructures de télécommunications mobiles.....	65
3.7.	Exemples.....	70
4.	Accords d'achat.....	76
4.1.	Introduction.....	76
4.2.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	77
4.2.1.	Principaux problèmes de concurrence	77

4.2.2.	Restrictions de la concurrence par objet	78
4.2.3.	Effets restrictifs sur la concurrence	80
4.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3	85
4.3.1.	Gains d'efficience	85
4.3.2.	Caractère indispensable.....	85
4.3.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	85
4.3.4.	Absence d'élimination de la concurrence	86
4.4.	Exemples	86
5.	Accords de commercialisation	93
5.1.	Introduction	93
5.2.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	94
5.2.1.	Principaux problèmes de concurrence	94
5.2.2.	Restrictions de la concurrence par objet	95
5.2.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	96
5.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3	98
5.3.1.	Gains d'efficience	98
5.3.2.	Caractère indispensable.....	98
5.3.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	99
5.3.4.	Absence d'élimination de la concurrence	99
5.4.	Groupements de soumissionnaires	99
5.5.	Exemples	103
6.	Échange d'informations	108
6.1.	Introduction	108
6.2.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	110
6.2.1.	Introduction	110
6.2.2.	Principaux problèmes de concurrence découlant de l'échange d'informations commercialement sensibles.....	112
6.2.3.	La nature des informations échangées	114
6.2.4.	Caractéristiques de l'échange d'informations commercialement sensibles.....	118
6.2.5.	Caractéristiques du marché	126
6.2.6.	Restriction de la concurrence par objet.....	127
6.2.7.	Restriction de la concurrence par effet.....	130
6.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3	131
6.3.1.	Gains d'efficience	131
6.3.2.	Caractère indispensable.....	132

6.3.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	132
6.3.4.	Absence d'élimination de la concurrence	133
6.4.	Exemples, étapes d'autoévaluation et tableau donnant des indications sur la responsabilité dans différents contextes.....	133
7.	Accords de normalisation.....	139
7.1.	Introduction	139
7.2.	Marchés en cause	139
7.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	140
7.3.1.	Principaux problèmes de concurrence	140
7.3.2.	Restrictions de la concurrence par objet	142
7.3.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	143
7.4.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3.....	150
7.4.1.	Gains d'efficience	150
7.4.2.	Caractère indispensable.....	151
7.4.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	152
7.4.4.	Absence d'élimination de la concurrence	152
7.5.	Exemples	152
8.	Conditions générales	156
8.1.	Définitions.....	156
8.2.	Marchés en cause	156
8.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	156
8.3.1.	Principaux problèmes de concurrence	156
8.3.2.	Restriction de la concurrence par objet.....	157
8.3.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	157
8.4.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3.....	159
8.4.1.	Gains d'efficience	159
8.4.2.	Caractère indispensable.....	159
8.4.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	159
8.4.4.	Absence d'élimination de la concurrence	159
8.5.	Exemples	159
9.	Accords de durabilité	161
9.1.	Introduction	161
9.2.	Accords de durabilité peu susceptibles de poser des problèmes de concurrence	164
9.3.	Appréciation des accords de durabilité au sens de l'article 101, paragraphe 1.....	165
9.3.1.	Principes généraux	165

9.3.2.	Accords de normalisation en matière de durabilité.....	166
9.4.	Appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 3	171
9.4.1.	Gains d'efficience	171
9.4.2.	Caractère indispensable.....	172
9.4.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	174
9.4.4.	Absence d'élimination de la concurrence	179
9.5.	Participation des autorités publiques.....	180
9.6.	Exemples	180

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale

1. INTRODUCTION

1.1. Objet et structure des présentes lignes directrices

1. Les présentes lignes directrices remplacent les lignes directrices de 2011 sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale¹. Elles visent à apporter la sécurité juridique en aidant les entreprises dans l'appréciation de la compatibilité de leurs accords de coopération horizontale au regard des règles de concurrence de l'Union, tout en assurant une protection efficace de la concurrence. Elles ont également pour but de faciliter la coopération des entreprises de manière économiquement souhaitable et ainsi, par exemple, de contribuer aux transitions écologique et numérique et de favoriser la résilience du marché intérieur².
2. Les présentes lignes directrices énoncent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords de coopération horizontale et des pratiques concertées au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après l'«article 101») et fournissent un cadre analytique visant à faciliter l'autoévaluation des types d'accords de coopération horizontale les plus courants:
 - le premier chapitre comporte une introduction décrivant le contexte dans lequel l'article 101 s'applique aux accords de coopération horizontale. Ce chapitre explique également la relation entre les présentes lignes directrices et d'autres orientations, actes législatifs et jurisprudences concernant les accords de coopération horizontale. Les orientations fournies dans les chapitres 2 à 9 relatives aux types spécifiques d'accords de coopération horizontale complètent les orientations plus générales données dans ce chapitre introductif. Il est donc recommandé de toujours lire ce chapitre dans un premier temps et de se référer aux chapitres spécifiques dans un second temps;
 - le chapitre 2 aborde les accords de recherche et de développement («R&D»), en tenant compte des orientations en matière d'application du règlement (UE) n° 2023/1066 de la Commission (ci-après le «*REC applicable à la R&D*»)³;
 - le chapitre 3 concerne les accords de production, en tenant compte des orientations en matière d'application du règlement (UE) n° 2023/1067 de la Commission (ci-après le «*REC applicable aux accords de spécialisation*»)⁴;

¹ JO C 11 du 14.1.2011, p. 1.

² Voir également la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020: construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe», COM(2021) 350 final.

³ Règlement (UE) n° 2023/1066 de la Commission du 1^{er} juin 2023 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 143 du 2.6.2023, p. 9).

- le chapitre 4 concerne les accords d’achat;
 - le chapitre 5 concerne les accords de commercialisation;
 - le chapitre 6 concerne l’échange d’informations;
 - le chapitre 7 concerne les accords de normalisation;
 - le chapitre 8 concerne les conditions générales.
3. En outre, la Commission s’étant engagée à atteindre les objectifs du pacte vert pour l’Europe⁵, le chapitre 9 fournit des indications sur la façon dont les types d’accords de coopération horizontale les plus courants seront appréciés au regard de l’article 101 lorsqu’ils poursuivent des objectifs de développement durable.
 4. Étant donné le nombre élevé de types de coopération horizontale et de leurs combinaisons possibles, ainsi que le large éventail de conditions de marché dans lesquelles elles peuvent opérer, il est difficile d’apporter des orientations adaptées à chaque scénario envisageable. Les présentes lignes directrices ne constituent donc pas une liste de contrôle («checklist») à appliquer mécaniquement. Il convient d’apprécier chaque cas sur la base des faits qui le caractérisent.
 5. Les orientations que comportent les présentes lignes directrices s’appliquent aux accords de coopération horizontale relatifs aux biens, aux services et aux technologies.
 6. Les accords de coopération horizontale peuvent combiner différents stades de coopération, par exemple des activités de R&D avec la production ou la commercialisation des résultats issus des activités de R&D. Ce type d’accords de coopération combinés est aussi couvert par les présentes lignes directrices. De façon générale, lors de l’utilisation des présentes lignes directrices en vue de l’appréciation de ce type d’accords combinés, tous les chapitres concernant les différents stades de la coopération seront pertinents. Toutefois, pour apprécier si un comportement donné constitue une restriction de la concurrence par objet ou par effet, les orientations fournies dans le chapitre concernant la partie de la coopération combinée pouvant être considérée comme constituant le «centre de gravité» de celle-ci prévalent pour l’ensemble de la coopération.
 7. Deux éléments en particulier sont importants aux fins de la détermination du centre de gravité de ce type d’accords de coopération combinée: premièrement, le point de départ de la coopération et, deuxièmement, le degré d’intégration des différentes fonctions qui sont combinées. Bien qu’il ne soit pas possible de définir une règle précise et évidente qui s’appliquerait à tous les cas et à toutes les combinaisons possibles, les dispositions suivantes s’appliquent en général:
 - (a) le centre de gravité d’un accord de coopération horizontale impliquant à la fois la R&D conjointe et la production conjointe (ou la distribution conjointe) des résultats est généralement la R&D conjointe, à condition que la production conjointe (ou la distribution conjointe) n’ait lieu que si la R&D conjointe

⁴ Règlement (UE) n° 2023/1067 de la Commission du 1^{er} juin 2023 relatif à l’application de l’article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne à certaines catégories d’accords de spécialisation (JO L 143 du 2.6.2023, p. 20).

⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Le pacte vert pour l’Europe», COM(2019) 640 final.

aboutit. Dans le cas où les résultats de la R&D conjointe sont déterminants pour la production conjointe (ou distribution conjointe) ultérieure, les orientations présentées dans le chapitre relatif aux accords de R&D prévalent. Le centre de gravité de la coopération ne serait pas le même si les parties s'étaient engagées de toute façon dans une production conjointe (ou distribution conjointe), c'est-à-dire indépendamment de la R&D conjointe. Dans ce cas, la coopération devrait être plutôt appréciée en tant qu'accord de production conjointe (ou commercialisation conjointe) et les orientations figurant dans le chapitre relatif aux accords de production (ou commercialisation conjointe) prévalent. Si l'accord prévoit une intégration totale des activités de production des parties et une intégration seulement partielle de certaines activités de R&D, le centre de gravité de la coopération serait la production conjointe;

- (b) le centre de gravité d'un accord de coopération horizontale impliquant à la fois la spécialisation dans la production et la commercialisation conjointe des résultats est généralement la spécialisation, dans la mesure où la commercialisation conjointe n'a généralement lieu que du fait de la spécialisation;
- (c) le centre de gravité d'un accord de coopération horizontale impliquant la production conjointe et la commercialisation conjointe des produits est généralement la production conjointe, dans la mesure où la commercialisation conjointe ne peut généralement avoir lieu que du fait de la production conjointe.

8. Le critère du centre de gravité ne s'applique qu'à la relation entre les chapitres des présentes lignes directrices, et non à la relation entre les règlements d'exemption par catégorie. La portée d'un règlement d'exemption par catégorie est définie par ses propres dispositions (voir chapitre 2 pour le REC applicable à la R&D et chapitre 3 pour le REC applicable aux accords de spécialisation). Bien que les exemples cités au point 7 indiquent de manière générale où se situe le centre de gravité d'un accord de coopération horizontale combinée, une analyse au cas par cas fondée sur le contexte juridique et économique spécifique de chaque accord est nécessaire dans la pratique.

1.2. Applicabilité de l'article 101 aux accords de coopération horizontale

1.2.1. Introduction

- 9. L'article 101 a pour but d'éviter que les entreprises ne recourent à des accords de coopération horizontale pour empêcher, restreindre ou fausser la concurrence sur le marché intérieur, au détriment, en fin de compte, des consommateurs.
- 10. L'article 101 s'applique aux entreprises et aux associations d'entreprises. Une entreprise désigne toute entité constituée d'éléments personnels, matériels et immatériels exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement⁶. Une association d'entreprises désigne un organisme par l'intermédiaire duquel les entreprises de la même branche

⁶ Voir, par exemple, arrêt du 25 mars 2021, Deutsche Telekom/Commission, C-152/19 P, EU:C:2021:238, point 72 et jurisprudence citée.

coordonnent leur comportement sur le marché⁷. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux accords de coopération horizontale conclus entre entreprises et aux décisions d'associations d'entreprises.

11. Lorsqu'une société exerce une influence déterminante sur une autre société, elles forment une entité économique unique et font donc partie de la même entreprise⁸. Les sociétés faisant partie de la même entreprise ne sont pas considérées comme concurrentes aux fins des présentes lignes directrices, même si elles opèrent toutes les deux sur le ou les mêmes marchés de produits et le ou les mêmes marchés géographiques en cause.
12. Aux fins de la constatation de la responsabilité pour des infractions à l'article 101, la Cour de justice a jugé que les sociétés mères et leur entreprise commune font partie d'une même unité économique et forment ainsi une seule entreprise en ce qui concerne le droit de la concurrence et les marchés en cause, dans la mesure où il est prouvé que les sociétés mères exercent une influence déterminante sur l'entreprise commune⁹. Au regard de cette jurisprudence, la Commission n'appliquera généralement pas l'article 101 aux accords ou aux pratiques concertées entre les sociétés mères et leur entreprise commune dans la mesure où ils concernent des comportements qui surviennent sur le ou les marchés en cause où l'entreprise commune est présente et pendant les périodes au cours desquelles les sociétés mères exercent une influence déterminante sur l'entreprise commune. Toutefois, la Commission appliquera généralement l'article 101 aux catégories d'accords suivantes:
 - (a) accords entre sociétés mères pour créer une entreprise commune;
 - (b) accords entre sociétés mères pour modifier le champ d'activité de leur entreprise commune;
 - (c) accords entre sociétés mères et leur entreprise commune concernant des produits ou des étendues géographiques dans lesquels l'entreprise commune n'est pas active; et
 - (d) accords entre sociétés mères n'impliquant pas leur entreprise commune, même si l'accord concerne des produits ou des étendues géographiques dans lesquels l'entreprise commune est active.

⁷ Au sens de l'arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 76, et des conclusions de l'Avocat général Léger du 10 juillet 2001, Wouters, C-309/99, EU:C:2001:390, point 61.

⁸ Voir, par exemple, arrêt du 24 octobre 1996, Viho, C-73/95 P, EU:C:1996:405, point 51. Il peut être présumé que la société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale lorsqu'une filiale est détenue à 100 % par sa société mère ou lorsque la société mère détient l'ensemble des droits de vote associés aux actions de sa filiale; voir, par exemple, arrêt du 10 septembre 2009, Akzo, C-97/08 P, EU:C:2009:536, points 60 et suivants, arrêt du 27 janvier 2021, The Goldman Sachs Group Inc/Commission, C-595/18 P, EU:C:2021:73, point 36.

⁹ Arrêt du 26 septembre 2013, EI du Pont de Nemours and Company, C-172/12 P, EU:C:2013:601, point 47, et arrêt du 14 septembre 2017, LG Electronics Inc. et Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P et C-622/15 P, EU:C:2017:679, points 71 et 76.

13. Le fait qu'une entreprise commune et ses sociétés mères soient considérées comme faisant partie de la même entreprise sur un marché déterminé n'empêche pas que, sur les autres marchés, ces sociétés mères soient considérées comme indépendantes.¹⁰
14. Pour que l'article 101 s'applique à une coopération horizontale, il doit exister une forme de coordination entre les concurrents, à savoir un accord conclu entre entreprises, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée.

Aux fins de l'article 101 et des présentes lignes directrices, un accord désigne l'expression de la volonté concordante de deux ou plusieurs entreprises de coopérer¹¹. Une pratique concertée est une forme de coordination entre les entreprises dans le cadre de laquelle elles n'ont pas conclu d'accord, mais substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence¹². La notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments¹³.

15. L'existence d'un accord, d'une pratique concertée ou d'une décision d'association d'entreprises n'indique pas par elle-même qu'il existe une restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Pour plus de facilité, sauf indication contraire, dans les présentes lignes directrices, le terme «accord» couvre également les pratiques concertées et les décisions d'associations d'entreprises.
16. Des accords de coopération horizontale peuvent être conclus entre des concurrents existants ou potentiels. Deux entreprises sont considérées comme des concurrents existants si elles sont présentes sur le même marché de produits et le même marché géographique. Une entreprise est considérée comme un concurrent potentiel d'une autre entreprise si, en l'absence d'un accord, il est probable qu'elle consentirait rapidement¹⁴ à des investissements supplémentaires ou à d'autres coûts d'adaptation nécessaires pour pouvoir entrer sur le marché en cause sur lequel opère l'autre entreprise. Cette évaluation doit se fonder sur une approche réaliste, la possibilité purement théorique d'une entrée sur le marché n'étant pas suffisante¹⁵. Lorsque les

¹⁰ Arrêt du 14 septembre 2017, LG Electronics Inc. et Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P et C-622/15 P, EU:C:2017:679, point 79.

¹¹ Voir, par exemple, arrêt du 13 juillet 2006, Commission/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, point 37.

¹² Voir, par exemple, arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, EU:C:2009:343, point 26; arrêt du 31 mars 1993, Wood Pulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, EU:C:1993:120, point 63.

¹³ Arrêt du 19 mars 2015, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 126 et jurisprudence citée.

¹⁴ Ce qu'il convient d'entendre par «rapidement» est fonction du contexte juridique et économique et des faits de l'affaire traitée et, notamment, de la question de savoir si l'entreprise en cause est partie à l'accord de coopération horizontale ou constitue une partie tierce. Lorsqu'elle emploie le terme «rapidement» pour déterminer si une partie à un accord doit être vue comme un concurrent potentiel d'une autre partie, la Commission considérera en principe que le terme «rapidement» fait référence à une période plus longue que lorsqu'il s'agit d'analyser la capacité d'un tiers à exercer une pression concurrentielle sur les parties à un accord. Pour qu'un tiers soit considéré comme un concurrent potentiel, l'entrée sur le marché doit s'effectuer suffisamment rapidement pour que la menace d'une entrée potentielle pèse sur le comportement des parties et des autres acteurs du marché. Pour ces raisons, le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de R&D et le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de spécialisation considèrent une période n'excédant pas trois ans comme synonyme de «rapidement».

¹⁵ Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, points 37 et 38.

présentes lignes directrices se réfèrent aux concurrents, elles visent aussi bien les concurrents existants que les concurrents potentiels, sauf indication contraire.

Pour apprécier si une entreprise peut être considérée comme un concurrent potentiel d'une autre entreprise, les considérations suivantes peuvent être pertinentes:

- (a) si l'entreprise a la détermination ferme ainsi que la capacité propre d'entrer rapidement sur le marché et ne se heurte pas à des barrières à l'entrée présentant un caractère insurmontable¹⁶;*
- (b) si l'entreprise a effectué des démarches préparatoires suffisantes lui permettant d'accéder au marché concerné;*
- (c) les possibilités réelles et concrètes que l'entreprise absente d'un marché intègre ledit marché et exerce une concurrence sur la ou les autres entreprises, la seule possibilité purement hypothétique ou même le simple souhait ou désir d'entrée sur un marché n'étant pas suffisante;*
- (d) la structure du marché et le contexte économique et juridique régissant son fonctionnement¹⁷;*
- (e) la perception d'une entreprise en place sur le marché est un élément pertinent pour l'appréciation de l'existence d'une relation concurrentielle entre celle-ci et une entreprise extérieure au marché dès lors que, si cette dernière est perçue comme un entrant potentiel sur le marché, elle peut, par sa seule existence, exercer une pression concurrentielle sur l'entreprise en place sur le marché.*

1.2.2. Cadre de l'analyse

17. L'appréciation sur la base de l'article 101 s'effectue en deux étapes. La première, en vertu de l'article 101, paragraphe 1, 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 restrictifs réels ou potentiels¹⁸ sur la concurrence.
18. La seconde étape, au regard de l'article 101, paragraphe 3, qui n'a lieu d'être que s'il est avéré qu'un accord restreint le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, consiste à déterminer les avantages produits par l'accord et à évaluer si ces avantages compensent les inconvénients pour la concurrence¹⁹. La mise en balance de ces effets restrictifs de concurrence et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 101, paragraphe 3²⁰. Si une

¹⁶ L'existence d'un brevet ne peut pas être considérée, en soi, comme une telle barrière présentant un caractère insurmontable. Voir arrêt du 25 mars 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, points 38 et 58 à 59.

¹⁷ Voir, par exemple, arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, points 36 à 58.

¹⁸ L'article 101, paragraphe 1, interdit les effets anticoncurrentiels tant réels que potentiels; voir, par exemple, arrêt du 28 mai 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, point 77; arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, point 50

¹⁹ Voir arrêt du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 95.

²⁰ Voir arrêt du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, EU:T:2003:281, point 107; arrêt du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, affaire T-112/99, EU:T:2001:215, point 74; arrêt du 2 mai 2006, O2/Commission, T-328/03, EU:T:2006:116, points 69 et suivants. La prise en considération des effets proconcurrentiels permet d'apprécier la gravité objective d'une pratique. Il ne s'agit pas d'une «règle de raison», en vertu de laquelle il faudrait mettre en balance les effets pro et anticoncurrentiels d'un accord lorsqu'il doit être qualifié de «restriction de la

restriction de la concurrence n'est pas compensée par des avantages pour les consommateurs sur le marché en cause, l'article 101, paragraphe 2, dispose que l'accord est alors nul de plein droit.

19. L'article 101 ne s'applique pas lorsqu'un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises soit par une législation nationale, soit par un cadre juridique national qui élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de la part des entreprises concernées²¹. Dans de telles situations, les entreprises sont empêchées de s'engager dans des comportements autonomes qui pourraient empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence²². Le fait que les autorités publiques encouragent un accord de coopération horizontale ne signifie pas que celui-ci est autorisé en vertu de l'article 101²³. Les entreprises restent soumises à l'article 101 si une loi nationale se limite à inciter ou à faciliter l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel autonome, par exemple, si les autorités publiques incitent les entreprises à conclure des accords de coopération horizontale afin d'atteindre un objectif d'ordre public par l'intermédiaire de l'autorégulation.

1.2.3. *Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1*

1.2.3.1. Avantages de la coopération horizontale

20. Les accords de coopération horizontale peuvent produire des avantages économiques substantiels, y compris des avantages en matière de durabilité, en particulier lorsqu'ils combinent des activités, des compétences ou des actifs complémentaires. La coopération horizontale peut être un moyen de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, d'accroître les investissements, de mettre en commun un savoir-faire, d'améliorer la qualité et la diversité des produits et de lancer plus rapidement des innovations sur le marché. De même, la coopération horizontale peut constituer un moyen de résoudre les pénuries et les perturbations dans des chaînes d'approvisionnement ou de réduire les dépendances à l'égard de certains produits, services et technologies.

1.2.3.2. Préoccupations liées à la coopération horizontale

21. Les accords de coopération horizontale peuvent néanmoins limiter le jeu de la concurrence sur le marché en cause de plusieurs manières. Ce type d'accord peut, par exemple, entraîner une collusion entre les parties ou un verrouillage anticoncurrentiel.

Un accord de coopération horizontale peut diminuer l'autonomie décisionnelle des parties et augmenter, par conséquent, la probabilité d'une coordination de leur comportement afin d'aboutir à une collusion. Il peut aussi rendre la coordination plus facile, plus stable ou plus efficace pour les parties qui se coordonnaient déjà auparavant, soit en rendant leur coordination plus solide, soit en leur permettant de pratiquer des prix plus élevés. La coopération horizontale peut, par exemple,

concurrence» au sens de l'article 101, paragraphe 1, voir arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, point 104.

²¹ Voir arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, points 80 et 81. Cette possibilité a fait l'objet d'une interprétation restrictive; voir, par exemple, arrêt du 29 octobre 1980, Van Landewyck, affaires jointes 209 à 215 et 218/78, EU:C:1980:248, points 130 à 134; arrêt du 11 novembre 1997, Ladbroke Racing, C-359/95 P et C-379/95 P, EU:C:1997:531, points 33 et suivants.

²² Arrêt du 9 septembre 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, points 54 et suivants.

²³ Voir, par exemple, arrêt du 13 décembre 2006, FNCBV e.a./Commission (Viandes bovines françaises), T-217/03 et T-245/03, EU:T:2006:391, point 92.

entraîner la révélation d'informations commercialement sensibles, et accroître ainsi la probabilité d'une coordination entre les parties à l'intérieur ou à l'extérieur du domaine de la coopération. De plus, les parties peuvent réaliser un partage des coûts important (c'est-à-dire la proportion de coûts variables que les parties ont en commun), ce qui leur permet de coordonner plus facilement leurs prix sur le marché et leur production. Une perte de concurrence peut également avoir des conséquences négatives sur la qualité ou la variété des produits, sur l'innovation et sur d'autres paramètres de la concurrence.

Certains accords de coopération horizontale, comme les accords de production et les accords de normalisation, peuvent entraîner un verrouillage anticoncurrentiel. L'accord peut empêcher ou restreindre les concurrents des parties dans l'exercice d'une concurrence efficace, par exemple lorsqu'on leur a refusé l'accès à un intrant important ou bloqué une voie importante vers le marché. Un échange d'informations commercialement sensibles peut également placer des concurrents non liés dans une situation de désavantage concurrentiel significatif par rapport aux entreprises participant à l'échange.

1.2.4. Restrictions de la concurrence par objet

22. Certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence²⁴. Dans de tels cas, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets réels ou potentiels du comportement sur le marché dès lors que son objet anticoncurrentiel a été établi²⁵.
23. Le concept de restrictions de la concurrence «par objet» est d'interprétation stricte et ne peut être appliqué qu'à certains accords entre entreprises qui révèlent, en eux-mêmes et compte tenu du contenu de leurs dispositions, de leurs objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour que l'on puisse considérer qu'il n'y a pas lieu d'en apprécier les effets²⁶.
24. Selon la jurisprudence, les restrictions peuvent être qualifiées de restrictions «par objet» sur la base d'une expérience suffisamment fiable et solide pour considérer que l'accord en cause est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence²⁷, ou sur la base des caractéristiques spécifiques de l'accord, dont il est possible de déduire sa nocivité particulière pour la concurrence, le cas échéant à l'issue d'une analyse détaillée de l'accord, de ses objectifs et de son contexte économique et juridique²⁸.

²⁴ Voir, par exemple, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, points 49 et 50.

²⁵ Voir, par exemple, arrêt du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 55; arrêt du 20 novembre 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, point 16; arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, EU:C:2009:343, points 29 et suivants; arrêt du 28 mai 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, point 77.

²⁶ Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, point 66 et jurisprudence citée.

²⁷ Arrêt du 2 avril 2020, Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank Nyrt. e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, points 76 et 79.

²⁸ Voir arrêt du 25 mars 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, points 130 et 131, et arrêt du 25 mars 2021, Sun/Commission, C-586/16 P, EU:C:2021:241, point 86. Le fait que la Commission n'ait

25. Pour établir une restriction «par objet», il n'est pas nécessaire de trouver un lien direct entre l'accord et les prix à la consommation²⁹. L'article 101 vise à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle³⁰.
26. Afin de déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel³¹, il convient de considérer les éléments suivants:
 - (a) le contenu de l'accord,
 - (b) les objectifs qu'il vise à atteindre, et
 - (c) le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère.
27. Lors de l'appréciation de ce contexte juridique et économique, il y a également lieu de prendre en considération³²:
 - (a) la nature des biens ou des services affectés, et
 - (b) les conditions réelles du fonctionnement et la structure du ou des marchés en question³³.
28. Lorsque les parties évoquent les éventuels effets proconcurrentiels d'un accord, ces effets doivent être dûment pris en compte en tant qu'éléments de contexte aux fins de la qualification de l'accord de restriction par objet, dans la mesure où ils sont susceptibles de remettre en cause l'appréciation globale du degré suffisamment nocif de l'accord à l'égard de la concurrence³⁴. Toutefois, à ces fins, ces effets proconcurrentiels doivent non seulement être avérés et pertinents, mais également propres à l'accord concerné et suffisamment importants³⁵.
29. L'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, mais elle peut être prise en considération³⁶.

pas considéré précédemment qu'un accord similaire à l'accord en cause était restrictif «par objet» ne l'empêche pas, en soi, de le faire à l'avenir.

²⁹ Le prix est un des paramètres de la concurrence, en plus des paramètres tels que la production, la qualité des produits, la diversité des produits ou l'innovation.

³⁰ Arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands et autres*, C-8/08, EU:C:2009:343, points 38 et 39; arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 125. Arrêt du 12 janvier 2023, *HSBC/Commission*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, point 121.

³¹ La Commission considère que les restrictions qualifiées de restrictions caractérisées dans les règlements d'exemption par catégorie, les lignes directrices et les communications constituent généralement des restrictions par objet.

³² En ce qui concerne les accords pour lesquels la Cour de justice de l'Union européenne a déjà jugé qu'ils constituaient des violations particulièrement graves des règles de concurrence, l'analyse du contexte juridique et économique peut se limiter à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction par objet, voir arrêt du 20 janvier 2016, *Toshiba*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, point 29.

³³ Voir arrêt du 11 septembre 2014, *CB/Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 53; arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 117, et arrêt du 2 avril 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, EU:C:2020:265, point 51.

³⁴ Arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK)*, C-307/18, EU:C:2020:52, points 103 à 107 et arrêt du 12 janvier 2023, *HSBC/Commission*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, point 139.

³⁵ Arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK)*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 107.

³⁶ Voir, par exemple, arrêt du 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, C-32/11, EU:C:2013:160, point 37; arrêt du 11 septembre 2014, *CB/Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 54; et arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 118.

1.2.5. Effets restrictifs sur la concurrence

30. Un accord de coopération horizontale qui ne présente pas, en lui-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence peut néanmoins avoir des effets restrictifs sur la concurrence. Pour qu'un accord de coopération horizontale ait des effets restrictifs sur la concurrence, il doit avoir, ou être susceptible d'avoir, une incidence défavorable sensible sur au moins un des paramètres de la concurrence sur le marché, tels que le prix, la production, la qualité ou la diversité des produits, ou l'innovation. Pour établir si tel est le cas, il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel dans lequel il s'exercerait si l'accord n'avait pas existé³⁷.
31. Les accords sont susceptibles d'avoir des effets restrictifs lorsqu'ils diminuent sensiblement le jeu de la concurrence soit entre les entreprises étant parties à l'accord, soit entre l'une quelconque de ces parties et un tiers. Cela signifie que l'accord doit avoir pour effet de réduire l'autonomie décisionnelle des parties³⁸, soit du fait des obligations contenues dans l'accord qui régissent le comportement sur le marché d'au moins une des parties, soit en influant sur le comportement sur le marché d'au moins une des parties, par exemple en modifiant ses incitations.
32. Afin de déterminer si un accord a des effets restrictifs, il convient de considérer les éléments suivants:
 - (a) la nature et la teneur de l'accord,
 - (b) le cadre concret dans lequel la coopération s'insère, notamment le contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, la nature des biens ou des services concernés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et la structure du ou des marchés en question³⁹;
 - (c) la mesure dans laquelle les parties, individuellement ou conjointement, possèdent ou obtiennent un certain pouvoir de marché⁴⁰ et la mesure dans

³⁷ Arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK)*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 118; arrêt du 12 décembre 2018, *Krka/Commission*, T-684/14, EU:T:2018:918, point 315; et arrêt du 11 septembre 2014, *MasterCard/Commission*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 166.

³⁸ Arrêt du 28 mai 1998, *John Deere*, C-7/95 P, EU:C:1998:256, point 88; arrêt du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, point 51.

³⁹ Arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK)*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 116 et jurisprudence citée. Le cadre réel de la coopération peut inclure des facteurs tels que l'existence de possibilités suffisantes pour les clients de changer de fournisseur; la probabilité que les concurrents accroissent leur offre en cas d'augmentation des prix; la question de savoir si le marché présente des caractéristiques propices à la coordination; la question de savoir si les activités concernées par la coopération représentent une forte proportion des coûts variables des parties sur le marché en cause, etc. Il peut également être utile d'évaluer si les parties combinent dans une large mesure leurs activités concernées par la coopération en question. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'elles fabriquent ou achètent conjointement un produit intermédiaire qui constitue un intrant important pour leur production de produits en aval, ou lorsqu'elles produisent ou distribuent conjointement une part importante de leur production totale d'un produit final.

⁴⁰ Le pouvoir de marché se définit comme la capacité de maintenir avantageusement les prix à des niveaux supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir avantageusement la production en ce qui concerne les quantités, la qualité et la diversité des produits ou l'innovation, à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu de la concurrence, et ce pendant un certain laps de temps. Le degré de pouvoir de marché normalement requis pour conclure à une infraction à l'article 101, paragraphe 1, est inférieur à celui qui est requis pour conclure à l'existence d'une position dominante au regard de l'article 102.

laquelle l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir de marché ou permet aux parties de l'exploiter;

(d) les effets restrictifs sur la concurrence peuvent être réels et potentiels, mais ils doivent être, en tout état de cause, suffisamment sensibles⁴¹.

33. Dans certains cas, les entreprises concluent des accords de coopération horizontale car, sur la base de facteurs objectifs, elles ne seraient pas en mesure de réaliser seules le projet ou l'activité couverts par la coopération, par exemple en raison de leurs compétences techniques limitées. De tels accords de coopération horizontale n'ont généralement pas d'effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, sauf si les parties auraient pu réaliser le projet avec des restrictions moins sévères⁴².

1.2.6. Restrictions accessoires

34. Lorsque des entreprises s'engagent dans une coopération qui ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, parce qu'elle a des effets neutres ou positifs sur la concurrence, une restriction de l'autonomie commerciale d'une ou de plusieurs des entreprises participantes ne relève pas non plus de cette interdiction, à condition que cette restriction soit objectivement nécessaire à la mise en œuvre de la coopération et qu'elle soit proportionnée aux objectifs de la coopération (ce que l'on appelle les «restrictions accessoires»)⁴³. Pour déterminer si une restriction constitue une restriction accessoire, il est nécessaire d'examiner si la réalisation de la coopération serait impossible en l'absence de la restriction en question. Le fait que la coopération soit simplement rendue plus difficilement réalisable ou moins profitable en l'absence de la restriction en cause ne saurait être considéré comme conférant à cette restriction le caractère «objectivement nécessaire» et, partant, accessoire⁴⁴.

1.2.7. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3

35. L'appréciation des restrictions de la concurrence par objet ou par effet au regard de l'article 101, paragraphe 1, n'est que l'un des volets de l'analyse au regard de l'article 101. L'autre volet consiste à évaluer si un accord restrictif remplit les conditions de l'article 101, paragraphe 3⁴⁵. S'il est établi qu'un accord restreint la concurrence par objet ou par effet au sens de l'article 101, paragraphe 1, il est possible d'invoquer l'article 101, paragraphe 3, à titre de défense. Il incombe à l'entreprise ou aux entreprises qui invoquent le bénéfice des dispositions de l'article 101, paragraphe 3, d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies⁴⁶. En d'autres termes, il revient à la ou aux entreprises de

⁴¹ Arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 52.

⁴² Voir également le point 18 des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97) («lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3»).

⁴³ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 89; arrêt du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission, affaire 42/84, EU:C:1985:327, points 19 et 20; arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia, affaire 161/84, EU:C:1986:41, points 15 à 17; arrêt du 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, point 35, et arrêt du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, EU:C:1995:434, points 12 à 15.

⁴⁴ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 91.

⁴⁵ L'approche générale lors de l'application de l'article 101, paragraphe 3, est présentée dans les lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

⁴⁶ Voir l'article 2 du règlement (CE) n° 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).

prouver que l'accord considéré est susceptible de produire des effets proconcurrentiels⁴⁷.

36. L'application de l'exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, est subordonnée à quatre conditions cumulatives, dont deux sont positives et deux sont négatives:

- (a) l'accord doit entraîner des gains d'efficience, c'est-à-dire contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique;
- (b) les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs, à savoir ces gains d'efficience;
- (c) les consommateurs doivent recevoir une partie équitable du profit qui en résulte; en d'autres termes, les gains d'efficience, y compris d'ordre qualitatif, réalisés au moyen des restrictions indispensables doivent être répercutés de manière suffisante sur les consommateurs, de façon à au moins dédommager ceux-ci des effets restrictifs de l'accord. De ce fait, les gains d'efficience qui ne profitent qu'aux parties à l'accord sont insuffisants. Aux fins des présentes lignes directrices, la notion de «consommateurs» englobe les clients des parties à l'accord et les acheteurs ultérieurs⁴⁸;
- (d) l'accord ne doit pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

37. Le REC applicable à la R&D et le REC applicable aux accords de spécialisation partent du postulat que la combinaison de compétences ou d'actifs complémentaires peut être source de gains d'efficience substantiels pour ce qui est des accords de R&D et des accords de spécialisation. D'autres types de coopération horizontale peuvent également combiner des compétences et des actifs pour produire des gains d'efficience substantiels. L'analyse des gains d'efficience générés par un accord de coopération au regard de l'article 101, paragraphe 3, consiste donc, dans une large mesure, à déterminer les compétences et ressources complémentaires que chacune des parties apporte à la coopération, ainsi qu'à évaluer si les gains d'efficience qui en résultent sont tels que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies.

Les accords de coopération horizontale peuvent produire divers types de complémentarités. Un accord de R&D peut rassembler différentes capacités de recherche et mettre en commun des compétences et actifs complémentaires, ce qui peut avoir pour résultat le développement et la commercialisation de produits ou de technologies nouveaux ou améliorés, qui n'auraient pas pu exister autrement. D'autres accords de coopération horizontale peuvent permettre aux parties d'unir leurs forces pour concevoir, produire et commercialiser des produits ou d'acheter conjointement des produits ou services dont elles ont besoin pour leurs activités.

38. Les accords de coopération horizontale ne prévoyant pas la mise en commun de compétences ou d'actifs complémentaires sont moins susceptibles de donner lieu à des gains d'efficience profitant aux consommateurs.

⁴⁷ Voir les points 51 à 58 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

⁴⁸ Plus de détails concernant la notion de «consommateurs» sont disponibles au point 84 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

1.2.8. *Accords de coopération horizontale qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1*

39. Les accords qui ne sont pas de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres (absence d'effets sur le commerce) ou qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence (accords d'importance mineure) ne relèvent pas du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1⁴⁹. La Commission a fourni des orientations sur l'absence d'effets sur le commerce dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité⁵⁰ (ci-après les «*lignes directrices relatives à l'affectation du commerce*») ainsi que sur les accords d'importance mineure dans sa communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵¹ (ci-après la «*communication de minimis*»). Les *lignes directrices relatives à l'affectation du commerce* et la *communication de minimis* sont particulièrement pertinentes concernant l'évaluation d'accords de coopération horizontale entre petites et moyennes entreprises («PME»)⁵². Les présentes lignes directrices sont sans préjudice des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce et la communication de minimis, ainsi que toute orientation future publiée par la Commission à cet égard.
40. Les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce exposent les principes élaborés par la Cour de justice de l'Union européenne afin d'interpréter la notion d'affectation du commerce et d'indiquer quand les accords ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Elles incluent une présomption négative réfutable applicable à tous les accords au sens de l'article 101, paragraphe 1, quelle que soit la nature des restrictions figurant dans ces accords, ainsi qu'aux accords contenant des restrictions caractérisées⁵³. Selon cette présomption, en principe, les accords de coopération horizontale ne peuvent pas affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque:
- (a) la part de marché totale des parties sur un marché en cause concerné par l'accord et situé dans l'Union n'excède pas 5 %, et
 - (b) le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans l'Union par les entreprises en cause avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 000 000 EUR⁵⁴. Dans le cas d'accords concernant l'achat conjoint de produits, le chiffre d'affaires pertinent est celui des achats combinés, par les parties, de produits couverts par l'accord.
41. Comme énoncé dans la communication de minimis, les accords de coopération horizontale conclus par les concurrents existants ou potentiels ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des

⁴⁹ Voir arrêt du 13 décembre 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, points 16 et 17, et la jurisprudence qui y est citée.

⁵⁰ JO C 101 du 27.4.2004, p. 81.

⁵¹ JO C 291 du 30.8.2014, p. 1.

⁵² Telles que définies dans l'annexe de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 36).

⁵³ Lignes directrices relatives à l'affectation du commerce, point 50.

⁵⁴ Lignes directrices relatives à l'affectation du commerce, point 52.

marchés en cause concernés par ledit accord⁵⁵. Cette règle générale admet deux exceptions. Premièrement, en ce qui concerne les restrictions par objet, l'article 101, paragraphe 1, s'applique indépendamment des parts de marché des parties. En effet, un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel peut constituer, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible de la concurrence⁵⁶. Deuxièmement, le seuil de part de marché de 10 % est réduit à 5 % lorsque, sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords⁵⁷.

42. En outre, les accords horizontaux conclus par des entreprises qui possèdent une part de marché totale supérieure à 10 % ne sont pas présumés relever automatiquement du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1. De tels accords peuvent tout de même ne pas avoir d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou ne pas constituer une restriction sensible de la concurrence⁵⁸. Ils doivent donc être appréciés dans leur contexte juridique et économique. Les présentes lignes directrices incluent des critères pour l'appréciation individuelle de ces accords.

1.3. Relations avec d'autres orientations, actes législatifs et jurisprudences

43. Les accords conclus entre des entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution, autrement dit les accords verticaux, sont généralement couverts par le règlement (UE) 2022/720⁵⁹ de la Commission (ci-après le «*règlement d'exemption*») et la communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales⁶⁰ (ci-après les «*lignes directrices verticales*»). Toutefois, lorsque des accords verticaux sont conclus entre des concurrents, ils peuvent soulever des problèmes de concurrence similaires à ceux que posent les accords horizontaux. C'est pourquoi les accords verticaux entre concurrents ne peuvent généralement pas bénéficier du règlement d'exemption⁶¹, et doivent d'abord être évalués à l'aide des présentes lignes directrices. Si cette évaluation permet de conclure que l'accord ne pose pas de problèmes horizontaux, toute restriction verticale contenue dans l'accord doit, en outre, être évaluée sur la base des lignes directrices verticales.
44. Lorsque les présentes lignes directrices font référence au marché en cause, la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union⁶² (ci-après la «*communication sur la définition du*

⁵⁵ Communication de minimis, point 8.

⁵⁶ Arrêt du 13 décembre 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, point 37.

⁵⁷ Communication de minimis, point 10.

⁵⁸ Voir arrêt du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, T-7/93, EU:T:1995:98, point 98.

⁵⁹ Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 134 du 11.5.2022, p. 4).

⁶⁰ JO C 248 du 30.6.2022, p. 1.

⁶¹ Par exception à cette règle, les accords verticaux entre concurrents peuvent bénéficier du règlement d'exemption si l'accord est non réciproque et que i) le fournisseur est actif en amont en tant que producteur, importateur ou grossiste et en aval en tant qu'importateur, grossiste ou détaillant de biens, tandis que l'acheteur est un importateur, un grossiste ou un détaillant en aval et non une entreprise concurrente en amont où il achète les produits contractuels; ou ii) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au stade de l'activité commerciale où il achète les services contractuels (voir règlement d'exemption, article 2, paragraphe 4).

⁶² 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).

marché») donne des orientations quant aux règles, critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie aux fins de la définition des marchés en cause. Cette communication ainsi que toute future orientation de la Commission relative à la définition des marchés en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union devrait dès lors être prise en compte pour l'évaluation des accords de coopération horizontale au titre de l'article 101.

45. Même si les présentes lignes directrices contiennent des références aux ententes, elles ne sont pas destinées à donner une quelconque orientation sur ce qui, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et la pratique décisionnelle de la Commission, constitue ou non une entente.
46. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux accords de coopération horizontale les plus courants quel que soit le niveau d'intégration qu'ils entraînent, à l'exception des opérations qui constituent une concentration au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil⁶³ (ci-après le «*règlement sur les concentrations*»). Le règlement sur les concentrations s'applique, par exemple, à la création d'entreprises communes accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome («*entreprises communes de plein exercice*»)⁶⁴.
47. Les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords, décisions d'associations ou pratiques concertées de producteurs de produits agricoles qui sont liés à la production ou au commerce de ces derniers et qui visent à appliquer une norme de durabilité supérieure à celle requise par le droit de l'Union et le droit national ainsi qu'aux accords, décisions d'associations ou pratiques concertées qui sont exclus de l'application de l'article 101, paragraphe 1, au titre de l'article 210 *bis* du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil⁶⁵. Les présentes lignes directrices sont sans préjudice des lignes directrices susceptibles d'être publiées par la Commission en vertu de l'article 210 *bis*, paragraphe 5, du règlement (UE) n° 1308/2013. Cependant, les accords, décisions d'associations et pratiques concertées de producteurs de produits agricoles qui sont liés à la production

⁶³ 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).

⁶⁴ Voir article 3, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations. Afin de déterminer la présence d'une entreprise commune de plein exercice, la Commission examine si l'entreprise commune est autonome sur le plan opérationnel. Cela ne signifie pas qu'elle jouit d'une autonomie vis-à-vis de ses sociétés mères en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques [voir la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO C 95 du 16.4.2008, p. 1), points 91 à 109 («*communication juridictionnelle codifiée*»)]. Il convient également de rappeler que si la création d'une entreprise commune constituant une concentration au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations a pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée au regard de l'article 101 du traité (voir article 2, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations).

⁶⁵ Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil (JO L 347 du 20.12.2013, p. 671). Voir pour l'organisation commune des marchés du secteur de la pêche l'article 41 du règlement (UE) n° 1379/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits de la pêche et de l'aquaculture, modifiant les règlements (CE) n° 1184/2006 et (CE) n° 1224/2009 du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 104/2000 du Conseil (JO L 354 du 28.12.2013, p. 1).

ou au commerce de ces derniers et qui ne remplissent pas les conditions énoncées à l'article 210 *bis* du règlement (UE) n° 1308/2013 sont soumis à l'article 101, paragraphe 1.

48. L'appréciation au regard de l'article 101 telle qu'elle est décrite dans les présentes lignes directrices ne porte pas atteinte à l'application parallèle possible de l'article 102 du traité à des accords de coopération horizontale⁶⁶.
49. Les présentes lignes directrices ne préjugent pas de l'interprétation pouvant être donnée par la Cour de justice de l'Union européenne de l'application de l'article 101 aux accords de coopération horizontale.
50. Les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas lorsqu'il existe une réglementation sectorielle, comme c'est le cas pour certains accords relatifs à l'agriculture⁶⁷ ou aux transports⁶⁸. La Commission continuera de surveiller la mise en œuvre du REC applicable à la R&D et du REC applicable aux accords de spécialisation ainsi que des présentes lignes directrices, sur la base d'informations relatives au marché transmises par les parties prenantes et les autorités nationales de concurrence, et elle pourra réviser les présentes lignes directrices à la lumière de l'évolution de la situation et de l'état de ses connaissances.

2. ACCORDS DE RECHERCHE ET DE DÉVELOPPEMENT

2.1. Introduction

51. Le présent chapitre fournit des orientations sur l'appréciation au regard de la concurrence des accords de recherche et de développement («R&D») concernant les produits, les technologies ou les processus⁶⁹.
52. Les accords de R&D varient tant dans leur forme que dans leur champ d'application. Ils englobent les accords au titre desquels une partie finance des activités de R&D réalisées par une autre partie («R&D rémunérée»), les accords relatifs à l'amélioration conjointe de technologies et produits existants, et les accords portant sur le développement de technologies et produits qui créeraient une demande totalement nouvelle. La coopération en matière de R&D peut prendre la forme d'un accord de coopération ou d'une entreprise commune, à savoir une entreprise contrôlée en commun⁷⁰. Les entreprises peuvent également coopérer en prenant des formes plus libres, comme une coopération technique au sein de groupes de travail.

⁶⁶ Voir arrêt du 10 juillet 1990, Tetra Pak I, T-51/89, EU:T:1990:41, point 25 et suivants.

⁶⁷ Règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles (JO L 214 du 4.8.2006, p. 7).

⁶⁸ Règlement (CE) n° 169/2009 du Conseil du 26 février 2009 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 61 du 5.3.2009, p. 1), et règlement (CE) n° 906/2009 de la Commission du 28 septembre 2009 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 256 du 29.9.2009, p. 31).

⁶⁹ Dans le présent chapitre, les références aux «technologies» comprennent les technologies et les processus.

⁷⁰ Les présentes lignes directrices s'appliquent aux accords de coopération horizontale les plus courants quel que soit le niveau d'intégration qu'ils entraînent, à l'exception des opérations qui constituent une concentration au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004, telles que la création d'une entreprise commune de plein exercice. Voir également le point 46.

53. Les accords de R&D peuvent être conclus par des grandes entreprises, des PME⁷¹, des start-ups, des centres universitaires ou des instituts de recherche ou par une combinaison de ceux-ci.
54. Les accords de coopération en matière de R&D ont souvent des effets proconcurrentiels, en particulier lorsqu'ils rassemblent des entreprises dotées de compétences et d'actifs complémentaires et leur permettent de développer et de commercialiser des produits et des technologies nouveaux ou améliorés plus rapidement que ce ne serait normalement le cas. Toutefois, les accords de R&D peuvent également restreindre la concurrence de diverses manières. Premièrement, ils peuvent réduire ou freiner l'innovation, ce qui aboutit à la mise sur le marché de produits moins nombreux ou de qualité moindre, ou bien à la mise sur le marché de nouveaux produits plus tardive par rapport à ce qui aurait été le cas en l'absence de coopération. Cela peut se produire même lorsque la coopération concerne le développement de produits ou de technologies qui créeraient une demande totalement nouvelle, ou lorsqu'elle concerne les efforts précoces menés dans le domaine de l'innovation qui ne sont pas étroitement liés à un produit ou à une technologie spécifique, mais qui sont orientés vers une application ou une utilisation particulière. Deuxièmement, les accords de R&D peuvent entraîner une réduction de la concurrence entre les parties en dehors du cadre de l'accord de coopération et/ou, dans les cas où une ou plusieurs parties disposent d'un pouvoir de marché, le verrouillage anticoncurrentiel de tiers.
55. Le présent chapitre est structuré de la manière suivante:
- (a) la section 2.2 fournit des orientations sur l'application du REC applicable à la R&D, y compris les conditions d'exemption des accords de R&D, les seuils et les restrictions caractérisées et exclues;
 - (b) la section 2.3 fournit des orientations sur l'appréciation individuelle des accords de R&D au regard de l'article 101, paragraphe 1;
 - (c) la section 2.4 fournit des orientations sur l'appréciation individuelle des accords de R&D au regard de l'article 101, paragraphe 3;
 - (d) la section 2.5 fournit des orientations sur le moment pertinent pour l'appréciation des accords de R&D;
 - (e) la section 2.6 fournit des exemples d'accords de R&D hypothétiques, ainsi que des orientations sur leur appréciation au regard de la concurrence.

2.2. Le règlement d'exemption par catégorie applicable à la R&D («REC applicable à la R&D»)

56. Le REC applicable à la R&D⁷² exempte certains accords de R&D de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1. L'exemption prévue par le REC applicable à la R&D repose sur la présomption que, dans la mesure où un accord de R&D relève du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, et remplit les conditions énoncées dans le REC applicable à la R&D, il remplit généralement les quatre conditions

⁷¹ Telles que définies dans l'annexe de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 36).

⁷² Règlement (UE) n° 2023/1066 de la Commission du 1^{er} juin 2023 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 143 du 2.6.2023, p. 9).

cumulatives prévues à l'article 101, paragraphe 3. Pour des raisons de commodité, les entreprises qui ont l'intention de conclure un accord de R&D peuvent d'abord se demander si leur accord peut bénéficier du REC applicable à la R&D.

57. Les accords de R&D qui remplissent les conditions du REC applicable à la R&D sont compatibles avec l'article 101 et aucune autre appréciation n'est nécessaire⁷³. Lorsqu'un accord de R&D ne remplit pas les conditions du REC applicable à la R&D, il est nécessaire de procéder à une appréciation individuelle au titre de l'article 101 afin de déterminer, tout d'abord, si l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1⁷⁴, et, dans l'affirmative, s'il remplit les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

2.2.1. Définition de «recherche et de développement» dans le REC applicable à la R&D

58. Le REC applicable à la R&D définit le concept de «recherche et de développement» comme désignant les activités visant à permettre l'acquisition d'un savoir-faire relatif à des produits ou à des technologies, la réalisation d'analyses théoriques, d'études ou d'expérimentations systématiques, y compris la production expérimentale et de démonstration, les tests techniques de produits ou de procédés, la réalisation des installations nécessaires jusqu'à l'échelle du démonstrateur, et l'obtention de droits de propriété intellectuelle pour les résultats obtenus⁷⁵.

2.2.2. Définition des accords de R&D dans le REC applicable à la R&D

59. Le REC applicable à la R&D couvre les accords de R&D conclus entre deux ou plusieurs parties qui portent sur les conditions dans lesquelles les parties ont l'intention d'assurer⁷⁶:

- (a) des activités conjointes de R&D de produits ou de technologies contractuels incluant ou excluant l'exploitation conjointe des résultats de ces activités;
- (b) des activités rémunérées de R&D de produits ou de technologies contractuels incluant ou excluant l'exploitation conjointe des résultats de ces activités; ou
- (c) l'exploitation conjointe des résultats issus de la R&D de produits ou de technologies contractuels menée en vertu d'un accord concernant les activités conjointes de R&D [comme définies au point (a) ci-dessus] conclu antérieurement par les mêmes parties; ou
- (d) l'exploitation conjointe des résultats issus de la R&D de produits ou de technologies contractuels menée en vertu d'un accord concernant les activités rémunérées de R&D [comme définies au point (b) ci-dessus] conclu antérieurement par les mêmes parties.

60. Aux fins du REC applicable à la R&D, les notions de «produit contractuel» et de «technologie contractuelle» sont définies comme suit:

- (a) «produit contractuel»⁷⁷: un produit issu des activités conjointes ou rémunérées de R&D, ou produit en utilisant les technologies contractuelles, «produit»: un bien ou un service, qu'il soit final ou intermédiaire⁷⁸;

⁷³ À moins que et jusqu'à ce que la Commission ou une ANC retire le bénéfice de l'exemption par catégorie dans un cas individuel (voir section 2.2.6).

⁷⁴ Pour l'appréciation des accords de R&D au titre de l'article 101, paragraphe 1, voir section 2.3.

⁷⁵ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 3), du REC applicable à la R&D.

⁷⁶ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 1), du REC applicable à la R&D.

- (b) «technologie contractuelle»⁷⁹: une technologie ou un procédé issu des activités conjointes ou rémunérées de recherche et développement.
61. D'autres types d'accords de coopération en matière de R&D ne relèvent pas du REC applicable à la R&D. De tels accords nécessitent toujours une appréciation individuelle au regard de l'article 101 (voir sections 2.3 and 2.4).
- 2.2.2.1. Distinction entre les «activités conjointes de R&D» et les «activités rémunérées de R&D» et concept de «spécialisation dans la R&D»
62. Les «*activités conjointes de R&D*» sont définies comme les activités de R&D exécutées de l'une des manières suivantes⁸⁰:
- (a) les activités de R&D sont exécutées par une équipe, une organisation ou une entreprise commune;
 - (b) les parties confient conjointement les activités de R&D à un tiers⁸¹; ou
 - (c) les parties se répartissent les activités en fonction d'une «*spécialisation dans la R&D*». Cela signifie que chacune des parties participe aux activités de R&D et que les parties se répartissent les tâches de R&D de la manière qu'elles considèrent comme appropriée. Cela ne concerne pas les activités rémunérées de R&D⁸².
63. Les «*activités rémunérées de R&D*» désignent les activités de R&D effectuées par au moins une partie, mais où au moins une autre partie finance ces activités de R&D, mais ne les effectue pas.
64. La distinction entre les activités conjointes de R&D et les activités rémunérées de R&D est pertinente aux fins de l'application du seuil de part de marché figurant dans le REC applicable à la R&D. Pour les activités rémunérées de R&D, afin de calculer les parts de marché, les parties doivent également prendre en considération tout accord de R&D conclu par la partie qui finance avec des tiers concernant les mêmes produits ou technologies contractuels (voir section 2.2.3.4).
- 2.2.2.2. «Exploitation conjointe» des résultats de la R&D et «spécialisation dans l'exploitation conjointe»
65. Le REC applicable à la R&D couvre les accords qui prévoient l'exploitation conjointe des résultats de la R&D. Néanmoins, l'exemption par catégorie de tels accords est subordonnée à des conditions spécifiques (voir section 2.2.3.3).
66. Le concept d'«*exploitation des résultats*» est vaste et comprend la production ou la distribution des produits contractuels, l'utilisation des technologies contractuelles, la cession de droits de propriété intellectuelle, la concession de licences sur de tels droits ou la communication d'un savoir-faire nécessaire pour permettre cette production, cette distribution ou cette utilisation⁸³.

⁷⁷ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 6), du REC applicable à la R&D.

⁷⁸ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 4), du REC applicable à la R&D.

⁷⁹ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 5), du REC applicable à la R&D.

⁸⁰ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 10), du REC applicable à la R&D.

⁸¹ On peut distinguer cela des activités rémunérées de R&D, dans le cadre desquelles les activités de R&D sont exécutées par au moins une des parties à l'accord de R&D.

⁸² Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 11), du REC applicable à la R&D.

⁸³ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 7), du REC applicable à la R&D.

67. L'exploitation conjointe des résultats de la R&D ne relève du REC applicable à la R&D que si les résultats sont:
- (a) indispensables en vue de la production des produits contractuels ou de l'utilisation des technologies contractuelles; et
 - (b) protégés par des droits de propriété intellectuelle ou constituent du savoir-faire⁸⁴.
68. L'exploitation conjointe des résultats des activités conjointes de R&D ou des activités rémunérées de R&D peut être prévue dans l'accord de R&D *original*, ou peut avoir lieu dans le contexte d'un accord *postérieur* couvrant l'exploitation conjointe des résultats d'un accord de R&D conclu antérieurement par les mêmes parties⁸⁵. Dans ce dernier cas, l'accord de R&D antérieur doit remplir les conditions du REC applicable à la R&D pour que l'accord d'exploitation conjointe postérieur puisse être couvert par l'exemption par catégorie.
69. Le REC applicable à la R&D prévoit trois manières différentes d'exploiter conjointement les résultats des activités de R&D⁸⁶:
- (a) l'exploitation peut être effectuée *conjointement par les parties* au sein d'une équipe, d'une organisation ou d'une entreprise commune;
 - (b) les parties peuvent *confier conjointement à un tiers* les tâches d'exploitation⁸⁷;
 - (c) les parties peuvent se répartir les tâches en fonction d'une *spécialisation dans l'exploitation*, ce qui veut dire que⁸⁸:
 - i) les parties se répartissent les tâches comme la production ou la distribution. Cela inclut la situation dans laquelle une seule partie produit et distribue les produits contractuels ou utilise les technologies contractuelles sous le couvert d'une licence exclusive accordée par les autres parties; ou
 - ii) les parties s'imposent des restrictions concernant l'exploitation des résultats, telles que des restrictions concernant un territoire, une clientèle ou un domaine d'utilisation donnés.
70. Lorsque les parties acceptent de se spécialiser dans l'exploitation, elles peuvent convenir de restrictions correspondantes à leur accès aux résultats dans un but d'exploitation. Par exemple, elles peuvent s'accorder pour restreindre les droits de certaines parties à exploiter les résultats de la R&D sur certains territoires, dans certains domaines d'utilisation ou vis-à-vis de certains clients.

2.2.2.3. Cession de droits de propriété intellectuelle et concession de licences sur de tels droits

71. L'exemption prévue par le REC applicable à la R&D s'applique également aux accords de R&D qui contiennent des dispositions relatives à la cession de droits de propriété intellectuelle ou à la concession de licences sur de tels droits, à une ou

⁸⁴ Voir article 5, paragraphe 1 du REC applicable à la R&D. Des conditions supplémentaires liées à l'exploitation conjointe des résultats de la R&D sont décrites dans la section 2.2.3.3.

⁸⁵ Comme énoncé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points 1) c) et d), du REC applicable à la R&D.

⁸⁶ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 10), du REC applicable à la R&D.

⁸⁷ L'accord avec le tiers doit faire l'objet d'une appréciation distincte au titre de l'article 101.

⁸⁸ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 12), du REC applicable à la R&D.

plusieurs parties ou à une entité établie par les parties pour effectuer la R&D conjointe, la R&D rémunérée ou l'exploitation conjointe des résultats des activités de R&D, pour autant que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord de R&D, mais qu'elles soient directement liées et nécessaires à la mise en œuvre de cet accord⁸⁹. Dans de tels cas, les dispositions en matière de cession et de concession de licences seront par conséquent couvertes par le REC applicable à la R&D et non par le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de transfert de technologie⁹⁰.

72. Toutefois, dans le contexte des accords de R&D, les parties peuvent également convenir des conditions de concession de licences sur les résultats des activités de R&D à des tiers. De tels accords de licence ne relèvent pas du REC applicable à la R&D, mais peuvent être couverts par le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de transfert de technologie si les conditions de ce règlement sont remplies⁹¹.

2.2.3. Conditions d'exemption prévues par le REC applicable à la R&D

73. Le REC applicable à la R&D énonce plusieurs conditions à remplir pour qu'un accord de R&D puisse bénéficier de l'exemption par catégorie.

2.2.3.1. Accès aux résultats finaux

74. La première condition pour qu'un accord de R&D bénéficie de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D est que toutes les parties doivent avoir pleinement accès aux résultats finaux des activités conjointes ou rémunérées de R&D, et ce dans deux objectifs⁹²:

- (a) la poursuite d'activités de recherche et de développement complémentaires; et
- (b) l'exploitation des résultats des activités de R&D.

75. Cette condition concerne les résultats finaux des activités de R&D ainsi que tous les droits de propriété intellectuelle et le savoir-faire qui en résultent⁹³.

76. L'accès doit être accordé dès que les résultats finaux de la R&D sont disponibles⁹⁴. Cette exigence n'est pas nécessairement liée à la fin du projet de R&D.

77. Le droit d'accès aux résultats des activités de R&D ne peut pas être restreint aux *finalités d'activités de recherche et de développement complémentaires*. Toutefois, le REC applicable à la R&D prévoit que les parties peuvent restreindre leur *droit d'exploiter les résultats* des activités conjointes ou rémunérées de R&D dans deux cas:

- (a) Premièrement, lorsque l'accord de R&D est conclu avec une ou plusieurs des catégories d'entreprises suivantes et que ces entreprises conviennent d'utiliser

⁸⁹ Voir article 2, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D.

⁹⁰ Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 93 du 28.3.2014, p. 17). Voir également les lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO C 89 du 28.3.2014, p. 3) points 73 et 74 («lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie»).

⁹¹ Voir lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie, point 74.

⁹² Voir article 3, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

⁹³ Voir article 3, paragraphe 3, point a), du REC applicable à la R&D.

⁹⁴ Voir article 3, paragraphe 3, point b), du REC applicable à la R&D.

les résultats des activités de R&D uniquement pour mener des recherches complémentaires (et non pour l'exploitation). Ces catégories d'entreprise sont:

- i) les instituts de recherche;
- ii) les centres universitaires;
- iii) les entreprises qui mènent des activités de recherche et de développement sur une base commerciale sans normalement participer à l'exploitation des résultats⁹⁵.

(b) Deuxièmement, les parties peuvent convenir de *restreindre leur droit à exploiter les résultats des activités de R&D* conformément au REC applicable à la R&D, en particulier lorsqu'elles conviennent de se spécialiser dans l'exploitation. Par exemple, lorsque l'accord de R&D prévoit une spécialisation dans l'exploitation, les parties peuvent s'imposer des restrictions concernant l'exploitation des résultats sur certains territoires, dans certains domaines d'utilisation ou vis-à-vis de certains clients.

78. Finalement, étant donné que les parties à un accord de R&D peuvent contribuer de manière inégale à la coopération dans le domaine de la R&D, par exemple, en raison de capacités, de ressources ou d'intérêts commerciaux différents, l'accord de R&D peut prévoir qu'une partie indemnise une autre partie pour l'accès consenti aux résultats en vue d'activités complémentaires de R&D ou d'exploitation. Toutefois, dans ce cas, le montant de l'indemnisation ne doit pas être tel qu'il empêche en réalité l'accès aux résultats⁹⁶.

2.2.3.2. Accès au savoir-faire préexistant

79. Une deuxième condition s'applique aux accords de R&D qui ne prévoient pas l'exploitation conjointe des résultats des activités de R&D.

80. Pour que de tels accords de R&D puissent bénéficier de l'exemption par catégorie, ils doivent stipuler que chacune des parties a accès au savoir-faire préexistant des autres parties qui lui est indispensable aux fins de l'exploitation des activités conjointes ou rémunérées de R&D⁹⁷. Il convient de noter que cette condition n'oblige pas les parties à donner accès à l'ensemble de leur savoir-faire préexistant, mais uniquement au savoir-faire indispensable pour exploiter les résultats des activités conjointes ou rémunérées de R&D.

81. Les accords de R&D peuvent stipuler que les parties s'indemnisent pour l'accès consenti à leur savoir-faire préexistant (par exemple, sous la forme de droits de licence). Toutefois, le montant de l'indemnisation ne doit pas être tel qu'il empêche en réalité l'accès aux résultats⁹⁸.

82. Cette deuxième condition s'applique en plus des conditions fixées dans l'article 3 du REC applicable à la R&D concernant l'accès aux résultats finaux des activités de R&D (voir section 2.2.3.1). Cela signifie que, selon les faits en l'espèce, un accord de R&D donné peut inclure des dispositions concernant aussi bien l'accès au

⁹⁵ Il peut s'agir, par exemple, de PME dont la principale activité commerciale consiste à fournir des services de R&D à des tiers.

⁹⁶ Voir article 3, paragraphe 4, du REC applicable à la R&D.

⁹⁷ Voir article 4, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

⁹⁸ Voir article 4, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D.

savoir-faire préexistant que les résultats finaux de la R&D, afin de pouvoir bénéficier de l'exemption par catégorie.

2.2.3.3. Conditions liées à l'exploitation conjointe

83. Le REC applicable à la R&D comprend deux autres conditions pour les accords de R&D qui prévoient l'exploitation conjointe des résultats des activités de R&D.
84. Premièrement, comme énoncé dans l'article 5, paragraphe 1, du REC applicable à la R&D, toute exploitation conjointe doit être limitée aux résultats des activités de R&D qui sont indispensables en vue de la production des produits contractuels ou de l'utilisation des technologies contractuelles et qui sont protégés par des droits de propriété intellectuelle ou constituent du savoir-faire.
85. Deuxièmement, si les parties conviennent de se spécialiser dans l'exploitation et qu'une ou plusieurs parties sont chargées de produire les produits contractuels, ces parties doivent être tenues de satisfaire aux demandes de livraison des produits contractuels émanant des autres parties⁹⁹. Toutefois, cette exigence ne s'applique pas lorsque i) l'accord de R&D prévoit une distribution conjointe (par une équipe, une organisation ou une entreprise commune ou par un tiers désigné conjointement) ou ii) lorsque les parties conviennent que seules les parties chargées de la production des produits contractuels peuvent les distribuer¹⁰⁰.

2.2.3.4. Seuil de part de marché et durée de l'exemption

86. L'exemption prévue par le REC applicable à la R&D repose sur l'hypothèse qu'en dessous d'un certain niveau de pouvoir de marché, les effets positifs des accords de R&D compenseront, en général, leurs éventuels effets négatifs sur la concurrence¹⁰¹.
 - (a) *Accords de R&D soumis à un seuil de part de marché*
87. L'article 6, paragraphe 1, du REC applicable à la R&D fixe un seuil de part de marché de 25 %. Ce seuil de part de marché s'applique aux accords de R&D conclus entre entreprises concurrentes. Aux fins du REC applicable à la R&D, les «entreprises concurrentes» désignent les concurrents existants ou potentiels tels que définis à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 15) du REC applicable à la R&D:
 - (a) un concurrent existant est une entreprise qui fournit un produit, une technologie ou un procédé susceptible d'être amélioré, substitué ou remplacé par le produit ou la technologie contractuels sur le marché géographique en cause;
 - (b) un concurrent potentiel est une entreprise qui, en l'absence de l'accord de R&D, serait susceptible, dans une optique réaliste et non pas simplement théorique, de consentir, dans un délai n'excédant pas trois ans, les investissements supplémentaires ou les dépenses nécessaires pour fournir un produit, une technologie ou un procédé susceptible d'être amélioré, substitué ou remplacé par le produit ou la technologie contractuel sur le marché géographique en cause.
88. La concurrence potentielle doit être évaluée sur des bases réalistes. La question déterminante est de savoir si chaque partie dispose des moyens nécessaires en ce qui concerne les actifs, le savoir-faire et d'autres ressources, et si elle est susceptible

⁹⁹ Voir article 5, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

¹⁰⁰ Voir article 5, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

¹⁰¹ Voir considérant 5 du REC applicable à la R&D.

d'entreprendre les démarches nécessaires pour fournir les produits ou technologies¹⁰² susceptibles d'être améliorés, substitués ou remplacés par les produits ou technologies contractuels indépendamment des autres parties¹⁰³. Des orientations complémentaires sur l'évaluation de la concurrence potentielle sont fournies au point 16.

89. À ces fins, on entend par *produit ou technologie amélioré* ou de *substitution* un produit ou une technologie interchangeable avec le produit, la technologie ou le procédé existant et appartenant au même marché en cause. Un *produit ou une technologie de remplacement* désigne un produit ou une technologie qui répond à la même demande qu'un produit ou une technologie existant, mais n'appartient pas au même marché en cause, comme, par exemple, les disques compacts qui remplacent les disques vinyles¹⁰⁴.
90. Certains produits ou technologies n'amélioreront pas ou ne remplaceront pas des produits ou technologies existants ou ne s'y substitueront, pas mais créeront plutôt un nouveau marché en cause répondant à une nouvelle demande, par exemple, un vaccin qui protège contre un virus pour lequel il n'existait aucun vaccin auparavant. Les accords de R&D concernant le développement de cette catégorie de produits ou de technologies sont couverts par l'article 6, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D, et ne sont soumis à aucun seuil de part de marché [voir section 2.2.3.4, b)]¹⁰⁵.

(a.1) *Seuil de part de marché*

91. Lorsqu'au moins deux parties à l'accord de R&D sont des entreprises concurrentes au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 15) du REC applicable à la R&D¹⁰⁶, l'accord de R&D ne peut bénéficier de l'exemption par catégorie que si la part de marché cumulée des parties sur les marchés de produits et de technologies en cause ne dépasse pas 25 % au moment de la conclusion de l'accord de R&D. Le seuil de part de marché s'applique comme suit¹⁰⁷:
- (a) pour les accords de R&D prévoyant des *activités conjointes de R&D*, la part de marché cumulée des parties à l'accord ne doit pas dépasser 25 % sur les marchés de produits et de technologies en cause¹⁰⁸;
 - (b) pour les accords de R&D prévoyant des *activités rémunérées de R&D*, le même seuil de part de marché de 25 % s'applique, mais la part de marché cumulée doit tenir compte de la part de marché de la partie qui finance, et les parts de marché de toutes les entreprises avec lesquelles la partie qui finance a

¹⁰² Dans le reste du présent chapitre, les références à la technologie ou aux technologies englobent les procédés, sauf indication contraire.

¹⁰³ Voir également la section 1.2.1.

¹⁰⁴ Voir le point 44 et la *communication sur la définition du marché* de la Commission pour des orientations sur la définition du marché en cause. Voir également la section 2.3.1.

¹⁰⁵ Voir le point 44 et la *communication sur la définition du marché* de la Commission pour des orientations sur la définition du marché en cause. Voir également la section 2.3.1.

¹⁰⁶ Voir les points 87 et 88.

¹⁰⁷ Voir section 2.2.2.1 sur la distinction entre les activités conjointes de R&D et les activités rémunérées de R&D. Voir également article 1^{er}, paragraphe 1, point 1), du REC applicable à la R&D.

¹⁰⁸ Voir article 6, paragraphe 1, point a), du REC applicable à la R&D.

conclu des accords de R&D concernant des produits ou technologies contractuels identiques¹⁰⁹.

(a.2) *Calcul des parts de marché*

92. Lorsqu'un accord de R&D est conclu, le point de référence est le marché existant des produits ou technologies susceptibles d'être améliorés, substitués ou remplacés par les produits contractuels ou les technologies contractuelles¹¹⁰.
93. Si l'accord de R&D vise à *améliorer, substituer ou remplacer* des produits ou technologies existants, les parts de marché sont calculées uniquement en référence à ces produits ou technologies existants qui seront améliorés, substitués ou remplacés. Cela s'applique même si le produit ou la technologie de remplacement s'avère complètement différent du produit ou de la technologie existant.
94. Le REC applicable à la R&D prévoit que les parts de marché des parties doivent être calculées sur la base des données relatives à la *valeur des ventes sur le marché*. En l'absence de données relatives à la valeur des ventes sur le marché, les parties peuvent utiliser celles relatives au *volume des ventes sur le marché*, et en l'absence de telles données, elles peuvent utiliser d'autres informations fiables relatives au marché pour calculer leurs parts de marché, y compris les dépenses de R&D ou les capacités en matière de R&D¹¹¹.
95. En général, les parts de marché doivent être calculées sur la base des données de ventes relatives à l'année civile précédente¹¹². Toutefois, lorsque les données de ventes relatives à l'année civile précédente ne sont pas représentatives de la position des parties sur le ou les marchés en cause, les parts de marché sont calculées sur la base d'une moyenne des parts de marché des parties au cours des trois années civiles précédentes¹¹³. Cela peut être pertinent, par exemple, sur les marchés fonctionnant par appels d'offres, sur lesquels les parts de marché varient de manière significative d'une année à l'autre, en fonction du succès ou non des entreprises dans le processus d'appel d'offres. Cela peut également être pertinent sur les marchés caractérisés par des commandes importantes et irrégulières, par exemple, lorsque les données de ventes de l'année civile précédente ne sont pas représentatives car aucune commande importante n'a été passée au cours de cette année-là. De la même manière, il peut être nécessaire de calculer les parts de marché sur la base d'une moyenne pour les trois années civiles précédentes lors d'un choc d'offre ou de demande au cours de l'année civile précédant l'accord de coopération.
96. Dans le cas des marchés de technologies, la part de marché d'un donneur de licence de technologie est calculée sur la base des ventes réalisées par le donneur de licence et tous les preneurs de licence de produits comportant la technologie concédée sous licence par rapport à toutes les ventes de produits concurrents, que ces derniers soient ou non fabriqués à l'aide de la technologie concédée sous licence. Cette méthode est utilisée en raison de la difficulté générale à obtenir des données fiables sur les

¹⁰⁹ Voir article 6, paragraphe 1, point b), du REC applicable à la R&D. Il n'est pas nécessaire que l'ensemble des accords de R&D de la partie qui finance concernant des produits ou technologies contractuels identiques entre dans le champ d'application du REC applicable à la R&D.

¹¹⁰ Voir le point 44 et la *communication sur la définition du marché* de la Commission pour des orientations sur la définition du marché en cause. Voir également la section 2.3.1.

¹¹¹ Voir article 7, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

¹¹² Voir article 7, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D.

¹¹³ Voir article 7, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D.

revenus des redevances et parce que les calculs reposant sur les revenus réels des redevances peuvent sous-estimer la position d'une technologie sur le marché¹¹⁴.

(b) Accords de R&D non soumis à un seuil de part de marché

97. Lorsque les parties à l'accord de R&D ne sont pas des entreprises concurrentes au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 15, du REC applicable à la R&D¹¹⁵, l'article 6, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D prévoit que l'exemption par catégorie s'applique pour la durée des activités conjointes ou rémunérées de R&D et que l'exemption n'est pas soumise à un seuil de part de marché.
98. L'article 6, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D s'applique, en particulier, dans les situations suivantes¹¹⁶:
- (a) lorsqu'une seule partie répond à la définition de concurrent existant ou potentiel énoncée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 15), du REC applicable à la R&D;
 - (b) lorsque l'accord de R&D concerne le développement de produits ou de technologies qui n'amélioreraient pas, ne se substitueraient pas ou ne remplaceraient pas des produits ou technologies existants, mais créeraient au contraire une demande totalement nouvelle, par exemple, un vaccin qui protégerait contre un virus pour lequel il n'existait aucun vaccin auparavant;
 - (c) lorsque l'accord de R&D concerne des efforts dans le domaine de l'innovation qui, au moment où l'accord de R&D est conclu, ne sont pas encore étroitement liés à un produit ou à une technologie spécifique.
99. Dans les situations décrites au point 98, b) et c), il n'est pas possible d'identifier un produit ou une technologie qui sera amélioré, substitué ou remplacé par les produits ou technologies contractuels. Dans ce cas, l'accord de R&D peut bénéficier de l'exemption par catégorie pour la durée de l'activité conjointe ou rémunérée de R&D, et aucun seuil de part de marché ne s'applique¹¹⁷. Les dispositions du REC applicable à la R&D concernant le marché en cause et le seuil de part de marché sont sans préjudice de l'appréciation au regard de la concurrence des accords de R&D qui ne bénéficient pas de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D, y compris les accords de R&D pour lesquels le bénéfice de l'exemption par catégorie a été retiré. Par exemple, les entreprises qui ne sont pas des concurrents existants ou potentiels au sens du REC applicable à la R&D peuvent néanmoins être en concurrence en matière d'innovation.

¹¹⁴ Voir également le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de transfert de technologie, article 8, point d), et les lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie, point 25 et points 86 à 88.

¹¹⁵ Voir les points 87 et 88.

¹¹⁶ L'article 6, paragraphe 2, ne s'applique pas si deux parties ou plus sont des concurrents existants ou potentiels sur un marché de produits ou de technologies existants susceptibles d'être améliorés, substitués ou remplacés par les produits ou technologies contractuels; dans ce cas, l'article 6, paragraphe 1, s'applique (seuil de part de marché).

¹¹⁷ Cela est sans préjudice du pouvoir de la Commission ou des ANC de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie dans des cas individuels. Voir section 2.2.6.

(c) *Duration*

100. Si les résultats des activités conjointes ou rémunérées de R&D ne sont *pas exploités conjointement*, l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D s'applique pour la durée des activités de R&D.
101. En cas d'*exploitation conjointe* des résultats des activités conjointes ou rémunérées de R&D, et si l'accord de R&D relève des définitions énoncées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) a) ou 1) b) du REC applicable à la R&D (accords d'activités conjointes ou rémunérées de R&D), l'accord de R&D continue de bénéficier de l'exemption pendant une période de sept ans à compter de la première mise sur le marché des produits ou des technologies contractuels au sein du marché intérieur si le seuil de part de marché en cause n'était pas dépassé au moment de la conclusion de l'accord.
102. En cas d'*exploitation conjointe* des résultats des activités conjointes ou rémunérées de R&D, et si l'accord de R&D relève des définitions énoncées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) c) ou 1) d) du REC applicable à la R&D (accords visant à exploiter conjointement les résultats d'activités de R&D menées dans le cadre d'un accord de R&D pour des activités conjointes ou rémunérées de R&D conclu antérieurement par les mêmes parties), l'accord de R&D continue de bénéficier de l'exemption pendant une période de sept ans à compter de la première mise sur le marché des produits ou des technologies contractuels au sein du marché intérieur si le seuil de part de marché en cause n'était pas dépassé au moment de la conclusion de cet accord antérieur¹¹⁸.
103. Lorsqu'un accord de R&D aboutit à la mise sur le marché de plusieurs produits ou technologies contractuels au sein du marché intérieur et que chaque produit ou technologie contractuel appartient à un marché de produits distinct, la période d'exemption de sept ans s'applique séparément à chaque produit ou technologie contractuel, à partir du moment où le produit ou la technologie est mis sur le marché pour la première fois au sein du marché intérieur.
104. À l'issue de la période de sept ans spécifiée à l'article 6, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D, l'exemption continue de s'appliquer tant que la part de marché cumulée des parties ne dépasse pas 25 % sur les marchés des produits contractuels ou des technologies contractuelles. Si, à l'issue de la période de sept ans, la part de marché cumulée des parties franchit le seuil de 25 %, l'accord de R&D continue de bénéficier du REC applicable à la R&D pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil est dépassé pour la première fois¹¹⁹.

2.2.4. *Restrictions caractérisées et restrictions exclues*

2.2.4.1. Restrictions caractérisées

105. L'article 8 du REC applicable à la R&D contient une liste de restrictions caractérisées. Les restrictions caractérisées sont des restrictions graves de la concurrence qui, en général, nuisent au marché et aux consommateurs. Les accords de R&D qui comportent une ou plusieurs de ces restrictions sont exclus dans leur ensemble de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D.

¹¹⁸ Comme mentionné au point 68, l'accord de R&D antérieur portant sur des activités conjointes ou rémunérées de R&D doit également remplir les conditions du REC applicable à la R&D.

¹¹⁹ Voir article 6, paragraphe 5, du REC applicable à la R&D.

106. Les restrictions caractérisées énumérées à l'article 8 du REC applicable à la R&D peuvent être classées dans les catégories suivantes: i) les restrictions de la liberté des parties de déployer d'autres efforts de R&D, ii) les limitations de la production ou de la vente et la fixation des prix, iii) les restrictions concernant les ventes actives et passives et iv) d'autres restrictions caractérisées.
- (a) *Restriction de la liberté des parties de déployer d'autres efforts de R&D*
107. L'article 8, point a), du REC applicable à la R&D prévoit que la restriction de la liberté des parties de mener des activités de R&D indépendamment ou en coopération avec des tiers constitue une restriction caractérisée dans l'un ou l'autre des cas suivants:
- i) dans un domaine sans rapport avec le domaine visé par l'accord de R&D;
- ii) dans le domaine visé par l'accord de R&D ou dans un domaine connexe après l'achèvement des activités conjointes ou rémunérées de R&D.
- (b) *Limitations de la production ou de la vente et fixation des prix*
108. *Limitations de la production ou de la vente.* L'article 8, point b), du REC applicable à la R&D prévoit que les *limitations de la production ou de la vente* sont des restrictions caractérisées. Toutefois, il existe quatre exceptions:
- i) la fixation d'*objectifs de production* lorsque l'accord de R&D prévoit l'exploitation conjointe des résultats de R&D et que l'exploitation conjointe s'étend à la production conjointe des produits contractuels¹²⁰;
- ii) la fixation d'*objectifs de vente* lorsque l'exploitation conjointe des résultats de R&D 1) s'étend à la distribution conjointe des produits contractuels ou à la cession conjointe de licences sur technologies contractuelles, et 2) qu'elle est réalisée par une équipe, une organisation ou une entreprise commune ou par un tiers mandaté conjointement¹²¹;
- iii) les pratiques constituant une *spécialisation dans l'exploitation*, telles que des restrictions imposées aux parties en matière d'exploitation des résultats de la R&D concernant un territoire, une clientèle ou un domaine d'utilisation donnés¹²²;
- iv) certaines *obligations de non-concurrence*¹²³, à savoir la restriction de la liberté des parties en ce qui concerne la production, la vente, la mise à disposition ou la cession de licences sur des produits ou des technologies qui concurrencent les produits ou les technologies contractuels pendant la période au cours de laquelle les parties ont convenu d'exploiter en commun les résultats.
109. *Fixation des prix.* L'article 8, point c), du REC applicable à la R&D prévoit que la *fixation des prix* lors de la vente de produits contractuels ou la fixation du montant de la licence lorsque les technologies contractuelles sont cédées sous licence à des tiers constituent également une restriction caractérisée.
110. Toutefois, le REC applicable à la R&D prévoit des exceptions à cette restriction caractérisée pour la fixation des prix appliqués aux clients directs et la fixation du

¹²⁰ Voir article 8, point b) i), du REC applicable à la R&D.

¹²¹ Voir article 8, point b) ii), du REC applicable à la R&D.

¹²² Voir article 8, point b) iii), du REC applicable à la R&D.

¹²³ Voir article 8, point b) iv), du REC applicable à la R&D.

montant de la licence appliqué aux preneurs directs de licences lorsque l'accord de R&D prévoit l'exploitation conjointe des résultats de R&D et dispose que l'exploitation conjointe i) s'étend à la distribution conjointe des produits contractuels ou à la cession conjointe de licences sur les technologies contractuelles, et ii) qu'elle est réalisée par une équipe, une organisation ou une entreprise commune ou par un tiers mandaté conjointement¹²⁴.

(c) *Restrictions concernant les ventes actives et passives*

111. L'article 8, points d) et e), du REC applicable à la R&D porte sur les restrictions concernant les ventes actives et passives. Le REC applicable à la R&D définit:
- i) *les «ventes passives»*¹²⁵ comme les ventes effectuées en réponse à des demandes non sollicitées de clients individuels, y compris la livraison de produits aux clients, sans avoir initié la vente en ciblant activement un client, un groupe de clients ou un territoire donné. Les ventes passives comprennent également les ventes résultant de la participation à des marchés publics ou répondant à des appels d'offres privés;
 - ii) *les «ventes actives»*¹²⁶ comme toutes les formes de ventes autres que les ventes passives. Cela inclut le ciblage actif de clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou d'autres moyens de communication directe ou par le biais de publicité et de promotion ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple au moyen de médias papier ou numériques, y compris les médias en ligne, les services de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires spécifiques ou appartenant à des groupes de clients spécifiques, l'exploitation d'un site web dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires spécifiques, ou le fait de proposer sur un site web des langues communément utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le territoire sur lequel l'acheteur est établi.
112. L'article 8, point d), du REC applicable à la R&D prévoit que les restrictions concernant les *ventes passives* sont des restrictions caractérisées. Cela couvre toute restriction en ce qui concerne le territoire sur lequel ou la clientèle à laquelle, les parties peuvent vendre passivement les produits contractuels ou octroyer la licence sur les technologies contractuelles. Toutefois, l'article 8, point d), prévoit une exception aux obligations d'accorder une licence exclusive sur les résultats de la R&D à une autre partie à l'accord de R&D. Cette exception est due au fait que le REC applicable à la R&D prévoit la possibilité pour les parties de se spécialiser dans l'exploitation; cela inclut la situation dans laquelle une seule partie produit et distribue les produits contractuels sous le couvert d'une licence exclusive accordée par les autres parties.
113. L'article 8, point e), du REC applicable à la R&D prévoit que certaines restrictions concernant les *ventes actives* sont des restrictions caractérisées. Cela s'applique à toute restriction des ventes actives des produits ou des technologies contractuels sur les territoires ou à la clientèle qui n'ont pas été attribués exclusivement à l'une des parties par voie de spécialisation dans l'exploitation.

¹²⁴ Voir article 8, point c), du REC applicable à la R&D.

¹²⁵ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 19), du REC applicable à la R&D.

¹²⁶ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 18), du REC applicable à la R&D.

(d) *Autres restrictions caractérisées*

114. L'article 8, point f), du REC applicable à la R&D prévoit que le fait d'exiger d'une partie qu'elle refuse de satisfaire les demandes de clients situés sur son territoire ou de clients autrement répartis entre les parties par voie de spécialisation dans l'exploitation, dans l'hypothèse où de tels clients écouleraient les produits contractuels sur d'autres territoires au sein du marché intérieur, constitue une restriction caractérisée.
115. Enfin, l'article 8, point g), du REC applicable à la R&D prévoit que l'obligation imposée à une partie de restreindre la possibilité pour les utilisateurs ou les revendeurs d'obtenir les produits contractuels auprès d'autres revendeurs au sein du marché intérieur constitue une restriction caractérisée¹²⁷. Il peut par exemple s'agir de l'imposition d'une obligation de subordonner la fourniture de services de garantie à la clientèle à l'achat du produit contractuel dans un État membre donné.

2.2.4.2. Restrictions exclues

116. L'article 9 du REC applicable à la R&D exclut certaines obligations contenues dans des accords de R&D de l'exemption par catégorie. Il s'agit des obligations dont on ne peut pas présumer qu'elles remplissent, en règle générale, les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. Contrairement aux restrictions caractérisées énoncées à l'article 8 du REC applicable à la R&D, l'utilisation de restrictions exclues n'exclut pas l'ensemble de l'accord de R&D du bénéfice de l'exemption par catégorie. Si la restriction exclue est dissociable du reste de l'accord, le reste de l'accord continue de bénéficier de l'exemption par catégorie, pour autant qu'il remplisse les conditions du REC applicable à la R&D.
117. Les restrictions exclues font l'objet d'une appréciation individuelle au regard de l'article 101. Les restrictions exclues ne sont pas présumées relever de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.
118. La première restriction exclue est une obligation de ne pas contester:
- (a) après la réalisation des travaux de R&D, la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par les parties dans le marché intérieur qui sont utiles à la R&D¹²⁸; ou
 - (b) au terme de l'accord de R&D, la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par les parties dans le marché intérieur qui protègent les résultats de la R&D¹²⁹.
119. L'exclusion de telles obligations de l'exemption par catégorie est motivée par le fait que les parties disposant des informations pertinentes pour déterminer les droits de propriété intellectuelle octroyés par erreur ne devraient pas être empêchées de contester la validité de tels droits de propriété intellectuelle. Pourtant, les stipulations permettant la résiliation de l'accord de R&D si l'une des parties conteste la validité des droits de propriété intellectuelle qui sont pertinents pour les activités conjointes ou rémunérées de R&D ou protègent les résultats de la R&D ne constituent pas des restrictions exclues.

¹²⁷ Voir article 8, point g), du REC applicable à la R&D.

¹²⁸ Voir article 9, paragraphe 1, point a) i) du REC applicable à la R&D.

¹²⁹ Voir article 9, paragraphe 1, point a) ii) du REC applicable à la R&D.

120. La deuxième restriction exclue est une obligation de ne pas octroyer de licences de production des produits contractuels ou d'utilisation des technologies contractuelles à des tiers. Cela signifie que les parties devraient, en principe, être libres d'octroyer des licences à des tiers. Une exception s'applique lorsque les accords de R&D prévoient l'exploitation des résultats des activités conjointes ou rémunérées de la R&D par au moins une des parties et que cette exploitation s'effectue au sein du marché intérieur vis-à-vis de tiers.
- 2.2.5. *Délai nécessaire pour apprécier le respect des conditions du REC applicable à la R&D*
121. Aux fins de l'application du seuil de part de marché fixé à l'article 6 du REC applicable à la R&D, le délai nécessaire pour l'appréciation est la date à laquelle les parties concluent l'accord de R&D pour des activités conjointes ou rémunérées de R&D. À l'issue de la période de sept ans spécifiée à l'article 6, paragraphe 4, du REC applicable à la R&D, les parties doivent déterminer à quel(s) marché(s) appartiennent les produits contractuels ou les technologies contractuelles et si leur part de marché cumulée dépasse 25 %. Le respect des autres conditions du REC applicable à la R&D doit être apprécié au moment de la conclusion de l'accord de R&D et l'accord doit continuer à remplir ces conditions pendant toute sa durée, y compris, le cas échéant, pendant la période d'exploitation des résultats de R&D.
- 2.2.6. *Retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie*
122. Les articles 10 et 11 du REC applicable à la R&D prévoient que la Commission et les ANC peuvent retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie conformément à l'article 29, paragraphe 1, et à l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, respectivement, lorsqu'elles constatent, dans un cas particulier, qu'un accord de R&D couvert par l'exemption par catégorie produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3.
123. L'article 10, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D établit une liste non exhaustive de situations dans lesquelles la Commission peut envisager d'utiliser ce pouvoir, à savoir lorsque:
- (a) l'existence de l'accord de R&D restreint sensiblement la possibilité pour les tiers de mener des activités de R&D dans les domaines liés aux produits contractuels ou aux technologies contractuelles; cela peut être attribuable, par exemple, à la capacité en matière de recherche disponible limitée;
 - (b) l'existence de l'accord de R&D restreint sensiblement l'accès des tiers au marché en cause des produits ou des technologies contractuels, par exemple, à la suite de l'octroi d'une licence exclusive à l'une des parties pour produire et distribuer les produits contractuels ou les technologies contractuelles;
 - (c) les parties, sans raison objectivement valable, n'exploitent pas les résultats des activités conjointes ou rémunérées de R&D vis-à-vis de tiers, par exemple en refusant d'accorder une licence pour les résultats de R&D;
 - (d) les produits ou les technologies résultant de l'accord de R&D ne sont pas soumis, sur l'ensemble du marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, à la concurrence effective;
 - (e) l'existence de l'accord de recherche et de développement restreindrait substantiellement la concurrence par l'innovation ou la concurrence en matière de recherche et de développement dans un domaine particulier. Cela peut se

produire, par exemple, dans les cas où les produits contractuels ou les technologies contractuelles créeraient une demande totalement nouvelle et où, au moment où l'accord est conclu, il existe un faible nombre de projets de recherche et de développement indépendants comparables dans le même domaine.

124. L'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 prévoit que la Commission peut d'office ou sur plainte retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie. Lorsque la Commission ou une ANC souhaite retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie à un accord de R&D, elle doit établir, d'une part, que l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et, d'autre part, que l'accord ne remplit pas au moins une des quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 101, paragraphe 3¹³⁰. Il est possible de combiner une décision de retrait du bénéfice du REC applicable à la R&D à la constatation d'une infraction à l'article 101 et à l'obligation de mettre fin à l'infraction. Des mesures correctives de nature comportementale ou structurelle peuvent également être imposées¹³¹.
125. Toute décision de retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie ne produit que des effets *ex nunc*, c'est-à-dire que le statut exempté de l'accord de R&D reste inchangé pendant la période précédant la date à laquelle le retrait prend effet. Si une ANC entend retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie au titre de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, elle doit tenir compte de ses obligations au titre de l'article 11, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, en particulier celle lui imposant de consulter la Commission en ce qui concerne la décision envisagée.

2.2.7. Période transitoire

126. Le REC applicable à la R&D prévoit une période transitoire de deux ans (du 1^{er} juillet 2023 au 30 juin 2025), au cours de laquelle l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, ne s'applique pas aux accords de R&D qui sont déjà en vigueur au 30 juin 2023 et qui ne satisfont pas aux conditions d'exemption énoncées dans le REC applicable à la R&D, mais qui satisfont aux conditions d'exemption prévues par le règlement (CE) n° 1217/2010.

2.3. Appréciation individuelle des accords de R&D au regard de l'article 101, paragraphe 1

127. Lorsqu'un accord de R&D ne bénéficie pas de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D, il est nécessaire de procéder à une appréciation individuelle au titre de l'article 101. La première étape de l'appréciation consiste à déterminer si l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1¹³². Si l'accord

¹³⁰ Conformément à l'article 41, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'UE, les personnes susceptibles d'être lésées par une décision individuelle appliquant le droit de l'UE ont le droit d'être entendues avant l'adoption de la décision.

¹³¹ Conformément à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003. La Commission a fait usage de son pouvoir de retrait du bénéfice des règlements d'exemption par catégorie dans sa décision du 25 mars 1992 (mesures provisoires) relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/34.072 – Mars/Langnese et Schöller, confirmée par l'arrêt du 1^{er} octobre 1998, Langnese-Iglo/Commission, C-279/95 P, EU:C:1998:447; et dans sa décision du 4 décembre 1991 (mesures provisoires) relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/33 157 – Eco System/Peugeot.

¹³² Si ce n'est pas le cas, l'article 101 ne s'applique pas et aucune autre appréciation n'est requise.

restreint la concurrence au sens de cette disposition, la deuxième étape consiste à déterminer si l'accord remplit les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

2.3.1. *Marchés en cause*

128. La *communication sur la définition du marché* énonce les principaux critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie pour définir les marchés en cause lorsqu'elle veille à l'application du droit de la concurrence de l'Union (voir également le point 44). Pour l'appréciation individuelle au regard de l'article 101 des accords de R&D qui ne sont pas couverts par le REC applicable à la R&D¹³³, les considérations suivantes peuvent être pertinentes.

2.3.1.1. Marchés de produits

129. Si l'accord de coopération en matière de R&D porte sur le développement de produits qui *amélioreront ou se substitueront* aux produits existants, le ou les marchés de ces produits ou technologies existants sont pertinents pour l'appréciation au titre de l'article 101.

130. Les marchés de produits existants peuvent également être pris en considération pour l'appréciation lorsque l'accord de R&D porte sur des produits qui *remplaceront* des produits existants (c'est-à-dire lorsque le produit résultant de la R&D répond à la même demande que le produit existant, mais appartient à un marché en cause distinct). Cela peut notamment être le cas lorsque le remplacement des produits existants est imparfait ou à long terme. Les produits dits *en cours de développement*¹³⁴ peuvent, selon les faits en l'espèce, être considérés comme des produits qui amélioreront ou se substitueront aux produits existants ou comme des produits qui remplaceront des produits existants¹³⁵.

131. Lorsque la R&D concerne un *composant important d'un produit final*, tant le marché du composant que celui du produit final peuvent être pertinents pour l'appréciation au regard de l'article 101. Toutefois, le marché du produit final ne sera pertinent que si le composant auquel se rapporte la R&D constitue un composant clé du produit final sur le plan technique ou économique et si au moins une des parties à l'accord de R&D est active sur le marché des produits finaux et y dispose d'un pouvoir de marché.

2.3.1.2. Marchés de technologies

132. Les accords de R&D peuvent porter non seulement sur des produits, mais aussi sur des technologies. Lorsque les droits de propriété intellectuelle sont commercialisés indépendamment des produits auxquels ils se rapportent, les marchés de technologies seront pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101. Le marché technologique en cause comprend la technologie (propriété intellectuelle) qui est vendue ou concédée sous licence et les technologies considérées comme

¹³³ Le REC applicable à la R&D contient des définitions spécifiques qui sont pertinentes pour l'application du seuil de part de marché prévu par le REC applicable à la R&D. Voir la section 2.2.3.4.

¹³⁴ Ce terme est utilisé dans certains secteurs pour désigner des produits qui n'ont pas encore été mis sur le marché mais pour lesquels on dispose d'une visibilité suffisante sur le processus de R&D pour déterminer à quel marché les produits appartiendront probablement, si le processus de R&D aboutit.

¹³⁵ Certains accords de R&D concernent le développement de produits qui n'amélioreront pas, ne substitueront pas ou ne remplaceront pas des produits existants, mais qui répondront à une demande totalement nouvelle. Les produits en cours de développement peuvent également entrer dans cette catégorie de produits.

substituables par les preneurs de licence¹³⁶. Lorsqu'un accord de R&D porte sur la mise au point de technologies qui amélioreront, se substitueront ou remplaceront des technologies existantes, les marchés de ces technologies existantes sont des marchés en cause aux fins de l'appréciation au regard de l'article 101.

2.3.1.3. Efforts d'innovation précoces

133. Dans certains cas, les entreprises peuvent coopérer à des activités de R&D qui ne sont pas étroitement liées à un produit ou à une technologie spécifique. Les résultats de ces efforts d'innovation précoces peuvent en fin de compte servir des objectifs multiples et, à plus long terme, alimenter divers produits ou technologies.
134. Lorsqu'un accord de R&D concerne des efforts d'innovation précoces, il peut être nécessaire, pour apprécier la position concurrentielle des parties aux fins de l'application de l'article 101, de prendre en considération des facteurs tels que la nature et la portée des efforts d'innovation, les objectifs des différents axes de recherche, la spécialisation des différentes équipes impliquées ou les résultats des efforts d'innovation antérieurs des entreprises concernées. L'utilisation de mesures spécifiques peut être nécessaire, comme par exemple le niveau des dépenses de R&D ou le nombre de brevets ou de citations de brevets.

2.3.2. Principaux problèmes de concurrence

135. La coopération en matière de R&D peut engendrer différents problèmes de concurrence. Elle peut notamment directement limiter la concurrence entre les parties, mener à une collusion sur le marché ou à un verrouillage anticoncurrentiel des tiers.
136. Lorsque la coopération en matière de R&D *limite ou restreint directement le jeu de la concurrence* entre les parties ou *facilite une collusion* sur le marché, cela peut entraîner une hausse des prix, une diminution du choix pour les consommateurs ou une baisse de la qualité des produits ou technologies. Cela pourrait aussi causer une réduction ou un retard de l'innovation, ce qui entraînerait la mise sur le marché de produits ou technologies de qualité inférieure ou en nombre plus limité.
137. Les accords de R&D peuvent conduire à *un verrouillage anticoncurrentiel* de tiers lorsqu'au moins une partie à l'accord dispose d'un pouvoir de marché sur un marché de produits ou de technologies en cause et que l'accord contient des clauses d'exclusivité ou de non-concurrence.

2.3.3. Accords de R&D qui ne restreignent généralement pas la concurrence

138. En l'absence de pouvoir de marché, les accords de R&D conclus par des entreprises non-concurrentes ne restreignent généralement pas la concurrence. Cela peut être le cas lorsque les actifs, les technologies ou les compétences des parties sont complémentaires et qu'elles ne seraient pas en mesure d'effectuer la R&D seules dans un court laps de temps¹³⁷. Les relations de concurrence entre les parties doivent être appréciées sur la base de facteurs objectifs. Par exemple, une entreprise peut ne pas être en mesure d'effectuer les travaux de R&D indépendamment lorsqu'elle dispose de capacités techniques limitées ou d'un accès limité au financement, à une main-d'œuvre qualifiée, aux technologies ou à d'autres ressources.

¹³⁶ Voir également les lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie, points 19 à 26.

¹³⁷ Voir aussi le point 16 concernant la concurrence potentielle.

139. L'externalisation d'activités de R&D précédemment menées en interne vers des entités qui ne sont pas actives dans l'exploitation des résultats de R&D, telles que des instituts de recherche, des centres universitaires ou d'autres entreprises spécialisées est un exemple d'accord de R&D susceptible de réunir des actifs, des technologies et des compétences complémentaires. Ces accords prévoient généralement un transfert de savoir-faire et/ou une obligation de fourniture exclusive sur les résultats de R&D.

140. La coopération en matière de R&D dans le domaine de la recherche fondamentale ne restreint généralement pas la concurrence. Dans ce contexte, la recherche fondamentale désigne les travaux expérimentaux ou théoriques entrepris principalement pour acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements des phénomènes et des faits observables.

2.3.4. *Restrictions de la concurrence par objet*

141. Les accords de R&D peuvent restreindre la concurrence par objet si leur but principal n'est pas la poursuite de la R&D, mais de servir d'outil pour participer à une entente, à savoir permettre aux parties de pratiquer la fixation des prix, la limitation de la production, la répartition des marchés ou des restrictions du développement technique¹³⁸.

142. Par exemple, les entreprises peuvent utiliser un accord de R&D pour i) empêcher ou retarder l'entrée sur le marché de produits ou de technologies; ii) coordonner les caractéristiques de produits ou de technologies qui ne sont pas couverts par l'accord de R&D, ou iii) limiter l'amélioration d'un produit ou d'une technologie développés conjointement.

2.3.5. *Effets restrictifs sur la concurrence*

143. Afin de déterminer si un accord de coopération en matière de R&D a pour effet de restreindre la concurrence, il est nécessaire de prendre en considération les paramètres pertinents de la concurrence en l'espèce. Ces paramètres peuvent inclure le prix du produit, mais aussi son niveau d'innovation, sa qualité en ce qui concerne divers aspects, ainsi que sa disponibilité, notamment en ce qui concerne les délais, la résilience des chaînes d'approvisionnement, la fiabilité de l'approvisionnement et les coûts de transport.

144. Un accord de R&D qui ne s'étend pas à l'exploitation conjointe des résultats par la concession de licences, la production ou la commercialisation, conduit rarement à des effets restrictifs sur la concurrence. Ces accords de R&D ne peuvent donner lieu à des effets anticoncurrentiels que lorsqu'ils restreignent la concurrence par l'innovation.

2.3.5.1. Pouvoir de marché

145. En général, les accords de R&D ne sont à même de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, que lorsqu'une ou plusieurs des parties à l'accord disposent d'un pouvoir de marché sur un marché de produits ou de

¹³⁸ Voir par exemple la décision de la Commission du 8 juillet 2021, *Émissions des véhicules automobiles* (affaire AT.40178), qui concernait une entente ayant eu lieu entre cinq constructeurs automobiles dans le cadre d'une association d'entreprises. L'objectif déclaré de cette coopération était de développer des composants pour un nouveau système d'épuration des émissions. Toutefois, dans le cadre de cette coopération, les constructeurs automobiles ont également accepté de ne pas améliorer l'efficacité du système au-delà de ce qui était légalement requis, limitant ainsi le développement technique de la technologie de dépollution.

technologies existant en cause ou si l'accord entraîne une réduction sensible de la concurrence par l'innovation.

146. Il n'existe pas de seuil absolu au-delà duquel on peut présumer qu'un accord en matière de R&D crée ou entretient un pouvoir de marché et est donc susceptible de restreindre la concurrence. Cependant, plus la position combinée des parties sur les marchés en cause est forte, y compris leur position par rapport à l'innovation, plus les risques sont élevés que l'accord de R&D ait des effets restrictifs¹³⁹.

2.3.5.2. R&D relative aux produits ou technologies existants

147. Si la R&D est destinée à *l'amélioration ou la substitution de produits ou technologies existants*, les effets qui pourraient en découler concernent le ou les marchés en cause pour ces produits ou technologies existants. Des effets sur les prix, la production, la qualité des produits, la diversité des produits ou le développement technique sur les marchés existants ne sont toutefois probables que si les parties détiennent ensemble une position de force, si l'entrée sur ces marchés est difficile et si les concurrents tiers ne sont pas en mesure de contraindre le comportement des parties, par exemple en raison de leur nombre limité ou en raison de ressources ou de compétences inférieures. En outre, si les travaux de R&D portent sur un produit intermédiaire relativement secondaire, entrant dans la composition d'un produit final, les effets sur la concurrence sur le ou les marchés en cause pour ce produit final sont susceptibles d'être limités.

148. Si la R&D est destinée à *remplacer un produit ou une technologie existant*, les effets anticoncurrentiels qui pourraient en découler incluent, par exemple, un retard du développement du produit ou de la technologie de remplacement. Cela peut notamment se produire lorsque les parties possèdent un pouvoir de marché sur le marché d'un produit ou d'une technologie existant et qu'elles sont également les seules entreprises à mener des activités de R&D visant à remplacer ce produit ou cette technologie existant. Des effets similaires sont possibles si un acteur majeur d'un marché existant coopère avec un concurrent plus petit ou avec un concurrent potentiel qui est sur le point de faire son apparition sur le marché avec un produit ou une technologie susceptible de compromettre la position de l'entreprise en place.

149. Les accords de R&D qui prévoient l'exploitation conjointe des résultats de R&D (par exemple, la production ou la distribution conjointe) sont plus à même de restreindre la concurrence que les accords qui prévoient que chaque partie exploite les résultats de R&D de manière indépendante. Dans le cas d'une exploitation conjointe, les effets restrictifs sous la forme d'une hausse des prix ou d'une diminution de la production sur les marchés existants sont plus probables lorsqu'une ou plusieurs des parties disposent d'un pouvoir de marché. Cependant, si l'exploitation conjointe est limitée à la concession de licences à des tiers, des effets restrictifs comme des problèmes de verrouillage sont peu probables.

2.3.5.3. Innovation relative à des produits totalement nouveaux et efforts d'innovation précoces

150. En ce qui concerne les accords de R&D relatifs i) au développement de produits ou de technologies qui créeraient une demande totalement nouvelle ou ii) aux efforts d'innovation précoces, les effets sur les prix et la production sur les marchés

¹³⁹ Sans préjudice de l'appréciation des gains d'efficacité possibles, y compris ceux réalisés régulièrement dans le cas de la R&D cofinancée par le secteur public. Voir la section 2.4.1.

existants sont généralement peu probables. Dans ce cas, l'appréciation se concentrera sur les éventuelles restrictions de la concurrence par l'innovation concernant, par exemple, la qualité et la diversité des futurs produits ou technologies potentiels ou la vitesse ou encore le niveau d'innovation. L'appréciation doit tenir compte du fait que les résultats de R&D sont par nature incertains et que les résultats seront, en général, moins certains pour les efforts d'innovation précoces que pour les efforts de R&D proches du lancement sur le marché des produits ou des technologies résultant de l'accord de R&D.

151. Il est généralement peu probable que des effets restrictifs se produisent si un nombre suffisant de tiers ont des projets de R&D concurrents. Toutefois, les effets négatifs sont plus probables lorsque l'accord de R&D rassemble des efforts de R&D indépendants qui se trouvent à un stade proche du lancement du nouveau produit ou de la nouvelle technologie. Les effets restrictifs peuvent résulter directement de la coordination des efforts de R&D des parties, que l'accord de R&D contienne ou non des restrictions concernant la capacité des parties à mener des activités de R&D de manière indépendante ou avec des tiers. Par exemple, l'accord de R&D peut amener une ou plusieurs parties à abandonner leur projet de R&D et à mettre en commun leurs capacités avec celles des autres parties.

2.3.5.4. Échanges d'informations

152. La mise en œuvre d'un accord de R&D peut nécessiter l'échange d'informations commercialement sensibles. Lorsque l'accord de R&D lui-même ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, parce qu'il a des effets neutres ou positifs sur la concurrence, un échange d'informations accessoire à cet accord ne relève pas non plus de cette interdiction¹⁴⁰. C'est le cas si l'échange d'informations est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de R&D et est proportionné aux objectifs de celui-ci¹⁴¹.
153. Lorsque l'échange d'informations va au-delà de ce qui est objectivement nécessaire pour mettre en œuvre l'accord de R&D, ou qu'il n'est pas proportionné aux objectifs dudit accord, l'échange d'informations doit être apprécié au moyen des orientations fournies au chapitre 6¹⁴². Si l'échange d'informations relève de l'article 101, paragraphe 1, il peut toujours remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

2.4. Appréciation individuelle des accords de R&D au regard de l'article 101, paragraphe 3

154. Lorsqu'un accord de R&D restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, il est néanmoins conforme à l'article 101 s'il remplit les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 101, paragraphe 3 (voir section 1.2.7).

2.4.1. Gains d'efficience

155. Les accords de R&D, qu'ils prévoient ou non l'exploitation conjointe des résultats de la R&D, produisent souvent des gains d'efficience du fait:
- (a) de la mise en commun de compétences et d'actifs complémentaires des parties, ce qui permet un développement et une commercialisation de produits ou de

¹⁴⁰ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 89.

¹⁴¹ Voir également la section 1.2.6. et le point 369.

¹⁴² Voir aussi le point 6.

technologies nouveaux ou améliorés plus rapides qu'en l'absence de coopération;

- (b) qu'ils débouchent sur une diffusion plus vaste des connaissances, ce qui peut également stimuler l'innovation;
- (c) qu'ils donnent lieu à des réductions de coûts ou réduisent les dépendances dans le cas de produits ou de technologies pour lesquels il existe un nombre limité de fournisseurs.

156. Ces gains d'efficacité peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.

157. Seuls des avantages objectifs peuvent être pris en considération aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 3¹⁴³. Par exemple, un accord de R&D peut conduire une ou plusieurs parties à abandonner l'ensemble ou une partie de leur R&D. Cela peut réduire les coûts (fixes) pour les parties concernées, mais il est peu probable que cela se traduise par des avantages pour les consommateurs, à moins que les parties puissent démontrer que la réduction du volume des efforts de R&D est susceptible d'être compensée par l'arrivée plus rapide de produits sur le marché ou par une plus grande probabilité que la R&D aboutisse.

2.4.2. *Caractère indispensable*

158. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité générés par un accord de R&D ne remplissent pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3. En particulier, les restrictions caractérisées énumérées à l'article 8 du REC applicable à la R&D¹⁴⁴ sont peu susceptibles de remplir le critère concernant le caractère indispensable dans une appréciation individuelle.

2.4.3. *Répercussion sur les consommateurs*

159. Les gains d'efficacité réalisés au moyen de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence causés par l'accord de R&D. Par exemple, la mise sur le marché de produits nouveaux ou améliorés doit compenser des hausses de prix éventuelles ou d'autres effets restrictifs sur la concurrence.

160. En règle générale, il est plus probable qu'un accord de R&D apporte des gains d'efficacité permettant aux consommateurs de recevoir une partie équitable du bénéfice qui en résulte lorsque les parties combinent des compétences et des actifs complémentaires, tels que des capacités de recherche développées dans différents secteurs ou différents domaines de recherche.

161. Plus le pouvoir de marché des parties est élevé, moins il est probable que celles-ci répercuteront les gains d'efficacité sur les consommateurs dans une mesure qui l'emporterait sur les effets restrictifs sur la concurrence.

2.4.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

162. Les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent être satisfaites si l'accord de R&D donne la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits ou des technologies en cause. Lors de l'application

¹⁴³ Voir le point 49 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

¹⁴⁴ Voir la section 2.2.4.1.

de cette condition, l'incidence de l'accord sur la concurrence par l'innovation doit être prise en considération.

2.5. Date pertinente à laquelle l'appréciation a lieu

163. Les accords restrictifs sont appréciés au regard de l'article 101 dans le cadre réel où ils se produisent et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient compte des modifications essentielles des faits¹⁴⁵. L'exemption prévue à l'article 101, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas.
164. Lorsque l'on applique l'article 101, paragraphe 3, il est nécessaire de tenir compte des investissements initiaux à fonds perdus effectués par l'une ou l'autre des parties ainsi que des délais et des contraintes nécessaires à la réalisation et à la rentabilisation d'un investissement destiné à accroître l'efficacité d'une entreprise. Il n'est pas possible d'appliquer l'article 101 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 ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement. Lorsque l'investissement débouche sur une invention et que les parties obtiennent des droits exclusifs sur cette invention en vertu des règles de propriété intellectuelle, il est généralement peu probable que la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement excède la période d'exclusivité fixée par ces règles.
165. Il arrive que les effets d'un accord restrictif soient irréversibles. Une fois cet accord restrictif mis en œuvre, il n'est plus possible de rétablir la situation *antérieure*. Dans de tels cas, l'appréciation doit être faite exclusivement sur la base des faits de l'époque de la mise en œuvre.
166. Par exemple, dans le cas d'un accord de R&D concernant un produit totalement nouveau qui n'améliore pas, ne se substitue pas ou ne remplace pas un produit existant, en vertu duquel chaque partie accepte d'abandonner son propre projet de recherche et de mettre en commun ses capacités avec celles de l'autre ou des autres parties, il peut se révéler techniquement et économiquement impossible de remettre en route des projets abandonnés. Si l'accord est compatible avec l'article 101 au moment où il est conclu, par exemple parce qu'un nombre suffisant de tiers ont des projets de R&D concurrents, l'accord des parties consistant à abandonner leurs projets personnels reste compatible avec l'article 101, même si les projets des tiers échouent à une date ultérieure.
167. L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, 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 R&D conjointe, l'article 101 peut s'appliquer à ces dispositions de l'accord si, à la suite de l'évolution du marché, l'accord donne naissance à des effets restrictifs sur la concurrence et ne remplit pas (plus) les conditions énoncées à

¹⁴⁵ Voir le point 44 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3. En ce qui concerne la date pertinente pour l'appréciation de l'applicabilité du REC applicable à la R&D, voir la section 2.2.5.

l'article 101, paragraphe 3, les investissements à fonds perdus *ex ante* ayant été dûment pris en considération.

2.6. Exemples

168. Accords de R&D concernant des produits qui créent une demande totalement nouvelle

Exemple 1

Situation: Les entreprises A et B ont chacune, indépendamment, réalisé de lourds investissements dans les activités de R&D en vue de développer un nouveau composant électronique miniaturisé. Il est attendu que le nouveau composant n'améliore ni ne remplace les composants existants, mais qu'il crée une demande totalement nouvelle. Les entreprises A et B ont chacune développé des prototypes et espèrent pouvoir les mettre sur le marché dans un délai d'environ 18 mois. En outre, les entreprises A et B s'attendent à ce que seul le premier composant à atteindre le marché soit un produit vedette en ce qui concerne les recettes et que la deuxième entreprise à mettre son produit sur le marché ne soit pas en mesure de récupérer les investissements considérables en R&D réalisés, alors que si les deux entreprises commencent à vendre le produit sur le marché simultanément, les entreprises A et B s'attendent à pouvoir réaliser un bénéfice important. Elles conviennent donc de combiner leurs efforts de R&D au sein d'une entreprise commune qui développera le prototype de l'entreprise A, puis produira le nouveau composant et le fournira aux deux entreprises, qui le commercialiseront indépendamment l'une de l'autre. Suite à l'accord d'entreprise commune, l'entreprise B abandonnera le développement de son propre prototype. En mettant en commun leurs efforts de R&D, les parties espèrent pouvoir mettre le nouveau composant sur le marché en moins d'un an. Aucune autre entreprise ne développe actuellement un composant substituable.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable à la R&D: Le composant électronique miniaturisé sur lequel porte l'accord de R&D créerait une demande totalement nouvelle. Il n'améliorerait, ne se substituerait ni ne remplacerait un produit existant. Les entreprises A et B sont concurrentes au niveau de l'innovation; toutefois, elles ne relèvent pas de la définition de concurrents existants ou potentiels énoncée dans le REC applicable à la R&D¹⁴⁶, de sorte que leur accord ne serait pas soumis au seuil de part de marché prévu à l'article 6, paragraphe 1, du REC applicable à la R&D. En revanche, l'accord de R&D entre les entreprises A et B sera couvert par l'article 6, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D et, par conséquent, l'accord sera exempté pour la durée de la R&D, pour autant que l'accord remplisse toutes les autres conditions d'exemption prévues par le REC applicable à la R&D (par exemple, les conditions relatives à l'accès aux résultats de R&D, l'absence de restrictions caractérisées, etc.).

Probabilité de retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie:

(i) *Restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1:* L'accord de R&D conduirait l'entreprise B à abandonner le développement de son prototype de composant, qu'elle aurait autrement été susceptible de mettre sur le marché dans un délai d'environ 18 mois. Au moment où les entreprises A et B concluent l'accord de

¹⁴⁶ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 15, du REC applicable à la R&D.

R&D, elles sont les seules entreprises impliquées dans la R&D liée au composant électronique miniaturisé, et aucune autre entreprise ne développe un composant substituable. En outre, les entreprises se trouvent à un stade avancé du processus de R&D (elles prévoient de mettre le composant sur le marché dans environ 18 mois) et, grâce à l'accord, les deux entreprises pourraient éviter une course pour être la première à atteindre le marché, ce qui réduirait le risque de ne pas pouvoir récupérer l'ensemble ou une partie de l'investissement qu'elles ont déjà réalisé. En conséquence, l'accord de R&D semble susceptible de restreindre la concurrence par l'innovation au sens de l'article 101, paragraphe 1. Cette conclusion n'est pas modifiée par le fait que chaque partie commercialisera le nouveau composant de manière indépendante.

ii) Non-respect des conditions de l'article 101, paragraphe 3: L'entreprise commune permettra aux parties de mettre plus rapidement le nouveau composant sur le marché, ce qui constitue un gain d'efficacité objectif susceptible de profiter aux consommateurs. Toutefois, il est peu probable que ce gain de temps compense la réduction de la concurrence par l'innovation et de la variété des produits résultant de l'abandon du prototype de l'entreprise B, étant donné qu'il est probable que le produit de l'entreprise B aurait normalement été mis sur le marché avant ou, au plus tard, peu de temps après le produit de l'entreprise A et que les parties ne sont confrontées à aucune autre contrainte concurrentielle au niveau de l'innovation. Il apparaît donc que l'accord de R&D ne remplit pas au moins une des quatre conditions cumulatives prévues à l'article 101, paragraphe 3, à savoir la partie équitable du profit réservée aux consommateurs. Dans ce cas, le bénéfice de l'exemption par catégorie est susceptible d'être retiré, comme le prévoit l'article 10 du REC applicable à la R&D, et l'accord est susceptible d'être interdit au motif qu'il enfreint l'article 101.

169. Accords de R&D impliquant des centres universitaires/instituts de recherche

Exemple 2

Situation: L'entreprise A est un important producteur de pesticides agricoles. Elle est présente sur le marché en amont des ingrédients de pesticides, avec son ingrédient X, et sur un marché en aval de pesticides, avec son pesticide Y. L'ingrédient X est un intrant clé pour la production du pesticide Y.

L'entreprise A envisage de financer un projet de recherche visant à améliorer l'ingrédient X, de sorte que les clients qui utilisent le pesticide Y puissent obtenir les mêmes rendements des cultures en utilisant des quantités moindres de pesticide. À cette fin, l'entreprise A conclut un accord de R&D avec l'université B, qui dispose d'importantes capacités de R&D dans le domaine des ingrédients de pesticides. L'université B ne produit ni ne vend de pesticides ou d'ingrédients de pesticides.

L'accord de R&D prévoit que l'entreprise A financera, mais ne réalisera pas, les activités de R&D, qui seront menées par l'université B. L'accord de R&D ne permet pas à l'université B d'exploiter les résultats de R&D. L'accord de R&D réserve le droit d'exploiter les résultats des activités rémunérées de R&D exclusivement à l'entreprise A. L'université B n'a le droit d'utiliser les résultats de R&D qu'à des fins de R&D supplémentaires.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable à la R&D: L'entreprise A et l'université B sont des entreprises non concurrentes au sens du REC applicable à la R&D. Conformément à

l'article 6, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D, aucun seuil de part de marché ne doit être atteint.

L'article 3 du REC applicable à la R&D impose comme condition générale à l'octroi d'une exemption par catégorie que toutes les parties à l'accord de R&D aient pleinement accès aux résultats des activités rémunérées de R&D aux fins de la poursuite de la R&D et à des fins d'exploitation. L'accord de R&D ne remplit pas cette condition. Toutefois, l'accord de R&D relève de l'exception spéciale prévue à l'article 3, paragraphe 5, du REC applicable à la R&D, selon laquelle les accords de R&D qui limitent l'utilisation des résultats de R&D par les centres universitaires à la poursuite de la R&D uniquement (c'est-à-dire que l'accord exclut l'exploitation des résultats) peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie.

Par conséquent, si les autres conditions du REC applicable à la R&D sont remplies, l'accord de R&D entre l'entreprise A et l'université B bénéficie de l'exemption par catégorie et aucune autre appréciation n'est requise.

170. Impact de la coopération en matière de R&D et impact sur l'environnement

Exemple 3

Situation: Deux sociétés d'ingénierie qui produisent des composants automobiles conviennent de créer une entreprise commune afin d'unir leurs efforts en matière de R&D existants visant à améliorer les performances d'un composant existant. Si la R&D conjointe aboutit, le composant amélioré aura un impact positif sur l'environnement: les véhicules dotés du composant consommeront moins de carburant et émettront donc moins de CO₂. Les entreprises s'attendent à ce que la combinaison de leurs efforts de R&D accélère le développement du produit amélioré. L'accord d'entreprise commune prévoit que chaque entreprise continuera à fabriquer et à vendre les composants (existants et améliorés) de manière indépendante. Les parts de marché des deux entreprises s'établissent respectivement à 15 % et 20 % sur le marché à l'échelle de l'Union pour l'approvisionnement en composant existant. Il existe trois autres fabricants de composants concurrents importants. Le cycle de vie du composant est généralement de trois à cinq ans. Au cours de chacune des trois dernières années, l'un des principaux fabricants de composants a introduit une nouvelle version ou une mise à niveau.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable à la R&D: Conformément au REC applicable à la R&D, un «marché de produits en cause» est un marché des produits susceptibles d'être améliorés, substitués ou remplacés par les produits contractuels. Dans le cas présent, il s'agit du marché du composant automobile que la R&D vise à améliorer. Les parties disposent d'une part de marché cumulée de 35 % sur le marché de produits en cause. Le seuil de part de marché dépassant les 25 % prévus par le REC applicable à la R&D, l'entreprise commune ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1: En combinant les efforts de R&D précédemment indépendants des parties, l'entreprise commune permet de réduire le volume des efforts de R&D liés à l'amélioration du composant. La question de savoir si cela crée une restriction sensible de la concurrence sur le marché de produits en cause ou une restriction sensible de la concurrence par l'innovation nécessite une appréciation complète du contexte juridique et économique. À cette fin, les facteurs pertinents comprennent la présence de

trois autres fabricants importants sur le marché de produits en cause, les antécédents de ces fabricants en ce qui concerne l'innovation, le cycle de vie relativement court du composant et le fait que les parties continueront à produire et à vendre les composants existants et améliorés de manière indépendante. Dans l'ensemble, il semble peu probable que l'entreprise commune entraîne une restriction sensible de la concurrence.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 3: Une appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, n'est nécessaire que si l'entreprise commune est réputée restreindre sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Accélérer le développement d'une version améliorée du composant qui réduira la consommation de carburant est un gain d'efficacité objectif. Bien que les parties détiennent une part de marché cumulée importante sur le marché des composants en cause, la présence d'autres concurrents importants ayant de bons antécédents en matière d'innovation, le cycle de vie court du composant et le fait que les parties continueront à fabriquer et à vendre le composant de manière indépendante font qu'il est probable que les gains d'efficacité seront répercutés sur les consommateurs et qu'il est peu vraisemblable que l'entreprise commune élimine la concurrence sur le marché des composants en cause ou qu'elle élimine la concurrence par l'innovation en cause. L'affirmation des parties selon laquelle la combinaison de leurs efforts de R&D est indispensable pour accélérer le développement du composant amélioré semble plausible. L'entreprise commune de R&D est donc susceptible de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

171. Partenariat de recherche

Exemple 4

Situation: les entreprises A, B et C jouent un rôle de premier plan dans le domaine des technologies d'énergie renouvelable. Elles mettent en place un partenariat de recherche, qui définit un programme de R&D établissant une vision commune à long terme pour le développement de nouvelles technologies d'énergie renouvelable et l'amélioration des technologies existantes. Ce programme sera mis en œuvre par le biais d'un certain nombre d'accords ultérieurs distincts couvrant des projets individuels de R&D rémunérée et conjointe.

Ce programme sera formalisé dans un protocole d'accord qui établira un cadre de coopération des parties, y compris les objectifs, les clauses et les conditions, les mécanismes de gouvernance et les modalités de suivi. Le protocole d'accord prévoit notamment un mécanisme de compensation pour les cas où une des parties souhaite exploiter les résultats de la R&D menée par les autres parties.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable à la R&D: Étant donné que le protocole d'accord ne porte pas sur des projets de R&D spécifiques (il se contente d'établir des conditions générales pour la mise en œuvre de projets de R&D qui feront l'objet d'accords distincts ultérieurs), il ne constitue pas en soi un accord de R&D au sens du REC applicable à la R&D. L'exemption par catégorie n'est donc pas applicable.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1, et de l'article 101, paragraphe 3: Les parties au protocole d'accord sont toutes actives dans le domaine des technologies des énergies renouvelables, mais le protocole d'accord est un accord-cadre de haut niveau qui ne concerne pas les projets de R&D

spécifiques. Il n'est donc pas possible de déterminer si les parties sont des concurrents existants ou potentiels aux fins de cet accord. Il ne sera possible d'apprécier leur relation concurrentielle qu'au moment où ils concluront les accords de R&D d'application subséquents. Le protocole d'accord ne restreint donc pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

3. ACCORDS DE PRODUCTION

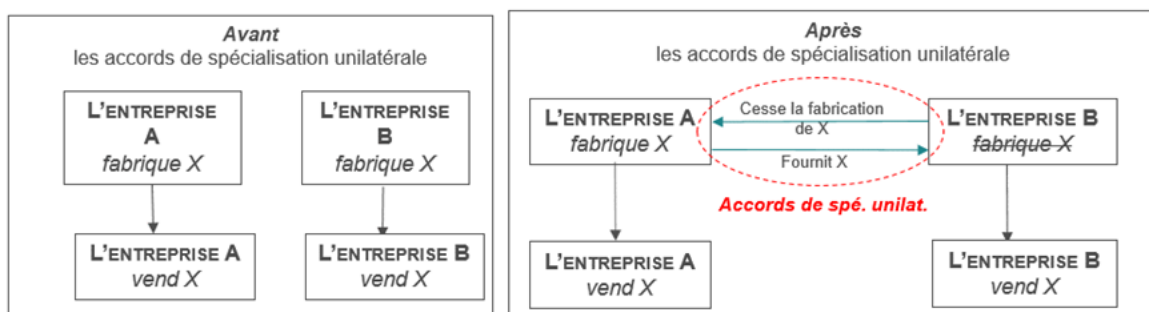
3.1. Introduction

172. Le présent chapitre fournit des orientations sur l'appréciation des accords de production horizontaux. Aux fins du présent chapitre, on entend par «production» la fabrication de biens et la préparation de services¹⁴⁷.
173. Les accords de production varient tant dans leur forme que dans leur champ d'application:
- (a) ils peuvent prévoir que la production est réalisée conjointement, par exemple par le biais d'une équipe, d'une organisation ou d'une entreprise commune; ou
 - (b) ils peuvent prévoir que la production est réalisée par une seule partie ou par deux parties ou plus, par le biais de formes de coopération plus souples, telles que des accords de sous-traitance.
174. Les accords de production conjointe sont des accords en vertu desquels deux entreprises ou plus conviennent de produire certains produits conjointement. La production conjointe peut prendre diverses formes, par exemple i) une entreprise commune, c'est-à-dire une entreprise contrôlée conjointement exploitant une ou plusieurs installations de production¹⁴⁸, ou ii) une équipe ou une organisation commune composée d'un nombre égal ou inégal de représentants des parties.
175. Les accords de sous-traitance sont des accords en vertu desquels une partie (le «donneur d'ordre») charge une autre partie (le «sous-traitant») de fabriquer un produit donné. Dans le présent chapitre, on entend par «accords de sous-traitance horizontaux» les accords de sous-traitance conclus entre des entreprises opérant sur le même marché de produits, mais pas nécessairement sur le même marché géographique, et donc indépendamment du fait que les entreprises soient ou non concurrentes. Les accords de sous-traitance horizontaux comprennent des accords de spécialisation unilatérale et réciproque ainsi que d'autres types d'accords de sous-traitance.
176. *Les accords de spécialisation unilatérale* sont des accords conclus entre deux ou plusieurs parties présentes sur le même marché de produits, par lesquels une ou plusieurs des parties acceptent de cesser complètement ou partiellement la production de certains produits ou de s'abstenir de produire ces produits et s'engagent à les acheter à l'autre ou aux autres parties, qui acceptent de les produire et de les leur fournir.

Exemple d'un accord de spécialisation unilatérale

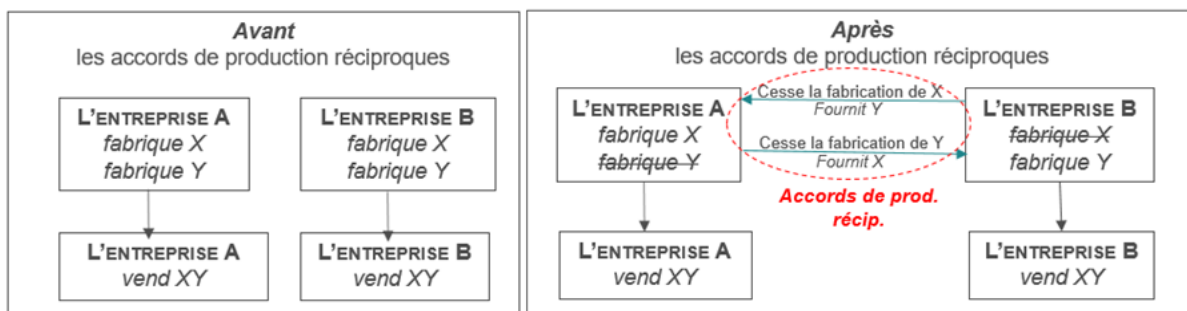
¹⁴⁷ En ce qui concerne la préparation des services, voir en particulier le point 200.

¹⁴⁸ Voir les points 12 et 46. Les présentes lignes directrices ne couvrent pas les opérations constituant une concentration au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations; cela inclut la création d'une entreprise commune de plein exercice.



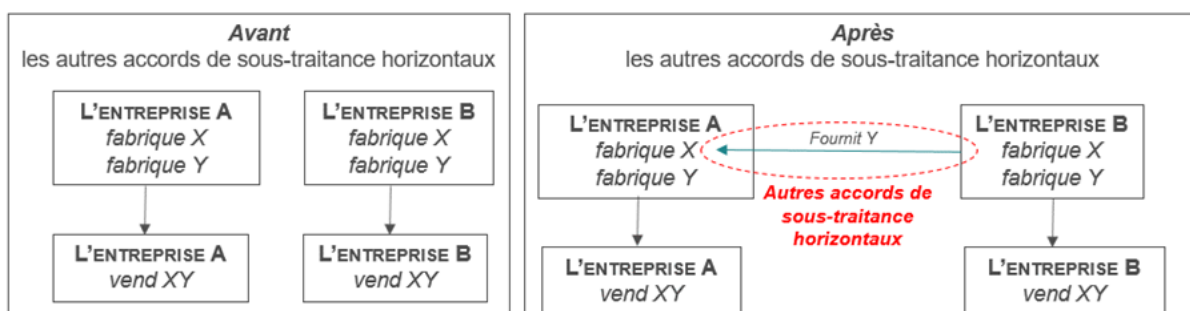
177. *Les accords de spécialisation réciproque* sont des accords conclus entre deux ou plusieurs parties présentes sur le même marché de produits et par lesquels deux ou plusieurs parties acceptent, sur une base réciproque, de cesser complètement ou partiellement ou de s'abstenir de produire certains produits, qui ne sont pas identiques, et s'engagent à les acheter à l'autre ou aux autres parties, qui acceptent de les produire et de les leur fournir.

Exemple d'un accord de spécialisation réciproque



178. Les orientations fournies dans ce chapitre s'appliquent également à d'autres types d'accords de sous-traitance horizontaux. Cela comprend les accords de sous-traitance visant à accroître la production, dans lesquels le donneur d'ordre ne cesse ni ne limite en même temps sa propre production du produit concerné.

Exemple d'un accord de spécialisation visant à accroître la production



179. Les présentes lignes directrices s'appliquent à toutes les formes d'accords de production conjointe et d'accords de sous-traitance horizontaux¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Les accords de sous-traitance verticaux ne sont pas couverts par les présentes lignes directrices. Les accords de sous-traitance verticaux sont conclus entre des entreprises exerçant des activités à différents niveaux de la chaîne de production ou de distribution. Ces accords peuvent relever du champ d'application des lignes directrices sur les restrictions verticales et peuvent bénéficier, sous certaines

180. Pour des raisons de commodité, les entreprises qui ont l'intention de conclure des accords de production horizontaux peuvent d'abord souhaiter examiner si leur accord peut bénéficier du REC applicable aux accords de spécialisation¹⁵⁰. L'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation repose sur la présomption que, dans la mesure où un accord de production relève du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, et remplit les conditions énoncées dans le REC applicable aux accords de spécialisation, il remplit généralement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. Lorsqu'un accord de production horizontal remplit les conditions du REC applicable aux accords de spécialisation, il est compatible avec l'article 101 et aucune autre appréciation n'est nécessaire¹⁵¹. Lorsqu'un accord de production n'est pas couvert par le REC applicable aux accords de spécialisation ou ne remplit pas les conditions dudit règlement, il est nécessaire de procéder à une appréciation individuelle au titre de l'article 101 afin de déterminer, tout d'abord, si l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et, dans l'affirmative, s'il remplit l'ensemble des quatre conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

181. Le présent chapitre est structuré de la manière suivante:

- (a) la section 3.2 fournit des orientations sur l'identification des marchés pertinents pour l'appréciation des accords de production;
- (b) la section 3.3 fournit des orientations sur l'application du REC applicable aux accords de spécialisation, y compris les conditions d'exemption des accords de spécialisation, le seuil de part de marché et les restrictions caractérisées et exclues;
- (c) la section 3.4 fournit des orientations pour l'appréciation individuelle des accords de production au titre de l'article 101, paragraphe 1;
- (d) la section 3.5 fournit des orientations pour l'appréciation individuelle des accords de production au titre de l'article 101, paragraphe 3;
- (e) la section 3.6 fournit des orientations spécifiques pour l'appréciation des accords de partage d'infrastructures de télécommunications mobiles au titre de l'article 101, paragraphes 1 et 3.

3.2. Marchés en cause

182. La *communication sur la définition du marché* énonce les principaux critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie pour définir les marchés en cause lorsqu'elle veille à l'application du droit de la concurrence de l'Union (voir également le point 44). Ces critères sont applicables à l'appréciation des accords de production au titre de l'article 101.

conditions, de l'application du règlement d'exemption. En outre, ils peuvent être couverts par la communication de la Commission du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne (JO C 1 du 3.1.1979, p. 2) (la «communication sur la sous-traitance»).

¹⁵⁰ Règlement (UE) n° 2023/1067 de la Commission du 1^{er} juin 2023 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 143 du 2.6.2023, p. 20).

¹⁵¹ À moins que et jusqu'à ce que la Commission ou une ANC retire le bénéfice de l'exemption par catégorie dans un cas individuel (voir section 3.3.7).

183. Les accords de production ont une incidence sur les marchés directement concernés par la coopération, c'est-à-dire les marchés auxquels appartiennent les produits fabriqués dans le cadre de l'accord. Les accords de production peuvent aussi avoir des effets sur les marchés en amont, en aval ou voisins du marché directement concerné par la coopération (les «*marchés secondaires*»)¹⁵². Ces marchés secondaires sont susceptibles d'être des marchés en cause pour l'appréciation si les marchés sont interdépendants et que les parties se trouvent dans une position de force sur le marché secondaire.
184. Aux fins du REC applicable aux accords de spécialisation, le marché en cause est le marché de produits et le marché géographique auxquels appartiennent les produits fabriqués dans le cadre de l'accord de spécialisation et, en outre, lorsque ces produits sont des produits intermédiaires qui sont entièrement ou partiellement utilisés de manière captive par une ou plusieurs parties comme intrants pour des produits en aval, les marchés de produits et les marchés géographiques auxquels appartiennent ces produits en aval.

3.3. Le REC applicable aux accords de spécialisation

185. Le REC applicable aux accords de spécialisation exempte certains accords de production de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1¹⁵³. L'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation repose sur la présomption que, dans la mesure où un accord de production relève du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, et remplit les conditions énoncées dans le REC applicable aux accords de spécialisation, il remplit généralement les quatre conditions cumulatives prévues à l'article 101, paragraphe 3. Pour des raisons de commodité, les entreprises qui ont l'intention de conclure un accord de production peuvent d'abord souhaiter examiner si leur accord peut bénéficier du REC applicable aux accords de spécialisation.
186. Les accords de production qui remplissent les conditions du REC applicable aux accords de spécialisation sont compatibles avec l'article 101 et aucune autre appréciation n'est nécessaire¹⁵⁴. Lorsqu'un accord de production ne remplit pas les conditions du REC applicable aux accords de spécialisation, il est nécessaire de procéder à une appréciation individuelle au titre de l'article 101 afin de déterminer, tout d'abord, si l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1¹⁵⁵, et, dans l'affirmative, s'il remplit les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

3.3.1. Accords de production couverts par le REC applicable aux accords de spécialisation

187. Le REC applicable aux accords de spécialisation couvre les types d'accords de production horizontaux suivants: a) les accords de spécialisation unilatérale, b) les accords de spécialisation réciproque, et c) les accords de production conjointe. Le REC applicable aux accords de spécialisation utilise le terme «accord de

¹⁵² Voir l'article 2, paragraphe 5, premier point du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.

¹⁵³ Le règlement (CEE) n° 2821/71 habilite la Commission, conformément à l'article 101, paragraphe 3, à exempter par catégorie, par voie de règlement, les accords qui ont pour objet la spécialisation, y compris les accords nécessaires pour la réaliser.

¹⁵⁴ À moins que et jusqu'à ce que la Commission ou une ANC retire le bénéfice de l'exemption par catégorie dans un cas individuel (voir section 3.3.7).

¹⁵⁵ Pour l'appréciation des accords de spécialisation au titre de l'article 101, paragraphe 1, voir la section 3.4.

spécialisation» pour désigner ces trois types d'accords de production horizontaux. Dans chaque cas, l'accord peut porter sur la fabrication de biens et/ou la préparation de services¹⁵⁶.

188. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) a), du REC applicable aux accords de spécialisation définit les *accords de spécialisation unilatérale* comme suit:
- (a) l'accord est conclu entre deux ou plusieurs parties;
 - (b) les parties à l'accord sont déjà présentes sur le même marché de produits;
 - (c) une ou plusieurs des parties acceptent de cesser complètement ou partiellement la production de certains produits ou de s'abstenir de produire ces produits et s'engagent à les acheter à l'une ou plusieurs des autres parties; et
 - (d) une ou plusieurs parties acceptent de produire ces produits et de les fournir à l'autre ou aux autres parties qui cessent ou s'abstiennent de les produire.
189. La définition des accords de spécialisation unilatérale n'exige pas que: i) les parties soient présentes sur le même marché géographique; ou ii) une ou plusieurs des parties qui cessent ou s'abstiennent de produire certains produits réduisent leurs capacités (vente d'usines ou fermeture de lignes de production, par exemple). Il suffit que ces parties réduisent leur volume de production.
190. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) b), du REC applicable aux accords de spécialisation définit les *accords de spécialisation réciproque* comme suit:
- (a) l'accord est conclu entre deux ou plusieurs parties;
 - (b) les parties à l'accord sont déjà présentes sur le même marché de produits;
 - (c) deux ou plusieurs parties acceptent, sur une base réciproque, de cesser complètement ou partiellement, ou de s'abstenir, de produire certains produits, qui ne sont pas identiques, et s'engagent à les acheter à l'une ou plusieurs des autres parties; et
 - (d) une ou plusieurs des autres parties acceptent de produire ces produits et de les fournir aux parties qui cessent ou s'abstiennent de les produire.
191. La définition des accords de spécialisation réciproque n'exige pas que: i) les parties soient présentes sur le même marché géographique, ou ii) les parties qui cessent ou s'abstiennent de produire réduisent leurs capacités (vente d'usines, fermeture de lignes de production, par exemple). Il suffit que ces parties réduisent leur volume de production.
192. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) c), du REC applicable aux accords de spécialisation définit les *accords de production conjointe* comme suit:
- (a) l'accord est conclu entre deux ou plusieurs parties; et
 - (b) les parties conviennent de produire certains produits conjointement.
193. Le REC applicable aux accords de spécialisation ne définit pas le terme «conjointe» dans le contexte de la production. Aux fins du REC applicable aux accords de spécialisation, la production conjointe peut prendre n'importe quelle forme (une entreprise, organisation ou équipe commune, par exemple). En outre, dans le cas

¹⁵⁶ Voir considérant 6 et article 1, paragraphe 1, point 5, du REC applicable aux accords de spécialisation.

d'accords de production conjointe, il n'est pas nécessaire qu'une ou plusieurs parties cessent ou s'abstiennent de produire des produits.

3.3.2. *Autres dispositions couvertes par le REC applicable aux accords de spécialisation*

194. L'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation s'applique également à certaines dispositions couramment utilisées dans les accords de production.
195. Dispositions relatives à la cession de droits de propriété intellectuelle ou à la concession de licences sur de tels droits à une ou plusieurs parties. L'article 2, paragraphe 3, du REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que l'exemption par catégorie s'applique également aux accords de spécialisation qui contiennent des dispositions relatives à la cession de droits de propriété intellectuelle ou à la concession de licences sur de tels droits à une ou plusieurs parties, pour autant que ces dispositions remplissent deux conditions cumulatives:
- (a) elles sont directement liées et nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de spécialisation; et
 - (b) elles ne constituent pas l'objectif premier de l'accord.
196. *Dispositions relatives aux obligations de fourniture ou d'achat.* L'article 2, paragraphe 4, point a), du REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que l'exemption par catégorie s'applique également aux accords de spécialisation en vertu desquels les parties acceptent des obligations de fourniture exclusive et d'achat exclusif¹⁵⁷, qui sont définies comme suit:
- (a) Une *obligation de fourniture exclusive* désigne l'obligation de ne pas vendre les produits de spécialisation à une entreprise concurrente autre qu'une ou plusieurs parties à l'accord [voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 10), du REC applicable aux accords de spécialisation]. Les produits de spécialisation sont les produits fabriqués dans le cadre d'un accord de spécialisation [voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 6), du REC applicable aux accords de spécialisation].
 - (b) Une *obligation d'achat exclusif* désigne l'obligation de n'acheter les produits de spécialisation qu'auprès d'une ou plusieurs parties à l'accord [voir article 1^{er}, paragraphe 1, point 11), du REC applicable aux accords de spécialisation].

3.3.3. *Distribution en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation*

197. L'article 2, paragraphe 4, point b), du REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que l'exemption par catégorie s'applique également aux accords de spécialisation qui prévoient la distribution conjointe des produits de spécialisation. Les parties restent libres de vendre également les produits de spécialisation de manière indépendante.
198. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point 13), du REC applicable aux accords de spécialisation définit la *distribution* comme la vente et la fourniture des produits de spécialisation aux clients, y compris la commercialisation de ces produits.

¹⁵⁷ Il convient de noter que les accords de spécialisation unilatéraux et réciproques doivent comporter des obligations de fourniture et d'achat pour relever des définitions de ces accords énoncées à l'article 1^{er} du REC applicable aux accords de spécialisation (voir les points 188 et 190).

199. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point 12), du REC applicable aux accords de spécialisation définit la notion de «conjointe» dans le contexte de la distribution comme suit:

- (a) la distribution est assurée par une équipe, une organisation ou une entreprise commune, ou
- (b) la distribution est assurée par un distributeur tiers qui remplit deux conditions cumulatives:
 - (a) le distributeur est désigné conjointement par les parties à l'accord de spécialisation (sur une base exclusive ou non exclusive); et
 - (b) le distributeur n'est pas un concurrent existant ou potentiel des parties à l'accord de spécialisation.

3.3.4. *Services couverts par le REC applicable aux accords de spécialisation*

200. Le REC applicable aux accords de spécialisation s'applique aux accords de spécialisation qui concernent la préparation de services. La préparation de services fait référence aux activités effectuées en amont de la fourniture de services aux clients [article 1^{er}, paragraphe 1, point 5, du REC applicable aux accords de spécialisation]. Parmi les exemples de préparation de services, on peut citer la création ou l'exploitation d'une plateforme par l'intermédiaire de laquelle les services seront fournis.

201. Toutefois, comme le précise le considérant 6 du REC applicable aux accords de spécialisation, la fourniture de services aux clients ne relève pas du champ d'application du REC applicable aux accords de spécialisation, sauf dans le cas où les parties conviennent de fournir conjointement des services préparés en application de l'accord de spécialisation.

3.3.5. *Seuil de part de marché et durée de l'exemption*

3.3.5.1. Seuil de part de marché

202. Les accords de spécialisation peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie si les seuils de part de marché suivants, fixés à l'article 3 du REC applicable aux accords de spécialisation, sont atteints:

- (a) La part de marché cumulée n'excède pas 20 % sur le ou les marchés en cause auxquels appartiennent les produits de spécialisation.
- (b) Lorsque les produits de spécialisation sont des produits intermédiaires qu'une ou plusieurs des parties utilisent de manière captive, en tout ou partie, comme intrants pour la production de certains produits en aval, qu'elles vendent également, l'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation est subordonnée à la condition d'avoir:
 - (a) une part de marché cumulée n'excédant pas 20 % sur le ou les marchés en cause auxquels appartiennent les produits de spécialisation; et
 - (b) une part de marché cumulée n'excédant pas 20 % sur le ou les marchés en cause auxquels appartiennent les produits en aval. En vertu du REC applicable aux accords de spécialisation, le «produit en aval» est défini comme un produit pour la production duquel un produit de spécialisation est utilisé comme intrant par une ou plusieurs parties, et qui est vendu par

celles-ci sur le marché [article 1^{er}, paragraphe 1, point 7), du REC applicable aux accords de spécialisation].

3.3.5.2. Calcul des parts de marché

203. Le REC applicable aux accords de spécialisation précise que les parts de marché des parties doivent être calculées sur la base des données relatives à la valeur des ventes sur le marché [article 4, point a), du REC applicable aux accords de spécialisation]. En l'absence de données relatives à la valeur des ventes sur le marché, les parties peuvent utiliser d'autres informations fiables relatives au marché (y compris les volumes de ventes sur le marché) pour calculer leurs parts de marché.
204. Le seuil de part de marché s'applique pendant toute la durée de l'accord de spécialisation. Pour évaluer le respect de cette condition, les parts de marché des parties doivent être calculées sur la base des données relatives à l'année civile précédant la date de l'appréciation [article 4, point b), du REC applicable aux accords de spécialisation].
205. Dans certains cas, les données relatives à l'année civile précédente ne seront pas représentatives de la position des parties sur le ou les marchés en cause. Cela peut se produire, par exemple, sur des marchés caractérisés par une demande importante ou irrégulière. Les marchés d'appels d'offres, où les parts de marché peuvent varier considérablement d'une année à l'autre selon qu'une partie se voit attribuer un marché ou non, sont des exemples de demande irrégulière. Lorsque l'année civile précédente n'est pas représentative de la position des parties sur le ou les marchés en cause, les parts de marché doivent être calculées sur la base d'une moyenne des données sur les parts de marché des parties au cours des trois années civiles précédentes.

3.3.5.3. Durée de l'exemption

206. L'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation n'est pas limitée dans le temps. L'exemption s'applique pour la durée de l'accord de spécialisation, tant que les seuils de part de marché et les autres conditions du REC applicable aux accords de spécialisation sont respectés.
207. L'article 4, point d), du REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que lorsque la part de marché cumulée des parties ne dépasse pas initialement 20 %, mais qu'elle passe ensuite au-dessus de ce seuil sur au moins un des marchés en cause concernés par l'accord de spécialisation, l'exemption par catégorie continue de s'appliquer pendant une durée de deux années civiles consécutives suivant l'année au cours de laquelle le seuil de 20 % a été dépassé pour la première fois.

3.3.6. Restrictions caractérisées en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation

3.3.6.1. Restrictions caractérisées

208. L'article 5 du REC applicable aux accords de spécialisation contient une liste de restrictions caractérisées. Les restrictions caractérisées sont des restrictions graves de la concurrence qui, en général, nuisent au marché et aux consommateurs.
209. Les accords de spécialisation qui comportent une ou plusieurs restrictions caractérisées répertoriées à l'article 5 du REC applicable aux accords de spécialisation sont exclus dans leur ensemble de l'exemption par catégorie.
210. Les restrictions caractérisées énumérées à l'article 5 du REC applicable aux accords de spécialisation peuvent être classées dans les catégories suivantes:

- (a) la fixation des prix pour la vente des produits de spécialisation à des tiers;
- (b) la limitation de la production ou des ventes; et
- (c) la répartition des marchés ou de la clientèle.

211. Ces restrictions peuvent être réalisées a) directement ou indirectement, et b) isolément ou cumulées à d'autres facteurs sous le contrôle des parties à l'accord de spécialisation.

3.3.6.2. Exceptions

212. L'article 5 du REC applicable aux accords de spécialisation prévoit également plusieurs exceptions aux restrictions caractérisées. Les accords de spécialisation qui comportent ces dispositions exclues peuvent ainsi quand même bénéficier de l'exemption si les autres conditions prévues par le REC applicable aux accords de spécialisation sont remplies.

- (a) *Fixation des prix.* Dans le cadre de la *distribution conjointe*, le REC applicable aux accords de spécialisation permet la fixation des prix appliqués aux clients directs [article 5, point a)].
- (b) Limitation de la production ou de la vente.
 - (a) Dans le cadre des *accords de spécialisation unilatérale ou réciproque*, le REC applicable aux accords de spécialisation autorise les dispositions relatives à la quantité convenue de produits que i) une ou plusieurs parties cessent de fabriquer et/ou que ii) une ou plusieurs parties fabriquent pour l'autre partie ou les autres parties [article 5, point b) i)];
 - (b) dans le cadre des *accords de production conjointe*, le REC applicable aux accords de spécialisation autorise les dispositions relatives à la fixation des capacités et des volumes de production des parties pour les produits de spécialisation [article 5, point b) ii)];
 - (c) dans le cadre de la *distribution conjointe*, le REC applicable aux accords de spécialisation autorise les dispositions fixant des objectifs de ventes pour les produits de spécialisation [article 5, point b) iii)].

3.3.7. Retrait du bénéfice du REC applicable aux accords de spécialisation

213. Les articles 6 et 7 du REC applicable aux accords de spécialisation prévoient que la Commission ou les ANC peuvent retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie conformément à l'article 29, paragraphes 1 et 2, du règlement (CE) n° 1/2003, respectivement, lorsqu'elles constatent, dans un cas particulier, qu'un accord de spécialisation couvert par l'exemption par catégorie a néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3. L'article 6, paragraphe 2, du REC applicable aux accords de spécialisation fournit une liste non exhaustive de scénarios dans lesquels la Commission peut envisager d'utiliser ce pouvoir, à savoir lorsque le marché en cause est fortement concentré et que la concurrence est déjà faible, par exemple en raison de l'un des éléments suivants:

- (a) la position détenue individuellement par d'autres acteurs sur le marché;
- (b) les liens créés entre d'autres acteurs du marché par des accords de spécialisation parallèles;
- (c) les liens créés entre les parties et d'autres acteurs du marché.

214. Par exemple, une ou plusieurs des parties à un accord de spécialisation peuvent être parties à des accords de spécialisation distincts avec d'autres acteurs du marché. Par ailleurs, une ou plusieurs parties peuvent avoir des liens contractuels ou structurels avec d'autres acteurs du marché sur d'autres marchés.
215. Les orientations fournies au chapitre 2 sur les accords de R&D concernant la procédure de retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie dans des cas individuels et les conséquences du retrait sont également pertinentes pour le retrait du bénéfice du REC applicable aux accords de spécialisation (voir la section 2.2.6).

3.3.8. *Période transitoire*

216. Le REC applicable aux accords de spécialisation prévoit une période transitoire de deux ans (du 1^{er} juillet 2023 au 30 juin 2025), au cours de laquelle l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, ne s'applique pas aux accords de spécialisation qui sont déjà en vigueur au 30 juin 2023 et qui ne satisfont pas aux conditions d'exemption prévues par le REC applicable aux accords de spécialisation, mais qui satisfont aux conditions d'exemption prévues par le règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission¹⁵⁸.

3.4. **Appréciation individuelle des accords de production au regard de l'article 101, paragraphe 1**

217. Lorsqu'un accord de production ne bénéficie pas de l'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation, il est nécessaire de procéder à une appréciation individuelle au titre de l'article 101. La première étape de l'appréciation consiste à déterminer si l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1¹⁵⁹. Si l'accord restreint la concurrence au sens de cette disposition, la deuxième étape consiste à déterminer si l'accord remplit les conditions de l'article 101, paragraphe 3.¹⁶⁰

3.4.1. *Principaux problèmes de concurrence*

218. Les accords de production peuvent poser différents problèmes de concurrence, tels que:
- (a) une limitation directe de la concurrence entre les parties;
 - (b) la coordination du comportement concurrentiel des parties en tant que fournisseurs; ou
 - (c) le verrouillage anticoncurrentiel de tiers présents sur un marché secondaire.
219. Les accords de production peuvent déboucher sur une *limitation directe de la concurrence entre les parties*. Ces accords, et plus particulièrement les entreprises communes de production¹⁶¹, peuvent conduire les parties à aligner directement les niveaux de production, la qualité des produits, le prix auquel l'entreprise commune vend ses produits ou d'autres paramètres de la concurrence importants (par exemple l'innovation ou la durabilité). Il peut en résulter une restriction de la concurrence,

¹⁵⁸ Règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation (JO L 335 du 18.12.2010, p. 43).

¹⁵⁹ Si ce n'est pas le cas, l'article 101 ne s'applique pas et aucune autre appréciation n'est requise.

¹⁶⁰ Voir la section 3.5.

¹⁶¹ Voir les points 46 («entreprises communes de plein exercice») et 12 («responsabilité pour des infractions à l'article 101»).

même si les parties vendent indépendamment les produits fabriqués dans le cadre de l'accord.

220. Les accords de production peuvent aussi entraîner la *coordination du comportement concurrentiel des parties en tant que fournisseurs*, soit, en d'autres termes, une *collusion*, ce qui déboucherait sur une augmentation des prix, une réduction de la production, une réduction de la qualité des produits, une réduction de la diversité des produits ou une réduction de l'innovation¹⁶². La probabilité d'une collusion est plus grande lorsque:
- (a) les parties possèdent un pouvoir de marché; et
 - (b) des facteurs propices à une telle coordination sont présents, tels que:
 - (a) lorsque l'accord de production accroît la similarité des parties (c'est-à-dire la proportion des coûts variables que les parties ont en commun) dans une mesure qui leur permette de parvenir à une collusion, ou
 - (b) lorsque l'accord comprend un échange d'informations commercialement sensibles pouvant déboucher sur une collusion.
221. Les accords de production peuvent en outre déboucher sur le verrouillage anticoncurrentiel de tiers sur les marchés en aval lorsque l'accord de production concerne un produit intermédiaire qui représente une part importante des coûts variables d'un produit final pour lequel les parties sont en concurrence en aval. Dans ce cas, les parties peuvent être en mesure d'utiliser l'accord de production pour augmenter le prix du produit intermédiaire et, ainsi, les coûts de leurs rivaux en aval. Cela pourrait affaiblir la concurrence en aval et entraîner une hausse des prix finaux.
- 3.4.2. *Restrictions de la concurrence par objet*
222. En règle générale, les accords qui consistent à: a) fixer les prix, b) limiter la production ou c) répartir les marchés ou les clients restreignent la concurrence par objet.
223. Toutefois, dans le cadre des accords de production, tel n'est pas le cas:
- (a) lorsque les parties fixent la *production directement concernée par l'accord de production* (par exemple, la capacité et le volume de production d'une entreprise commune, ou un volume convenu de produits à donner en sous-traitance) à condition que la concurrence sur d'autres paramètres (par exemple les prix) ne soit pas éliminée; ou
 - (b) lorsqu'un accord de production prévoyant aussi la distribution conjointe des produits fabriqués conjointement prévoit de *fixer conjointement les prix de vente* de ces seuls produits, pour autant que cette restriction soit objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de production et de distribution combiné et proportionnée à la réalisation des objectifs de cet accord.
224. Lorsqu'un accord de production ne tombe pas sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, parce qu'il a des effets neutres ou positifs sur la concurrence et qu'il contient une restriction relative à la fixation des prix telle que

¹⁶² Les accords de production peuvent également aboutir à la coordination du comportement des parties en tant qu'acheteurs. Dans ce cas, comme expliqué au point 6, les orientations fournies au chapitre 4 (Accords d'achat) peuvent être pertinentes, en plus des orientations fournies dans le présent chapitre 3.

visée au point 223, point (b), cette restriction accessoire échappera également à l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1¹⁶³.

225. Lorsqu'un accord de production contient une restriction liée à la production telle que visée au point 223, point (a), qui ne constitue pas une restriction accessoire échappant à l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1¹⁶⁴, il est nécessaire d'évaluer si l'accord est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Une telle restriction ne sera pas évaluée isolément de l'accord de production, mais à la lumière des effets globaux de l'ensemble de l'accord de production.

3.4.3. *Effets restrictifs sur la concurrence*

226. Afin d'évaluer si un accord de production a pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, il est nécessaire de prendre en considération différents facteurs. Notamment:

- (a) si les parties à l'accord sont des concurrents existants ou potentiels¹⁶⁵;
- (b) la situation qui prévaudrait en l'absence de l'accord, y compris les restrictions qu'il contient;
- (c) les caractéristiques du marché en cause et la question de savoir si les parties à l'accord disposent d'un pouvoir de marché;
- (d) la nature et le champ d'application de la coopération;
- (e) les produits concernés par la coopération.

3.4.3.1. Accords de production peu susceptibles d'avoir des effets restrictifs

227. Certains accords de production sont peu susceptibles d'avoir des effets restrictifs:

- (a) les accords de production conclus entre des entreprises qui ne sont pas des concurrents existants ou potentiels. Ces accords ne sont généralement susceptibles de restreindre la concurrence que lorsqu'ils contiennent des dispositions qui excluent la concurrence des tiers;
- (b) les accords de production qui permettent aux parties de lancer un produit que, sur la base de facteurs objectifs, elles n'auraient pas été en mesure de produire autrement (par exemple, en raison de leurs capacités techniques) et qui n'aboutissent pas à une collusion en ce qui concerne d'autres produits pour lesquels les parties sont en concurrence;
- (c) les accords de production qui affectent des marchés sur lesquels les parties ne possèdent pas de pouvoir de marché¹⁶⁶, y compris les accords qui bénéficient de la communication de minimis¹⁶⁷.

¹⁶³ Voir le point 34.

¹⁶⁴ Voir le point 34.

¹⁶⁵ Voir le point 16.

¹⁶⁶ Voir la section 3.4.3.2.

¹⁶⁷ Voir le point 41. Dans de nombreux cas, les accords de production conclus entre des PME entrent dans le champ d'application de la communication de minimis. Toutefois, cette communication ne s'applique pas aux accords qui contiennent des restrictions de la concurrence par objet.

3.4.3.2. Pouvoir de marché

228. Ce n'est que si les parties à l'accord disposent d'un pouvoir de marché qu'elles pourront maintenir avantageusement les prix à un niveau supérieur au niveau d'équilibre concurrentiel ou maintenir avantageusement la production, la qualité ou la diversité des produits à des niveaux inférieurs à ceux de la concurrence. Le point de départ de l'analyse du pouvoir de marché est a) la part de marché individuelle et cumulée détenue par les parties, avant de passer, en principe, b) au calcul de l'indice de concentration et du nombre d'acteurs sur le marché et c) à l'examen des facteurs dynamiques tels qu'une entrée potentielle et les variations de parts de marché ainsi que d) à l'examen d'autres facteurs pertinents.

(a) *Parts de marché*

229. Les entreprises sont peu susceptibles de détenir un pouvoir de marché en dessous d'un certain niveau de part de marché.

230. *REC applicable aux accords de spécialisation*: les accords de spécialisation¹⁶⁸ bénéficient du REC applicable aux accords de spécialisation pour autant qu'ils soient conclus entre des parties dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 20 % sur les marchés en cause¹⁶⁹ et que les autres conditions d'application du REC applicable aux accords de spécialisation soient remplies.

231. *Accords ne relevant pas du REC applicable aux accords de spécialisation*: pour les accords de production horizontaux qui ne constituent pas des accords de spécialisation au sens du REC applicable aux accords de spécialisation, il est peu probable, dans la plupart des cas, qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée qui ne dépasse pas 20 % sur les marchés en cause.

232. Comme expliqué au point 183, un accord de production peut avoir des effets secondaires sur les marchés en amont, en aval ou voisins du marché directement concerné par la coopération (par exemple, lorsque l'accord porte sur des produits intermédiaires utilisés comme intrants pour des produits en aval). Les effets restrictifs sur les marchés secondaires sont plus probables lorsque les marchés sont interdépendants et que les parties disposent d'un pouvoir de marché sur le marché secondaire.

233. *Part de marché au-delà de 20 %*: si la part de marché cumulée des parties excède 20 %, les effets restrictifs de l'accord de production doivent être appréciés. En règle générale, le risque qu'un accord de production incite davantage les parties à augmenter leurs prix (et/ou à diminuer la qualité et/ou la gamme des produits) est d'autant plus probable que les parts de marché cumulées des parties sont élevées.

(b) *Taux de concentration du marché*

234. En règle générale, un accord de production est plus susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence sur un marché concentré (c'est-à-dire un marché avec un nombre limité d'acteurs) que sur un marché qui n'est pas concentré. Un accord de production sur un marché concentré peut accroître le risque de collusion même si les parties ne détiennent qu'une part de marché cumulée modérée. Le simple fait que la

¹⁶⁸ Voir article 2, paragraphe 1, du REC applicable aux accords de spécialisation.

¹⁶⁹ Voir la section 3.3.5.1.

part de marché cumulée des parties soit légèrement supérieure à 20 % n'implique pas nécessairement que le marché est très concentré.

(c) *Facteurs dynamiques*

235. Même si les parts de marché des parties à l'accord et le taux de concentration du marché sont élevés, les risques d'effets restrictifs sur la concurrence peuvent rester limités si le marché est dynamique en ce sens qu'il est en évolution constante en ce qui concerne l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché et les parts de marché.

(d) *Autres facteurs pertinents pour l'appréciation du pouvoir de marché*

236. Le nombre et l'intensité des liens (autres accords de coopération, par exemple) entre les concurrents sur le marché, la capacité des clients à changer de fournisseur et/ou le fait que les concurrents ne sont pas susceptibles d'augmenter leur offre en cas de hausse des prix peuvent également être utiles pour apprécier si les parties disposent d'un pouvoir de marché.
237. En outre, si une entreprise disposant d'un pouvoir sur un marché coopère avec un nouvel entrant potentiel, par exemple avec un fournisseur du même produit sur un marché géographique voisin, l'accord est susceptible d'accroître le pouvoir de marché de l'opérateur historique. Cela peut produire des effets restrictifs sur la concurrence si: a) la concurrence existant sur le marché de l'opérateur historique est déjà faible et b) la menace de nouvelle entrée est une source importante de pression concurrentielle.

3.4.3.3. Limitation directe de la concurrence entre les parties

238. Un accord de production peut limiter directement la concurrence entre les parties de différentes façons. Par exemple:
- (a) les parties à une entreprise commune de production peuvent convenir de limiter la production de cette entreprise par rapport à ce qu'elles auraient mis sur le marché si chacune d'elles avait décidé de sa production de manière autonome;
 - (b) lorsque les caractéristiques principales du produit sont déterminées par l'accord de production, cela peut éliminer la concurrence entre les parties sur des paramètres clés (par exemple, la qualité et/ou la gamme de produits ou l'innovation), indépendamment du fait que l'accord implique également une distribution conjointe ou non. Cette préoccupation est particulièrement pertinente dans les industries où la production est la principale activité économique, telles que les industries manufacturières ou la transformation alimentaire;
 - (c) une entreprise commune appliquant un prix de transfert élevé aux parties pourrait augmenter leurs coûts des intrants, ce qui pourrait entraîner une augmentation des prix en aval. En réaction à cette évolution, les concurrents tiers peuvent trouver profitable d'augmenter leurs prix, contribuant ainsi à des hausses de prix sur le marché en cause.
239. En règle générale, les accords de production qui prévoient également une distribution conjointe (à savoir la vente groupée des produits) comportent un risque plus élevé d'effets restrictifs que les accords de production qui se limitent à la production. La distribution conjointe rapproche la coopération du consommateur et implique souvent la fixation conjointe des prix et des objectifs de vente, pratiques qui présentent les risques les plus élevés pour la concurrence.

3.4.3.4. Collusion et verrouillage anticoncurrentiel

240. Le degré de probabilité d'une collusion et/ou d'un verrouillage anticoncurrentiel est fonction du pouvoir de marché des parties ainsi que des caractéristiques du marché en cause. La capacité des parties à parvenir à une collusion et/ou à un verrouillage anticoncurrentiel peut également être accrue par, entre autres, la similarité des coûts ou un échange d'informations lié à l'accord de production.

(a) *Structure de coûts similaire*

241. Lorsqu'une ou plusieurs parties à un accord de production disposent d'un pouvoir de marché et que l'accord porte la structure de coûts similaire des parties à un niveau substantiel, cela peut accroître la capacité des parties à parvenir à une collusion sur les prix (y compris en pratiquant des prix plus élevés pour les produits intermédiaires afin d'exclure les concurrents tiers sur les marchés en aval).

242. La structure de coûts similaire se réfère à la proportion de coûts variables que les parties à l'accord ont en commun. Les coûts en cause sont les coûts variables du produit avec lequel les parties à l'accord de production se font concurrence. Par conséquent, un accord est moins susceptible d'augmenter la similarité des coûts lorsque la coopération concerne des produits qui nécessitent une commercialisation coûteuse (par exemple, des produits nouveaux ou hétérogènes nécessitant une stratégie commerciale coûteuse) ou des produits avec des frais de transport élevés et que la coopération n'inclut pas la distribution conjointe de ces produits.

243. Le fait que la similarité des coûts soit plus poussée peut également accroître la capacité des parties à parvenir à une collusion sur les marchés en aval. Cela peut se produire, par exemple, lorsque l'accord de production concerne un produit intermédiaire qui représente une part importante des coûts variables d'un produit final pour lequel les parties sont en concurrence en aval. Dans ce cas, les parties peuvent utiliser l'accord de production pour augmenter le prix du produit intermédiaire et, ainsi, les prix finaux¹⁷⁰.

(b) *Échanges d'informations*

244. La mise en œuvre d'un accord de production peut nécessiter l'échange d'informations commercialement sensibles, par exemple sur les coûts et les processus de production. Lorsque l'accord de production lui-même ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, parce qu'il a des effets neutres ou positifs sur la concurrence, un échange d'informations accessoire à cet accord ne tombe pas non plus sous le coup de cette interdiction¹⁷¹. C'est le cas si l'échange d'informations est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de production et est proportionné aux objectifs de celui-ci¹⁷². Par exemple, l'échange d'informations sur les volumes et les prix de vente peut être nécessaire pour mettre en œuvre un accord de production qui prévoit une distribution conjointe, mais ne sera généralement pas nécessaire si l'accord ne prévoit pas de distribution conjointe.

245. Lorsque l'échange d'informations va au-delà de ce qui est objectivement nécessaire pour mettre en œuvre l'accord de production, ou qu'il n'est pas proportionné aux

¹⁷⁰ Y compris en augmentant le prix facturé par les parties pour le produit intermédiaire aux tiers concurrents sur le marché en aval qui dépendent des parties pour la fourniture dudit produit intermédiaire.

¹⁷¹ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 89.

¹⁷² Voir également la section 1.2.6. et le point 369.

objectifs dudit accord, l'échange d'informations doit être apprécié au moyen des orientations fournies au chapitre 6¹⁷³. Si l'échange d'informations relève de l'article 101, paragraphe 1, il peut toujours remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

3.5. Appréciation individuelle des accords de production au regard de l'article 101, paragraphe 3

246. Lorsqu'un accord de production restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1¹⁷⁴, et ne remplit pas les conditions de l'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation¹⁷⁵, il est nécessaire d'évaluer si l'accord remplit les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 101, paragraphe 3, qui sont décrites à la section 1.2.7. Les éléments suivants sont pertinents pour l'application de ces conditions aux accords de production.

3.5.1. Gains d'efficience

247. L'accord de production doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique.

248. Les accords de production peuvent générer des gains d'efficience, par exemple:

- (a) en permettant aux entreprises de réaliser des économies sur les coûts qu'elles devraient, dans le cas contraire, exposer chacune de leur côté;
- (b) en aidant les entreprises à améliorer la qualité de leurs produits si elles combinent leurs compétences et savoir-faire complémentaires;
- (c) en permettant aux entreprises d'accroître la diversité de leurs produits, ce qu'elles n'auraient pas pu se permettre ou n'auraient pas été en mesure de faire sans eux;
- (d) en permettant aux entreprises d'améliorer les technologies de production ou de lancer de nouveaux produits (tels que des produits durables), ce qu'elles n'auraient pas été en mesure de faire sans eux (par exemple en raison de leurs compétences techniques);
- (e) en incitant les entreprises à adapter leurs capacités de production à une augmentation soudaine de la demande ou à une baisse de l'offre de certains produits, ce qui peut entraîner des pénuries, et en leur permettant de s'y adapter;
- (f) en permettant aux entreprises de produire à moindre coût dans les cas où la coopération leur permet d'accroître la production et où les coûts marginaux diminuent avec la production, notamment pour réaliser des économies d'échelle;
- (g) en aidant à réaliser des économies de coûts au moyen d'économies de gamme, si l'accord permet aux parties d'augmenter le nombre de types de produits différents qu'elles fabriquent.

¹⁷³ Voir aussi le point 6.

¹⁷⁴ Voir la section 3.4.

¹⁷⁵ Voir la section 3.3.

249. Ces gains d'efficacité peuvent contribuer à un marché intérieur résilient. Par exemple, un accord de production peut accroître la résilience en délocalisant la production vers des zones plus proches de sources d'énergie durables.

3.5.2. *Caractère indispensable*

250. L'accord de production doit s'abstenir d'imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3.

251. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité générés par un accord de production ne remplissent pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3. À titre d'exemple, les restrictions imposées par un accord de production sur le comportement concurrentiel des parties en ce qui concerne la production non couverte par la coopération ne seront normalement pas considérées comme indispensables. De même, la fixation conjointe des prix ne sera pas considérée comme indispensable si l'accord de production ne prévoit pas de distribution conjointe.

3.5.3. *Répercussion sur les consommateurs*

252. L'accord de production doit réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Les gains d'efficacité réalisés au moyen de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence, par exemple sous forme de prix plus avantageux ou d'une amélioration de la qualité ou de la diversité des produits.

253. Les gains d'efficacité qui ne profitent qu'aux parties ou les économies de coûts qui résultent d'une réduction de la production ou de la répartition des marchés ne suffisent pas pour remplir les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3.

254. Les économies de coûts variables sont davantage susceptibles d'être répercutées sur les consommateurs que les économies de coûts fixes¹⁷⁶.

255. En outre, plus le pouvoir de marché des parties est élevé, moins il est probable que celles-ci répercuteront les gains d'efficacité sur les consommateurs dans une mesure qui compensera les effets restrictifs sur la concurrence.

3.5.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

256. L'accord de production ne doit pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

257. Cette condition doit être appréciée sur le marché en cause auquel appartiennent les produits visés par l'accord et sur tout marché secondaire sur lequel l'accord produit des effets restrictifs.

3.6. Accords de partage d'infrastructures de télécommunications mobiles

258. La présente section fournit des orientations sur l'appréciation sous l'angle de la concurrence d'un type spécifique d'accord de production: les accords de partage d'infrastructures de télécommunications mobiles¹⁷⁷ (dénommés «accords de partage

¹⁷⁶ Voir le point 98 des lignes directrices relatives à l'application de l'article 101, paragraphe 3.

¹⁷⁷ Il convient de noter que le terme «infrastructures mobiles» dans la présente section concerne l'utilisation des infrastructures non seulement pour les services de télécommunications mobiles, tels que les services mobiles à haut débit, mais aussi pour la fourniture d'un accès sans fil à une position

de réseau» ou «APR» dans la présente section). Il s'agit d'accords en vertu desquels les opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles partagent l'utilisation de certaines parties de leur infrastructure de réseau, les coûts d'exploitation et les coûts de mises à niveau et de maintenance ultérieures¹⁷⁸. Les réseaux de connectivité sont particulièrement importants pour le développement de l'économie et de la société numériques, et concernent la quasi-totalité des entreprises et des consommateurs. Les opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles mettent souvent leurs ressources en commun afin de proposer des services de télécommunications mobiles de manière plus rentable.

259. Les APR peuvent prévoir le partage des infrastructures de base, comme les pylônes, les armoires, les antennes ou les sources d'alimentation électrique («partage passif» ou «partage de site»). Les opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles peuvent également partager les équipements du réseau d'accès radio («RAN») sur les sites, comme les stations de base ou les nœuds de contrôle («partage actif» ou «partage du RAN») ou leur spectre, comme les bandes de fréquences («partage du spectre»)¹⁷⁹. Les APR peuvent impliquer une segmentation géographique, par laquelle les opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles se répartissent les responsabilités en matière d'installation, de maintenance et d'exploitation de l'infrastructure et des équipements sur leurs territoires respectifs.
260. La Commission reconnaît que les APR peuvent offrir des avantages en ce qui concerne les réductions de coûts et l'amélioration de la qualité et du choix. Par exemple, les réductions des coûts de déploiement et de maintenance peuvent profiter aux consommateurs sous la forme de prix moins élevés ou d'une augmentation des investissements dans l'infrastructure. De plus, un déploiement plus rapide des nouveaux réseaux et technologies, une couverture plus large ou des réseaux plus denses peuvent conduire à une amélioration de la qualité des services et à une plus grande diversité de produits et de services. Les APR peuvent également permettre l'apparition d'une concurrence qui n'existerait pas autrement¹⁸⁰. La Commission a également constaté que les APR permettent aux opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles d'avoir accès à des réseaux plus grands et plus efficaces¹⁸¹, sans qu'une consolidation au moyen de concentrations soit nécessaire.

déterminée, tel que l'accès fixe sans fil («AFSF») qui est utilisé comme une solution de rechange aux connexions câblées.

¹⁷⁸ Les orientations figurant dans la présente section couvrent les accords relatifs au déploiement conjoint d'infrastructures par des opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles. La présente section ne couvre pas les accords relatifs à la fourniture de produits d'accès de gros de télécommunications mobiles.

¹⁷⁹ Les opérateurs de télécommunications mobiles peuvent également pratiquer d'autres types de partage: outre le partage de la partie RAN de leur réseau, ils peuvent également partager certains nœuds de leur réseau central, tels que les centres de commutation du service mobile et les entités de gestion du service mobile.

¹⁸⁰ Par exemple, le partage d'infrastructures mobiles peut permettre une concurrence au niveau du détail qui n'existerait pas en l'absence de l'accord. Voir, par analogie, arrêt du 2 mai 2006, O2 (Germany)/Commission, T-328/03, EU:C:2006:116, points 77 à 79. Cet arrêt concerne les accords d'itinérance nationale, mais les principes peuvent être appliqués mutatis mutandis aux accords de partage d'infrastructures mobiles.

¹⁸¹ Le cadre réglementaire des communications électroniques permet aux autorités des États membres d'imposer le partage d'infrastructures aux opérateurs de réseaux dans certaines circonstances, par exemple dans les zones géographiques où il existe des obstacles économiques ou physiques insurmontables à la duplication des infrastructures et où les utilisateurs finals risquent d'être privés de

261. La Commission considère qu'en principe, les APR, y compris le partage du spectre, ne restreignent pas le jeu de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, à moins qu'ils ne servent d'outil pour participer à une entente.
262. Les APR peuvent toutefois produire des effets restrictifs sur la concurrence. Ils peuvent limiter la concurrence en matière d'infrastructures qui aurait lieu en l'absence de l'accord¹⁸². Une concurrence en matière d'infrastructures réduite peut à son tour limiter la concurrence dans la fourniture de services de télécommunications mobiles, au niveau du commerce de gros et de détail. En effet, une concurrence plus limitée au niveau des infrastructures peut influencer des paramètres de la concurrence tels que le nombre, la localisation et la capacité installée des sites d'infrastructure, la disponibilité des connexions de collecte¹⁸³ pour les sites où les parties à l'APR regroupent leurs équipements de communications mobiles, le calendrier de déploiement de nouveaux sites, ainsi que le volume de capacité installée sur chaque site¹⁸⁴, ce qui, à son tour, peut avoir une incidence sur la qualité du service et les prix au niveau de gros et de détail.
263. Les APR peuvent également réduire l'indépendance décisionnelle des parties et limiter leur capacité ou leurs incitations à se livrer à une concurrence en matière d'infrastructures. Cela pourrait ensuite réduire la flexibilité des parties en matière d'innovation et de différenciation des technologies et des produits sur les marchés de gros et de détail des télécommunications mobiles et, ainsi, limiter la concurrence entre elles¹⁸⁵. Dès lors, les accords de partage d'infrastructures mobiles, de par leurs effets sur la structure du marché, peuvent nuire aux consommateurs finals en entraînant une diminution du choix, une baisse de la qualité des services, ainsi que des retards dans l'innovation¹⁸⁶. Par exemple, cela peut se produire en raison de

connectivité numérique. Voir article 61, paragraphe 4, de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte) («Code des communications électroniques européen») (JO L 321 du 17.12.2018, p. 36). Voir également la recommandation (UE) 2020/1307 de la Commission du 18 septembre 2020 concernant une boîte à outils commune au niveau de l'Union en vue de réduire les coûts de déploiement de réseaux à très haute capacité et de garantir un accès rapide au spectre radioélectrique 5G dans un climat propice aux investissements, pour favoriser la connectivité et soutenir la reprise économique au sortir de la crise de la COVID-19 dans l'Union. La recommandation souligne que *«Les réseaux 5G nécessitent un déploiement beaucoup plus dense du cellulaire dans les bandes de fréquences élevées que les générations technologiques précédentes. Le partage d'infrastructures passives et actives et le déploiement commun d'infrastructures sans fil peuvent réduire le coût de ce déploiement (y compris les coûts marginaux), [...], et ainsi accélérer son rythme, favoriser un élargissement de la couverture du réseau et permettre une utilisation plus efficace et plus rationnelle du spectre radioélectrique dans l'intérêt des consommateurs. Il convient donc que les autorités compétentes envisagent ces mesures de manière positive, en particulier dans les régions où le rendement économique est limité»*, voir considérant 26 et point 20, f), JO L 305 du 21.9.2020, p. 33.

¹⁸² Le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait en l'absence de l'accord, l'altération de la concurrence pouvant, notamment, être mise en doute si l'accord est nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas. Voir arrêt du 2 mai 2006, O2 (Germany)/Commission, T-328/03, point 68.

¹⁸³ Les connexions de collecte relient la colonne vertébrale du réseau à ses parties plus périphériques.

¹⁸⁴ Les restrictions de capacité installée, ainsi que les restrictions imposées par le réseau de collecte partagé, pourraient par exemple avoir un effet direct sur la fourniture de services de gros aux opérateurs de réseaux mobiles virtuels («MVNO») et de services d'itinérance (internationale et nationale).

¹⁸⁵ Décision de la Commission du 11 juillet 2022, *Partage de réseau – République tchèque*, AT.40305, considérant 89.

¹⁸⁶ Décision de la Commission du 11 juillet 2022, *Partage de réseau – République tchèque*, AT.40305, considérant 89.

certaines termes techniques¹⁸⁷, contractuels¹⁸⁸ ou financiers¹⁸⁹ dans l'accord. Lorsque les parties à l'APR sont concurrentes, les échanges d'informations commercialement sensibles entre elles peuvent également soulever des problèmes de concurrence si l'échange d'informations dépasse ce qui est objectivement nécessaire et proportionné pour la mise en œuvre de l'accord.

264. Les APR nécessitent toujours une appréciation individuelle au regard de l'article 101¹⁹⁰. Selon les faits de l'espèce, certains ou l'ensemble des facteurs suivants peuvent être utiles pour l'appréciation:

- a) le type et l'étendue du partage (y compris le degré d'indépendance conservé par les opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles)¹⁹¹;
- b) l'ampleur des services et des technologies partagés, l'objectif du partage (du spectre), la durée et la structure de la coopération mise en place par les accords;
- c) la couverture géographique et la couverture du marché de l'APR (par exemple la couverture de population et la question de savoir si l'accord concerne des zones à forte densité de population)¹⁹²;
- d) les caractéristiques et la structure du marché en cause [parts de marché des parties, volume du spectre détenu par les parties, étroitesse de la concurrence entre les parties, nombre d'opérateurs en dehors de l'accord et ampleur de la pression concurrentielle exercée par ceux-ci, barrières à l'entrée, accords conclus avec des tiers (tels que des propriétaires tiers de composants de l'infrastructure de réseau ou des fournisseurs de services tiers, par exemple des fournisseurs de services d'installation d'antennes-relais)];
- e) le nombre d'APR sur le marché en cause et le nombre et l'identité des opérateurs de réseaux participants.

265. Même si une appréciation au cas par cas fondée sur les facteurs susmentionnés sera toujours nécessaire, la Commission estime que, pour qu'un APR ne soit pas considéré, à première vue, comme susceptible d'avoir des effets restrictifs au sens de l'article 101, paragraphe 1, il doit au moins remplir les conditions suivantes:

¹⁸⁷ Les accords de partage d'infrastructures mobiles peuvent conduire à des situations où une partie entrave les opérations d'une autre partie: par exemple, lorsque l'infrastructure de réseau mobile exploitée par une partie dans une certaine zone ne prend pas en charge une certaine technologie que l'autre partie qui utilise cette infrastructure dans cette zone souhaiterait déployer. Voir également la décision de la Commission du 11 juillet 2022, *Partage de réseau – République tchèque*, AT.40305, section 4.4.1, considérants 91 et 106.

¹⁸⁸ Par exemple, si deux parties conviennent d'une répartition géographique [selon laquelle i) la partie A est l'opérateur de réseau pour la zone géographique A et la partie B est l'opérateur de réseau pour la zone B; ii) les deux parties continuent d'opérer et de se faire concurrence dans la zone de l'autre partie; tandis que iii) l'opérateur de réseau pour une zone donnée est responsable des décisions d'investissement au nom des deux opérateurs pour cette zone] et que l'accord confère à l'opérateur de réseau le droit de refuser de mettre en œuvre les extensions de réseau demandées par l'autre partie.

¹⁸⁹ Par exemple, en cas de répartition géographique, lorsque les mises à niveau du réseau sont facturées par une partie à une autre à un prix supérieur aux coûts incriminaux sous-jacents.

¹⁹⁰ Arrêt du 2 mai 2006, O2 (Germany)/Commission, T-328/03, EU:C:2006:116, points 65 à 71.

¹⁹¹ Décision de la Commission du 16 juillet 2003, *T-Mobile Deutschland et O2 Germany: Accord-cadre sur le partage de réseaux*, COMP/38.369, considérant 12; décision de la Commission du 30 avril 2003, *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited («UK Network Sharing Agreement»)*, COMP/38.370, considérant 11.

¹⁹² Voir la position commune de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) du 13 juin 2019 sur le partage des infrastructures mobiles, section 4.2. Partage actif.

- a) les opérateurs participants contrôlent et exploitent chacun leur propre réseau central et il n'existe aucun obstacle technique, contractuel, financier ou autre qui empêche chaque opérateur de mettre en œuvre unilatéralement les déploiements et les mises à niveau de l'infrastructure qu'il souhaite mettre en œuvre;
- b) les opérateurs participants maintiennent des opérations de détail et de gros indépendantes (indépendance décisionnelle sur le plan technique et commercial). Cela inclut la liberté de fixer les prix de leurs services, de déterminer les paramètres des produits/des offres groupées et de différencier leurs services en fonction de la qualité et d'autres paramètres;
- c) les opérateurs participants conservent la possibilité d'adopter des stratégies indépendantes en matière de spectre¹⁹³;
- d) les opérateurs participants n'échangent pas d'informations commercialement sensibles autres que celles qui sont strictement nécessaires au fonctionnement du partage d'infrastructures mobiles et, le cas échéant, des barrières à l'échange d'informations ont été mises en place.

266. Enfin, les orientations générales suivantes sont fournies pour les différents types d'accords de partage d'infrastructures mobiles¹⁹⁴:

- a) il est peu probable que les accords de partage passif¹⁹⁵ produisent des effets restrictifs sur la concurrence, à condition i) que les opérateurs de réseaux conservent un degré d'indépendance et de flexibilité substantiel en ce qui concerne la définition de leur stratégie commerciale, les caractéristiques de leurs services et leurs investissements dans les réseaux et ii) que l'accès aux infrastructures passives sur le marché en cause ne soit pas restreint (à cet égard, les facteurs pertinents à prendre en considération sont, par exemple, les obligations réglementaires ou les accords commerciaux existants qui limitent cet accès);
- b) les accords de partage actif¹⁹⁶ sont davantage susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence. En effet, par rapport au partage passif, le partage actif implique généralement une coopération plus étendue en ce qui concerne les composants du réseau qui sont susceptibles d'avoir une incidence non seulement sur la couverture, mais aussi sur le déploiement indépendant de la capacité;
- c) les accords de partage du spectre (également appelés «mise en commun du spectre») constituent une forme de coopération de plus grande envergure et peuvent restreindre davantage la capacité des parties à différencier leurs offres

¹⁹³ Comme, par exemple, des acquisitions indépendantes de spectre; des décisions indépendantes sur la manière d'utiliser ce spectre et sur le choix des bandes de fréquences, et sur le partage ou non du spectre une fois acquis.

¹⁹⁴ En fonction de l'évolution de la technologie concernée (RAN) au fil du temps, cette distinction entre passif, actif et partage du spectre pourrait devenir moins pertinente pour les futurs APR. Toutefois, les principes énoncés dans ce paragraphe resteront probablement pertinents pour l'appréciation des futurs APR, en fonction également du rôle que les composants matériels de la technologie (RAN) joueront à l'avenir en matière de différenciation. Par exemple, à l'avenir, la différenciation pourrait être moindre au niveau des composants matériels du RAN, mais plus importante au niveau du logiciel.

¹⁹⁵ Voir le point 259.

¹⁹⁶ Voir le point 259.

de détail et/ou de gros et limiter directement la concurrence entre elles¹⁹⁷. Si le partage du spectre radioélectrique peut être autorisé par les autorités de régulation lorsqu'elles accordent des droits d'utilisation du spectre radioélectrique¹⁹⁸, ces accords nécessitent une appréciation plus minutieuse au regard de l'article 101 que d'autres formes de partage de réseau¹⁹⁹.

3.7. Exemples

267. Limitation directe de la concurrence

Exemple 1

Situation: Les entreprises A et B, deux fournisseurs d'un produit X, décident de fermer leurs vieilles usines de production existantes et de construire une nouvelle usine plus grande et plus efficace, exploitée par une entreprise commune, qui aura une capacité supérieure à celle des anciennes usines des entreprises A et B réunies. Les concurrents utilisent leurs usines de production existantes au maximum de leurs capacités et ne prévoient pas d'expansion. Les entreprises A et B détiennent des parts de marché respectives de 20 % et de 25 % sur le marché en cause du produit X. Le marché est concentré et en stagnation, il n'y a pas eu récemment de nouveaux arrivants et les parts de marché sont restées stables au fil du temps. Les coûts de production constituent l'essentiel des coûts variables de l'entreprise A et de l'entreprise B pour le produit X. La commercialisation représente une activité économique mineure en ce qui concerne les coûts et l'importance stratégique par rapport à la production: les coûts de mise sur le marché sont faibles, étant donné que le produit X est homogène et bien implanté et que le transport n'est pas le moteur de la concurrence.

Analyse:

¹⁹⁷ Il convient de noter que le terme «partage du spectre» dans la présente section ne concerne que le type d'accord de partage d'infrastructures dans lequel deux ou plusieurs opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles concurrents utilisent comme ressource partagée (c'est-à-dire qu'ils «mettent en commun») leurs fréquences respectives dans une ou plusieurs bandes de fréquences. Les orientations de la présente section relatives au partage du spectre ne concernent pas d'autres types de partage du spectre, par exemple entre entreprises non concurrentes (y compris entre opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles et opérateurs de réseaux de télécommunications non mobiles) qui utilisent les mêmes bandes de fréquences de manière dynamique, favorisant ainsi l'utilisation efficace de cette ressource limitée et de nouvelles possibilités pour le déploiement de la 5G. En outre, le terme «partage du spectre» dans la présente section ne doit pas être confondu avec le «partage dynamique du spectre», qui est une technologie permettant l'attribution dynamique des ressources de capacité d'un opérateur mobile dans une bande de fréquences particulière, afin de permettre le fonctionnement simultané de plus d'une génération de technologies mobiles, telles que la 3G, la 4G et la 5G, sur cette bande de fréquences.

¹⁹⁸ Article 47, paragraphe 2 du code des communications électroniques européen. En outre, les autorités compétentes, lorsqu'elles assortissent de conditions les droits d'utilisation individuels du spectre radioélectrique, peuvent prévoir les possibilités suivantes: a) partager des infrastructures passives ou actives qui dépendent du spectre radioélectrique ou partager le spectre radioélectrique; b) conclure des accords commerciaux pour l'accès par itinérance; c) déployer conjointement des infrastructures pour la fourniture de réseaux ou de services qui dépendent de l'utilisation du spectre radioélectrique.

¹⁹⁹ Par exemple, un accord de partage d'infrastructures mobiles entre deux opérateurs mobiles ayant une part de marché cumulée élevée, couvrant une grande partie du territoire d'un État membre, et prévoyant le partage du spectre, est plus susceptible de justifier une enquête approfondie. Toutefois, dans certains cas (par exemple si l'accord est limité uniquement à des régions peu peuplées), ces accords peuvent ne pas avoir d'effets restrictifs.

Applicabilité du REC applicable aux accords de spécialisation: Le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas, car la part de marché cumulée des parties est supérieure à 20 % sur le marché en cause du produit X. Par conséquent, l'accord de production nécessite une appréciation individuelle.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1: Si l'entreprise commune conduit les entreprises A et B à partager la plupart de leurs coûts variables pour le produit X, elle est susceptible de limiter directement la concurrence entre elles. L'entreprise commune peut également conduire les parties à limiter leur production du produit X par rapport à la production qu'elles auraient mise sur le marché si chaque partie avait décidé de sa production de manière autonome. Compte tenu des pressions limitées que les concurrents exerceront en ce qui concerne les capacités, cette limitation de la production pourrait déboucher sur une hausse des prix.

Par conséquent, l'entreprise commune de production est susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, sur le marché du produit X.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 3: Le remplacement des deux anciennes usines de production, de plus petite taille, par une nouvelle usine peut conduire l'entreprise commune à accroître la production à des prix inférieurs, au bénéfice des consommateurs. L'accord de production ne pourra toutefois remplir les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, que si les parties peuvent démontrer que les gains d'efficacité seront substantiels et susceptibles d'être répercutés sur les consommateurs de manière telle qu'ils l'emporteront sur les effets restrictifs sur la concurrence.

268. Collusions et liens entre concurrents

Exemple 2

Situation: Deux fournisseurs, les entreprises A et B, créent une entreprise commune de production pour la fabrication du produit Y. Elles détiennent respectivement 15 % et 10 % du marché de ce produit Y. Trois autres acteurs sont présents sur le marché: l'entreprise C, avec une part de marché de 30 %, l'entreprise D, avec 25 % et l'entreprise E, avec 20 %. L'entreprise B a déjà ouvert une usine de production commune avec l'entreprise D. Le produit Y est homogène, la technologie sous-jacente utilisée est simple et les fournisseurs ont des coûts variables très similaires.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable aux accords de spécialisation: Le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas, car la part de marché cumulée des parties est supérieure à 20 % sur le marché en cause du produit Y. Par conséquent, l'accord de production nécessite une appréciation individuelle.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1: Le marché est caractérisé par le nombre très faible d'acteurs dont les parts de marché et les coûts de production variables sont similaires. L'entreprise commune entre les entreprises A et B ajoutera un lien supplémentaire entre les fournisseurs sur le marché, augmentant de fait la concentration sur ce dernier, étant donné qu'elle liera aussi l'entreprise D aux entreprises A et B. Cette coopération est susceptible d'accroître le risque de collusion et donc de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 3: Les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, ne pourront être respectées qu'en cas de gains d'efficacité significatifs qui sont répercutés sur les consommateurs de manière telle qu'ils l'emportent sur les effets restrictifs sur la concurrence. Toutefois, dans cet exemple, compte tenu de la nature homogène du produit Y et de la simplicité de la technologie sous-jacente, cela semble peu probable.

269. Verrouillage anticoncurrentiel

Exemple 3

Situation: Les entreprises A et B créent une entreprise commune de production pour la fabrication du produit intermédiaire X, laquelle couvre la totalité de leur production du produit X. Le produit X est un intrant clé dans la production du produit en aval Y et aucun autre type de produit n'est substituable en tant qu'intrant. Les coûts de production de X représentent 50 % des coûts variables du produit final Y, avec lequel les entreprises A et B se font également concurrence en aval. Les entreprises A et B détiennent chacune une part de 20 % du marché en aval du produit Y. L'entrée de nouveaux arrivants sur ce marché en aval a été limitée et les parts de marché sont restées stables au fil du temps. Outre le fait qu'elles couvrent leur propre demande du produit X (usage captif), les entreprises A et B détiennent chacune une part de 30 % du marché du produit X (ventes à des tiers). Les barrières à l'entrée sur le marché du produit X sont importantes et les producteurs existants opèrent presque au maximum de leurs capacités. Le marché du produit Y compte deux autres grands fournisseurs, qui possèdent chacun 15 % du marché, ainsi que plusieurs plus petits concurrents. L'entreprise commune génère des économies d'échelle sous la forme d'une réduction des coûts fixes du siège des parties.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable aux accords de spécialisation: Le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas, car la part de marché cumulée des parties est supérieure à 20 % tant sur le marché du produit intermédiaire X que sur le marché du produit en aval Y. Par conséquent, l'accord de production nécessite une appréciation individuelle.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1: Grâce à l'entreprise commune de production et à leur part de marché cumulée élevée sur le marché en amont du produit X, les entreprises A et B seront en mesure de contrôler largement les livraisons de biens intermédiaires essentiels X à leurs concurrents sur le marché en aval du produit Y. Cela pourrait permettre aux entreprises A et B d'augmenter les coûts de leurs concurrents en relevant artificiellement le prix de X ou en réduisant leur production. Cela pourrait évincer les concurrents des entreprises A et B du marché du produit Y. En raison du risque de verrouillage anticoncurrentiel en aval, cet accord est susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 3: Les économies d'échelle générées par l'entreprise commune de production sont limitées aux coûts fixes et ont peu de chance de l'emporter sur les effets restrictifs sur la concurrence, de sorte qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3.

270. Accord de production comme moyen de répartition des marchés

Exemple 4

Situation: Les entreprises A et B fabriquent chacune les produits X et Y. L'entreprise A détient une part de marché de 30 % pour le produit X et de 10 % pour le produit Y. L'entreprise B détient une part de marché de 10 % pour le produit X et de 30 % pour le produit Y. Pour réaliser des économies d'échelle au niveau de la production, les entreprises A et B concluent un accord de production aux termes duquel l'entreprise A ne produira que le produit X et l'entreprise B, le produit Y. L'accord ne prévoit pas que les parties se livrent mutuellement ces produits. Par conséquent, à la suite de l'accord, l'entreprise A ne vendra que le produit X et l'entreprise B ne vendra que le produit Y. Les parties affirment qu'en se spécialisant de cette manière, elles réaliseront d'importantes économies sur les coûts fixes, grâce aux économies d'échelle, et qu'en se concentrant chacune sur un seul produit, elles amélioreront leurs technologies de production, ce qui permettra d'améliorer la qualité des produits.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable aux accords de spécialisation: Le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas, car la part de marché cumulée des parties est supérieure à 20 % sur chacun des marchés en cause pour les produits X et Y. En tout état de cause, l'accord ne peut être considéré comme un accord de spécialisation réciproque au sens du REC applicable aux accords de spécialisation, car les parties ne conviennent pas de se fournir mutuellement les produits qu'elles cessent respectivement de fabriquer. Par conséquent, l'accord nécessite une appréciation individuelle.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1: En vertu de l'accord, les entreprises A et B acceptent de cesser de produire (et de vendre) les produits pour lesquels elles sont en concurrence. L'accord a ainsi pour objectif de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 3: Les prétendus gains d'efficacité découlant de l'accord (réduction des coûts fixes et amélioration des technologies de production) sont liés à la répartition des marchés; il est donc peu probable qu'ils compensent les effets restrictifs de l'accord, de sorte que l'accord ne remplit pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3. Quoi qu'il en soit, si l'entreprise A ou B estime qu'il serait plus efficace de se concentrer sur un seul produit, elle peut simplement prendre la décision unilatérale de ne produire que X ou Y sans pour autant convenir que l'autre entreprise se concentrera sur la fabrication de l'autre produit.

271. Concurrents potentiels

Exemple 5

Situation: L'entreprise A fabrique le produit final X et l'entreprise B le produit final Y. Les produits X et Y appartiennent à des marchés de produits distincts, sur lesquels les entreprises A et B disposent chacune d'un pouvoir de marché, avec des parts de marché individuelles supérieures à 20 %. Les deux entreprises utilisent le produit Z comme intrant pour leur production respective des produits X et Y et ne produisent toutes deux Z que pour leur propre usage captif. Le produit X peut être fabriqué par une simple transformation de Z, et l'entreprise B s'est préparée à entrer sur le marché du produit X et il semble plausible qu'elle entrera sur ce marché

l'année prochaine. Les entreprises A et B conviennent de produire conjointement le produit Z, ce qui génère des économies d'échelle limitées, et elles acceptent de cesser la production indépendante du produit Z. Dans le cadre de l'accord, l'entreprise B accepte de ne pas entrer sur le marché du produit X au cours des cinq prochaines années.

Analyse:

Applicabilité du REC applicable aux accords de spécialisation: Le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas, car le seuil de part de marché de 20 % est dépassé sur les marchés en aval des produits finaux X et Y. Ces marchés entrent en ligne de compte pour l'application du seuil de part de marché, car le produit concerné par l'accord de production (le produit intermédiaire Z) est utilisé par les parties comme intrant pour produire X et Y.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1: Les entreprises A et B ne sont pas des concurrents existants en ce qui concerne les produits X, Y ou Z. Toutefois, compte tenu de son projet d'entrer sur le marché du produit X dans un délai d'un an, l'entreprise B est un concurrent potentiel de l'entreprise A sur ce marché. Par conséquent, l'accord de production conjointe restreint la concurrence sur le marché du produit X au sens de l'article 101, paragraphe 1, en supprimant la pression concurrentielle provoquée par l'entrée prévue de l'entreprise B.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 3: Il est peu probable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, soient remplies, car les gains d'efficacité sous forme d'économies d'échelle générés par l'accord de production conjointe sont limités et ont dès lors peu de chances de l'emporter sur les effets restrictifs de l'accord sur la concurrence sur le marché du produit X, sur lequel l'entreprise A dispose d'un pouvoir de marché.

Exemple 6

Situation: les entreprises A et B sont toutes deux productrices de Z, un produit chimique de base. Z est un produit homogène qui est fabriqué selon une norme européenne qui ne permet pas de variations du produit. Les coûts de production sont une composante importante du coût total du produit Z. Les parts de marché de l'entreprise A et de l'entreprise B s'établissent respectivement à 20 % et 25 % sur le marché de Z à l'échelle de l'Union. Quatre autres producteurs sont présents sur le marché, avec des parts de marché respectives de 20 %, 15 %, 10 % et 10 %. L'usine de production de l'entreprise A est établie dans l'État membre X, en Europe du nord, tandis que l'usine de production de l'entreprise B est située dans l'État membre Y, dans le sud de l'Europe. Bien que la plupart des clients de l'entreprise A soient implantés dans le nord de l'Europe, elle en compte aussi un certain nombre dans le sud. La plupart des clients de l'entreprise B sont implantés dans le sud de l'Europe, bien qu'elle ait également un certain nombre de clients établis dans le nord de l'Europe. Actuellement, l'entreprise A fournit à ses clients du sud de l'Europe le produit Z fabriqué dans son usine de production de l'État membre X, dans le nord de l'Europe, et transporté vers le sud de l'Europe par camion. De son côté, l'entreprise B fournit à ses clients du nord de l'Europe le produit Z fabriqué dans l'État membre Y, dans le sud de l'Europe, et transporté vers le nord de l'Europe par camion. Les frais de transport sont relativement élevés, mais pas au point de rendre non rentables les livraisons de l'entreprise A vers le sud de l'Europe ou celles de l'entreprise B vers le nord de l'Europe.

Les entreprises A et B décident qu'il serait plus efficace que l'entreprise A cesse de transporter son produit Z de l'État membre X vers le sud de l'Europe et que l'entreprise B cesse de transporter son produit Z de l'État membre Y vers le nord de l'Europe. Cependant, les deux entreprises souhaitent conserver leurs clients existants. Pour ce faire, les entreprises A et B prévoient de conclure un accord d'échange, qui leur permet d'acheter une certaine quantité annuelle de produit Z auprès de l'usine de l'autre partie en vue de le revendre à ceux de leurs clients qui sont plus proches de l'usine de l'autre partie. Pour calculer un prix d'achat qui ne favorise pas une partie par rapport à l'autre et qui tienne dûment compte des différences entre les parties en ce qui concerne les coûts de production et les économies réalisées sur les frais de transport, et pour veiller à ce que les parties puissent toutes deux réaliser un bénéfice adéquat, celles-ci acceptent de divulguer leurs coûts afférents au produit Z (c'est-à-dire les coûts de production et les frais de transport).

Analyse:

Applicabilité du REC applicable aux accords de spécialisation: Le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas, car l'accord d'échange ne correspond à aucun des types d'accords couverts par le REC applicable aux accords de spécialisation.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 1: Le fait que les entreprises A et B, qui sont concurrentes, s'échangent une partie de leur production ne pose pas, en soi, de problème de concurrence. Toutefois, l'accord prévoit également l'échange d'informations entre les parties sur les coûts de production et de transport du produit Z, pour lequel elles sont en concurrence. L'échange d'informations entre les concurrents va au-delà de ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de l'accord d'échange. Compte tenu de la structure relativement concentrée du

marché, de la nature homogène du produit Z et du fait que les coûts de production et de transport constituent une composante majeure des coûts totaux du produit et donc un paramètre important de la concurrence, l'échange d'informations pourrait aboutir à une collusion. Compte tenu des parts de marché importantes détenues par les parties, l'accord est donc susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

Appréciation individuelle au regard de l'article 101, paragraphe 3: L'accord générera des gains d'efficacité sous la forme d'économies de coûts pour les parties, cependant le contenu de l'échange d'informations ne semble pas indispensable à la réalisation de ces gains d'efficacité. Les parties pourraient réaliser des économies similaires en convenant d'une formule de prix qui n'implique pas la divulgation de leurs coûts de production et frais de transport. Par conséquent, sous sa forme actuelle, l'accord d'échange ne remplit pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3.

4. ACCORDS D'ACHAT

4.1. Introduction

273. Le présent chapitre fournit des orientations sur l'appréciation des accords portant sur l'achat groupé de produits par plus d'une entreprise. L'achat groupé implique la mise en commun des activités d'achat et peut être réalisé de différentes manières, notamment par le biais d'une société contrôlée conjointement, d'une société dans laquelle des entreprises détiennent des participations minoritaires, d'une coopérative, sur la base d'un accord contractuel, ou au moyen d'une forme de coopération plus souple, par exemple lorsqu'un représentant négocie ou conclut des achats pour le compte de plusieurs entreprises ci-après (collectivement dénommés «accords d'achat groupé»).
274. Les accords d'achat groupé existent dans toute une variété de secteurs économiques. Ils peuvent prévoir que les membres effectuent des achats groupés, ou ils peuvent se limiter à la négociation conjointe des prix d'achat, des composantes du prix d'achat ou d'autres conditions avec un fournisseur, laissant les transactions d'achat effectives être conclues par chaque partie individuellement, sur la base des prix et/ou des conditions négociés conjointement. Chaque fois que le présent chapitre fait référence à l'achat groupé, il couvre à la fois les achats groupés et les négociations conjointes des (composants des) prix d'achat ou d'autres conditions. Il est également possible qu'un accord d'achat groupé implique des activités complémentaires, telles que le transport, le contrôle de la qualité et l'entreposage en commun, évitant ainsi des coûts de livraison doubles. En fonction du secteur, les acheteurs peuvent consommer les produits achetés conjointement ou les utiliser en tant qu'intrants pour leurs propres activités, comme dans le cas, par exemple, de l'énergie ou des engrais. Les acheteurs peuvent également revendre les produits, par exemple dans le cas de biens de consommation à circulation rapide (par exemple les produits alimentaires, les produits d'entretien ou de soins, etc.) ou de l'électronique grand public. Les groupes de détaillants indépendants et de chaînes de magasins ou les groupes de commerce de

détail qui pratiquent des achats groupés sont souvent appelés «alliances de détaillants»²⁰⁰.

275. En règle générale, les accords d'achat groupé ont pour ambition de créer une certaine puissance d'achat vis-à-vis des fournisseurs que leurs membres ne sauraient peut-être pas obtenir à eux seuls s'ils agissaient séparément. La puissance d'achat d'un accord d'achat groupé est susceptible de conduire à une baisse des prix, à plus de diversité ou à une amélioration de la qualité des produits pour les consommateurs. Elle peut également permettre aux membres, en particulier aux plus petites entreprises, d'obtenir de meilleures conditions d'achat et de rester ainsi compétitifs sur le ou les marchés de vente en aval lorsqu'ils sont confrontés à des concurrents puissants. Les entreprises peuvent en outre prendre part à des achats groupés afin de prévenir les pénuries ou de remédier aux interruptions de la production de certains produits, évitant de la sorte les perturbations de la chaîne d'approvisionnement. Toutefois, dans certains cas, les achats groupés peuvent aussi poser des problèmes de concurrence, comme énoncé à la section 4.2.3.
276. Un accord d'achat groupé peut se fonder à la fois sur des accords horizontaux et sur des accords verticaux. Il convient alors de procéder à une analyse en deux étapes. Tout d'abord, le ou les accords horizontaux entre entreprises concurrentes pratiquant des achats groupés ou les décisions adoptées par une association d'entreprises acheteuses doivent être appréciés selon les principes exposés dans les présentes lignes directrices. Si cette appréciation conduit à la conclusion que l'accord d'achat groupé ne pose pas de problèmes de concurrence, il est nécessaire de procéder à une appréciation supplémentaire de tout accord vertical entre l'accord d'achat groupé et ses membres individuels et entre l'accord d'achat groupé et les fournisseurs. Ces accords verticaux doivent être appréciés à l'aide du règlement d'exemption applicable aux accords verticaux et des lignes directrices sur les restrictions verticales. Les accords verticaux qui ne sont pas couverts par le règlement d'exemption ne sont pas présumés illégaux mais doivent faire l'objet d'une appréciation individuelle au regard de l'article 101.

4.2. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1

4.2.1. Principaux problèmes de concurrence

277. Les accords d'achat groupé entre concurrents existants ou potentiels peuvent entraîner des restrictions de concurrence sur le ou les marchés d'achat en amont et/ou de vente en aval, telles qu'une augmentation des prix ou une diminution de la production, de la qualité ou de la diversité des produits, ou de l'innovation, une répartition des marchés ou le verrouillage anticoncurrentiel d'autres acheteurs.

²⁰⁰ Voir Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., *Retail alliances in the agricultural and food supply chain* (Alliances de détaillants dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire), EUR 30206 EN, Commission européenne, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271. Ce rapport du JRC fournit notamment une typologie des alliances de détaillants (voir section 2.3) distinguant i) les groupes de détaillants indépendants, ii) les alliances nationales de détaillants et iii) les alliances internationales ou européennes de détaillants. Contrairement aux groupes de détaillants indépendants, les alliances nationales et internationales de détaillants ne font généralement pas d'achats groupés de produits auprès des fournisseurs, mais négocient seulement certaines conditions d'achat avec les fabricants de produits de marque, comme, par exemple, l'octroi de remises supplémentaires par le fabricant en échange de la fourniture de certains services par les détaillants. Ces conditions s'appliquent en plus des conditions convenues avec les membres individuels de l'alliance.

4.2.2. *Restrictions de la concurrence par objet*

278. En règle générale, les accords d'achat groupé n'équivalent pas à une restriction de la concurrence par objet s'ils concernent réellement l'achat groupé, c'est-à-dire lorsque deux acheteurs ou plus négocient et concluent conjointement un accord avec un fournisseur donné portant sur une ou plusieurs conditions de transaction régissant la fourniture de produits aux acheteurs coopérants.
279. Les accords d'achat groupé doivent être distingués des ententes entre acheteurs, qui ont pour objet de restreindre la concurrence sur le marché intérieur, ce qui contrevient à l'article 101, paragraphe 1²⁰¹. Les ententes entre acheteurs sont des accords ou des pratiques concertées entre deux ou plusieurs acheteurs qui, sans s'engager dans des négociations conjointes avec le fournisseur:
- a) coordonnent le comportement concurrentiel individuel de ces acheteurs sur le marché d'achat ou influencent les paramètres pertinents de la concurrence entre eux par des pratiques consistant notamment, mais pas uniquement, à fixer ou à coordonner les prix d'achat ou des composants de ceux-ci (y compris, par exemple, les accords fixant les salaires ou convenant de ne pas payer un certain prix pour un produit); l'attribution de quotas d'achat ou la répartition des marchés et des fournisseurs; ou
 - b) influencent la négociation individuelle de ces acheteurs avec des fournisseurs, ou leurs achats individuels auprès de ces derniers, par exemple en coordonnant leurs stratégies de négociation ou en échangeant sur les états d'avancement de ces négociations avec les fournisseurs.
280. Lorsque les acheteurs traitent individuellement avec les fournisseurs (c'est-à-dire qu'ils ne s'engagent pas dans des négociations conjointes avec le fournisseur), ils doivent prendre leurs décisions d'achat de manière indépendante et ne doivent pas dissiper l'incertitude stratégique entre eux concernant leur comportement futur sur le marché au moyen d'accords ou de pratiques concertées. Les acheteurs ne peuvent pas dans un premier temps convenir entre eux d'une ou de plusieurs conditions d'achat (prix, quantité, source d'approvisionnement, qualité ou autres paramètres de la concurrence) et par la suite entrer individuellement en négociation avec le fournisseur et acheter auprès de lui.
281. Une entente entre acheteurs peut également exister lorsque les acheteurs s'accordent à échanger entre eux des informations commercialement sensibles au sujet de leurs intentions d'achat individuelles ou de leurs négociations avec les fournisseurs en dehors de tout véritable accord d'achat groupé interagissant collectivement avec les fournisseurs, au nom de ses membres²⁰². Cela concerne, en particulier, les échanges entre acheteurs se rapportant aux prix d'achat qu'ils paieront (prix maximaux, remises minimales et autres aspects des prix), aux autres termes et conditions d'achat, aux sources d'approvisionnement (aussi bien en ce qui concerne les fournisseurs que les territoires), aux volumes et aux quantités, à la qualité ou à

²⁰¹ Arrêt du 7 novembre 2019, *Campine*, T-240/17, EU:T:2019:778, point 297; voir également arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 37; arrêt du 13 décembre 2006, *Viandes bovines françaises*, affaires jointes T-217/03 et T-245/03, EU:T:2006:391, points 83 et suivants.

²⁰² Voir chapitre 6 sur les échanges d'informations et, plus particulièrement, la section 6.2.6, qui s'applique également aux échanges d'informations commercialement sensibles entre acheteurs.

d'autres paramètres de la concurrence (par exemple le calendrier, la livraison et l'innovation).

282. Une entente entre acheteurs présente de par sa nature un degré suffisant de nocivité pour la concurrence, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'apprécier les effets qu'elle peut avoir. Elle constituera donc, dans la mesure où elle affecte le commerce entre États membres, une restriction de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1. De ce fait, l'appréciation des ententes entre acheteurs, contrairement à celle des accords d'achat groupé, ne requiert, en principe, ni la définition du ou des marchés en cause, ni l'examen de la position des acheteurs sur le marché d'achat en amont, ni de déterminer s'ils sont concurrents sur le marché de vente en aval²⁰³. Les facteurs suivants réduisent la probabilité qu'un accord d'achat conclu entre des acheteurs puisse constituer une entente entre acheteurs:
- a) l'accord d'achat groupé indique expressément aux fournisseurs que les négociations sont menées au nom de ses membres et que ceux-ci seront liés par les conditions convenues pour leurs achats individuels, ou que les achats dans le cadre de l'accord d'achat groupé sont effectués au nom de ses membres. Il n'est pas obligatoire pour cela que l'accord d'achat groupé dévoile les identités de ses membres, en particulier s'il s'agit de petites ou moyennes entreprises et/ou qu'ils ne représentent qu'une part limitée des achats groupés au titre de l'accord auprès d'un fournisseur. Toutefois, il n'incombe pas aux fournisseurs de prendre des mesures pour découvrir l'existence d'un accord d'achat groupé, par exemple par l'intermédiaire de tiers ou d'articles de presse. Cela étant dit, le secret n'est pas pour autant une nécessité pour établir une entente entre acheteurs²⁰⁴;
 - b) les membres de l'accord d'achat groupé ont défini la forme, la portée et le fonctionnement de leur coopération dans un accord écrit, de manière à ce que sa conformité avec l'article 101 puisse être vérifiée ex post et comparée au fonctionnement réel de l'accord d'achat groupé. Néanmoins, un accord écrit ne peut pas en soi permettre à l'accord d'échapper à l'application du droit de la concurrence.
283. Les accords d'achat groupé peuvent également contribuer ou être utilisés pour parvenir à une entente entre vendeurs, c'est-à-dire un accord entre concurrents visant à fixer les prix de vente, limiter la production ou répartir les marchés ou les clients sur les marchés de vente en aval. Dans ce cas, l'accord d'achat groupé peut être apprécié conjointement avec l'entente sur le marché de vente en aval.
284. Un accord d'achat groupé dont le but est d'exclure un concurrent existant ou potentiel du ou des marchés de vente en aval est une forme de boycottage horizontal et équivaut à une restriction de la concurrence par objet. Les boycottages horizontaux doivent être différenciés des boycottages verticaux, qui sont des accords entre les acheteurs visant à ne pas s'approvisionner auprès de certains fournisseurs sur le

²⁰³ Tous les éventuels effets proconcurrentiels d'un accord doivent être dûment pris en compte en tant qu'éléments de contexte aux fins de la qualification de l'accord en tant que restriction par objet, dans la mesure où ils sont susceptibles de remettre en cause l'appréciation globale visant à déterminer si l'accord est suffisamment nuisible à la concurrence; (voir le point 28).

²⁰⁴ La Commission a sanctionné des ententes entre acheteurs qui n'opéraient pas totalement dans le secret, mais dont les débuts au moins étaient relativement transparents. Voir décision 2003/600/CE de la Commission du 2 avril 2003, *Viandes bovines françaises* (JO L 209 du 19.8.2003, p. 12).

marché en amont. Si un boycottage vertical peut constituer une restriction de la concurrence par objet dans certaines circonstances, ce n'est généralement pas le cas. Par exemple, un accord entre acheteurs visant à ne plus acheter de produits à certains fournisseurs en raison de caractéristiques particulières des produits, des procédés de production ou des conditions de travail, par exemple car les produits proposés ne sont pas durables alors que les acheteurs ne souhaitent acheter que des produits durables, n'a pas pour objet de restreindre la concurrence. Les boycottages verticaux doivent donc être considérés en fonction de leur contexte juridique et économique afin d'évaluer leurs effets réels ou probables sur la concurrence.

4.2.3. *Effets restrictifs sur la concurrence*

285. Les accords d'achat groupé au moyen desquels les acheteurs interagissent conjointement avec les fournisseurs par leur intermédiaire doivent être appréciés en fonction de leur contexte juridique et économique, au regard de leurs effets réels et probables sur la concurrence. L'appréciation doit couvrir les effets restrictifs possibles tant sur le ou les marchés d'achat en cause, où l'accord d'achat groupé interagit avec les fournisseurs, que sur le ou les marchés de vente en cause où les membres de l'accord d'achat groupé peuvent se livrer concurrence en tant que vendeurs. Dans le cadre de cette appréciation, la Commission comparera les effets réels ou probables de l'accord d'achat groupé sur le ou les marchés d'achat et de vente en cause à la situation qui prévaudrait en l'absence de cet accord spécifique.
286. En général, les accords d'achat groupé sont moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence lorsque les membres ne possèdent pas de pouvoir de marché sur le ou les marchés de vente en cause.
287. Certaines restrictions imposées par un accord d'achat groupé à ses membres peuvent ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'elles sont limitées à ce qui est objectivement nécessaire et proportionné pour assurer le bon fonctionnement de l'accord et permettre aux membres d'exercer une puissance d'achat vis-à-vis des fournisseurs²⁰⁵. Cela peut s'appliquer, par exemple, à une disposition qui interdit aux membres de prendre part à des accords d'achat groupé concurrents dans la mesure où cela compromettrait le bon fonctionnement de l'accord d'achat et sa puissance d'achat.

4.2.3.1. *Marchés en cause*

288. Deux marchés peuvent être affectés par un accord d'achat groupé. Premièrement, le ou les marchés directement concernés par l'accord d'achat groupé, c'est-à-dire le ou les marchés d'achat en cause sur lesquels les membres de l'accord d'achat groupé négocient conjointement avec les fournisseurs ou effectuent leurs achats auprès de ces derniers. Deuxièmement, le ou les marchés de vente en aval, c'est-à-dire les marchés sur lesquels les membres de l'accord d'achat groupé opèrent individuellement en tant que vendeurs.
289. La définition des marchés d'achat en cause suit les principes énoncés dans la communication sur la définition du marché et repose sur la notion de substituabilité, afin de déterminer les pressions concurrentielles. La seule particularité des marchés d'achat par rapport aux marchés de vente est que la substituabilité doit être définie du point de vue de l'offre et non de la demande. En d'autres termes, les solutions de

²⁰⁵ Arrêt du 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, point 34. Voir également la section 1.2.6 sur les restrictions accessoires.

remplacement dont disposent les fournisseurs sont déterminantes pour identifier les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les acheteurs. Ces solutions de remplacement pourraient être analysées, par exemple, en examinant la réaction probable des fournisseurs à une diminution faible mais durable du prix proposé pour leurs produits. Une fois le marché en cause défini, la part de marché des membres de l'accord d'achat groupé peut être calculée sur la base de la valeur ou du volume des achats de produits en cause effectués par les membres par rapport aux ventes totales sur le marché d'achat en cause.

290. Si les membres sont également concurrents sur un ou plusieurs marchés de vente, ceux-ci sont également considérés comme des marchés en cause aux fins de l'appréciation. Les marchés de vente en cause sont définis en utilisant la méthode exposée dans la communication sur la définition du marché.

4.2.3.2. Pouvoir de marché

291. Il n'existe pas de seuil absolu au-delà duquel on peut présumer que les membres d'un accord d'achat groupé ont un pouvoir de marché tel que l'accord d'achat groupé est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Toutefois, dans la plupart des cas, il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe si les membres de l'accord d'achat groupé détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15 %, tant sur le ou les marchés d'achat en cause que sur le ou les marchés de vente en cause. En toute hypothèse, si la part de marché cumulée des membres n'excède pas 15 % tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente, il est probable que les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies, à moins que l'accord n'implique une restriction de la concurrence par objet.
292. Une part de marché supérieure à ce seuil sur l'un de ces marchés ou sur ces deux marchés n'indique pas en soi que l'accord d'achat groupé est susceptible d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence. Un accord d'achat groupé dont la part de marché cumulée excède ce seuil nécessite une appréciation détaillée de ses effets sur le marché, en tenant compte de facteurs tels que la concentration du marché, les marges bénéficiaires, l'étroitesse de la concurrence, la nature des produits faisant l'objet de l'accord d'achat et l'existence éventuelle d'une puissance de vente compensatrice de la part des fournisseurs.
293. En outre, pour déterminer si les membres d'un accord d'achat groupé possèdent une puissance d'achat conjointe, il y a lieu d'examiner le nombre et l'intensité des liens entre les concurrents sur le marché d'achat. Par exemple, certains des mêmes membres peuvent également participer à d'autres accords d'achat.
294. Si les membres de l'accord d'achat groupé possèdent une forte puissance d'achat sur le marché d'achat, l'accord risque d'entraver la concurrence en amont, ce qui, en définitive, peut également donner lieu à un préjudice pour les consommateurs en aval. Par exemple, une puissance d'achat exercée de manière conjointe peut nuire aux incitations à l'investissement des fournisseurs et forcer ceux qui n'ont pas de puissance de vente compensatrice pour réduire la gamme ou la qualité des produits qu'ils fabriquent. Cela peut produire des effets restrictifs sur la concurrence sur le marché en amont, tels qu'une réduction de la qualité, une diminution de l'effort dans le domaine de l'innovation et, en définitive, une offre sous-optimale. En outre, les détaillants peuvent exercer leur puissance d'achat et monter les fournisseurs les uns contre les autres en limitant conjointement la diversité des produits dans leurs magasins, ce qui porte finalement préjudice aux consommateurs en aval.

295. Le risque qu'un accord d'achat groupé dissuade les investissements ou les innovations des fournisseurs est plus important lorsque les acheteurs représentent conjointement une grande part des achats en cause, en particulier lorsque ces acheteurs traitent avec des fournisseurs qui ne disposent pas d'une puissance de vente compensatrice. Ces fournisseurs sont susceptibles d'être particulièrement vulnérables à une baisse des profits, surtout lorsqu'ils ont effectué des investissements spécifiques en vue d'approvisionner les membres de l'accord d'achat groupé. Il est moins probable que des effets restrictifs sur la concurrence surviennent si les fournisseurs possèdent une forte puissance de vente compensatrice (sans qu'elle ne soit nécessairement équivalente à une position dominante) sur le ou les marchés d'achat, par exemple car ils vendent des produits ou des services dont les acheteurs ont besoin pour être compétitifs sur les marchés de vente en aval et qui sont difficilement substituables.
296. La puissance d'achat des membres de l'accord d'achat groupé peut également être utilisée pour évincer du marché d'achat les acheteurs concurrents en limitant leur accès aux fournisseurs efficaces. Ces effets restrictifs sont plus probables lorsqu'il n'y a qu'un nombre limité de fournisseurs et qu'il existe des barrières à l'entrée du côté de l'offre sur le marché d'achat.
297. Lorsque les membres d'un accord d'achat groupé sont des concurrents existants ou potentiels en aval, leurs incitations à se livrer concurrence sur les prix sur le ou les marchés de vente en aval peuvent être considérablement réduites s'ils achètent conjointement une part importante des produits pour lesquels ils sont en concurrence en aval. Premièrement, lorsque les membres disposent ensemble d'un pouvoir de marché considérable sur le ou les marchés de vente (sans qu'il ne soit nécessairement équivalent à une position dominante), il est moins probable que les prix d'achat inférieurs obtenus grâce à l'accord d'achat groupé se répercutent sur les consommateurs. C'est notamment le cas lorsque les concurrents des membres de l'accord d'achat groupé ont, en raison de leur position de faiblesse sur le marché, une capacité limitée à faire face à la concurrence sur le marché de vente. Deuxièmement, plus la part de marché cumulée des membres de l'accord d'achat groupé sur le marché de vente en aval est élevée, plus le risque se pose de voir cette coordination de l'achat en amont entraîner une coordination de la vente en aval. Ce risque est particulièrement élevé si l'accord d'achat groupé limite la capacité de ses membres à acheter (ou les décourage d'acheter), indépendamment les uns des autres, des volumes supplémentaires d'intrants sur le marché d'achat. L'obligation des membres d'acheter la majorité ou la totalité de leurs besoins par l'intermédiaire de l'accord d'achat groupé, dans le but de garantir une position de négociation suffisamment forte vis-à-vis des fournisseurs importants, doit être appréciée en tenant compte de facteurs tels que l'étendue (volume ou part des achats concernés), la durée de l'obligation et la part de marché cumulée des membres de l'accord d'achat groupé sur le ou les marchés d'achat et de vente en cause.
298. Toutefois, lorsque les parties à un accord d'achat groupé ne disposent pas conjointement d'un pouvoir de marché ou ne sont pas présentes sur le ou les mêmes marchés de vente en cause (par exemple des détaillants opérant sur des marchés géographiques différents et qui ne sont pas des concurrents potentiels), il est peu probable que l'accord d'achat groupé ait des effets restrictifs sur la concurrence sur le ou les marchés de vente.

4.2.3.3. Collusion

299. Les accords d'achat groupé peuvent mener à une collusion s'ils facilitent la coordination du comportement des membres sur les marchés de vente en aval où ils sont des concurrents existants ou potentiels. Cela peut survenir, en particulier, si la structure du marché sur le marché de vente est propice à la collusion (par exemple si le marché est concentré et se caractérise par un fort degré de transparence). Une collusion est également plus vraisemblable si les membres de l'accord d'achat groupé détiennent une part de marché cumulée élevée sur le marché de vente et si l'accord s'étend au-delà de l'achat groupé ou de la négociation conjointe des conditions de l'achat. Par exemple, une telle collusion pourrait être facilitée lorsque les membres de l'accord s'entendent sur les volumes qu'ils achèteront dans le cadre de l'accord ou coordonnent le calendrier des remises ou des promotions sur les prix de vente sur le marché de vente en aval, restreignant ainsi de manière significative la concurrence entre eux sur le marché de vente.
300. La collusion peut aussi être facilitée si les membres de l'accord d'achat groupé atteignent un niveau élevé de similarité des coûts grâce à des achats groupés, pour autant qu'ils possèdent un pouvoir de marché sur le marché de vente et que le marché présente des caractéristiques propices à une telle coordination. Tout particulièrement, les effets restrictifs sur la concurrence sont plus probables si les parties partagent une proportion significative de leurs coûts variables sur le marché de vente. Cela peut par exemple se produire lorsque des fabricants et des vendeurs d'un produit final qui se trouvent en concurrence les uns avec les autres se regroupent pour acheter conjointement une proportion importante de leurs intrants. Cela peut également être le cas lorsque des détaillants opérant sur le ou les mêmes marchés de détail en cause achètent conjointement une part importante des produits qu'ils proposent à la revente. Outre une augmentation de la portée des collusions de type «en étoile»²⁰⁶, les détaillants membres d'un accord d'achat groupé peuvent également être plus disposés à concéder des augmentations de prix de la part des fournisseurs s'ils savent que ces augmentations s'appliqueront également à la plupart de leurs concurrents sur le ou les marchés de vente en aval et qu'elles pourront donc être répercutées sur les consommateurs.
301. La mise en œuvre d'un accord d'achat groupé peut nécessiter l'échange d'informations commercialement sensibles, telles que les prix (ou des éléments de ces prix) et les volumes d'achat. Lorsque l'accord d'achat groupé lui-même ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, parce qu'il a des effets neutres ou positifs sur la concurrence, un échange d'informations accessoire à cet accord ne relève pas non plus de cette interdiction²⁰⁷. Ce sera le cas si l'échange d'informations est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord d'achat groupé et est proportionné aux objectifs de celui-ci²⁰⁸. Lorsque l'échange d'informations va au-delà de ce qui est objectivement nécessaire pour mettre en œuvre l'accord d'achat groupé, ou qu'il n'est pas proportionné aux objectifs dudit accord, l'échange d'informations doit être apprécié au moyen des orientations

²⁰⁶ Voir la section 6.2.4.2.

²⁰⁷ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 89.

²⁰⁸ Voir le point 369.

fournies au chapitre 6²⁰⁹. Si l'échange d'informations relève de l'article 101, paragraphe 1, il peut également remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

302. Cet échange d'informations commercialement sensibles peut faciliter la coordination des prix de vente et de la production et, de ce fait, aboutir à une collusion sur les marchés de vente. Les effets secondaires de l'échange d'informations commercialement sensibles peuvent, par exemple, être réduits au minimum lorsque les données sont recueillies par l'accord d'achat groupé, qui est établi en tant qu'entité distincte et qui ne communique pas d'informations individuelles aux acheteurs participants, ou en adoptant des mesures d'ordre technique ou pratique afin de limiter l'accès à ces informations et de protéger leur confidentialité. Les membres de l'accord d'achat groupé peuvent ainsi prévoir des «clean teams» ou des règles de confidentialité efficaces pour le personnel concerné de l'accord d'achat groupé et ses membres, qui continueraient à s'appliquer au cas où certains membres du personnel retourneraient auprès des membres individuels de l'accord ou si certains membres du personnel ou de l'accord se tournaient vers un autre accord d'achat groupé. Qui plus est, la participation d'une entreprise à plusieurs accords d'achat groupé ne devrait en aucun cas mener à des échanges d'informations anticoncurrentiels ou à d'autres types de coordination entre les divers accords d'achat.
303. Dans le cadre de négociations conjointes de conditions avec des fournisseurs, un accord d'achat groupé (c'est-à-dire ses membres ou l'entité juridique qu'ils forment) peut exercer sa puissance d'achat en menaçant, par exemple, d'abandonner les négociations ou de cesser les achats si le fournisseur ne propose pas de meilleures conditions ou des prix plus bas. De la même façon, les contreparties à ces négociations peuvent menacer de mettre un terme aux négociations ou de cesser de fournir des produits dans le cadre des négociations avec les acheteurs.
304. Ces menaces collectives liées aux négociations peuvent être considérées comme faisant partie intégrante de l'accord d'achat groupé lorsqu'elles concernent les produits faisant l'objet des négociations et qu'elles sont temporaires, prenant fin lorsque les parties reprennent leurs négociations ou concluent un accord. Sans préjudice de l'application de législations nationales plus strictes qui interdisent les comportements unilatéraux ou les pratiques commerciales déloyales²¹⁰, de telles menaces ne constituent généralement pas une restriction de la concurrence par objet²¹¹. Les effets sur la concurrence induits par de telles menaces seront appréciés au regard de l'article 101, paragraphe 1, à la lumière des effets globaux de l'accord d'achat groupé, en tenant compte de la position sur le marché des membres qui exécutent les menaces²¹². Un exemple de menaces collectives qui pourraient être considérées comme faisant partie intégrante d'un accord d'achat groupé concerne les

²⁰⁹ Voir aussi le point 6.

²¹⁰ Par exemple, la législation nationale transposant la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (JO L 111 du 25.4.2019, p. 59) ou qui est plus stricte que l'article 102 en interdisant ou en sanctionnant les comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes, voir l'article 3, paragraphe 2, et le considérant 8 du règlement (CE) n° 1/2003.

²¹¹ Voir le point 278.

²¹² Ces menaces peuvent faire partie intégrante d'une négociation efficace visant à obtenir des prix plus compétitifs. D'autre part, de telles menaces peuvent également survenir dans le cadre d'accords d'achat groupé qui ont pour effet de restreindre la concurrence. En soi, l'observation de telles menaces n'est donc pas un élément de preuve de la présence ou de l'absence de préjudice concurrentiel.

membres d'une alliance de détaillants qui cessent de commander certains produits auprès d'un fournisseur pendant leurs négociations sur les conditions de fourniture future de ces mêmes produits. Ces arrêts de commandes peuvent conduire à une rupture de stock temporaire, dans les magasins des membres de l'alliance, des produits qu'ils ont choisis individuellement, jusqu'à ce que l'alliance de détaillants et le fournisseur s'entendent sur les conditions de leurs prochaines fournitures. En général, ces arrêts (ou menaces d'arrêts) de commandes n'affecteront pas sensiblement la concurrence sur le ou les marchés de vente en aval lorsque les détaillants continuent de proposer des produits qui sont des substituts des produits en question et dans la mesure où les clients sur le ou les marchés de vente peuvent acheter ces produits ou des produits de substitution auprès de concurrents des membres de l'accord d'achat groupé.

4.3. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3

4.3.1. Gains d'efficience

305. Les accords d'achat groupé peuvent entraîner des gains d'efficience significatifs. Ils peuvent notamment conduire à des économies de coûts, telles qu'une baisse des prix d'achat et une réduction des coûts de production et de transaction. Ils peuvent également donner lieu à des gains d'efficience qualitatifs, par exemple en incitant les fournisseurs à innover et à lancer des produits nouveaux ou améliorés sur le marché, ou, en particulier pour les petits fournisseurs, en élargissant la distribution de leurs produits à un plus grand nombre d'acheteurs et de marchés. Ces gains d'efficience qualitatifs peuvent profiter aux consommateurs en réduisant leurs dépendances et en évitant les pénuries grâce à des chaînes d'approvisionnement plus résilientes et en contribuant à un marché intérieur plus résilient, par exemple par des achats conjoints de médicaments ou d'énergie.

4.3.2. Caractère indispensable

306. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience générés par un accord d'achat groupé ne remplissent pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3. Par exemple, les économies de coûts qui ne résultent pas de l'achat groupé lui-même mais d'activités supplémentaires réalisées par l'accord d'achat groupé, telles que la logistique, le transport ou le stockage, ne peuvent être considérées comme des gains d'efficience de l'accord que si l'activité supplémentaire est nécessaire au fonctionnement de l'accord d'achat et ne pourrait pas être réalisée par des moyens moins restrictifs. L'obligation d'acheter ou de négocier uniquement dans le cadre de l'accord d'achat groupé peut, dans certains cas, être indispensable pour parvenir au degré de puissance d'achat ou au volume nécessaires à la réalisation d'économies d'échelle. Toutefois, une telle obligation doit être appréciée dans le contexte précis de chaque affaire traitée.

4.3.3. Répercussion sur les consommateurs

307. Les gains d'efficience, tels que les réductions de coûts ou les gains d'efficience qualitatifs consistant en l'introduction de produits nouveaux ou améliorés sur le marché, qui sont réalisés au moyen de restrictions indispensables, doivent être répercutés sur les consommateurs de manière à compenser tout effet restrictif sur la concurrence causé par l'accord d'achat groupé. De ce fait, les économies de coûts ou autres gains d'efficience qui ne profitent qu'aux membres de l'accord d'achat groupé ne sont pas suffisants. Les économies de coûts doivent plutôt être répercutées sur les clients des membres. Par exemple, dans le cas de coûts d'achat plus faibles, cette

répercussion peut prendre la forme d'une baisse des prix sur le ou les marchés de vente.

308. En règle générale, les entreprises sont encouragées à répercuter au moins une partie de la baisse des coûts variables sur leurs propres clients. La marge bénéficiaire plus élevée permise par les réductions des coûts variables fournit aux entreprises une forte incitation à accroître leur production au moyen de réductions de prix. Cependant, lorsque les membres d'un accord d'achat groupé possèdent ensemble un pouvoir de marché sur le ou les marchés de vente en cause, ils peuvent être moins enclins à répercuter les baisses des coûts variables sur les clients. Qui plus est, les réductions des coûts fixes (comme les règlements forfaitaires effectués par les fournisseurs) sont moins susceptibles d'être répercutées sur les consommateurs, car elles n'encouragent pas souvent les entreprises à accroître leur production. Une appréciation minutieuse de l'accord d'achat groupé spécifique est dès lors requise pour déterminer s'il génère une incitation économique à augmenter la production et donc à répercuter les réductions des coûts ou les gains d'efficacité²¹³. Enfin, des prix de vente plus bas pour les clients sont particulièrement improbables si l'accord d'achat groupé limite la capacité de ses membres à acheter (ou les décourage d'acheter) des volumes supplémentaires à un fournisseur donné que ce soit par l'intermédiaire ou indépendamment de l'accord d'achat groupé. Dans les faits, les accords d'achat groupé qui limitent la possibilité des membres de commander indépendamment des volumes additionnels à un fournisseur donné incitent à augmenter les prix de vente. Cela s'explique par le fait que la limitation conjointe de l'achat d'intrants aura généralement pour conséquence la restriction du volume des ventes sur le ou les marchés de vente.

4.3.4. Absence d'élimination de la concurrence

309. Les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent être satisfaites si les parties se voient donner la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Cette condition doit être remplie tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente en cause.

4.4. Exemples

310. Entente entre acheteurs

Exemple 1

Situation: de nombreuses petites entreprises collectent des téléphones mobiles usagés par l'intermédiaire de points de vente au détail où ils sont déposés suite à l'achat d'un nouveau téléphone mobile. Les entreprises de collecte vendent les téléphones mobiles usagés à des entreprises de recyclage qui en extraient des matières premières précieuses telles que l'or, l'argent et le cuivre afin de les réutiliser comme une solution de remplacement plus durable à l'extraction. Cinq entreprises de recyclage représentant 12 % du marché d'achat pour les téléphones mobiles usagés conviennent d'un prix d'achat maximal commun par téléphone. Ces cinq entreprises

²¹³ Par exemple, si un rabais peut prendre la forme contractuelle d'un règlement forfaitaire, il peut effectivement être soumis à la réalisation par l'acheteur de certains objectifs de vente escomptés lors de la renégociation du contrat l'année suivante. De même, le paiement peut être soumis à la fourniture de certains services.

de recyclage s'informent également entre elles des discussions sur les prix qu'elles mènent individuellement avec les entreprises de collecte de téléphones mobiles usagés, ainsi que des offres que ces entreprises leur ont faites et du prix par téléphone qu'elles acceptent finalement de payer aux entreprises de collecte.

Analyse: les cinq entreprises de recyclage sont toutes parties à une entente entre acheteurs. Chacune d'elles, individuellement, négocie avec les entreprises de collecte de téléphones mobiles et achète auprès d'elles. Il n'existe aucun accord d'achat groupé qui représente conjointement les acheteurs lors des négociations avec les entreprises de collecte ou de l'achat auprès d'elles. Indépendamment de la part de marché cumulée relativement faible qu'ont les entreprises de recyclage sur le marché d'achat pour les déchets d'équipements électroniques, l'accord passé entre elles équivaut à une restriction de la concurrence par objet. Il n'est donc pas nécessaire de définir le marché en cause ou d'apprécier les effets réels ou potentiels de l'entente sur le marché.

311. Négociation conjointe des intrants par les fabricants

Exemple 2

Situation: Cinq producteurs d'acier concurrents détiennent une part de marché cumulée de 40 % sur le marché d'achat en cause dans l'État membre A. Les producteurs d'acier créent, possèdent et exploitent une entreprise commune qui négociera l'achat de minerai de fer en leur nom. L'entreprise commune demande à un grand fournisseur de minerai de fer une réduction de 20 % du prix d'achat du minerai de fer dans l'État membre A, et l'obtient. Au lieu de se faire concurrence sur le marché d'achat, les cinq producteurs d'acier achètent du minerai de fer au prix d'achat négocié par l'entreprise commune. Rien ne prouve que les propriétaires de l'entreprise commune aient baissé les prix de leur acier sur le marché de vente à la suite de la diminution du prix qu'ils ont payé pour le minerai de fer.

Analyse: L'entreprise commune est un accord d'achat groupé qui négocie avec les fournisseurs au nom des cinq producteurs d'acier. Les cinq producteurs d'acier parties à l'entreprise commune ont pu obtenir un prix plus bas pour leurs achats de minerai de fer. Les parties à l'entreprise commune effectuent leurs achats de minerai de fer indépendamment, mais sur la base du prix négocié par l'entreprise commune. La création et la mise en place de l'entreprise commune n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence. Les effets restrictifs potentiels de l'entreprise commune sur la concurrence dépendront, par exemple, de savoir si elle donne lieu à une grande similarité des coûts et si l'accord d'achat groupé crée un risque réel de collusion sur le marché de vente de l'acier. Toutes choses égales par ailleurs, le fait qu'aucun des cinq producteurs d'acier partie à l'entreprise commune n'ait baissé ses prix de vente de l'acier pourrait révéler une telle collusion.

312. Négociation conjointe par une alliance de détaillants européenne

Exemple 3

Situation: Une alliance de détaillants européenne, qui regroupe sept grandes chaînes de magasins au détail, chacune opérant sur des marchés nationaux différents, négocie conjointement avec un grand fabricant de biscuits sucrés et de jus de fruits

de marque, qui détient une part de marché de 30 % dans ces catégories de produits, certaines conditions pour un futur accord de fourniture. L'alliance dispose d'une part de marché n'excédant pas 18 % sur chaque marché d'achat (national) en cause et chacun de ses membres possède une part de marché située entre 15 et 20 % sur les marchés de détail (locaux) en cause dans leur État membre respectif. Les membres de l'alliance ne sont pas des entrants potentiels sur les marchés de vente des autres membres. Les négociations portent notamment sur un paiement supplémentaire du fabricant aux détaillants, sous la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par chaque détaillant avec le fabricant, en échange de la fourniture par les détaillants de certains services promotionnels ou de données de ventes couvrant les sept États membres au sein desquels les membres de l'alliance opèrent sur les marchés de vente. Les deux parties mènent des négociations serrées pour obtenir le meilleur accord possible. Au cours des négociations, l'alliance de détaillants demande à ses membres d'arrêter temporairement les commandes de produits appartenant aux deux catégories faisant l'objet des négociations avec le fabricant afin d'accentuer la pression. Par la mise en œuvre de cette décision, chaque membre de l'alliance décide individuellement quels produits fournis par le fabricant et appartenant à ces catégories il cesse de commander pendant que les négociations sont dans l'impasse, en tenant compte des préférences des consommateurs locaux sur les marchés de vente. Après une nouvelle série de négociations, le fabricant et l'alliance conviennent finalement d'un montant supplémentaire que le fabricant paiera aux membres individuels de l'alliance, qui reprendront leurs commandes de toute la gamme de produits du fabricant.

Analyse: L'alliance de détaillants européenne n'est pas une entente entre acheteurs et ne constitue pas une restriction de la concurrence par objet. L'alliance de détaillants européenne équivaut à un accord d'achat groupé, même si elle ne fait que négocier avec le fabricant, conjointement et pour le compte de ses membres, certaines conditions de l'accord de fourniture sur la base desquelles les membres achètent individuellement les quantités de produits du fabricant dont ils ont besoin. Le paiement effectué par le fabricant en échange des services promotionnels ou des données fournis par les détaillants ne doivent pas être appréciés isolément, mais comme faisant partie intégrante de la transaction d'achat entre le fabricant et les détaillants. Les chaînes de magasins au détail nationales qui sont membres de l'alliance n'opèrent pas sur les mêmes marchés de vente et ne sont pas des concurrents potentiels les unes des autres. Par conséquent, il est peu probable que l'accord d'achat groupé ait des effets restrictifs sur la concurrence entre détaillants sur le ou les marchés de vente en aval. En outre, les détaillants font face à une pression concurrentielle suffisante de la part des détaillants concurrents qui ne participent pas à l'accord d'achat groupé. Il peut néanmoins être nécessaire d'apprécier les effets négatifs potentiels de l'accord sur la concurrence en amont résultant du prix d'achat inférieur convenu pour les intrants et du rabais supplémentaire (par exemple en matière de réduction de l'innovation par les fournisseurs). Toutefois, de tels effets négatifs semblent peu probables compte tenu

de la part de marché cumulée des parties, qui ne dépasse pas 18 % sur chacun des marchés d'achat en cause. L'arrêt temporaire des commandes doit être apprécié conjointement avec les effets globaux de l'accord d'achat groupé. Cette mesure ne concerne que les catégories de produits faisant l'objet des négociations avec le fabricant, et ne semble pas porter préjudice, directement ou indirectement, aux consommateurs, surtout dans la mesure où ces détaillants proposent des produits de substitution ou dans la mesure où il existe d'autres détaillants concurrents auprès desquels les consommateurs peuvent se procurer des produits identiques. Cette mesure peut entraîner un bénéfice pour les consommateurs sous la forme d'une baisse des prix à la suite de la conclusion d'un accord.

313. Achat groupé par des petites entreprises détenant des parts de marché cumulées modestes

Exemple 4

Situation: 150 petits détaillants concluent un accord pour constituer un accord d'achat groupé. Ils sont obligés d'acheter un volume minimal par l'intermédiaire de l'accord, équivalant à environ 50 % de leurs coûts totaux respectifs. Ils peuvent acheter plus que le volume minimal par l'intermédiaire de l'accord et peuvent aussi s'approvisionner en dehors de l'accord. Ils possèdent une part de marché cumulée de 23 % à la fois sur les marchés d'achat et de vente. L'entreprise A et l'entreprise B sont deux grands concurrents des membres de l'accord d'achat groupé. L'entreprise A possède 25 % à la fois sur le marché d'achat et sur le marché de vente, et l'entreprise B possède 35 %. Rien ne s'oppose à ce que les autres concurrents plus petits créent eux aussi un accord d'achat groupé. Les 150 détaillants réalisent des économies de coûts substantielles en effectuant leurs achats conjointement par l'intermédiaire de l'accord d'achat groupé.

Analyse: L'accord d'achat groupé n'est pas une entente entre acheteurs et n'est pas considéré comme une restriction de la concurrence par objet. La part de marché cumulée des détaillants participants sur les marchés d'achat et de vente dépasse la zone de sécurité informelle de 15 %, mais ils sont limités par les entreprises A et B, qui détiennent des parts de marché plus élevées sur les deux marchés. La probabilité que l'accord d'achat groupé décourage les investissements ou l'innovation des fournisseurs de produits reste faible, compte tenu de la part de marché cumulée des membres sur le marché d'achat. Toutefois, cela dépend également du degré de puissance de vente compensatrice des fournisseurs sur le marché d'achat et, dans le cas des fournisseurs sans puissance de vente, du fait qu'ils aient ou non réalisé des investissements spécifiques aux clients pour les membres de l'accord d'achat groupé. Même si les détaillants participants atteignent un niveau élevé de similarité des coûts, il est peu probable qu'ils aient un pouvoir de marché sur le marché de vente en raison de la présence des entreprises A et B, qui, prises isolément, sont toutes deux plus importantes que les détaillants combinés qui sont parties à l'accord d'achat groupé. Par conséquent, il est peu probable que les 150 détaillants soient en mesure de coordonner avec succès leur comportement concernant les prix de vente et de parvenir à une collusion sur le marché de vente qui les empêcherait de répercuter les prix d'achat inférieurs ou les remises correspondantes. L'accord d'achat groupé est donc peu susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. En outre, la coopération entraîne certains gains

d'efficacité grâce à des économies d'échelle qui peuvent faire baisser davantage les prix de vente et rendre les détaillants plus compétitifs sur le marché de vente face aux entreprises A et B.

314. Similarité des coûts et pouvoir de marché sur le marché de vente

Exemple 5

Situation: Deux chaînes de supermarchés concurrentes concluent un accord pour acheter conjointement des produits représentant environ 80 % de leurs coûts variables. Sur les marchés d'achat en cause pour les différentes catégories de produits, les parties atteignent des parts de marché cumulées se situant entre 25 et 40 %. Sur le marché de vente en cause, leur part de marché cumulée atteint 60 %, et il existe quatre autres grands détaillants, possédant chacun 10 % de part de marché. Des entrées sur le marché sont peu probables.

Analyse: L'accord d'achat n'est pas une entente entre acheteurs et n'est pas considéré comme une restriction de la concurrence par objet. Toutefois, il est susceptible de donner aux parties la possibilité de coordonner leur comportement sur le marché de vente, aboutissant de ce fait à une collusion. Les parties disposent d'un pouvoir de marché sur le marché de vente, compte tenu du faible nombre et de la taille bien plus petite des concurrents sur ce marché, et l'accord d'achat donne lieu à une grande similarité des coûts. De plus, des entrées sur le marché sont peu probables. Les parties seront encore plus enclines à coordonner leur comportement sur le marché de vente si leurs structures de coûts étaient déjà similaires avant la conclusion de l'accord. De plus, si les parties réalisent des marges similaires, le risque de collusion s'en trouvera encore accru. Cet accord crée également le risque que les parties puissent limiter la demande et ainsi, en conséquence de la réduction des achats, réduisent les volumes de vente, ce qui provoquerait une augmentation des prix de vente en aval. En conséquence, l'accord d'achat est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Même s'il y a de très fortes chances que l'accord entraîne des gains d'efficacité sous la forme de réductions de coûts, compte tenu du fort pouvoir de marché des parties sur le marché de vente, il est peu probable que ces gains soient répercutés sur les consommateurs dans une mesure suffisante pour compenser les effets restrictifs sur la concurrence. Par conséquent, il est peu probable que l'accord d'achat remplisse les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

315. Parties opérant sur des marchés géographiques distincts

Exemple 6

Situation: Six grands détaillants, tous établis dans un État membre différent, constituent un accord d'achat groupé en vue d'acheter ensemble plusieurs produits de marque à base de farine de blé dur. L'accord autorise les détaillants à acheter d'autres produits de marque similaires en dehors de cette coopération. Les membres de l'accord d'achat groupé possèdent une part de marché cumulée d'environ 22 % sur le marché d'achat en cause, qui couvre toute l'Union. Le marché d'achat compte trois autres grands acheteurs de taille similaire à celle de l'accord d'achat groupé. Chacun des membres de l'accord d'achat groupé détient une part de marché comprise entre 20 % et 30 % sur les marchés de vente sur lesquels il est présent, qui sont des marchés nationaux. Aucune des parties n'opère sur le marché de vente d'un État membre où une autre partie est présente. Les parties ne sont pas des entrants potentiels sur les marchés de vente nationaux des autres parties.

Analyse: L'accord d'achat groupé n'est pas une entente entre acheteurs et n'est pas considéré comme une restriction de la concurrence par objet. Grâce à cet accord, les détaillants participants seront en mesure de concurrencer les autres grands acheteurs présents sur le marché d'achat et d'obtenir de meilleurs prix ou conditions que s'ils achetaient les produits indépendamment. La probabilité que l'accord d'achat groupé décourage les investissements ou l'innovation des fournisseurs de produits reste faible compte tenu de la part de marché cumulée des participants sur le marché d'achat. Toutefois, cela dépend également du degré de puissance de vente compensatrice des fournisseurs sur le marché d'achat et, dans le cas des fournisseurs sans puissance de vente, du fait qu'ils aient réalisé ou des investissements spécifiques aux consommateurs pour les acheteurs qui sont parties à l'accord. Par rapport au marché d'achat à l'échelle de l'Union, les marchés de vente nationaux sont beaucoup plus petits (tant en termes de chiffre d'affaires que d'étendue géographique) et, sur ces marchés, certains membres de l'accord peuvent disposer d'un certain pouvoir de marché. Cependant, même si les membres de l'accord d'achat groupé possèdent une part de marché cumulée de plus de 15 % sur les marchés d'achat, les parties ne sont pas en mesure de coordonner avec succès leur comportement sur les marchés de vente nationaux, dans la mesure où ils ne constituent, les uns pour les autres, des concurrents ni existants ni potentiels sur ces marchés en aval. Par conséquent, il est peu probable que l'accord d'achat groupé produise des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Toutefois, même si l'accord devait avoir des effets restrictifs sur la concurrence, il est susceptible de satisfaire aux conditions d'exception énoncées à l'article 101, paragraphe 3. L'accord d'achat groupé entraîne des coûts d'achat inférieurs que les membres ne pourraient pas obtenir s'ils négociaient les prix en toute indépendance. Compte tenu de la position des membres individuels sur le marché en aval, dans la mesure où ils ne sont pas présents sur les marchés de vente les uns des autres, mais qu'ils sont confrontés à une concurrence importante de la part d'autres détaillants (détenant au moins 70 % du marché de vente), il semble probable que ces coûts d'achat inférieurs seront répercutés sur les consommateurs. En effet, les membres de l'accord devraient être encouragés à répercuter au moins une partie de la baisse des coûts variables sur leurs propres clients en augmentant les ventes en aval au moyen de réductions de prix.

Exemple 7

Situation: Trois fabricants concurrents, A, B et C, confient à un accord d'achat groupé indépendant le soin d'acheter le produit Z, produit intermédiaire utilisé par les trois fabricants pour leur production du produit final X. Le coût du produit Z n'est pas un facteur de coût important pour la fabrication du produit X. Toutes les informations nécessaires aux achats groupés (par exemple les spécifications de qualité, les quantités, les dates de livraison, les prix d'achat maximaux) ne sont communiquées qu'à l'accord d'achat groupé et non aux autres membres de l'accord. L'accord d'achat groupé convient des prix d'achat avec chaque fournisseur du produit Z. Les fabricants A, B et C possèdent une part de marché cumulée de 30 % sur chacun des marchés d'achat et de vente. Ils ont six concurrents sur les marchés d'achat et de vente, dont deux qui détiennent chacun une part de marché de 20 %.

Analyse: L'accord d'achat groupé n'est pas une entente entre acheteurs et ne constitue pas une restriction de la concurrence par objet. Les membres de l'accord d'achat groupé possèdent ensemble une part de marché cumulée de 30 % à la fois sur les marchés d'achat et de vente, ce qui dépasse nettement la zone de sécurité informelle de 15 %. Cela peut leur conférer un pouvoir de marché considérable à la fois sur les marchés d'achat et de vente. Toutefois, les membres de l'accord sont confrontés à plusieurs concurrents, tant en amont qu'en aval. Au moins deux de ces concurrents détiennent une position significative sur le marché (part de marché de 20 % chacun) qui leur permet d'exercer une pression concurrentielle effective sur les membres de l'accord. Il semble donc peu probable que les membres de l'accord d'achat groupé détiennent un pouvoir de marché suffisamment significatif sur les marchés de vente pour pouvoir exclure ces concurrents du marché d'achat. En outre, l'accord se limite à l'achat du produit Z, qui n'est pas un facteur de coût significatif pour fabriquer le produit X. Cela signifie qu'il ne constitue pas un intrant important pour les activités des parties sur les marchés de vente et qu'il ne conduira pas à un niveau élevé de similarité des coûts. Les fabricants A, B et C continuent d'acheter ou de produire séparément les autres intrants du produit X, qui représentent des facteurs de coût plus importants, et ils sont confrontés à une concurrence effective de la part des six concurrents restants, ainsi qu'à une concurrence mutuelle, sur le marché du produit X.

Par conséquent, il est peu probable que l'accord d'achat groupé restreigne la concurrence sur les marchés d'achat ou de vente au sens de l'article 101, paragraphe 1, ou, en tout état de cause, il est probable qu'il remplisse les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

En outre, en ce qui concerne l'échange d'informations, il ne relèvera pas de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, s'il est objectivement nécessaire et proportionné à la mise en œuvre de l'accord d'achat groupé du produit Z et s'il ne porte que sur les paramètres nécessaires aux membres de l'accord pour conclure un accord avec les fournisseurs. Étant donné que les informations ne sont pas partagées entre les membres individuels, mais seulement avec l'accord d'achat groupé, on constate l'absence d'échange d'informations direct entre A, B et C, et il est donc peu probable que la communication des informations mène à une collusion entre les membres, en violation de l'article 101, paragraphe 1.

5. ACCORDS DE COMMERCIALISATION

5.1. Introduction

317. Les accords de commercialisation concernent la coopération entre concurrents pour la vente, la distribution ou la promotion de leurs produits de substitution. Les accords de ce type peuvent avoir une portée très différente, en fonction des éléments de la commercialisation sur lesquels porte la coopération. À l'une des extrémités du spectre couvert, on trouve les accords de vente groupée, qui peuvent conduire à une détermination en commun de tous les aspects commerciaux liés à la vente du produit, y compris le prix. À l'autre extrémité, on peut trouver des accords plus limités portant seulement sur un aspect particulier de la commercialisation, tel que la distribution, le service après-vente ou la publicité.
318. Une catégorie importante de ces accords plus limités est constituée par les accords de distribution. Le règlement d'exemption applicable aux accords verticaux et les lignes directrices sur les restrictions verticales couvrent en principe les accords de distribution sauf si les parties à l'accord sont des concurrents existants ou potentiels. Si des concurrents conviennent d'assurer la distribution de leurs produits de substitution (en particulier s'ils le font sur des marchés géographiques différents), il existe un risque que les accords puissent avoir pour objet ou pour effet le cloisonnement de marchés au bénéfice des parties, ou qu'ils aboutissent à une collusion. Cela peut être vrai pour les accords tant réciproques que non réciproques entre concurrents, qui doivent donc être d'abord appréciés selon les principes mentionnés au présent chapitre. Si cette appréciation permet de conclure que la coopération entre les entreprises concurrentes dans le domaine de la distribution peut en principe être autorisée, un complément d'analyse sera nécessaire pour examiner toute restriction verticale contenue dans de tels accords. Cette seconde étape de l'appréciation doit s'appuyer sur les principes définis dans les lignes directrices sur les restrictions verticales.
319. L'unique exception au processus en deux étapes mentionné dans le point précédent concerne les accords de distribution non réciproques entre concurrents lorsque a) le fournisseur est un producteur, un grossiste ou un importateur et un distributeur de biens alors que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise concurrente au niveau de la fabrication, du commerce en gros ou de l'importation, ou que b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale alors que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels²¹⁴. Dans ces scénarios, l'accord de distribution peut bénéficier du règlement d'exemption applicable aux accords verticaux, auquel cas les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas.²¹⁵ Le point 43 contient des orientations

²¹⁴ Article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption applicable aux accords verticaux.

²¹⁵ L'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption applicable aux accords verticaux ne s'applique pas i) à l'échange d'informations entre le fournisseur et l'acheteur qui n'est pas directement lié à la mise en œuvre de l'accord vertical ou qui n'est pas nécessaire à l'amélioration de la production ou de la distribution des biens ou services contractuels, ou qui ne remplit aucune de ces deux conditions (article 2, paragraphe 5, du règlement d'exemption applicable aux accords verticaux) ou ii) aux accords verticaux relatifs à la fourniture de services d'intermédiation en ligne lorsque le fournisseur de ces services est une entreprise concurrente sur le marché en cause pour la vente des biens ou services objet de l'intermédiation (article 2, paragraphe 6, du règlement d'exemption applicable aux accords verticaux). Dans ces cas, les présentes lignes directrices s'appliquent au même titre que les

supplémentaires sur la relation générale entre les présentes lignes directrices, d'une part, et le règlement d'exemption applicable aux accords verticaux et les lignes directrices sur les restrictions verticales, d'autre part.

320. Il conviendrait également d'établir une distinction entre les accords dans lesquels les parties conviennent uniquement d'une commercialisation conjointe et les accords dans lesquels la commercialisation est liée à une autre forme de coopération en amont, comme la production conjointe ou les achats groupés. Lors de l'analyse des accords de commercialisation combinant différents stades de coopération, il est nécessaire de procéder à l'appréciation conformément aux points 6 à 8.
321. Il existe des exclusions à l'application de l'article 101, paragraphe 1, pour la commercialisation des produits agricoles prévues par le règlement (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles.²¹⁶

5.2. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1

5.2.1. Principaux problèmes de concurrence

322. Les accords de commercialisation peuvent restreindre la concurrence de diverses manières. Premièrement, la fixation des prix est la restriction la plus évidente pouvant découler des accords de commercialisation.
323. Deuxièmement, les accords de commercialisation peuvent aussi faciliter les limitations de la production, parce que les parties peuvent décider du volume de produits qu'elles mettront sur le marché, ce qui réduira ainsi l'offre.
324. Troisièmement, les accords de commercialisation peuvent être utilisés comme un moyen pour les parties de se répartir des marchés, des commandes ou des clients, par exemple dans les cas où les usines de production des parties sont situées dans des marchés géographiques différents ou si les accords sont réciproques.
325. Quatrièmement, les accords de commercialisation peuvent également conduire à l'échange d'informations commercialement sensibles sur des aspects inclus ou exclus du champ d'application de la coopération ou à une similarité des coûts — en particulier dans le cas d'accords ne couvrant pas la fixation des prix —, ce qui peut donner lieu à une collusion.
326. Par ailleurs, un accord de commercialisation ne doit généralement pas soulever de problèmes de concurrence s'il est objectivement nécessaire dans le but de permettre à une partie de pénétrer sur un marché sur lequel elle n'aurait pu entrer indépendamment, ou sur lequel elle n'aurait pu entrer avec un nombre plus faible de parties que celles prenant part à la coopération, par exemple en raison des coûts que cela implique. Dans ce cas, les parties à l'accord ne sont pas des concurrents potentiels ou existants l'une de l'autre et, par conséquent, l'accord n'aura pas pour effet de restreindre la concurrence entre elles.
327. Ainsi, lors de l'appréciation d'un accord de commercialisation réciproque, il faut avant tout s'attacher à savoir si l'accord était objectivement nécessaire pour que les

lignes directrices sur les restrictions verticales. De tels échanges d'informations et accords nécessitent une appréciation individuelle au regard de l'article 101. Les lignes directrices sur les restrictions verticales peuvent être pertinentes dans l'évaluation d'éventuelles restrictions verticales, tandis que les présentes lignes directrices peuvent fournir des orientations pertinentes dans l'évaluation d'éventuels effets collusoires.

²¹⁶ Voir aussi le point 47.

parties puissent pénétrer sur le marché l'une de l'autre. Si c'est le cas, l'accord ne soulève pas de problèmes de concurrence. Toutefois, si une partie est capable de pénétrer sur le marché d'une autre partie sans l'accord, et si l'accord réduit l'indépendance décisionnelle de la première partie en ce qui concerne la possibilité de pénétrer sur le marché de l'autre partie, l'accord est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence. Le même principe s'applique aux accords de commercialisation non réciproques. Le risque d'effets restrictifs sur la concurrence est toutefois moindre pour les accords non réciproques, étant donné que les parties sont moins susceptibles d'être mutuellement incitées à se répartir les marchés ou les clients.

5.2.2. *Restrictions de la concurrence par objet*

328. Tout d'abord, les accords de commercialisation conduisent à une restriction de la concurrence par objet s'ils sont utilisés pour parvenir à une entente déguisée. En toute hypothèse, les accords de commercialisation impliquant la fixation des prix, la limitation de la production ou le cloisonnement des marchés sont susceptibles de restreindre la concurrence par objet, sauf si ces restrictions sont accessoires à l'objectif principal de l'accord et que cet objectif principal échappe à l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1.
329. La fixation des prix est un des problèmes de concurrence les plus importants que pose un accord de commercialisation entre concurrents. Les accords se limitant à la vente groupée et, en règle générale, les accords de commercialisation impliquant une fixation commune des prix entraînent généralement la coordination de la politique des prix des fabricants ou des fournisseurs de services concurrents. De tels accords peuvent non seulement éliminer toute concurrence par les prix entre les parties pour les produits de substitution, mais ils peuvent également limiter le volume total des produits qui seront fournis par les parties dans le cadre du système de répartition des commandes. Il est donc probable que de tels accords restreignent la concurrence par objet.
330. Cette appréciation reste identique si l'accord est non exclusif (c'est-à-dire lorsque les parties sont libres de vendre individuellement en dehors de l'accord), si l'on peut conclure que l'accord entraînera une coordination des prix facturés par les parties à l'ensemble ou à une partie de leurs clients.
331. De la même manière, les limitations de la production constituent un problème de concurrence majeur susceptible de découler des accords de commercialisation. Lorsque les parties à l'accord fixent conjointement la quantité de produits à commercialiser, l'offre disponible des produits contractuels peut diminuer, ce qui provoque une hausse de leurs prix. Chaque partie à l'accord devrait, en principe, demeurer libre de décider en toute indépendance d'accroître ou de réduire sa production pour satisfaire la demande du marché. Le risque de voir surgir des limitations de la production se pose moins dans le cas des accords de commercialisation non exclusifs, tant que les parties restent libres et effectivement disposées à répondre individuellement à toute demande supplémentaire, et à la condition que l'accord ne conduise pas à une coordination de la politique d'approvisionnement des parties.
332. Les accords de commercialisation entre parties opérant sur des marchés géographiques différents ou à l'égard de catégories de clients différentes peuvent également être utilisés comme un instrument de cloisonnement des marchés. Si les différentes parties ont recours à un accord de commercialisation réciproque en vue de

la distribution de leurs produits mutuels pour éliminer une concurrence effective ou potentielle entre elles en répartissant des marchés ou des clients, l'accord aura probablement pour objet une restriction de la concurrence. Si l'accord n'est pas réciproque, le risque de cloisonnement du marché est moindre. Toutefois, il convient d'analyser si l'accord non réciproque ne constitue pas la base d'un engagement mutuel entre les parties de s'abstenir de pénétrer sur leurs marchés respectifs.

5.2.3. Effets restrictifs sur la concurrence

333. Un accord de commercialisation qui ne constitue pas une restriction par objet peut tout de même avoir des effets restrictifs sur la concurrence. Pour évaluer les effets des accords de commercialisation sur la concurrence, il est nécessaire de tenir compte des facteurs mentionnés au point 32, ainsi que des orientations supplémentaires suivantes concernant spécifiquement ce type d'accord.
334. Pour évaluer les effets d'un accord de commercialisation, il est nécessaire de définir les marchés de produits et les marchés géographiques en cause et de déterminer les positions respectives des parties sur ces marchés. Les marchés directement concernés par la coopération sont ceux auxquels appartiennent les produits soumis à l'accord et dans lesquels les parties commercialiseront conjointement ces produits. Toutefois, étant donné qu'un accord de commercialisation conclu sur un marché peut également avoir une incidence sur le comportement concurrentiel des parties sur des marchés voisins étroitement liés à celui sur lequel porte directement la coopération (marchés secondaires), il est également nécessaire de définir ces marchés secondaires.²¹⁷
335. Dans les cas où les accords de commercialisation passés entre concurrents ne restreignent pas la concurrence par objet, ils n'auront généralement des effets restrictifs sur la concurrence que si les parties disposent d'un certain pouvoir de marché. Pour évaluer si les parties disposent d'un tel pouvoir de marché, il est nécessaire de tenir compte de l'existence éventuelle d'une puissance d'achat compensatrice de la part de leurs clients. Lorsque les parties ont un pouvoir de marché conjoint, il est généralement probable qu'elles disposent d'une capacité d'augmenter les prix ou de réduire la production, la qualité et la diversité des produits ou l'innovation. En outre, dans le cadre d'un accord de commercialisation, les parties mettent en commun (une partie de) leurs activités liées au marché, à savoir les activités qui ont une incidence directe sur leurs clients. Cette incidence directe sur les clients augmente le risque que les accords de commercialisation aient des effets anticoncurrentiels.

5.2.3.1. Collusion

336. Un accord de commercialisation en commun qui ne prévoit pas une fixation des prix, une limitation de la production ou un cloisonnement du marché peut néanmoins produire des effets restrictifs sur la concurrence s'il accroît la similarité des coûts variables des parties à un niveau qui est susceptible d'aboutir à une collusion. Ce serait probablement le cas si, préalablement à l'accord, une proportion élevée des coûts variables est déjà mise en commun par les parties. Dans un tel scénario, l'accroissement supplémentaire de la similarité des coûts (à savoir les coûts de commercialisation du produit soumis à l'accord), même s'il est limité, peut faire

²¹⁷ Par exemple, dans le cas d'un accord de commercialisation sur un marché géographique spécifique, les autres marchés géographiques sur lesquels les parties à l'accord sont également actives, ou les marchés de fourniture d'intrants achetés conjointement pour la commercialisation des produits contractuels.

pencher la balance vers une collusion. À l'inverse, si l'accroissement est important, le risque d'une collusion peut être élevé même si le niveau initial de similarité des coûts est bas.

337. Le degré de probabilité d'une collusion est fonction du pouvoir de marché des parties et des caractéristiques du marché en cause. La similarité des coûts peut augmenter le risque d'une collusion uniquement si les parties disposent d'un pouvoir de marché et si les coûts de commercialisation constituent une proportion importante des coûts variables liés aux produits en cause. La similarité des coûts de commercialisation augmente le risque d'une collusion si l'accord de commercialisation concerne des produits qui supposent une commercialisation coûteuse, comme des coûts élevés de distribution ou de mise sur le marché. En conséquence, les accords qui se limitent à la publicité ou la promotion conjointe peuvent aussi avoir des effets restrictifs sur la concurrence si ces activités représentent une part importante des coûts variables du produit.
338. La mise en œuvre d'un accord de commercialisation en commun peut nécessiter l'échange d'informations commercialement sensibles, en particulier sur la stratégie de commercialisation et la fixation des prix. Lorsque l'accord de commercialisation lui-même ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, parce qu'il a des effets neutres ou positifs sur la concurrence, un échange d'informations accessoire à cet accord ne relève pas non plus sous le coup de cette interdiction²¹⁸. Ce sera le cas si l'échange d'informations est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de commercialisation et est proportionné aux objectifs de celui-ci²¹⁹. Lorsque l'échange d'informations va au-delà de ce qui est objectivement nécessaire pour mettre en œuvre l'accord de commercialisation, ou qu'il n'est pas proportionné aux objectifs dudit accord, l'échange d'informations doit être apprécié au moyen des orientations fournies au chapitre 6²²⁰. Si l'échange d'informations relève de l'article 101, paragraphe 1, il peut également remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.
- 5.2.3.2. Coopération ne soulevant généralement pas de problèmes
339. Comme déjà mentionné au point 335, les accords de commercialisation passés entre concurrents qui ne restreignent pas la concurrence par objet n'auront généralement des effets restrictifs sur la concurrence que si les parties disposent d'un certain pouvoir de marché. Dans la plupart des cas similaires, il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15 % dans le ou les marchés sur lesquels elles commercialisent conjointement les produits contractuels. En toute hypothèse, si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15 %, il est probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies.
340. Si la part de marché cumulée des parties est supérieure à 15 %, on ne saurait partir du principe que leur accord n'aura pas d'effets restrictifs et il est ainsi nécessaire d'évaluer l'incidence probable de l'accord de commercialisation en commun sur le ou les marchés en cause.

²¹⁸ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 89.

²¹⁹ Voir, également, section 1.2.6 concernant les restrictions accessoires.

²²⁰ Voir aussi le point 6.

5.3. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3

5.3.1. Gains d'efficience

341. Les accords de commercialisation peuvent entraîner des gains d'efficience significatifs. Les gains d'efficience à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier si un accord de commercialisation remplit les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, dépendront de la nature de la coopération et des parties à la coopération. La fixation des prix ne se justifie généralement pas, sauf si elle est indispensable à l'intégration d'autres fonctions de commercialisation, et si cette intégration engendre des gains d'efficience substantiels. La distribution conjointe peut donc générer des gains d'efficience importants, découlant d'économies d'échelle ou de gamme, en particulier pour les plus petits producteurs ou les groupes de détaillants indépendants, par exemple lorsqu'ils tirent parti de nouvelles plateformes de distribution afin de concurrencer les opérateurs plus importants. La distribution conjointe peut notamment être utilisée pour atteindre des objectifs environnementaux, qui peuvent constituer des gains d'efficience au sens de l'article 101, paragraphe 3, à condition qu'ils soient objectifs, concrets et vérifiables.²²¹ Les accords de commercialisation peuvent aussi concourir à la résilience du marché intérieur et générer des gains d'efficience profitant aux consommateurs en réduisant les dépendances et/ou en atténuant les pénuries et les perturbations dans les chaînes d'approvisionnement, par exemple lorsqu'ils permettent à une partie de pénétrer un marché sur lequel elle n'aurait pas pu pénétrer de manière indépendante.

342. Les gains d'efficience doivent résulter de l'intégration des activités économiques des parties. Les économies qui résultent uniquement de l'élimination des coûts inhérents à la concurrence ne peuvent pas être prises en considération. Par exemple, une réduction des coûts de transport résultant uniquement d'une répartition des clients, mais sans intégration des systèmes logistiques des parties, ne peut pas être considérée comme un gain d'efficience au sens de l'article 101, paragraphe 3.

343. Les gains d'efficience doivent être démontrés par les parties à l'accord. À cet égard, l'apport à la commercialisation conjointe par les parties de capitaux, de technologies ou d'autres actifs considérables, peut constituer un élément de preuve important. Les baisses de coût générées par la réduction des doubles emplois en matière de ressources et d'installations peuvent également être acceptées. En revanche, si la commercialisation conjointe se fait par l'intermédiaire d'un simple agent de vente en commun, sans qu'il n'y ait aucun investissement, elle risque de ne pas répondre aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

5.3.2. Caractère indispensable

344. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience générés par un accord de commercialisation ne rempliront pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3. La question du caractère indispensable est particulièrement importante dans le cas des accords qui concernent une fixation des prix ou un cloisonnement des marchés qui ne peuvent être considérés comme indispensables que dans des circonstances exceptionnelles.

²²¹ Voir notamment chapitre 9, paragraphe 559, sur les accords de durabilité.

5.3.3. *Répercussion sur les consommateurs*

345. Les gains d'efficacité réalisés au moyen de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs de manière à ce qu'ils l'emportent sur les effets restrictifs sur la concurrence causés par l'accord de commercialisation. Cette répercussion peut se traduire par une diminution des prix ou un accroissement de la qualité ou de la variété des produits. Toutefois, plus le pouvoir de marché des parties est élevé, moins il y a de chance que les gains d'efficacité se répercutent sur les consommateurs de manière à ce qu'ils l'emportent sur les effets restrictifs sur la concurrence. Si les parties ont une part de marché cumulée inférieure à 15 %, il est plus probable que tout gain d'efficacité généré par l'accord sera répercuté de manière satisfaisante sur les consommateurs.

5.3.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

346. Les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent être satisfaites si les parties se voient donner la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Le respect de cette condition doit être apprécié pour tous les marchés en cause, à savoir ceux auxquels appartiennent les produits faisant l'objet de la coopération et les éventuels marchés secondaires.

5.4. **Groupements de soumissionnaires**

347. Le terme «groupement de soumissionnaires» renvoie à une situation dans laquelle deux parties ou plus coopèrent en vue de soumettre une offre conjointe dans le cadre d'une mise en concurrence pour l'obtention de marchés publics ou privés²²².

348. Aux fins de la présente section, il convient de faire la distinction entre le groupement de soumissionnaires et la manipulation des procédures d'appel d'offres (ou soumission collusoire), à savoir les accords illicites passés entre des opérateurs économiques dans le but de fausser la concurrence dans le cadre des procédures d'attribution de marchés. Cette manipulation des procédures d'appel d'offres est l'une des restrictions de concurrence les plus graves, constituant une restriction par objet, et peut prendre diverses formes, telles que l'accord préalable sur le contenu de l'offre de chaque partie (notamment le prix) afin d'influencer l'issue de la procédure d'attribution de marchés, la non-soumission d'une offre, l'attribution du marché sur une base géographique, en fonction du pouvoir adjudicateur ou selon l'objet du marché, ou la mise en place de systèmes de rotation pour toute une série de procédures. L'objectif de toutes ces pratiques est de permettre à un soumissionnaire

²²²

La coopération en matière de soumission peut être mise en place soit par l'intermédiaire de la sous-traitance, lorsque le soumissionnaire officiel accepte, si le marché lui est attribué, de sous-traiter une partie des activités à une partie au moins, soit par l'intermédiaire d'un groupement, au sein duquel tous les partenaires participent conjointement à la procédure d'appel d'offres, généralement par le biais d'une entité juridique établie spécifiquement aux fins de cette procédure. Dans le cadre d'un marché public, la différence entre la sous-traitance et le groupement tient au fait que, pour la sous-traitance, le donneur d'ordre principal peut ne pas être obligé de divulguer dans l'immédiat les noms de ses sous-traitants, tandis que dans le cas d'un groupement, les noms des membres sont immédiatement communiqués au pouvoir adjudicateur. Du point de vue du droit de la concurrence, la sous-traitance et le groupement constituent tous deux une offre conjointe. Par souci de simplicité, le terme «groupement de soumissionnaires» sera employé dans la présente section au lieu d'«offre conjointe». En outre, il convient de distinguer les situations dans lesquelles i) la sous-traitance est convenue avant l'offre et ii) la sous-traitance est convenue et conclue après l'attribution du marché. En général, ce n'est que dans la première situation que la sous-traitance équivaut à une offre conjointe et, dans certains cas, à une forme de manipulation des procédures d'appel d'offres.

prédéterminé de remporter un marché tout en donnant l'impression que la procédure est réellement concurrentielle²²³. En vertu du droit de la concurrence, la manipulation des procédures d'appel d'offres est une forme d'entente consistant en la manipulation d'une procédure d'appel d'offres organisée dans le cadre de la passation d'un marché²²⁴.

349. La manipulation des procédures d'appel d'offres n'implique généralement pas une participation conjointe à la procédure d'appel d'offres. Typiquement, il s'agit d'un accord secret ou tacite entre les participants potentiels pour coordonner leurs décisions en apparence indépendantes concernant la participation à la procédure d'appel d'offres. Dans certaines situations cependant, la distinction entre la manipulation des procédures d'appel d'offres et les formes légitimes d'offre conjointe n'est pas claire, en particulier dans le cas de la sous-traitance. Par exemple, le fait que deux soumissionnaires se sous-traitent mutuellement une partie du marché peut être un indice de collusion, étant donné que de tels accords de sous-traitance permettent généralement aux parties de prendre connaissance de l'offre financière de l'autre, ce qui met en cause l'indépendance des parties dans la formulation de leurs propres offres. Toutefois, il n'existe pas de présomption générale selon laquelle la sous-traitance entre soumissionnaires participant à la même procédure constitue une collusion entre les entreprises concernées²²⁵.
350. Les accords relatifs à un groupement de soumissionnaires peuvent prévoir un degré significatif d'intégration des ressources et des activités par les parties aux fins de la participation à la procédure d'appel d'offres, en particulier lorsque des formes de production conjointe sont incluses dans les activités soumises à l'appel d'offres. Concernant les situations dans lesquelles une commercialisation conjointe est accessoire à l'intégration des activités de production des parties (production conjointe), le centre de gravité de l'accord réside dans les activités de production, et l'appréciation sous l'angle de la concurrence doit être menée en utilisant les règles et les orientations applicables aux accords de production conjointe. Dans de telles situations, la fixation des prix pour les produits ou services contractuels n'est généralement pas considérée comme une restriction par objet et une appréciation par effet sera nécessaire (voir point 223 relatif aux accords de production).
351. Néanmoins, en général, les accords relatifs à un groupement de soumissionnaires qui consistent, principalement ou exclusivement, en une commercialisation conjointe, doivent être considérés comme des accords de commercialisation et doivent donc être appréciés conformément aux principes énoncés dans le présent chapitre.
352. Un accord relatif à un groupement de soumissionnaires (quelle que soit sa qualification juridique) ne restreindra pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, s'il permet aux parties de participer à des projets auxquels elles ne pourraient normalement prendre part à titre individuel. Dans ce cas, les parties à l'accord relatif à un groupement de soumissionnaires ne sont ni des concurrents existants ni des concurrents potentiels pour la mise en œuvre du projet. Cela peut être le cas lorsque les parties à un accord relatif à un groupement de soumissionnaires

²²³ *Communication de la Commission sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif* (JO C 91 du 18.3.2021, p. 1).

²²⁴ Arrêt du 14 janvier 2021, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, C-450/19, EU:C:2021:10, point 35.

²²⁵ *Communication de la Commission sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif*, section 5.6.

fournissent des services différents qui sont complémentaires aux fins de la participation à la procédure d'appel d'offres. Cela peut également être le cas lorsque les parties à un accord relatif à un groupement de soumissionnaires, bien qu'opérant toutes sur le ou les mêmes marchés, ne peuvent mener à bien le projet à elles seules, par exemple en raison de l'ampleur ou de la complexité du projet.

353. L'étude de la question de savoir si les parties sont en mesure de participer individuellement à une procédure d'appel d'offres, et si elles sont donc concurrentes, dépend en premier lieu des exigences énoncées dans les règles de l'appel d'offres. Pour autant, la possibilité purement théorique pour une partie d'exercer à elle seule l'activité contractuelle ne rend pas automatiquement les parties concurrentes: il est nécessaire de procéder à une appréciation pour déterminer si chaque partie est raisonnablement en mesure d'exécuter le marché seule, en tenant compte des circonstances précises de l'espèce, telles que la taille et les compétences de l'entreprise, le niveau de risque financier induit par le projet ainsi que le niveau d'investissement qu'exige le projet, ou encore les capacités actuelles et futures de l'entreprise appréciées à la lumière des exigences contractuelles.²²⁶
354. Lorsque les procédures d'appel d'offres prévoient la possibilité de soumettre des offres pour certaines parties du marché (lots), les entreprises qui ont la capacité de soumissionner pour un ou plusieurs lots (mais éventuellement pas pour l'ensemble du marché) doivent être considérées comme des concurrents et l'article 101, paragraphe 1, est en principe applicable. Dans ce type de situation, les entreprises justifient souvent leur coopération à l'accord relatif à un groupement de soumissionnaires par le fait qu'elle leur permet de soumissionner pour l'ensemble du marché et donc d'offrir un rabais cumulé pour l'ensemble du marché. Toutefois, cela n'enlève rien au fait que les parties sont concurrentes sur au moins une partie de la procédure d'appel d'offres, et l'article 101, paragraphe 1, est par conséquent applicable. Tout gain d'efficacité revendiqué au titre de l'offre conjointe pour l'ensemble du marché doit être apprécié conformément aux conditions de l'article 101, paragraphe 3.
355. S'il est impossible d'exclure que les parties à l'accord de groupement de soumissionnaires pourraient chacune participer individuellement à la procédure d'appel d'offres (ou si l'accord de groupement de soumissionnaires englobe plus de parties que nécessaire), il est possible que l'offre conjointe restreigne la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Cela peut être le cas même si une seule des parties à l'accord est capable de soumissionner individuellement.
356. En général, lorsque l'article 101, paragraphe 1, est applicable à l'offre conjointe, il est nécessaire d'effectuer une appréciation individuelle de l'accord de groupement de soumissionnaires, en tenant compte de tous les facteurs pertinents, tels que la position des parties sur le marché en cause, le nombre d'autres participants probables à la procédure d'appel d'offres et la position sur le marché de ces derniers, le contenu de l'accord de groupement de soumissionnaires, les produits ou services concernés et les conditions du marché.
357. Il peut s'agir d'une restriction par objet ou par effet, en fonction du contenu de l'accord et des circonstances particulières en l'espèce. En général et pour les

²²⁶ Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) Ltd e.a./Competition and Markets Authority, C-307/18, EU:C:2020:52, point 39.

groupements de soumissionnaires qui doivent être considérés comme des accords de commercialisation, les observations faites aux points 328 à 340 sont applicables. En outre:

- (a) lorsque deux parties (ou plus) sont en mesure de soumissionner individuellement et qu'il n'y a pas de degré significatif d'intégration des ressources et des activités des parties, une offre conjointe constituerait en principe une restriction par objet, parce qu'elle implique la fixation des prix entre concurrents et que cette disposition ne semble pas accessoire à une véritable coopération entre les parties;
- (b) Dans le cas d'accords de groupement de soumissionnaires englobant plus de parties que nécessaire, s'il n'y a qu'une seule partie qui serait en mesure de soumissionner individuellement, en principe, le simple fait qu'il y ait plus de parties que nécessaire peut ne pas suffire en soi pour conclure à une restriction par objet, car il se peut que les parties ne soient pas des concurrents réels ou potentiels. Toutefois, d'autres raisons peuvent expliquer qu'un tel accord de groupement de soumissionnaires soit considéré comme une restriction par objet, par exemple si une partie qui aurait pu faire une offre individuelle conclut un accord d'offre conjointe avec une ou plusieurs autres parties dans le but spécifique de devancer une offre conjointe concurrente de ces autres parties, et ce même conjointement avec un tiers;
- (c) en ce qui concerne les effets anticoncurrentiels et en l'absence de restriction par objet, la question de savoir si ces types d'offres conjointes peuvent restreindre la concurrence dépend d'une appréciation spécifique, entre autres, de la façon dont la concurrence se déroulerait de la manière la plus réaliste en l'absence de l'accord de groupement de soumissionnaires en question;
- (d) seules les informations strictement nécessaires à la formulation de l'offre et à l'exécution du marché doivent être partagées entre les membres du groupement. En outre, la diffusion des informations doit être limitée au personnel concerné selon le principe du «besoin d'en connaître».

358. En toute hypothèse, un accord de groupement de soumissionnaires entre concurrents auquel l'article 101, paragraphe 1, s'applique, peut satisfaire aux conditions formulées à l'article 101, paragraphe 3. Les gains d'efficacité potentiels peuvent prendre la forme de prix plus faibles, mais également d'une meilleure qualité, d'un plus grand choix ou d'une fabrication/fourniture plus rapide des produits ou des services couverts par l'appel d'offres. Qui plus est, les autres conditions exposées à l'article 101, paragraphe 3, doivent être remplies (caractère indispensable, répercussion sur les consommateurs et absence d'élimination de la concurrence). Dans le cadre des procédures d'appel d'offres, les conditions qui suivent sont souvent liées: les gains d'efficacité d'une offre conjointe présentée par l'intermédiaire d'un accord de groupement de soumissionnaires se répercutent plus facilement sur les consommateurs (sous la forme de prix réduits ou d'une meilleure qualité de l'offre) à la condition que la concurrence pour l'attribution du marché ne soit pas éliminée et que d'autres concurrents effectifs prennent part à la procédure d'appel d'offres.

359. En substance, les conditions de l'article 101, paragraphe 3, peuvent être satisfaites si l'offre conjointe permet aux parties de soumettre une offre plus compétitive que les offres qu'elles auraient pu soumettre seules (en ce qui concerne les prix et/ou la qualité) et si les avantages en faveur de l'entité adjudicatrice et des consommateurs

finals l'emportent sur les restrictions de la concurrence. Les gains d'efficience doivent être répercutés sur les consommateurs et ne satisferont pas aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, s'ils ne confèrent un avantage qu'aux parties à l'accord de groupement de soumissionnaires.

5.5. Exemples

360. Commercialisation conjointe nécessaire à l'entrée sur un marché

Exemple 1

Situation: Quatre entreprises proposant des services de blanchisserie dans une grande ville proche de la frontière avec un autre État membre, chacune détenant 3 % du marché global de la blanchisserie au sein de cette même ville, conviennent de créer une branche de commercialisation commune afin de vendre des services de blanchisserie à des clients institutionnels (hôtels, hôpitaux et bureaux), tout en conservant leur indépendance et la liberté de se faire concurrence au niveau des clients locaux individuels. Pour cibler le nouveau segment de demande (les clients institutionnels), elles élaborent une marque commune, un prix commun et des conditions générales communes, prévoyant notamment des livraisons programmées et un délai maximal de livraison de 24 heures. Elles mettent en place un centre d'appels commun où les clients institutionnels peuvent demander le service de collecte et/ou de livraison. Elles embauchent un(e) réceptionniste (pour le centre d'appels) et plusieurs chauffeurs. Elles investissent également dans des fourgonnettes pour les livraisons et dans la promotion de la marque, afin d'accroître leur visibilité. Si l'accord n'élimine pas entièrement les coûts d'infrastructure individuels (étant donné que les sociétés conservent leurs locaux et restent concurrentes sur le marché des clients locaux), il augmente toutefois les économies d'échelle et permet aux sociétés d'offrir un service plus complet à une nouvelle catégorie de clients, ce qui requiert des horaires d'ouverture plus étendus et une couverture géographique plus vaste. Pour garantir la viabilité du projet, il est indispensable que les quatre entreprises participent à l'accord. Le marché est très fragmenté, aucun des concurrents individuels ne disposant d'une part de marché supérieure à 15 %.

Analyse: Bien que la part de marché commune des parties soit inférieure à 15 %, le fait que l'accord prévoie une fixation des prix signifie que, en principe, l'article 101, paragraphe 1, s'applique. Étant donné que les parties opèrent dans une grande ville proche de la frontière d'un autre État membre, on suppose que le commerce entre les États membres sera affecté. Toutefois, les parties n'auraient pu être en mesure de fournir des services de blanchisserie aux clients institutionnels, que ce soit à titre individuel ou dans le cadre d'une coopération entre moins de parties que les quatre qui participent à l'accord. Étant donné que la restriction en matière de fixation des prix peut être considérée comme indispensable pour la promotion de la marque commune et la réussite du projet, cette restriction semble être accessoire par rapport à l'objectif principal de l'accord, qui n'est pas anticoncurrentiel, et ne poserait, dans l'ensemble, aucun problème de concurrence.

361. Accord de commercialisation impliquant plus de parties que nécessaires à l'entrée sur un marché

Exemple 2

Situation: Les faits sont identiques à ceux décrits dans l'exemple 1 au point 360, avec une différence de taille: pour garantir la viabilité du projet, l'accord aurait pu être mis en œuvre par trois parties uniquement (au lieu des quatre qui participent effectivement à la coopération).

Analyse: Bien que la part de marché commune des parties soit inférieure à 15 %, l'article 101, paragraphe 1, s'applique pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus dans le cadre de l'exemple 1. L'accord aurait pu être mis en œuvre par moins de quatre parties. Toutefois, comme aucune des parties n'aurait pu mettre en œuvre le projet seule, le fait qu'il y ait plus de parties que nécessaire pourrait ne pas suffire pour conclure à une restriction par objet, à moins que l'accord ne vise à devancer une initiative concurrente impliquant l'une des parties. En ce qui concerne les éventuels effets restrictifs, une analyse contrefactuelle est nécessaire. En tout état de cause, l'accord peut être apprécié à la lumière de l'article 101, paragraphe 3. Il engendre des gains d'efficacité étant donné que les parties sont maintenant en mesure d'offrir des services de meilleure qualité à une nouvelle catégorie de clients sur une plus large échelle (ce qu'elles n'auraient pu faire à titre individuel). Étant donné que la part de marché cumulée des parties est inférieure à 15 %, il est probable qu'elles répercuteront suffisamment les gains d'efficacité sur les consommateurs. Il est également nécessaire d'examiner si les restrictions imposées par l'accord sont indispensables pour réaliser les gains d'efficacité et si l'accord élimine la concurrence. Étant donné que l'accord a pour but d'offrir un service plus complet (y compris la livraison, qui n'était pas proposée avant) à une catégorie supplémentaire de clients, sous une marque unique et avec des conditions générales communes, la fixation des prix peut être jugée indispensable pour promouvoir la marque commune et, par conséquent, la réussite du projet et les gains d'efficacité qui en résultent. En outre, compte tenu de la fragmentation du marché, l'accord n'éliminera pas la concurrence. Le fait qu'il y ait quatre parties à l'accord (au lieu des trois qui auraient été strictement nécessaires) génère une capacité accrue et contribue à satisfaire simultanément la demande de plusieurs clients institutionnels conformément aux conditions générales (respect des délais de livraison maximaux). En tant que tels, les gains d'efficacité compenseront probablement les effets restrictifs induits par la réduction de la concurrence entre les parties et l'accord respectera vraisemblablement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3.

362. Vente en ligne groupée

Exemple 3

Situation: Plusieurs petits magasins spécialisés à travers un État membre créent une infrastructure électronique en ligne pour la promotion, la vente et la livraison de cadeaux sous la forme de paniers de fruits. Il existe de nombreux sites de vente en ligne concurrents, dont les parts de marché sont comparables et limitées. Les magasins spécialisés participants partagent les coûts d'exploitation du site de vente en ligne et investissent conjointement dans la promotion de la marque. Sur le site de vente en ligne, qui propose de nombreux types de paniers cadeaux différents, les clients commandent (et paient) le type de panier cadeau qu'ils souhaitent se faire livrer ou qu'ils viendront retirer dans le magasin. La commande est alors assignée au

magasin spécialisé choisi par le client ou, en l'absence de choix, au magasin situé le plus près de l'adresse de livraison, ou le plus pratique pour le client pour retirer sa commande. Chaque magasin spécialisé assume seul les frais de composition du panier et de livraison au client ou de sa mise à disposition dans le magasin. Le magasin perçoit 90 % du prix final, qui est fixé par l'infrastructure en ligne et qui s'applique uniformément à l'ensemble des magasins spécialisés participants, tandis que les 10 % restants sont consacrés à la promotion commune et aux coûts d'exploitation du site de vente en ligne. Mis à part le paiement de la redevance, il n'y a aucune autre restriction imposée sur le territoire national aux magasins spécialisés qui souhaitent adhérer à l'infrastructure en ligne. En outre, les magasins spécialisés qui possèdent leur propre site web ont aussi la possibilité de vendre (et, dans certains cas, vendent) des paniers de fruits cadeaux sur internet sous leur propre nom et peuvent donc se livrer concurrence en dehors du cadre de coopération. Les clients qui effectuent des achats via le site de vente en ligne sont assurés de recevoir ou de retirer au magasin les paniers de fruits le jour même, et peuvent déterminer l'heure de réception ou de retrait qui leur convient.

Analyse: En supposant que les magasins spécialisés soient des concurrents, l'article 101, paragraphe 1, s'applique et, étant donné que l'accord implique une fixation des prix, il est susceptible de restreindre la concurrence par objet. L'accord doit donc être apprécié à la lumière de l'article 101, paragraphe 3. Les magasins spécialisés qui participent à la coopération sont tous de petites boutiques et il est entendu qu'ils ne seraient pas en mesure de concurrencer d'autres sites de vente en ligne au niveau national. L'accord donnerait ainsi lieu à des gains d'efficacité, tels qu'un choix élargi, un service de meilleure qualité et une diminution des coûts d'étude de marché, qui profitent aux consommateurs et sont de nature à l'emporter sur les effets restrictifs sur la concurrence découlant de l'accord. Étant donné que les magasins spécialisés prenant part à la coopération peuvent continuer à vendre indépendamment et se livrer concurrence, tant par l'intermédiaire de leurs magasins physiques que via l'internet, la restriction en matière de fixation des prix limitée au site de vente en ligne pourrait être considérée comme indispensable pour la promotion du produit (étant donné qu'en achetant sur le site de vente en ligne, les consommateurs ne veulent pas avoir à étudier une multitude de prix différents) et les gains d'efficacité qui en découlent. En l'absence d'autres restrictions, l'accord satisfait aux conditions de l'article 101, paragraphe 3. En outre, comme il existe d'autres importants sites de vente en ligne concurrents et que les parties continuent de se livrer concurrence, par l'intermédiaire de leurs magasins physiques spécialisés ou de l'internet, la concurrence ne sera pas éliminée.

363. Entreprise commune de vente

Exemple 4

Situation: Les entreprises A et B, situées dans deux États membres différents, produisent des pneus pour vélos. Elles disposent d'une part de marché cumulée de 14 % sur le marché des pneus pour vélos de l'Union. Elles décident de créer une entreprise commune de vente (non de plein exercice) chargée de commercialiser les pneus auprès des fabricants de vélos et elles acceptent de vendre l'ensemble de leur production par l'intermédiaire de l'entreprise commune. Chaque société garde ses propres infrastructures de production et de transport. Les parties prétendent tirer des gains d'efficacité considérables résultant de l'accord. De tels gains portent surtout sur des économies d'échelle accrues, sur la capacité de satisfaire les demandes des

clients existants et des nouveaux clients potentiels et sur une plus grande compétitivité face aux pneus importés produits dans des pays tiers. L'entreprise commune négocie les prix et assigne les commandes à l'usine de production la plus proche afin de rationaliser les coûts de transport lors de la livraison au client.

Analyse: Même si la part de marché cumulée des parties est inférieure à 15 %, l'accord relève de l'article 101, paragraphe 1. Il restreint la concurrence par objet étant donné qu'il prévoit une répartition des clients et la fixation des prix par l'entreprise commune. Les gains d'efficacité prétendus découlant de l'accord ne résultent pas de l'intégration d'activités économiques ou d'investissements communs. L'entreprise commune aurait un rayon d'action très limité et servirait uniquement d'interface pour l'assignation des commandes aux usines de production. Il est donc peu probable que des gains d'efficacité soient répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence induits par l'accord. En conséquence, les conditions de l'article 101, paragraphe 3, ne seraient pas remplies.

364. Plateforme de distribution de médias

Exemple 5

Situation: Le télédiffuseur A et le télédiffuseur B, opérant tous deux en majeure partie sur le marché de la télédiffusion en clair au sein d'un État membre, forment une entreprise commune en vue du lancement d'une plateforme de vidéo à la demande en ligne sur le même marché national, sur laquelle les consommateurs peuvent, moyennant un paiement, visionner des films ou des séries produites par chacun des télédiffuseurs ou par des tiers ayant accordé à l'un des deux télédiffuseurs les droits audiovisuels associés. Le groupe du télédiffuseur A détient une part d'environ 25 % sur le marché de la télédiffusion en clair, et le télédiffuseur B détient une part de marché d'environ 15 %. Il existe deux autres grands télédiffuseurs dont les parts de marché sont comprises entre 10 et 15 % ainsi qu'une série de télédiffuseurs mineurs. Le marché national de la vidéo à la demande sur lequel l'entreprise commune sera principalement active est un marché récent, dont on s'attend généralement à ce qu'il connaisse une croissance significative. Le prix de visionnage des vidéos sera arrêté de manière centralisée par l'entreprise commune, qui harmonisera par ailleurs les prix pour l'acquisition de licences de vidéo à la demande sur le marché en amont.

Analyse: Compte tenu de leur part du marché national de la télédiffusion et de leur important portefeuille de droits audiovisuels, A et B pourraient lancer une plateforme de vidéo à la demande de façon indépendante. Dès lors, les deux télédiffuseurs sont des concurrents potentiels sur le marché grand public naissant de la vidéo à la demande. Étant donné que l'accord restreint l'incitation des parties à entrer sur le marché de manière indépendante, l'article 101, paragraphe 1, s'applique. En outre, l'accord élimine la concurrence par les prix entre les deux télédiffuseurs et prévoit une coordination des prix pour la vidéo à la demande. Par conséquent, l'accord constitue, en principe, une restriction de la concurrence par objet. En ce qui concerne l'application de l'article 101, paragraphe 3, les avantages conférés par une gamme accrue d'offre de vidéo à la demande et par la navigation simplifiée à travers le contenu ne semblent pas l'emporter sur les effets négatifs pour la concurrence, ce qui sera appréciable, compte tenu des activités et de la position sur le marché des entreprises concernées. En outre, les restrictions ne paraissent pas nécessaires pour réaliser les gains d'efficacité mentionnés, car ces derniers auraient tout aussi bien pu

être obtenus avec une plateforme ouverte et une coopération d'ordre purement technique. En conclusion, l'accord ne semble pas remplir les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3.

365. Groupements de soumissionnaires

Exemple 6

Situation: Les entreprises A et B sont des fournisseurs concurrents de produits médicaux spécialisés pour les hôpitaux. Elles décident de conclure un accord de groupement de soumissionnaires afin de présenter des offres conjointes dans le cadre d'une série d'appels d'offres organisés par le système de santé national dans un État membre, portant sur la fourniture d'un ensemble de dérivés plasmatiques aux hôpitaux publics. Le critère pour l'adjudication des marchés est l'offre économiquement la plus avantageuse, en tenant compte de l'équilibre entre le prix et la qualité. Plus particulièrement, des points complémentaires sont attribués si l'offre comprend un ensemble de produits en option. Les deux entreprises, A et B, pourraient participer individuellement aux appels d'offres, sur la base des exigences prévues dans les règles de l'appel d'offres. Dans les faits, les deux entreprises ont déjà participé individuellement à l'un des appels d'offres en question, remporté par un autre participant, car les offres individuelles de A et B étaient inférieures en matière de prix et de qualité, en raison surtout du fait que leur offre de produits en option était limitée. Habituellement, au moins deux autres participants prennent part aux procédures d'appel d'offres en cause.

Analyse: Puisque l'entreprise A et l'entreprise B pourraient chacune concourir aux appels d'offres, leur participation conjointe est susceptible de restreindre la concurrence et l'article 101, paragraphe 1, s'applique. L'accord doit donc être apprécié à la lumière de l'article 101, paragraphe 3. En partant de l'issue de la procédure d'appel d'offres antérieure, pour laquelle les parties ont soumissionné séparément, il apparaît qu'une offre conjointe serait plus compétitive que deux offres individuelles, sur le plan des prix et de la gamme de produits proposés, en particulier les produits en option, ce qui est particulièrement important pour l'autorité chargée de l'appel d'offres. L'accord de groupement de soumissionnaires apparaît indispensable aux parties en cause pour soumettre une offre réellement compétitive par rapport à celles présentées par les autres participants dans le cadre des procédures d'appel d'offres. Il est entendu que les parties devraient être en mesure de démontrer que l'offre conjointe crée un degré significatif de synergies susceptibles de conduire à des gains d'efficacité (sous la forme de prix plus bas et d'une qualité accrue) conduisant à leur tour à une offre plus compétitive. La mise en concurrence lors de la procédure d'appel d'offres n'est pas éliminée puisqu'au moins deux autres concurrents appropriés sont en mesure de participer indépendamment à la procédure d'appel d'offres. Cela implique que les gains d'efficacité découlant de l'offre conjointe pourraient profiter à l'autorité adjudicatrice et, en définitive, aux consommateurs. En conséquence, l'accord semble remplir les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3.

6. ÉCHANGE D'INFORMATIONS

6.1. Introduction

366. Le présent chapitre fournit des orientations sur l'appréciation au regard de la concurrence des échanges d'informations²²⁷. Ces échanges peuvent prendre diverses formes et survenir dans différents contextes.
367. Aux fins du présent chapitre, l'échange d'informations comprend l'échange i) de contenus numériques bruts et non organisés qui peuvent nécessiter un traitement pour les rendre exploitables (données brutes); ii) de données prétraitées qui ont déjà été préparées et validées; iii) de données ayant été manipulées de manière à produire des informations utiles, quelle que soit leur forme, ainsi que iv) de tout autre type d'informations, y compris des informations non numériques. Il inclut le partage d'informations physiques de même que le partage de données numériques entre concurrents existants ou potentiels²²⁸. Dans le présent chapitre, le terme «information» couvre tous les types de données et d'informations mentionnés dans les points i) à iv).
368. Les informations peuvent être directement échangées entre les concurrents (sous la forme d'une communication unilatérale ou dans le cadre d'un échange bilatéral ou multilatéral), ou indirectement par ou à travers un tiers (tel qu'un prestataire de services, une plateforme, un outil ou un algorithme en ligne), via une agence commune (comme, par exemple, un groupement professionnel), via un bureau d'études de marché, via des fournisseurs ou des clients des parties à l'échange, ou via un site web ou un communiqué de presse. L'échange peut avoir lieu entre des entreprises qui se font concurrence sous la même marque (concurrence intramarque) ou entre des entreprises qui se font concurrence sous des marques différentes (concurrence intermarques). Le présent chapitre s'applique aux formes directes et indirectes d'échanges d'informations et aux échanges d'informations entre concurrents intra et intermarques.
369. Les échanges d'informations peuvent se produire dans le cadre d'un autre type d'accord de coopération horizontale, par exemple un accord d'achat groupé, de production conjointe ou de commercialisation en commun. Lorsque l'accord de coopération lui-même ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, parce qu'il a des effets neutres ou positifs sur la concurrence, un échange d'informations accessoire à cet accord ne relève pas non plus de cette interdiction. Ce sera le cas si l'échange d'informations est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de coopération et est proportionné aux objectifs de

²²⁷ Dans la mesure où les informations échangées constituent en tout ou en partie des données à caractère personnel, les présentes lignes directrices sont sans préjudice du droit de l'Union relatif à la protection des données, en particulier le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1). Aucune disposition exposée dans les présentes lignes directrices ne saurait être appliquée ou interprétée de sorte à réduire ou limiter le droit à la protection des données à caractère personnel.

²²⁸ Le terme «partage de données» est employé pour décrire l'ensemble des formes et modèles possibles d'accès aux données et le transfert de ces dernières entre les entreprises. Cela englobe les interconnexions de données, lorsque les détenteurs de données se rassemblent pour partager leurs données.

celui-ci (voir également section 1.2.6)²²⁹. Lorsque l'échange d'informations va au-delà de ce qui est objectivement nécessaire pour mettre en œuvre l'accord de coopération, ou qu'il n'est pas proportionné aux objectifs dudit accord, l'échange d'informations doit être apprécié au moyen des orientations fournies dans ce chapitre²³⁰. Lorsque l'échange d'informations lui-même constitue l'objet principal de la coopération, les orientations fournies dans le présent chapitre prévalent pour déterminer si la coopération restreint la concurrence ou non. Si l'échange d'informations relève de l'article 101, paragraphe 1, il peut également remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

370. L'échange d'informations dans le cadre d'un accord vertical, lorsque des informations sont échangées entre un fournisseur et un acheteur, peut bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement d'exemption applicable aux accords verticaux²³¹. Ce sera le cas si les informations échangées sont directement liées à la mise en œuvre de l'accord vertical entre ces parties et nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels.
371. Les informations peuvent également s'échanger dans le cadre d'un processus d'acquisition. Dans de tels cas, en fonction des circonstances, l'échange peut être soumis aux règles établies par le règlement sur les concentrations²³². Tout comportement limitant la concurrence qui n'est ni directement lié ni nécessaire à la mise en œuvre de l'obtention du contrôle reste assujéti à l'article 101. Cette appréciation doit être effectuée tout au long du processus d'acquisition, car ce qui est directement lié et nécessaire à la mise en œuvre de l'acquisition peut dépendre du stade auquel se trouve le processus en la matière.
372. Les échanges d'informations peuvent aussi avoir lieu dans le cadre d'initiatives réglementaires. Lorsque les entreprises sont incitées par des dispositions législatives ou par les pouvoirs publics à partager des informations avec d'autres entreprises, ou lorsqu'elles sont libres de décider des informations à partager avec d'autres entreprises, l'article 101 continue de s'appliquer. En pratique, cela signifie que les entreprises soumises aux exigences réglementaires ne doivent pas se servir de ces

²²⁹ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 89.

²³⁰ Voir aussi le point 6.

²³¹ Voir article 2, paragraphes 1 et 5, du règlement (UE) 2022/720 du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 134 du 11.5.2022, p. 4). Pour une liste non exhaustive d'exemples d'informations qui peuvent, en fonction des circonstances particulières, être directement liées à la mise en œuvre d'un accord vertical et nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels, se référer au point 99 de la communication de la Commission relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 248 du 30.6.2022, p. 1). Lorsque des parties à un accord vertical qui remplit les conditions de l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), du règlement (UE) 2022/720 échangent des informations qui ne sont pas directement liées à la mise en œuvre de leur accord vertical ou qui ne sont pas nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des produits ou services contractuels, ou qui ne remplissent aucune de ces deux conditions, l'échange d'informations doit être apprécié individuellement au regard de l'article 101 du traité et avec l'aide des lignes directrices.

²³² Article 4, paragraphe 1, et article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le «règlement CE sur les concentrations») (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1). Voir également la communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (JO C 56 du 5.3.2005, p. 24). Voir également arrêt du 22 septembre 2021, Altice Europe/Commission, T-425/18, EU:T:2021:607, point 239.

dernières pour contrevenir à l'article 101. Les parties devraient limiter l'étendue des échanges d'informations à ce qui est requis par le règlement applicable et il se peut qu'elles aient à prendre des mesures de précaution si des informations commercialement sensibles sont échangées.

Un règlement de l'Union peut, par exemple, prévoir la possibilité pour les entreprises de partager des informations de manière à prévenir ou réduire le besoin de recourir à l'expérimentation animale ou à économiser sur les coûts de la recherche. Ces échanges sont soumis à l'application de l'article 101. Les entreprises participant aux échanges prévus par ce règlement ne doivent donc pas partager d'informations commercialement sensibles qui révèlent leur stratégie commerciale ni d'informations techniques qui vont au-delà des exigences du règlement. Les entreprises peuvent être en mesure de réduire la fréquence des échanges afin de rendre les informations moins sensibles sur le plan commercial. Dès que cela est possible, il y a lieu de recourir à des informations agrégées ou à des ensembles d'informations pour éviter l'échange de données granulaires ou de données pouvant être attribuées à des entreprises individuelles. Les entreprises peuvent également envisager de faire appel à un prestataire de services tiers indépendant (un «mandataire»), qui collectera les informations auprès de plusieurs sources sur la base d'accords de confidentialité, puis rassemblera, vérifiera et agrégera les données pour créer un ensemble de données composite à partager avec les participants, dans lequel il n'est pas possible d'attribuer des données identifiables à des entreprises individuelles.

6.2. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1

6.2.1. Introduction

373. L'échange d'informations constitue une caractéristique commune de nombreux marchés concurrentiels et peut générer divers types de gains d'efficacité. Il peut résoudre les problèmes d'asymétrie de l'information²³³, rendant ainsi les marchés plus efficaces. Au cours des dernières années, le partage de données est devenu de plus en plus important pour permettre une prise de décision éclairée, par exemple grâce à l'utilisation de l'analyse des mégadonnées et des techniques d'apprentissage machine²³⁴. De plus, les entreprises peuvent être en mesure d'améliorer leur efficacité interne en comparant leurs meilleures pratiques respectives. L'échange d'informations peut également leur permettre de réaliser des économies de coûts en réduisant, par exemple, leurs stocks, et en leur donnant la possibilité d'acheminer plus rapidement les produits périssables vers les consommateurs. L'échange d'informations peut habiliter les sociétés à élaborer des produits ou des services nouveaux ou de meilleure qualité, ou à former des algorithmes sur une base plus large et plus pertinente. Les échanges d'informations peuvent également bénéficier directement aux consommateurs, en réduisant leurs coûts de recherche et en améliorant le choix.
374. Le principe majeur de la concurrence est que chaque entreprise détermine indépendamment son comportement économique sur le marché en cause. Ce principe n'empêche pas les entreprises de s'adapter intelligemment au comportement présent

²³³ La théorie économique sur l'asymétrie de l'information traite de l'étude de décisions dans des situations où une partie a plus d'informations que l'autre.

²³⁴ La stratégie européenne pour les données encourage elle aussi le partage de données.

ou anticipé de leurs concurrents ou aux conditions usuelles existantes sur le marché. Toutefois, il s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte entre entreprises de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à révéler à un tel concurrent le comportement qu'une entreprise a décidé, ou qu'elle envisage, de tenir elle-même sur le marché, lorsque ces prises de contact ont pour objet ou pour effet d'engendrer des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché en cause²³⁵.

375. Comme le formule le point 14, un échange d'informations ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, que s'il établit un accord entre entreprises, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises ou s'inscrit dans le cadre d'un tel accord, d'une telle pratique concertée ou d'une telle décision d'association d'entreprises. La notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments²³⁶. Si un échange d'informations commercialement sensibles entre concurrents a lieu en vue de préparer un accord anticoncurrentiel, cela suffit à prouver l'existence d'une pratique concertée au sens de l'article 101, paragraphe 1. À cet égard, il n'est pas nécessaire de démontrer que ces concurrents se sont formellement engagés à adopter tel ou tel comportement ou qu'ils ont fixé en commun leur comportement futur sur le marché, ou que les concurrents avaient un intérêt commercial dans l'échange²³⁷. Par ailleurs, en vue d'établir la relation de cause à effet susmentionnée, il existe une présomption réfragable que les entreprises qui prennent part à une pratique concertée et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché²³⁸.
376. Le présent chapitre est structuré de la manière suivante: La section 6.2.2 présente les deux principaux problèmes de concurrence liés à l'échange d'informations. La section 6.2.3 fournit des orientations au sujet de la pertinence de la nature des informations échangées aux fins de l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1. La section 6.2.4 fournit des orientations au sujet de la pertinence des caractéristiques de l'échange. La section 6.2.5 fournit des orientations au sujet de la pertinence des caractéristiques du marché. La section 6.2.6 couvre les échanges d'informations qui restreignent la concurrence par objet et la section 6.2.7 couvre les échanges qui restreignent la concurrence par effet. La section 6.3 fournit des orientations au sujet de l'application de l'article 101, paragraphe 3, à l'échange d'informations, et le chapitre se termine par un certain nombre d'exemples, un organigramme avec des étapes d'auto-évaluation et un tableau présentant différents scénarios d'échange d'informations à la section 6.4.

²³⁵ Arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, EU:C:2016:42, point 27, et arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, points 32 et 33.

²³⁶ Arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, EU:C:2016:42, points 39 et 40; arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 126

²³⁷ Arrêt du 26 janvier 2017, *Duravit e.a./Commission*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, point 135, et arrêt du 12 janvier 2023, *HSBC Holdings e.a./Commission*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, point 123.

²³⁸ Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP e.a./Commission*, T-180/15, EU:T:2017:795, point 57; arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 51; arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 127 et arrêt du 8 juillet 1999, *Hüls/Commission*, C-199/92 P, EU:C:1999:358, points 161 à 163.

6.2.2. Principaux problèmes de concurrence découlant de l'échange d'informations commercialement sensibles²³⁹

6.2.2.1. Collusion

377. En améliorant artificiellement la transparence entre les concurrents du marché, l'échange d'informations commercialement sensibles peut faciliter la coordination du comportement des entreprises et avoir des effets restrictifs sur la concurrence²⁴⁰. Premièrement, les échanges d'informations sont susceptibles de faciliter la collusion s'ils permettent à une entreprise de signaler à ses concurrents, par tout moyen, le comportement qu'elle jugerait souhaitable qu'ils adoptent, ou le comportement que l'entreprise elle-même adopterait en réaction au comportement de ces mêmes concurrents²⁴¹.
378. Deuxièmement, l'échange d'informations commercialement sensibles en lui-même peut permettre aux entreprises de s'entendre sur les modalités de la coordination, ce qui peut conduire à une collusion sur le marché. L'échange peut engendrer des attentes cohérentes de part et d'autre quant aux incertitudes existant sur le marché. Sur cette base, les entreprises peuvent alors parvenir à s'entendre sur leur comportement sur le marché, même sans accord explicite sur cette coordination²⁴².
379. Troisièmement, l'échange d'informations commercialement sensibles peut servir de moyen pour accroître la stabilité interne d'un accord anticoncurrentiel ou d'une pratique concertée. Les échanges d'informations peuvent rendre le marché suffisamment transparent pour permettre aux entreprises parties à une collusion de contrôler si d'autres entreprises s'écartent de la collusion et, partant, de savoir quand elles doivent appliquer des mesures de représailles et à l'encontre de qui. Les échanges de données actuelles et passées peuvent être utilisés pour ce contrôle. Ils peuvent soit permettre aux entreprises d'aboutir à une collusion sur les marchés où elles n'auraient autrement pas été en mesure de le faire, soit accroître la stabilité d'une collusion existant déjà sur le marché.

Par exemple, les algorithmes peuvent générer des gains d'efficacité. Ils peuvent réduire les coûts et les barrières à l'entrée. Les entreprises peuvent, par exemple, utiliser des algorithmes de manière indépendante pour surveiller les prix des concurrents et pour déterminer leur propre fixation des prix. Toutefois, les

²³⁹ L'utilisation des termes «principaux problèmes de concurrence» signifie que la description des problèmes de concurrence qui suit n'est ni exclusive, ni exhaustive.

²⁴⁰ Cela s'applique en particulier lorsque l'échange constitue le support d'un autre mécanisme anticoncurrentiel. Voir: arrêt du 26 janvier 2017, Duravit e.a./Commission, C-609/13 P, EU:C:2017:46, point 134; arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 281.

²⁴¹ L'échange d'informations peut donc faciliter la collusion en contribuant à ce que les entreprises s'entendent sur un mécanisme de récompense et de représailles qui est caractéristique des accords collusoires. Ces échanges d'informations peuvent être privés ou publics. Par exemple, si une entreprise devait communiquer en privé à ses concurrents qu'ils devraient tous augmenter leurs prix, réduire leurs ventes ou leurs capacités, ou prendre des décisions commerciales en commun, l'intention anticoncurrentielle serait incontestable. L'effet sera probablement similaire si, au lieu de cela, l'entreprise communique publiquement ce plan, à moins qu'il ne puisse être démontré que les clients bénéficieront de l'information, plutôt que seulement l'entreprise elle-même, ses concurrents ou ses investisseurs. En effet, les entreprises, leurs concurrents et leurs investisseurs profiteront généralement de bénéfices plus élevés dans le cadre d'un système collusoire, tandis que les clients seront perdants.

²⁴² Voir, par exemple, arrêt du 7 novembre 2019, Campine et Campine Recycling/Commission, T-240/17, EU:T:2019:778, point 305.

algorithmes peuvent également être utilisés pour surveiller les accords anticoncurrentiels (préexistants) entre concurrents. Lorsqu'ils sont utilisés dans le cadre d'un acte de collusion, les algorithmes de surveillance des prix peuvent améliorer la transparence sur le marché, repérer les écarts de prix en temps réel et rendre les mécanismes de représailles plus efficaces. Les entreprises peuvent également utiliser des algorithmes de coordination comportementale pour convenir des paramètres essentiels de la concurrence. Les algorithmes deviennent alors un moyen de faciliter la collusion (collusion par codage). La collusion par codage sur des paramètres essentiels de la concurrence constitue typiquement une entente et donc une restriction de la concurrence par objet, indépendamment des conditions du marché.

Le traitement des algorithmes de fixation des prix au titre du droit de la concurrence de l'Union repose sur deux principes importants.

Premièrement, si les pratiques tarifaires sont illégales lorsqu'elles sont mises en œuvre hors ligne, il est fort probable qu'elles soient également illégales lorsqu'elles sont mises en œuvre en ligne.

Deuxièmement, les entreprises impliquées dans des pratiques tarifaires illégales ne peuvent pas se soustraire à leur responsabilité en invoquant le fait que leurs prix ont été déterminés par des algorithmes. Tout comme un employé ou un consultant externe travaillant sous la «direction ou le contrôle» d'une entreprise, un algorithme reste sous le contrôle de l'entreprise, et celle-ci est donc responsable même si ses actions ont été guidées par des algorithmes.

380. Les échanges d'informations peuvent également servir de méthode pour accroître la stabilité externe d'un accord anticoncurrentiel ou d'une pratique concertée. Les échanges qui rendent le marché suffisamment transparent peuvent permettre aux entreprises parties à une entente de vérifier où et quand d'autres entreprises tentent d'entrer sur le marché et, partant, de cibler le nouvel arrivant.

6.2.2.2. Verrouillage anticoncurrentiel

381. En plus de faciliter la collusion, un échange d'informations peut aussi entraîner un verrouillage anticoncurrentiel du marché sur lequel il se produit ou sur un marché lié²⁴³.

382. Le verrouillage sur le même marché peut se produire si l'échange d'informations commercialement sensibles place des concurrents qui ne prennent pas part à l'échange dans une situation de désavantage concurrentiel significatif par rapport aux entreprises qui participent à l'échange. Ce type de verrouillage est possible si l'information concernée revêt une importance stratégique pour la concurrence sur le marché et si l'échange couvre une part substantielle du marché en cause. Cela peut par exemple être le cas dans les initiatives de partage de données, lorsque les données partagées revêtent une importance stratégique, couvrent une part majeure du marché et que l'accès des concurrents aux données partagées est entravé²⁴⁴.

²⁴³ En ce qui concerne les problèmes de verrouillage découlant des accords verticaux, voir les points 18 à 22 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

²⁴⁴ Dans l'arrêt du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, les points 57 et 58 soulignent l'importance de l'analyse de la structure sous-jacente du marché afin de déterminer si le risque de verrouillage est vraisemblable. Voir également: décision de la Commission du 30 juin 2022

383. Les échanges d'informations peuvent aussi déboucher sur le verrouillage anticoncurrentiel de tiers présents sur un marché lié. À titre d'exemple, les sociétés intégrées verticalement qui échangent des informations sur un marché en amont pourraient obtenir un pouvoir de marché et s'entendre pour accroître le prix d'un intrant essentiel pour un marché situé en aval du premier. Elles auraient ainsi la possibilité d'augmenter les coûts de leurs concurrents en aval, ce qui se traduirait potentiellement par un verrouillage anticoncurrentiel sur le marché en aval en question. De plus, les entreprises appliquant des modalités non transparentes et discriminatoires d'accès aux informations partagées restreignent probablement la capacité des tiers à déceler les tendances des nouveaux produits potentiels sur les marchés liés.

Un certain nombre d'entreprises fournissant des services financiers aux consommateurs peuvent, par exemple, former une association avec une base de données partagée contenant des informations sur les clients. Tous les membres de l'association fournissent des informations à la base de données et ont accès aux données, ce qui leur permet de mieux évaluer le risque lié à la fourniture de services financiers à de nouveaux clients. L'échange d'informations sur les clients facilite l'évaluation des risques par les membres concernant ces clients. Cela peut faciliter l'entrée sur le marché et donc bénéficier aux consommateurs. Une telle base de données n'a pas pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

Les bases de données partagées telles que décrites ci-dessus peuvent toutefois avoir pour effet de restreindre la concurrence en fonction de la situation économique régnant sur le ou les marchés en cause et des caractéristiques spécifiques de la base de données concernée. Ces caractéristiques comprennent l'objectif de la base de données et les conditions d'accès et de participation à celle-ci, ainsi que la nature des informations échangées (par exemple, leur caractère public ou confidentiel, agrégé ou détaillé, historique, actuel ou futur, la fréquence à laquelle la base de données est mise à jour et l'importance de l'information pour la fixation des prix, des volumes ou des conditions de la prestation). Une base de données qui couvre une partie importante du marché en cause et dont l'accès est refusé ou retardé pour d'autres concurrents peut créer une asymétrie d'information, plaçant ces autres concurrents dans une situation désavantageuse par rapport aux entreprises qui participent à la base de données. Des critères d'accès équitables, objectifs, transparents et non discriminatoires peuvent atténuer les problèmes de concurrence²⁴⁵.

6.2.3. La nature des informations échangées

6.2.3.1. Informations commercialement sensibles

384. L'article 101, paragraphe 1, s'applique lorsqu'un échange d'informations commercialement sensibles est susceptible d'influencer la stratégie commerciale des concurrents, créant ainsi ou pouvant ainsi créer des conditions de concurrence qui ne

dans l'affaire AT.40511, *Insurance Ireland* dans laquelle les participants à l'échange représentaient 98 % du marché en cause.

²⁴⁵ Cela n'implique pas que l'accès soit gratuit. Une redevance peut être perçue, à condition qu'elle soit équitable, transparente et non discriminatoire. En outre, les tiers peuvent également être invités à fournir eux-mêmes des données à la base de données. Voir également arrêt du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, point 60.

correspondent pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de la taille et du nombre des entreprises concernées et du volume de ce marché²⁴⁶. C'est le cas lorsque l'échange d'informations réduit l'incertitude concernant le fonctionnement du marché en question²⁴⁷. L'article 101, paragraphe 1, s'applique que les entreprises parties à l'échange aient obtenu un certain avantage de leur coopération ou non. Il s'agit d'informations, sur des marchés où la concurrence est effective, qu'il est important pour une entreprise de protéger de sorte à maintenir ou consolider sa position concurrentielle sur le ou les marchés.

385. Les informations relatives à la fixation des prix sont généralement considérées comme sensibles sur le plan commercial, et l'article 101, paragraphe 1, peut s'appliquer même si l'échange ne produit aucun effet direct sur les prix payés par les utilisateurs finaux²⁴⁸. D'autres catégories d'informations potentiellement sensibles sur le plan commercial comprennent les informations sur les coûts, les capacités, la production, les quantités, les parts de marché, les clients, les projets d'entrée sur ou de sortie des marchés, ou les informations concernant d'autres éléments importants de la stratégie d'une entreprise que les entreprises actives sur un marché véritablement concurrentiel n'auraient pas intérêt à se révéler les unes aux autres. Le fait que les informations échangées puissent être inexactes ou dénaturées n'élimine pas en lui-même le risque qu'elles influencent le comportement des concurrents sur le marché²⁴⁹.
386. Les informations qui ne sont généralement pas commercialement sensibles englobent, par exemple, les informations relatives: au fonctionnement général ou à l'état d'un secteur; aux politiques publiques et aux questions réglementaires (qui peuvent être utilisées, par exemple pour les initiatives de relations publiques ou de lobbying à l'échelle d'un secteur); aux questions techniques non confidentielles concernant le secteur en général, telles que les normes ou les questions de santé et de sécurité; aux technologies générales non exclusives et aux questions connexes, telles que les caractéristiques et l'adéquation d'un équipement particulier (mais pas les projets d'une entreprise particulière concernant l'adoption d'un équipement ou d'une technologie spécifique); aux opportunités promotionnelles générales concernant globalement le secteur (mais pas les projets promotionnels d'une entreprise en particulier). Elles comprennent également les données éducatives, techniques ou scientifiques non stratégiques qui se traduisent par des avantages pour les consommateurs et les informations non stratégiques nécessaires à l'établissement de nouveaux partenariats commerciaux entre entreprises²⁵⁰.
387. Les entreprises peuvent avoir des raisons légitimes d'informer leurs actionnaires, les investisseurs potentiels ou le grand public de la situation et des résultats de leurs

²⁴⁶ L'accès aux données propres à une entreprise, par exemple les données des utilisateurs générées par l'utilisation d'une plateforme, n'est pas considéré comme un échange d'informations commercialement sensibles.

²⁴⁷ Arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 121, et arrêt du 12 janvier 2023, *HSBC Holdings e.a./Commission*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, point 115.

²⁴⁸ Arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 123, et arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 36.

²⁴⁹ Arrêt du 15 décembre 2016, *Philips et Philips France/Commission*, T-762/14, EU:T:2016:738, point 91.

²⁵⁰ Cette liste n'est pas exhaustive.

activités. Cette volonté d'informer les tiers ou le public ne peut cependant pas être invoquée pour divulguer à des concurrents des informations commercialement sensibles que, sur un marché où la concurrence est effective, les entreprises ne divulgueraient pas à leurs concurrents.

388. En général, et dans des conditions de concurrence normales, les entreprises ne sont pas incitées à publier des informations commercialement sensibles. Si elles les publient, on pourrait se demander si le marché en question est caractérisé par une concurrence effective. Les informations qui sont tombées dans le domaine public pour des raisons légitimes, et qui sont donc devenues facilement accessibles (en matière de coûts d'accès) à tous les concurrents et clients²⁵¹, ne sont généralement pas commercialement sensibles²⁵².
389. Même si les informations sont facilement accessibles (comme c'est le cas, par exemple, des informations publiées par les autorités de régulation), un échange d'informations supplémentaires entre les concurrents peut réduire encore l'incertitude stratégique sur le marché. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque les informations sont échangées sous une forme moins agrégée ou plus granulaire, ou lorsque les informations sont échangées plus fréquemment qu'elles ne sont rendues publiques, ou encore lorsque des commentaires sont joints aux informations et peuvent indiquer aux concurrents l'action conjointe à entreprendre. Dans ce cas, l'échange d'informations est susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

6.2.3.2. Informations agrégées ou informations individualisées

390. Le caractère commercialement sensible des informations dépend de leur utilité pour les concurrents. En général, les informations qui contiennent beaucoup de détails et qui permettent d'identifier l'entreprise ou les entreprises qui les ont fournies sont plus commercialement sensibles. Les échanges d'informations individualisées peuvent faciliter l'entente sur le marché et l'élaboration de stratégies de représailles, en ce qu'ils permettent aux entreprises coordonnant leurs agissements de distinguer plus facilement une entreprise déviante ou un nouvel entrant.
391. L'échange d'informations agrégées, lorsque l'attribution d'informations à des entreprises particulières est suffisamment difficile ou incertaine, ou lorsque les données sont agrégées pour une gamme de produits différenciés, en particulier si les produits ont des caractéristiques différentes ou appartiennent à des marchés

²⁵¹ Arrêt du 8 juillet 2008, BPB/Commission, T-53/03, EU:T:2008:254, point 236 et arrêt du 2 février 2022, Scania/Commission, T-799/17, EU:T:2022:48, point 347. Les informations font partie du domaine public lorsqu'elles sont disponibles auprès de sources accessibles au public. Les informations ne font pas partie du domaine public si les coûts liés à leur collecte dissuadent d'autres entreprises et clients de procéder à cette collecte. Le fait qu'il soit possible d'obtenir certaines informations sur le marché, par exemple en les collectant auprès des clients, ne signifie pas nécessairement que ces informations constituent des données du marché aisément accessibles pour les concurrents. Voir arrêt du 12 juillet 2001, Tate & Lyle e.a./Commission, T-202/98, T-204/98 et T-207/98, EU:T:2001:185, point 60.

²⁵² Voir arrêt du 5 octobre 2020, Casino, Guichard-Perrachon et AMC/Commission, T-249/17, EU:T:2020:458, points 263 à 267, et arrêt du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line e.a./Commission, T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, EU:T:2003:245, point 1154. Voir également le point 408, qui explique que la divulgation publique peut, dans certains cas, faire partie d'un canal de communication entre concurrents pour signaler des intentions futures de se comporter sur le marché d'une manière spécifique ou pour fournir un point focal pour la coordination entre concurrents, et donc relever de l'article 101, paragraphe 1.

différents, est moins susceptible d'entraîner une restriction de la concurrence. La collecte et la publication d'informations de marché agrégées (telles que des données de vente, des données sur les capacités ou des données sur le coût des intrants et des composants) par un groupement professionnel ou une société spécialisée en stratégie commerciale peuvent profiter tant aux concurrents qu'aux clients, en leur permettant de réaliser des économies et d'avoir une vue globale plus claire de la situation économique d'un secteur. La collecte et la publication de telles informations peuvent permettre aux concurrents individuels de faire des choix en meilleure connaissance de cause afin d'adapter efficacement leur propre stratégie concurrentielle aux conditions de marché. À moins qu'il n'ait lieu entre un nombre relativement restreint d'entreprises détenant une part suffisamment importante du marché en cause²⁵³, il est peu probable que l'échange d'informations agrégées entraîne une restriction de la concurrence. Néanmoins, on ne peut exclure que même l'échange d'informations et de données agrégées puisse faciliter une collusion sur des marchés présentant des caractéristiques spécifiques.

Par exemple, lorsque les entreprises faisant partie d'un oligopole très étroit et stable échangent des informations agrégées sur les prix, la détection sur le marché d'un prix inférieur à un niveau donné peut leur permettre de déduire qu'une des entreprises s'est écartée de la collusion et de prendre des mesures de représailles s'étendant à l'ensemble du marché. En d'autres termes, pour garantir la stabilité de la collusion, il n'est pas nécessaire que les entreprises membres d'un oligopole très étroit et stable sachent dans tous les cas laquelle s'est écartée des pratiques collusoires; savoir que «l'une d'entre elles» l'a fait peut suffire.

392. En fonction des circonstances, l'échange de données brutes peut être moins sensible sur le plan commercial que l'échange de données déjà traitées pour en extraire des informations significatives. En particulier, l'échange de données brutes peut être moins sensible sur le plan commercial lorsque chaque partie utilise sa propre méthode (propriétaire) de traitement des données brutes.

6.2.3.3. Ancienneté des informations

393. Dans de nombreux secteurs, les informations deviennent historiques assez rapidement et perdent donc leur nature sensible sur le plan commercial. L'échange d'informations historiques est peu susceptible d'aboutir à une collusion, étant donné qu'il est peu probable qu'il fournisse des indications sur le comportement envisagé des concurrents ou facilite une entente sur le marché²⁵⁴. En principe, plus les informations sont anciennes, moins elles auront tendance à être utiles pour déceler les comportements déviants en temps voulu et, partant, pour constituer un moyen

²⁵³ Par exemple, dans le cas d'un oligopole étroit.

²⁵⁴ Les groupements professionnels peuvent collecter des données historiques afin de contribuer à l'examen des politiques publiques ou d'analyser les résultats de ces examens.

d'opposer une menace crédible de représailles rapides²⁵⁵. Cela nécessite néanmoins une appréciation au cas par cas de la pertinence de ces informations²⁵⁶.

394. Le caractère historique des informations est fonction des spécificités du marché en cause, de la fréquence des négociations d'achat et de vente dans le secteur et de l'ancienneté des informations sur lesquelles les acteurs du secteur s'appuient généralement pour prendre leurs décisions commerciales. Des informations pourront par exemple être considérées comme historiques si leur ancienneté est égale à plusieurs fois la durée moyenne des cycles de fixation des prix, ou à plusieurs fois la durée moyenne des contrats conclus dans le secteur concerné lorsque ceux-ci donnent une indication de la fréquence de (re)négociation des prix. À l'inverse, l'échange d'informations actuelles peut provoquer des effets restrictifs sur la concurrence, surtout si l'échange sert à accroître artificiellement la transparence pour les concurrents plutôt que pour les consommateurs.

À titre d'exemple, si les entreprises s'appuient typiquement sur les données relatives aux préférences du consommateur au cours de la dernière année (achats ou autres choix) pour affiner les décisions commerciales stratégiques pour leurs marques, les informations couvrant la période en question seront généralement plus sensibles sur le plan commercial que les données plus anciennes. Dans ce cas, les informations relatives à l'année écoulée ne sont pas réputées «historiques».

Dans le contexte d'un marché stable, non complexe et caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, les échanges d'informations récentes entre concurrents proches peuvent également donner lieu à une collusion. Par exemple, l'échange d'informations détaillées sur les ventes récentes peut réduire l'incertitude quant au comportement futur des concurrents sur le marché et permettre aux parties d'adapter en conséquence leur propre comportement sur le marché.

6.2.4. Caractéristiques de l'échange d'informations commercialement sensibles

395. L'article 101, paragraphe 1, s'applique aux échanges dans lesquels des concurrents échangent bilatéralement ou multilatéralement des informations commercialement sensibles. De tels échanges comprennent les accords de partage de données, en vertu desquels deux ou plusieurs concurrents fournissent des données à une base de données commune et obtiennent l'accès à tout ou partie des données fournies par d'autres concurrents. Lorsque deux ou plusieurs concurrents participent à un échange, il peut ne pas être nécessaire de qualifier précisément l'échange comme un accord conclu entre entreprises, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée²⁵⁷. En outre, dans certaines circonstances, une divulgation unilatérale ou un échange indirect d'informations peut également constituer une pratique concertée relevant de l'article 101, paragraphe 1.

²⁵⁵ Par exemple, dans des affaires antérieures, la Commission a considéré l'échange de données *spécifiques aux entreprises* remontant à plus d'un an comme historique et comme ne restreignant pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et a estimé que les informations datant de moins d'un an constituaient des données récentes; décision de la Commission dans l'affaire IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, considérant 50; décision de la Commission dans l'affaire IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, JO L 1 du 3.1.1998, p. 10, considérant 17.

²⁵⁶ Dans son arrêt du 12 juillet 2019 relatif à l'affaire Sony et Sony Electronics/Commission, T-762/15, EU:T:2019:515, point 127, le Tribunal a considéré que, dans les circonstances de l'espèce, la connaissance d'anciens résultats des enchères était une information très importante pour les concurrents, tant à des fins de surveillance qu'en vue de futurs marchés.

²⁵⁷ Voir arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, points 31 et 32.

6.2.4.1. Divulgence unilatérale

396. Une situation dans laquelle une entreprise divulgue des informations commercialement sensibles à un concurrent qui les a demandées ou, à tout le moins, les a acceptées, peut constituer une pratique concertée lorsque ce concurrent agit sur la base de cette divulgation et à condition qu'il existe un lien de cause à effet entre la divulgation et le comportement ultérieur du concurrent sur le marché²⁵⁸. Lorsqu'une seule entreprise divulgue des informations commercialement sensibles à ses concurrents, le degré d'incertitude stratégique sur le fonctionnement à venir du marché est atténué pour ces concurrents, ce qui accroît le risque de restreindre la concurrence et de voir apparaître des comportements collusoires, à moins que les concurrents ne prennent publiquement leurs distances vis-à-vis de la divulgation²⁵⁹. La divulgation unilatérale peut par exemple se produire via des messages (chat), des courriers électroniques, des appels téléphoniques, des entrées dans un outil algorithmique partagé, au cours de réunions, etc. Il importe peu qu'une seule entreprise divulgue unilatéralement des informations commercialement sensibles ou que toutes les entreprises participantes divulguent de telles informations.
397. Lorsqu'une entreprise reçoit des informations commercialement sensibles d'un concurrent au cours d'une réunion ou d'une prise de contact, cette entreprise sera supposée avoir tenu compte de ces informations et avoir adapté son comportement sur le marché en conséquence, à moins qu'elle n'ait publiquement pris ses distances (par exemple, en répondant par une déclaration claire qu'elle ne souhaitait pas recevoir de telles informations²⁶⁰) ou qu'elle n'ait signalé ces échanges aux entités administratives.

Ainsi, par exemple, le fait d'assister à une réunion²⁶¹ durant laquelle une entreprise dévoile à ses concurrents (sans que ces concurrents ne prennent publiquement leurs distances) ses intentions en matière de fixation des prix pourrait relever de l'article 101, paragraphe 1, même en l'absence d'accord explicite sur une augmentation des prix²⁶². De la même manière, le fait d'introduire une règle pour la fixation des prix dans un outil algorithmique partagé (par exemple, une règle visant à s'aligner sur le prix le plus faible sur une plateforme en ligne particulière ou dans un magasin particulier +5 %, ou à s'aligner sur le prix d'un concurrent particulier - 5 %) est aussi susceptible de relever de l'article 101, paragraphe 1, même en l'absence d'un accord explicite visant à aligner les prix futurs.

Toutefois, si une entreprise envoie un courrier électronique aux adresses électroniques personnelles de salariés d'autres entreprises, cela ne veut pas dire en

²⁵⁸ Voir arrêt du 15 mars 2000, *Cimenteries CBR/Commission*, T-25/95 e.a., EU:T:2000:77, point 1849, et arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 51.

²⁵⁹ Voir les conclusions de l'avocat général Kokott du 19 février 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, affaire C-8/08, EU:C:2009:110, point 54. Sur la prise de distances, voir arrêt du 20 janvier 2016, *Toshiba Corporation/Commission*, C-373/14 P, points 62 et 63. Voir aussi le point 410.

²⁶⁰ Voir arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, EU:C:2016:42, point 48; arrêt du 8 juillet 1999, *Hüls/Commission*, C-199/92 P, EU:C:1999:358, point 162; arrêt du 8 juillet 1999, *Commission/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, EU:C:1999:356, point 121.

²⁶¹ Voir arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 59.

²⁶² Voir arrêt du 12 juillet 2001, *Tate & Lyle e.a./Commission*, T-202/98, T-204/98 et T-207/98, EU:T:2001:185, point 54.

soi que les destinataires devaient avoir nécessairement connaissance de son contenu²⁶³. Cela peut, au regard d'autres indices objectifs et concordants, fonder la présomption que les destinataires avaient connaissance du contenu et qu'ils ont pris les informations en considération, pourvu que ces destinataires gardent la possibilité de réfuter cette présomption²⁶⁴.

398. Le fait qu'une entreprise divulgue des informations commercialement sensibles au moyen d'une annonce publique (par exemple, au moyen d'une publication sur un site web accessible au public, d'une déclaration lors d'un événement public ou dans un journal) n'exclut pas en soi la possibilité que l'annonce constitue une pratique concertée au sens de l'article 101, paragraphe 1. En effet, la divulgation publique peut, dans certains cas, faire partie d'un canal de communication entre concurrents pour signaler des intentions futures de se comporter sur le marché d'une manière spécifique ou pour fournir un point focal pour la coordination entre concurrents, et ainsi relever de l'article 101, paragraphe 1. En outre, le fait que les parties à l'échange aient précédemment publié le même type d'informations (par exemple par l'intermédiaire d'un journal ou de leur site web) ne signifie pas qu'un échange ultérieur d'informations non publiques ne restreindrait pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1²⁶⁵.

Un exemple typique de divulgation unilatérale dans le domaine public est la publicité faite par des exploitants de stations-service sur leurs prix au détail actuels (ou la publicité faite par des détaillants sur les prix des produits alimentaires, par exemple). En l'absence d'un accord anticoncurrentiel ou d'une pratique concertée, cet affichage profite aux consommateurs, car il les aide à comparer les stations-service avant qu'ils n'aillent faire leur plein (ou à comparer les détaillants en alimentation avant de décider où faire leurs courses), quand bien même cet affichage permet également aux stations-service rivales de prendre connaissance des prix pratiqués par leurs concurrents proches.

D'autres formes de divulgation unilatérale dans le domaine public peuvent consister en des annonces qui peuvent révéler d'éventuelles pratiques concertées anticoncurrentielles sous-jacentes.

Par exemple, il peut être de notoriété publique dans un secteur donné que le coût des fournitures est en hausse. Au cours de réunions publiques, comme les réunions du groupement professionnel concerné, les participants peuvent mentionner ce phénomène. Si les concurrents peuvent citer l'augmentation du coût des fournitures (cette information étant notoire), ils ne doivent pas évaluer publiquement leur réponse individuelle à cette hausse des coûts car cela dissipe l'incertitude à l'égard de leur comportement sur le marché²⁶⁶. Le même raisonnement s'applique lorsque les représentants des entreprises commentent les événements du marché par des annonces publiques unilatérales et divulguent leurs stratégies de réaction aux conditions changeantes du marché. Les entreprises doivent déterminer en toute

²⁶³ Voir arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, EU:C:2016:42, points 39 et 40.

²⁶⁴ Dans son arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, EU:C:2016:42, point 41, la Cour de justice a énuméré des exemples de moyens permettant de réfuter cette présomption: en démontrant que le destinataire n'a pas reçu ledit message ou qu'il n'a pas consulté la rubrique en question, ou qu'il n'a consulté le message qu'après qu'un certain temps s'est écoulé depuis son envoi.

²⁶⁵ Voir aussi le point 389.

²⁶⁶ Voir, par exemple, arrêt du 14 mars 2013, *Dole Food Company et Dole Germany/Commission*, T-588/08, EU:T:2013:130, points 291 à 295.

indépendance la politique qu'elles entendent adopter sur le marché intérieur. Cela implique que chaque concurrent doit décider par lui-même quelle sera sa réaction face à la montée du coût des fournitures.

399. Il existe également une distinction entre, d'une part, les concurrents qui obtiennent des informations de manière indépendante ou qui discutent des prix futurs avec des clients ou des tiers et, d'autre part, les concurrents qui discutent des facteurs de fixation des prix avec d'autres concurrents avant de fixer leurs propres prix²⁶⁷.
400. Comme indiqué au point 425, la mise à disposition publique de certaines informations peut aider les clients à faire des choix d'achat en connaissance de cause. Toutefois, ces gains d'efficacité sont moins probables si les informations se rapportent aux intentions futures. Les informations publiques peuvent être moins susceptibles de générer des gains d'efficacité si elles portent sur des paramètres qui peuvent ne pas se matérialiser et si elles n'engagent pas l'entreprise vis-à-vis de ses clients²⁶⁸.

Par exemple, une annonce publique unilatérale portant sur les intentions en matière de future fixation des prix (par opposition à la communication d'une décision effective de modifier les prix à partir d'une certaine date dans un avenir proche) n'engagera en rien l'entreprise à l'origine de l'annonce vis-à-vis de ses clients, mais peut envoyer des signaux à ses concurrents en ce qui concerne la stratégie envisagée de l'entreprise sur le marché. Cela sera le cas en particulier si les informations sont suffisamment spécifiques. De telles annonces ne créent donc généralement pas d'avantages pour les consommateurs et peuvent faciliter la collusion.

Les annonces publiques unilatérales sont susceptibles de laisser transparaître un accord anticoncurrentiel sous-jacent ou une pratique concertée. Par exemple, sur un marché où opèrent peu de concurrents seulement et où se posent d'importantes barrières à l'entrée, les entreprises qui publient en continu des informations ne profitant manifestement pas aux consommateurs (par exemple des informations relatives aux coûts de R&D, aux coûts de mise en conformité aux exigences environnementales, etc.) peuvent restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Les annonces publiques unilatérales peuvent servir à mettre en œuvre ou suivre leurs accords collusoires. La constatation effective d'une telle restriction dépendra de l'ensemble des faits de l'espèce.

6.2.4.2. Échanges d'informations indirects

401. Les échanges d'informations commercialement sensibles entre concurrents peuvent se faire par l'intermédiaire d'un tiers, tel qu'un prestataire de service tiers, (y compris un opérateur de plateforme ou un fournisseur d'outil d'optimisation), d'une agence commune (par exemple une association professionnelle), d'un fournisseur ou d'un client²⁶⁹, ou à travers un algorithme partagé (communément appelés le «tiers»). Comme pour les échanges d'informations directs, un échange indirect peut

²⁶⁷ Arrêt du 24 septembre 2019, HSBC Holdings e.a./Commission, T-105/17, EU:T:2019:675, point 144.

²⁶⁸ Voir, par exemple, la décision de la Commission du 7 juillet 2016 dans l'affaire AT.39850, *Container Shipping*, considérants 40 à 43.

²⁶⁹ Le droit de la concurrence n'empêche pas les clients de divulguer indépendamment l'offre de prix d'un fournisseur à un autre fournisseur en vue d'obtenir de meilleures conditions commerciales, telles qu'un prix plus bas. Ces cas doivent être distingués des situations dans lesquelles un client a connaissance d'un accord anticoncurrentiel entre fournisseurs et échange des informations afin de mettre en œuvre cet accord.

également dissiper l'incertitude par rapport aux actions des concurrents et donc déboucher sur une collusion sur le marché. Dans ces situations, la collusion est soit facilitée soit appliquée par le tiers. Selon les faits de l'espèce, les concurrents participants et le tiers peuvent tous être tenus responsables pour la collusion. L'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, ne vise pas uniquement les parties aux accords ou pratiques concertées qui sont actives sur les marchés affectés par ceux-ci²⁷⁰.

402. Si des informations commercialement sensibles sont échangées indirectement, il y a lieu de procéder à une analyse au cas par cas du rôle de chaque participant afin d'établir si les échanges sont associés à un accord anticoncurrentiel ou à une pratique concertée et de déterminer qui porte la responsabilité de la collusion. Cette appréciation devra notamment prendre en considération le degré de connaissance des fournisseurs ou destinataires des informations en ce qui concerne les échanges entre les autres fournisseurs ou destinataires d'informations et le tiers.

On peut distinguer plusieurs scénarios.

Certains échanges d'informations indirects sont qualifiés d'«accords en étoile». Par exemple, un fabricant ou un fournisseur commun peut faire office de noyau afin de relayer les informations à plusieurs distributeurs ou détaillants, ou un distributeur ou un détaillant peut faire office de noyau afin de relayer l'information à plusieurs fabricants ou fournisseurs. Une plateforme en ligne peut également servir de noyau si elle facilite, coordonne ou impose des échanges d'informations entre les entreprises utilisatrices de la plateforme, par exemple pour garantir certaines marges ou certains niveaux de prix. Les plateformes peuvent par ailleurs être utilisées pour imposer des mesures techniques qui empêchent les utilisateurs de la plateforme de proposer des prix plus faibles ou d'autres avantages aux clients finaux.

Des informations peuvent également être échangées indirectement via un algorithme d'optimisation partagé qui prend des décisions commerciales sur la base de flux de données commercialement sensibles provenant de concurrents. Bien qu'il soit légal de recourir aux données accessibles au public pour alimenter un logiciel algorithmique, l'agrégation d'informations commercialement sensibles dans un outil de fixation des prix proposé par une seule société spécialisée dans les technologies de l'information et auquel plusieurs concurrents ont accès pourrait équivaloir à une collusion horizontale.

403. Les concurrents qui échangent des informations commercialement sensibles de manière indirecte (par l'intermédiaire d'un tiers) peuvent commettre une infraction à l'article 101. Tel sera le cas lorsque l'entreprise qui partage les informations commercialement sensibles convient expressément ou tacitement avec le tiers que ce dernier peut partager lesdites informations avec les concurrents de l'entreprise, ou lorsque cette entreprise avait l'intention, par l'intermédiaire du tiers, de divulguer des informations commercialement sensibles à ses concurrents. Cela peut également être

²⁷⁰ Arrêt du 10 novembre 2017, ICAP e.a./Commission, T-180/15, EU:T:2017:795, point 103; arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C-194/14 P, EU:C:2015:717, points 27, 34 et 35. Voir également arrêt du 30 mars 2022, Air Canada/Commission, T-326/17, EU:T:2022:177, points 370 et 371, dans lequel le Tribunal a établi que la responsabilité de ces tiers ne dépend pas du fait qu'ils ont joué le rôle d'intermédiaire et de modérateur rémunéré dans le cadre de l'arrangement. Voir aussi le point 454.

le cas lorsque l'entreprise qui partage les informations commercialement sensibles pouvait raisonnablement prévoir que le tiers partagerait les informations avec les concurrents de l'entreprise et qu'elle était prête à en accepter le risque²⁷¹. Le concurrent recevant les informations commercialement sensibles participerait également à l'infraction et en serait responsable s'il avait connaissance des objectifs anticoncurrentiels poursuivis par l'entreprise partageant les informations et par le tiers, et s'il avait l'intention de contribuer à ces objectifs par son propre comportement. En revanche, l'entreprise qui partage les informations ne commettra pas d'infraction lorsque le tiers obtient les informations commercialement sensibles de cette entreprise et, sans en informer cette dernière, transmet ces informations aux concurrents de cette entreprise, ou lorsque l'entreprise ne pouvait pas raisonnablement prévoir que ces informations seraient transmises²⁷².

404. De même, un tiers qui transmet des informations commercialement sensibles d'entreprises peut aussi être tenu responsable d'une infraction s'il entend contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par les participants à l'échange et qu'il avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs anticoncurrentiels, ou qu'il pouvait raisonnablement prévoir un tel comportement et qu'il était prêt à en accepter le risque²⁷³.

6.2.4.3. Fréquence des échanges d'informations commercialement sensibles

405. Les échanges d'informations fréquents qui facilitent une entente sur le marché et le contrôle des comportements déviants accroissent les risques de collusion. Sur les marchés instables, des échanges d'informations plus fréquents peuvent se révéler nécessaires pour faciliter une collusion que sur les marchés stables. Sur les marchés où les contrats à long terme (indicatifs de négociations des ventes et des achats peu fréquents), sont la règle, des échanges d'informations peu fréquents suffiraient généralement pour parvenir à une collusion. À l'inverse, des échanges d'informations peu fréquents ne seront probablement pas suffisants pour parvenir à une collusion sur des marchés où les contrats sont de courte durée, ce qui laisse supposer des renégociations fréquentes²⁷⁴. En général, la fréquence à laquelle les informations doivent être échangées pour faciliter une collusion dépend également de la nature, de l'ancienneté et du degré d'agrégation de ces informations²⁷⁵. Du fait de l'importance croissante des données en temps réel pour la prise de décision commerciale, l'avantage concurrentiel le plus élevé est obtenu grâce à des échanges d'informations automatisés en temps réel. Ce qui constitue un échange

²⁷¹ Arrêt du 21 juillet 2016, *VM Remonts e.a.*, C-542/14, EU:C:2016:578, point 31.

²⁷² Arrêt du 21 juillet 2016, *VM Remonts e.a.*, C-542/14, EU:C:2016:578, point 30. Voir également le point 406 qui explique qu'un destinataire d'informations commercialement sensibles est présumé avoir pris en considération ces informations, à moins qu'il ne prenne ses distances en indiquant clairement qu'il ne souhaite pas recevoir de telles informations ou en signalant l'échange aux autorités administratives.

²⁷³ Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP e.a./Commission*, T-180/15, EU:T:2017:795, point 100.

²⁷⁴ Par exemple, des contrats peu fréquents pourraient réduire la possibilité de repréailles.

²⁷⁵ Selon la structure du marché et le contexte global de l'échange, il ne peut être exclu qu'un échange isolé suffise pour que les entreprises concertent leur comportement sur le marché; voir arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 59.

d'informations fréquent ou peu fréquent dépend des circonstances et du marché en question²⁷⁶.

6.2.4.4. Mesures visant à réduire le risque d'infractions au droit de la concurrence

406. Les entreprises qui souhaitent (ou doivent) échanger des informations commercialement sensibles sont encouragées à mettre en œuvre des mesures visant à restreindre l'accès à ces informations ou à contrôler la manière dont elles sont utilisées²⁷⁷. Les entreprises doivent également envisager de limiter l'échange à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé.
407. Les entreprises peuvent, par exemple, mobiliser des «clean teams» ou des mandataires pour recevoir et traiter les informations. L'expression «clean team» fait généralement référence à un groupe restreint de personnes d'une entreprise qui ne participent pas aux opérations commerciales de l'entreprise et qui sont tenues de respecter des protocoles stricts en matière de confidentialité en ce qui concerne les informations commercialement sensibles²⁷⁸. Un mandataire est un tiers indépendant qui fournit des services à l'entreprise. Une «clean team» ou un mandataire peuvent également être mobilisés pour la mise en œuvre d'autres formes d'accords de coopération horizontale, afin de garantir que les informations fournies aux fins d'une telle coopération sont échangées exclusivement selon le principe du «besoin d'en connaître» et de manière agrégée.
408. Les participants à un accord de partage de données réciproque, tel qu'une interconnexion de données devraient, en principe, n'avoir accès qu'à leurs propres informations, et aux informations finales, sous leur forme agrégée, des autres participants. Les mesures d'ordre technique et pratique peuvent faire en sorte qu'aucun participant ne soit en mesure d'obtenir individuellement les informations commercialement sensibles d'autres participants. La gestion d'une interconnexion de données peut être affectée à un mandataire assujéti à des règles strictes en matière de confidentialité applicables aux informations reçues de la part des participants à l'interconnexion de données. Les entreprises responsables de la gestion de l'interconnexion de données doivent en outre s'assurer que seules les informations nécessaires à la réalisation de l'objectif légitime de l'interconnexion de données sont recueillies.
409. Les entreprises peuvent prendre des mesures supplémentaires pour réduire le risque que des informations commercialement sensibles soient échangées lors d'interactions avec des concurrents (potentiels). Avant les contacts prévus, les entreprises doivent examiner attentivement le programme et l'objet de la réunion ou de l'appel afin de s'assurer que les risques potentiels concernant l'échange d'informations commercialement sensibles sont cernés à l'avance et que des mesures appropriées sont prises pour les éviter. Les entreprises peuvent également décider d'assister aux réunions ou aux appels accompagnées d'un avocat spécialisé en droit de la

²⁷⁶ Par exemple, sur certains marchés tels que les places de marché en ligne ou la vente au détail d'essence, les décisions en matière de prix sont prises plusieurs fois par jour. Sur d'autres marchés, les entreprises ne révisent leurs prix que quelques fois par an. Un échange trimestriel d'informations peut ne pas être considéré comme fréquent dans le premier cas, alors qu'il peut l'être dans le second. Sur certains marchés financiers, les transactions ont lieu à une fréquence si élevée que les informations publiées quotidiennement peuvent être considérées comme non fréquentes.

²⁷⁷ De telles mesures peuvent déjà être requises pour se conformer au règlement général sur la protection des données, lorsque l'échange comprend des données à caractère personnel.

²⁷⁸ Voir décision de la Commission du 24 avril 2018 dans l'affaire M.7993, *Altice/PT Portugal*, point 53.

concurrence. Lors des contacts, les participants doivent s'en tenir au programme et, si des informations commercialement sensibles sont divulguées ou échangées, ils doivent soulever des objections, veiller à ce que leurs objections soient consignées dans le procès-verbal de la réunion ou de l'appel et prendre publiquement leurs distances si l'échange d'informations a lieu en dépit de leurs objections (voir point 410). Le fait de veiller à ce que des procès-verbaux précis soient établis et diffusés peu après chaque contact peut permettre aux entreprises de savoir rapidement si des informations commercialement sensibles ont été échangées par inadvertance et de soulever immédiatement des objections à l'encontre des procès-verbaux.

410. Pendant les contacts, une entreprise peut prendre publiquement ses distances par rapport à tout échange anticoncurrentiel d'informations commercialement sensibles en faisant clairement connaître son opposition aux autres participants à l'échange. Pour déterminer si une entreprise a effectivement pris ses distances, il importe de savoir comment les autres participants à l'échange comprennent les intentions de l'entreprise qui prend ses distances. Par exemple, une entreprise qui souhaite prendre ses distances peut déclarer immédiatement et expressément qu'elle ne peut pas participer à des discussions sur le sujet en question et demander que le sujet soit changé immédiatement. Si l'objection et la demande sont ignorées, l'entreprise doit immédiatement quitter la réunion ou l'appel d'une manière qui rende la raison de son départ évidente pour toutes les personnes présentes. Les entreprises doivent veiller à ce que leurs objections et leur départ soient consignés dans un éventuel procès-verbal commun de la réunion ou, en l'absence d'un tel procès-verbal, à ce que leur départ soit consigné dans leurs propres notes sur le contact.
411. Les entreprises peuvent également prendre des mesures pour limiter les risques liés à la divulgation en public d'informations commercialement sensibles (voir point 398). Avant de divulguer des informations commercialement sensibles, les entreprises doivent vérifier si ces informations servent réellement le but légitime recherché et si le niveau de détail de la divulgation est nécessaire à cette fin. La divulgation publique d'informations commercialement sensibles concernant le comportement prévu en matière de prix et de quantités réduit l'incertitude stratégique sur le marché et peut conduire à une collusion. Les informations agrégées et historiques sont généralement moins stratégiques. Toute information stratégique annoncée doit également se limiter à l'entreprise elle-même et ne pas s'étendre au secteur ou à l'industrie. Les entreprises doivent en particulier éviter d'annoncer publiquement des mesures stratégiques qui dépendent des actions de leurs concurrents (potentiels). Selon le contexte, les entreprises confrontées à des annonces publiques faites par des concurrents qui révèlent des informations commercialement sensibles peuvent réduire le risque de violations du droit de la concurrence en prenant publiquement leurs distances ou en signalant les annonces aux autorités publiques.

Par exemple, trois entreprises (A, B et C) sont en concurrence sur un certain marché de détail et sont confrontées à une hausse des coûts. L'entreprise A ne devrait pas faire de déclarations publiques suggérant que tant que B et C répercutent également ces coûts croissants sur les consommateurs, le secteur restera rentable. Elle ne doit pas non plus annoncer qu'il est souhaitable que B et C répercutent ces coûts. De même, A ne doit pas annoncer publiquement qu'elle ne pourra pas éviter de répercuter ces coûts croissants sur les consommateurs puisque B et C ont l'intention de faire de même.

6.2.5. *Caractéristiques du marché*

412. La probabilité qu'un échange d'informations débouche sur une collusion ou un verrouillage est fonction des caractéristiques du marché. L'échange d'information lui-même peut aussi influencer sur ces caractéristiques du marché. Les caractéristiques du marché pertinentes à cet égard comprennent, entre autres, le niveau de transparence sur un marché donné, le nombre d'entreprises actives sur le marché (concentration du marché), l'existence de barrières à l'entrée, le fait que le produit ou le service concerné par l'échange soit homogène, que les entreprises impliquées soient similaires (complexité du marché), ainsi que la stabilité des conditions de l'offre et de la demande sur le marché²⁷⁹.

La liste suivante des caractéristiques pertinentes du marché n'est pas exhaustive, car d'autres caractéristiques du marché peuvent également être pertinentes pour l'appréciation d'échanges d'informations particuliers.

Transparence: Plus un marché est transparent, moins l'incertitude sur laquelle peut s'exercer la concurrence est grande, ce qui rend d'autant plus problématique la poursuite des échanges²⁸⁰.

Concentration du marché: Il est plus facile de s'entendre sur les modalités de la coordination et de contrôler les comportements déviants sur des marchés où seuls quelques concurrents opèrent. Lorsqu'un marché est fortement concentré, l'échange de certaines informations peut être, selon notamment le type d'informations échangées, de nature à permettre aux entreprises de connaître la position et la stratégie commerciale de leurs concurrents individuels sur le marché, faussant ainsi la rivalité sur ce marché et augmentant la probabilité d'une collusion, voire facilitant celle-ci. En revanche, si le marché est atomisé, l'échange d'informations entre concurrents peut être neutre, voire positif, pour la nature compétitive du marché²⁸¹.

Barrières à l'entrée: L'existence de barrières à l'entrée rend plus difficile pour les entreprises ne participant pas à l'échange de compromettre la collusion en entrant sur le marché et en sous-cotant les prix des entreprises en place qui se sont entendues sur le marché. Les barrières à l'entrée accroissent ainsi la probabilité de la faisabilité et du maintien d'une collusion sur le marché.

Complexité du marché: Lorsque les entreprises ont des coûts, des clients, des parts de marché, des gammes de produits, des capacités, etc. similaires, elles ont plus de chances de parvenir à s'entendre sur les modalités de la coordination, leurs incitations étant plus alignées les unes par rapport aux autres. De même, il peut être plus facile de s'entendre sur le prix d'un produit unique et homogène que sur de nombreux prix pratiqués sur un marché comportant de nombreux produits différenciés, même si les évolutions techniques, telles que l'utilisation d'outils de suivi des prix, peuvent également faciliter la collusion en ce qui concerne les produits différenciés.

²⁷⁹ La liste des caractéristiques n'est pas exhaustive; d'autres caractéristiques du marché peuvent également être pertinentes pour l'appréciation d'échanges d'informations particuliers.

²⁸⁰ Voir aussi le point 389.

²⁸¹ Voir arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, point 58 et la jurisprudence citée.

Stabilité du marché: La probabilité d'une collusion est également plus grande lorsque les conditions de l'offre et de la demande sur le marché sont relativement stables. Une demande très instable, une forte croissance interne de certaines entreprises du marché ou encore l'entrée fréquente sur le marché de nouvelles entreprises peuvent indiquer que le marché n'est pas suffisamment stable pour rendre une coordination probable²⁸², ou peut nécessiter des échanges plus fréquents afin d'avoir des effets sur la concurrence.

6.2.6. Restriction de la concurrence par objet

413. Comme indiqué à la section 1.2.4, certains accords révèlent, en eux-mêmes et compte tenu du contenu de leurs dispositions, de leurs objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour que l'on puisse considérer qu'il n'y a pas lieu d'en apprécier les effets. En particulier, un échange d'informations sera considéré comme une restriction de la concurrence par objet lorsque les informations sont sensibles sur le plan commercial et que l'échange peut éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation du comportement sur le marché que les entreprises concernées vont mettre en œuvre²⁸³. Pour déterminer si un échange constitue une restriction de la concurrence par objet, la Commission accordera une attention particulière à son contenu, aux objectifs dudit contenu et au contexte juridique et économique dans lequel se produit cet échange²⁸⁴. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question²⁸⁵.
414. Les échanges d'informations relatives au comportement futur des entreprises concernant les prix ou les quantités²⁸⁶ sont particulièrement susceptibles de déboucher sur une collusion. En fonction des objectifs que l'échange cherche à atteindre et du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, les échanges d'autres types d'informations peuvent également constituer des restrictions de la concurrence par objet. Il est donc nécessaire d'évaluer les échanges d'informations au cas par cas.

²⁸² Voir décision de la Commission dans les affaires IV/31.370 et 31.446, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* (JO L 68 du 13.3.1992, p. 19), considérant 51, et arrêt du 27 octobre 1994, *Deere/Commission*, T-35/92, EU:T:1994:259, point 78.

²⁸³ Arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 122; arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 41; arrêt du 12 janvier 2023, *HSBC Holdings e.a./Commission*, C-883/19, EU:C:2023:11, points 115 et 116; arrêt du 8 juillet 2020, *Infineon Technologies/Commission*, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, point 100.

²⁸⁴ Voir, par exemple, arrêt du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 58; arrêt du 20 novembre 2008, *BIDS*, C-209/07, EU:C:2008:643, point 15 et suivants.

²⁸⁵ Arrêt du 26 septembre 2018, *Philips et Philips France/Commission*, C-98/17 P, EU:C:2018:774, point 35.

²⁸⁶ Parmi les informations concernant les volumes prévus pourraient figurer, par exemple, les ventes escomptées, les parts de marché, les ventes à des zones spécifiques ou les ventes à des catégories spécifiques de consommateurs.

Les échanges qui, dans des cas individuels, ont été considérés comme des restrictions par objet, en raison du contenu des informations échangées, des objectifs poursuivis et du contexte juridique et économique, sont notamment les suivants:

- (a) L'échange avec les concurrents au sujet de la fixation des prix actuels et des futures intentions en la matière d'une entreprise²⁸⁷;
- (b) L'échange avec les concurrents au sujet des capacités de production actuelles et futures d'une entreprise²⁸⁸;
- (c) L'échange avec les concurrents au sujet de la stratégie commerciale actuelle²⁸⁹ ou future d'une entreprise²⁹⁰;
- (d) L'échange avec les concurrents au sujet des prévisions d'une entreprise relatives à la demande actuelle et future²⁹¹;
- (e) L'échange avec les concurrents au sujet des prévisions de ventes futures d'une entreprise²⁹²;
- (f) L'échange avec les concurrents au sujet des futures caractéristiques des produits qui seront pertinentes pour les consommateurs²⁹³;

Dans tous ces cas, les informations échangées ont été jugées capables d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation du comportement sur le marché que les entreprises concernées vont mettre en œuvre.

415. Les exemples exposés au point 414 montrent qu'il n'est pas nécessaire de trouver un lien direct entre les informations échangées et les prix à la consommation pour que l'échange constitue une restriction par objet²⁹⁴. En outre, afin de déterminer s'il y a

²⁸⁷ Voir, notamment, arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, point 96; arrêt du 15 décembre 2016, Philips et Philips France/Commission, T-762/14, EU:T:2016:738, points 134 à 136. Les informations ne doivent pas nécessairement porter directement sur les prix. Les échanges relatifs à des informations formant un élément décisif du prix que devra payer l'utilisateur final peuvent également constituer une restriction par objet. Voir arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, EU:C:2009:343, point 37.

²⁸⁸ Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, points 85 et 96; arrêt du 15 décembre 2016, Philips et Philips France/Commission, T-762/14, EU:T:2016:738, point 104.

²⁸⁹ Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, point 70.

²⁹⁰ Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, point 98.

²⁹¹ Arrêt du 9 septembre 2015, Samsung SDI et autres/Commission, T-84/13, EU:T:2015:611, point 51.

²⁹² Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, EU:T:2020:307, point 96.

²⁹³ Décision de la Commission du 8 juillet 2021 dans l'affaire AT.40178 *Émissions des véhicules automobiles*, considérants 84, 107 et 124 à 126.

²⁹⁴ Voir arrêt du 12 janvier 2023, HSBC Holdings et autres/Commission, C-883/19 P, EU:C:2023:11, points 120 et 121, qui clarifient que l'article 101 vise à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle.

restriction de la concurrence par objet, le critère décisif est la nature des contacts plutôt que leur fréquence²⁹⁵.

Par exemple: un groupe de concurrents craint que leurs produits puissent être soumis à des règlements environnementaux toujours plus stricts. Dans le cadre de leurs efforts communs de lobbying, ils se retrouvent et échangent leurs points de vue régulièrement. Pour parvenir à une position commune en ce qui concerne les futures propositions législatives, ils échangent certaines informations relatives aux caractéristiques environnementales de leurs produits existants. Dans la mesure où ces informations sont historiques et ne permettent pas aux entreprises de prendre connaissance des stratégies commerciales envisagées par leurs concurrents, les échanges ne constituent pas une restriction au sens de l'article 101, paragraphe 1.

Néanmoins, si les entreprises commencent à se transmettre des informations portant sur leur élaboration de produits actuels ou futurs, ou révèlent comment elles réagiraient au comportement de l'autre, un risque survient que ces échanges puissent influencer leur comportement sur le marché. Par exemple, de tels partages d'informations peuvent conduire les concurrents à s'entendre pour ne pas commercialiser des produits plus respectueux de l'environnement que ne l'exige la loi. Une telle coordination oriente le comportement des parties sur le marché et restreint la concurrence en ce qui concerne les caractéristiques du produit et le choix du consommateur. Cela sera dès lors considéré comme une restriction de la concurrence par objet.

416. En fonction du contexte juridique et économique et des objectifs qu'une entreprise cherche à atteindre, une divulgation publique qui signale les intentions futures de l'entreprise concernant des paramètres clés de la concurrence, par exemple les prix ou les quantités, peut également être considérée comme une restriction par objet. De même, une divulgation publique qui ne profite pas clairement aux clients mais qui indique aux concurrents la manière dont ils devraient agir, ou les conséquences d'un certain comportement ou de l'absence d'un certain comportement, ou comment l'entreprise réagira au comportement des concurrents, sera considérée comme une restriction par objet.
417. Lorsqu'un échange d'informations constitue un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs concurrents visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché ou à influencer les paramètres pertinents de la concurrence, il peut être considéré comme une entente. C'est notamment le cas lorsque l'échange porte sur la fixation ou la coordination des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, y compris au regard des droits de propriété intellectuelle, l'attribution de quotas de production ou de vente, la répartition des marchés et des clients, y compris la manipulation des procédures d'appel d'offres, les restrictions à l'importation ou à l'exportation, ou les actions anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents. Les échanges d'informations qui constituent des ententes ne restreignent pas seulement la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, mais il est en outre très peu probable qu'ils remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Les échanges d'informations peuvent également faciliter la mise en œuvre d'une entente en permettant aux entreprises de contrôler si les parties se conforment aux modalités qui ont été convenues. Ces types

²⁹⁵ Arrêt du 7 novembre 2019, Campine et Campine Recycling/Commission, T-240/17, EU:T:2019:778, point 308.

d'échanges d'informations seront considérés comme s'inscrivant dans le cadre de l'entente.

418. Les accords de partage de données auxquels différents concurrents contribuent ne constituent généralement pas une restriction de la concurrence par objet s'il est établi qu'ils ont des effets proconcurrentiels réels répondant aux exigences énoncées au point 419.

Par exemple, une interconnexion de données dans laquelle sont échangées des données (partiellement) sensibles commercialement, qui remédie à l'asymétrie d'information sur un marché non concentré et qui se traduira par des avantages pour les consommateurs, ne sera probablement pas considérée comme une restriction par objet si les participants veillent à ce que toute donnée commercialement sensible qu'ils échangent par l'intermédiaire de l'interconnexion soit nécessaire et proportionnée à la réalisation de l'objectif proconcurrentiel. Les participants peuvent, par exemple, s'appuyer autant que possible sur des données agrégées et historiques, réduire la fréquence des échanges et mettre en œuvre des mesures visant à restreindre l'accès aux informations échangées et/ou à contrôler la manière dont elles sont utilisées. Les participants doivent veiller à ce que l'accord soit mis en place de manière transparente.

419. Enfin, pour déterminer si un échange d'informations constitue une restriction par objet, il convient de prendre en considération tout argument avancé par les parties selon lequel l'échange est proconcurrentiel. À cet égard, la simple existence de tels effets proconcurrentiels ne peut en soi empêcher de qualifier l'échange de restriction par objet. Ces effets proconcurrentiels doivent être démontrés, pertinents, spécifiquement liés à l'échange d'informations concerné et suffisamment importants pour justifier un doute raisonnable quant au fait que l'échange présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence²⁹⁶. Si ces conditions sont remplies, une appréciation complète des effets de l'échange d'informations est nécessaire pour déterminer s'il constitue une restriction de la concurrence par effet (voir section 6.2.7).

6.2.7. *Restriction de la concurrence par effet*

420. Un échange d'informations commercialement sensibles qui ne constitue pas en soi un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence compte tenu de son contenu, de ses objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrit, peut néanmoins avoir des effets restrictifs sur la concurrence²⁹⁷.
421. Comme indiqué dans la section 1.2.5, il convient d'analyser au cas par cas ces effets sur la concurrence, le résultat de cette appréciation étant fonction d'une combinaison de divers facteurs spécifiques à chaque cas. Dans le cadre de cette appréciation, la Commission comparera les effets réels ou potentiels de l'échange d'informations sur le marché et la situation qui prévaudrait en l'absence de cet échange d'informations spécifique²⁹⁸. Pour qu'un échange d'informations ait des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, il doit être susceptible d'avoir une

²⁹⁶ Arrêt du 12 janvier 2023, HSBC Holdings e.a./Commission, C-883/19 P, EU:C:2023:11, point 195 à 205.

²⁹⁷ Les orientations figurant dans le reste de la présente section 6.2.7 ne s'appliquent qu'aux échanges d'informations qui ne restreignent pas la concurrence par objet.

²⁹⁸ Arrêt du 28 mai 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, point 76.

incidence défavorable sensible sur le fonctionnement du marché en question, en influant sur un (ou plusieurs) des paramètres de la concurrence sur ce marché, y compris, par exemple, le prix, la production, la qualité ou la diversité des produits ou encore l'innovation.

422. Aux fins de l'appréciation des éventuels effets restrictifs, la nature des informations échangées (voir section 6.2.3), les caractéristiques des échanges (voir section 6.2.4) et du marché (voir section 6.2.5) sont pertinents²⁹⁹.
423. Pour qu'un échange d'informations soit susceptible de restreindre la concurrence, les entreprises prenant part à l'échange d'informations doivent couvrir une part suffisamment importante du marché en cause³⁰⁰. Si tel n'est pas le cas, les concurrents ne participant pas à cet échange pourraient limiter les agissements anticoncurrentiels des entreprises concernées. On ne peut définir de façon abstraite ce que constitue «une part suffisamment importante du marché»; cette part sera fonction des spécificités de chaque cas d'espèce, de la structure du marché et du type d'échange en cause³⁰¹.
424. Un échange d'informations qui contribue de façon limitée à la transparence sur un marché est moins susceptible d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence qu'un échange d'informations améliorant sensiblement la transparence. C'est donc la combinaison du niveau de transparence préalable et de la façon dont l'échange modifie celui-ci qui déterminera le degré de probabilité que l'échange d'informations ait des effets restrictifs sur la concurrence. Les échanges d'informations se produisant dans des oligopoles étroits sont davantage susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence, alors qu'ils ne sont pas de nature à produire de tels effets sur des marchés très fragmentés.

6.3. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3

6.3.1. Gains d'efficacité³⁰²

425. Un échange d'informations peut déboucher sur des gains d'efficacité, en fonction de la nature des informations échangées, des caractéristiques de l'échange et de la structure du marché. Dans le cadre de l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, tout effet proconcurrentiel résultant d'un échange d'informations sera pris en considération.

Voici quelques exemples de gains d'efficacité qui peuvent être considérés:

Les entreprises peuvent devenir plus performantes si elles comparent leurs résultats aux meilleures pratiques du secteur.

²⁹⁹ Arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, point 54.

³⁰⁰ Dans certains cas, un échange d'informations ne peut générer des bénéfices que si une part suffisamment importante du marché est couverte. Cela peut par exemple être le cas pour la compilation d'informations dans le secteur des services financiers, où l'utilisation de registres de crédit non contraignants et de compilations conjointes peut améliorer la connaissance des risques et faciliter l'évaluation des risques pour les entreprises individuelles.

³⁰¹ Dans sa décision du 30 juin 2022 dans l'affaire AT.40511, *Insurance Ireland*, la Commission a constaté qu'un échange couvrait une partie importante du marché en cause. Dans ce cas, les participants à l'échange représentaient 98 % du marché en cause.

³⁰² L'étude des gains d'efficacité susceptibles de résulter des échanges d'informations n'est pas exhaustive.

Un échange d'informations peut contribuer à la résilience du marché en permettant aux entreprises de réagir plus rapidement aux évolutions de l'offre et de la demande de même qu'en leur permettant d'atténuer les risques, internes et externes, de voir surgir des perturbations ou des vulnérabilités dans la chaîne d'approvisionnement.

Il peut profiter aussi bien aux consommateurs qu'aux entreprises en leur permettant de comparer le prix ou la qualité des produits, par exemple au travers de la publication de listes de leurs meilleures ventes ou de données comparatives sur les prix. Il peut ainsi aider les consommateurs et les entreprises à faire des choix plus éclairés (et à réduire leurs coûts de recherche).

Un échange d'informations sous forme de partage de données peut être essentiel pour le développement de nouveaux produits, services et technologies.

L'interconnexion des données relatives aux producteurs fournissant des produits durables ou aux producteurs utilisant des procédés de production durables peut aider les entreprises à remplir leurs obligations en matière de développement durable en vertu de la législation européenne ou nationale.

Les échanges d'informations sur les consommateurs entre les entreprises fournissant des services d'assurance aux consommateurs peuvent améliorer la connaissance des risques et faciliter leur évaluation par les entreprises individuelles. Cela peut également profiter aux consommateurs en leur permettant d'accéder à des services d'assurance qui n'auraient pas été disponibles en l'absence d'un profil de risque complet.

Le partage de données entre les places de marché du commerce électronique concernant les vendeurs en ligne qui se livrent à des pratiques illégales telles que la vente de produits contrefaits peut faciliter l'identification des produits contrefaits par les places de marché individuelles, protégeant ainsi les consommateurs contre l'achat de tels produits.

Un échange d'informations peut également limiter la possibilité, pour les entreprises, de retenir leur clientèle de force et, partant, permettre une concurrence accrue. En effet, les informations étant généralement spécifiques à une relation donnée, les consommateurs perdraient alors le bénéfice de ces informations créées dans le cadre de leur relation avec un fournisseur s'ils décidaient de se tourner vers un autre fournisseur.

6.3.2. *Caractère indispensable*

426. Les restrictions allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les gains d'efficacité générés par un échange d'informations ne remplissent pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Pour répondre à la condition relative au caractère indispensable, les parties doivent être en mesure de prouver que la nature des informations échangées et les caractéristiques de l'échange sont les moyens les moins restrictifs de générer les gains d'efficacité allégués. L'échange ne devrait notamment pas porter sur des informations excédant les variables pertinentes aux fins de l'obtention de ces gains d'efficacité.

Par exemple, un échange de données individualisées ne serait généralement pas indispensable pour pouvoir procéder à une comparaison, étant donné que les informations agrégées (par exemple sous une forme de classification sectorielle) pourraient également produire les gains d'efficacité allégués tout en limitant le risque de collusion.

6.3.3. *Répercussion sur les consommateurs*

427. Les gains d'efficacité réalisés au moyen de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs dans une mesure qui compense les effets restrictifs sur la concurrence découlant de l'échange d'informations. Plus le pouvoir de marché des entreprises prenant part à l'échange d'informations est limité, plus il est probable que les gains d'efficacité seront répercutés sur les consommateurs dans une mesure qui compensera les effets restrictifs sur la concurrence.

6.3.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

428. Les conditions de l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent pas être satisfaites si les entreprises prenant part à l'échange d'informations ont la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

6.4. **Exemples, étapes d'autoévaluation et tableau donnant des indications sur la responsabilité dans différents contextes**

429. Analyse comparative

Exemple 1

Situation: Trois entreprises détenant une part de marché cumulée de 80 % sur un marché stable, non complexe³⁰³ et concentré, caractérisé par des barrières à l'entrée importantes, échangent directement, à intervalles réguliers, des informations non publiques concernant une grande part de leurs coûts variables respectifs. Ces entreprises prétendent chercher de la sorte à comparer leurs résultats avec ceux de leurs concurrents afin d'être plus performantes.

Analyse: Les informations sur les coûts peuvent être commercialement sensibles et, par le biais de l'échange, les parties peuvent lever ou réduire l'incertitude entre elles quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation du comportement qu'elles mettront en œuvre sur le marché. En fonction de l'appréciation de son contenu, de ses objectifs et du contexte juridique et économique, cet échange peut donc constituer une infraction par objet. Concernant l'affirmation des parties selon laquelle l'échange d'informations poursuit un objectif proconcurrentiel, ces effets favorables à la concurrence doivent être démontrés, pertinents, spécifiquement liés à l'échange d'informations concerné et suffisamment importants pour justifier un doute raisonnable quant au fait que l'échange présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence.

Si les informations échangées ne révèlent pas en elles-mêmes un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence parce qu'elles ne lèvent pas l'incertitude quant au comportement individuel des participants sur le marché, leurs effets sur le marché doivent être appréciés. En raison de la structure du marché, de l'importante part de marché détenue par les participants à l'échange d'informations, du fait que l'information échangée concerne une grande part des coûts variables des entreprises, et, en particulier, si les données sont échangées sous une forme individualisée, l'échange d'informations est susceptible de faciliter une collusion. Cela risque donc de restreindre notablement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Il est peu probable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, soient satisfaites, étant donné que les gains d'efficacité allégués peuvent être obtenus par d'autres

³⁰³

Voir le point 412.

moyens moins restrictifs, par exemple en ayant recours à un tiers pour collecter, rendre anonymes et agréger les données sous la forme d'une classification sectorielle. En pareil cas, enfin, comme les parties forment un oligopole très étroit, non complexe et stable, même l'échange de données agrégées pourrait faciliter une collusion sur le marché.

430. Accord de partage de données pour remédier aux pénuries d'approvisionnement

Exemple 2

Situation: Plusieurs fabricants de produits médicaux essentiels sont actifs sur un marché qui connaît régulièrement des pénuries d'approvisionnement. De manière à améliorer l'offre et à accroître la production de la façon la plus efficace et rapide qui soit, l'association professionnelle suggère de collecter et de modéliser les données relatives à l'offre et à la demande pour les produits essentiels en cause. En outre, des données permettant de définir la capacité de production, de quantifier les stocks existants et de déterminer le potentiel d'optimisation de la chaîne d'approvisionnement seraient recueillies par l'association. L'association partagerait les résultats de sa collecte de données et de sa modélisation avec ses membres par le biais de canaux non publics.

Analyse: L'accord de partage de données a un objectif proconcurrentiel et, en fonction d'une évaluation du contexte juridique et économique, ne constitue pas en principe une restriction de la concurrence par objet. Il convient par conséquent d'évaluer leur incidence sur le marché. Les données recueillies étant commercialement sensibles, l'échange peut avoir pour effet de restreindre la concurrence entre les producteurs participants. Qui plus est, les producteurs qui ne sont pas membres de l'association professionnelle peuvent être placés dans une situation de désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises qui participent au système d'échange. De manière à éviter le risque de collusion, plusieurs mesures pourraient être prises. Par exemple, une société de conseil pourrait être désignée pour apporter son concours à l'association pour la collecte des données et leur agrégation dans un modèle, dans le respect des accords de confidentialité passés avec chaque producteur. Les données agrégées seraient réimportées chez les producteurs dans le but de rééquilibrer et d'adapter l'utilisation de leurs capacités, leur production et leur approvisionnement individuels.

S'il était absolument nécessaire que les producteurs échangent des informations commercialement sensibles supplémentaires (au-delà des données qui seraient collectées et partagées sous leur forme agrégée par l'association professionnelle et la société de conseil), (par exemple pour déterminer conjointement où il vaut mieux transférer la production ou augmenter la capacité), ces échanges supplémentaires devraient être strictement limités à ce qui est indispensable pour effectivement atteindre les objectifs. Toute information et tout échange se rapportant au projet devront être correctement documentés pour garantir la transparence des interactions. Les participants devront s'engager à éviter toute discussion au sujet des prix ou toute coordination sur d'autres paramètres qui ne sont pas strictement nécessaires à la réalisation des objectifs proconcurrentiels allégués. Le projet devrait, de plus, être limité dans le temps afin que les échanges cessent immédiatement dès que le risque de pénuries d'approvisionnement ne représente plus une menace suffisamment urgente pour justifier la coopération. Seule la société de conseil recevrait les données commercialement sensibles et serait responsable de leur agrégation. Il serait possible d'atténuer les problèmes de verrouillage si l'accord de partage de données était

accessible à tous les fabricants produisant le produit en cause, qu'ils soient ou non membres de l'association professionnelle concernée.

431. Utilisation d'annonces publiques

Exemple 3

Situation: Quatre fournisseurs détenant une part de marché cumulée de 70 % annoncent fréquemment les prix futurs en les publiant sur leurs sites web et en publiant des communiqués de presse à ce sujet. Il s'écoule généralement plusieurs mois entre la date de l'annonce des prix et la date à laquelle les prix annoncés sont disponibles pour que les clients puissent passer des commandes. Les fournisseurs révisent souvent les prix annoncés pendant cet intervalle. Les dirigeants des fournisseurs font régulièrement des commentaires publics sur les annonces de prix de leurs concurrents, expliquant comment ces derniers devraient réviser leurs prix. Les fournisseurs affirment qu'ils le font pour informer les investisseurs des performances futures de leur entreprise.

Analyse: Les informations concernant le comportement futur d'une entreprise en matière de prix ou de quantités sont particulièrement susceptibles de conduire à une collusion. Les informations annoncées en public sont commercialement sensibles et, avec les commentaires des dirigeants, l'échange est en mesure de lever l'incertitude entre les participants quant aux intentions futures en matière de prix. Il est peu probable que ce type de communication publique profite aux clients, par exemple en leur permettant de prendre des décisions d'achat en connaissance de cause, étant donné que les prix annoncés sont souvent modifiés avant la date à laquelle ils entrent en vigueur. Les annonces de prix ne semblent donc pas constituer une tentative légitime d'informer les clients. En outre, les commentaires publics des dirigeants concernant les prix des fournisseurs rivaux peuvent permettre aux fournisseurs participants de développer une compréhension mutuelle d'un mécanisme de récompense et de représailles qui est caractéristique des accords collusoires. En fonction des autres éléments du contexte économique et juridique, l'échange semble en mesure d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation du comportement sur le marché que les entreprises concernées vont mettre en œuvre. L'échange est donc susceptible d'être considéré comme une restriction par objet.

432. Annonces publiques unilatérales

Exemple 4

Situation: La PDG d'un grand producteur d'un produit homogène évoque publiquement, lors d'un appel téléphonique régulier sur les gains, la nécessité de réagir aux récentes augmentations des prix des matières premières et de remédier aux marges bénéficiaires actuelles excessivement faibles en augmentant les prix à l'échelle du secteur. Elle indique qu'elle s'alignerait sur toute augmentation de prix que les concurrents annonceraient sur le marché. Elle se dit également convaincue que le secteur est «suffisamment discipliné» pour savoir ce qu'il faut faire aujourd'hui pour «rétablir les marges». Après tout, dit-elle, le secteur a réussi à appliquer des augmentations de prix il y a dix ans, lorsqu'il s'est trouvé dans une situation similaire.

Analyse: Les déclarations de la PDG lors de la conférence téléphonique sur les gains peuvent être interprétées comme une invitation unilatérale à la collusion. Le fait que

l'annonce ait lieu en public n'exclut pas en soi qu'elle puisse constituer une pratique concertée au sens de l'article 101, paragraphe 1. Les déclarations peuvent constituer un point focal potentiel pour la coordination entre les concurrents. Si, par exemple, d'autres concurrents font des déclarations simultanées ou montrent dans leur comportement sur le marché qu'ils ont tenu compte de l'invitation à la collusion pour déterminer leur propre ligne d'action future sur le marché, et, selon le contexte juridique et économique, le comportement peut constituer une restriction de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1. Les autres concurrents peuvent limiter ce risque en prenant publiquement leurs distances vis-à-vis des annonces ou en signalant ces dernières aux autorités publiques.

433. Partage de données visant à lutter contre la contrefaçon

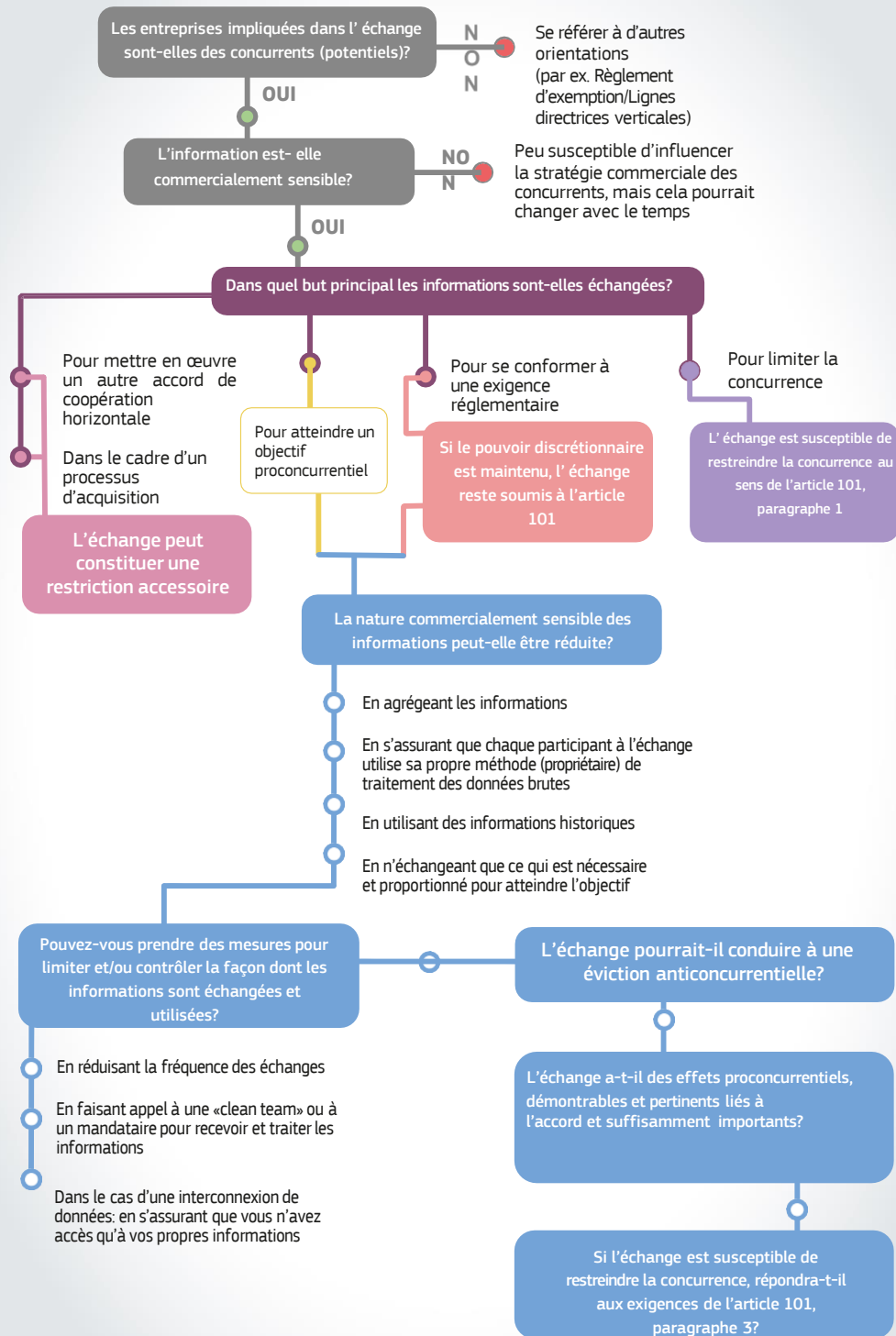
Exemple 5

Situation: Une propriétaire de marque identifie sur plusieurs plateformes de médias sociaux des comptes dont le nom est similaire à celui de sa marque. Lorsque la propriétaire de la marque vérifie les comptes respectifs, elle constate que des produits contrefaits sont vendus sous sa marque à la fois sur les plateformes de médias sociaux et via un lien de redirection vers un site web de contrefaçon. Les représentants légaux de la propriétaire de la marque contactent alors l'une des plateformes de médias sociaux pour i) faire supprimer le compte et empêcher l'utilisateur de créer de nouveaux comptes à l'avenir, et ii) fournir à la plateforme des informations permettant d'identifier le contrefacteur dans le but d'engager une action en justice, telles que le nom, l'adresse, l'adresse IP, l'adresse électronique, etc. La propriétaire de la marque demande ensuite aux plateformes de médias sociaux de partager ces informations avec d'autres intermédiaires et plateformes afin d'éviter l'utilisation de ces plateformes dans le but de promouvoir ou de vendre des marchandises produites illégalement et portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

Analyse: L'échange d'informations entre les plateformes de médias sociaux vise à prévenir la vente de produits contrefaits et, compte tenu de cet objectif, ne constitue pas une restriction de la concurrence par objet. En outre, en ce qui concerne le contenu de l'échange, il est peu probable que les informations échangées constituent des informations commercialement sensibles. Tout échange d'informations commercialement sensibles devrait être limité à ce qui est objectivement nécessaire pour identifier efficacement le contrefacteur. Pour garantir la transparence, les échanges doivent être documentés.

Les autres acteurs du marché qui ne sont pas directement touchés par l'activité de contrefaçon ne seraient pas désavantagés sur le plan de la concurrence du fait de l'échange d'informations, puisque la prévention des ventes de contrefaçons ne les affecte pas. Toutefois, pour éviter le risque de collusion, plusieurs mesures pourraient être prises, telles que la conclusion d'accords de confidentialité entre les parties.

Étapes d'autoévaluation pour les entreprises envisageant d'échanger des informations*



*Ces étapes d'appréciation sont indicatives et n'ont pas vocation à être exhaustives. Une analyse au cas-par-cas conformément au chapitre 6 reste nécessaire pour déterminer si l'échange d'informations constitue une restriction de la concurrence par objet ou par effet malgré la mise en œuvre de mesures visant à réduire la nature commercialement sensible des informations ou à limiter et/ou contrôler la manière dont les informations sont utilisées.

435. Responsabilité pour les échanges d'informations commercialement sensibles dans différents contextes³⁰⁴.

Format de l'échange	Responsabilité de A	Responsabilité de B	Responsabilité de C
Échange direct entre A et B	Oui	Oui	-
Échange direct de A à B	Oui ³⁰⁵	Si B reste actif sur le marché, les autorités peuvent se fonder sur la présomption selon laquelle B prend en considération l'information, à moins que B ne prenne publiquement ses distances ou ne la signale aux autorités.	-
Divulgaration publique par A; B la reçoit	Oui, si la divulgation constitue une pratique concertée.	Il peut s'agir d'une pratique concertée si les autorités peuvent démontrer que B a demandé l'information ou l'a acceptée. Les autorités peuvent se fonder sur la présomption selon laquelle B en tient compte, à moins que B ne prenne publiquement ses distances ou ne signale la divulgation aux autorités.	-
Échange indirect de A à B via C	A est responsable si elle a consenti expressément ou tacitement avec C à divulguer l'information à B, ou si elle en était consciente et était prête à accepter le risque.	B est responsable si elle a demandé ou accepté l'information et a agi en conséquence. Les autorités peuvent se fonder sur la présomption selon laquelle B en tient compte, à moins que B ne prenne publiquement ses distances ou ne signale la divulgation aux autorités.	C est responsable en tant que facilitatrice si elle était consciente des objectifs anticoncurrentiels de A et avait l'intention de contribuer à ces objectifs.

³⁰⁴ Ce tableau donne un aperçu des considérations pertinentes lors de l'appréciation de la responsabilité pour les échanges d'informations commercialement sensibles dans divers contextes. Le tableau est indicatif et n'est pas exhaustif.

³⁰⁵ Si B prend publiquement ses distances ou signale l'échange aux autorités, la responsabilité de A dépendra de la possibilité d'établir l'existence d'une pratique concertée.

7. ACCORDS DE NORMALISATION

7.1. Introduction

436. Les accords de normalisation ont pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles des produits, des procédés de production, des procédés de saine diligence relative à la chaîne de valeur, des services ou des méthodes actuels ou futurs peuvent répondre³⁰⁶. Les accords de normalisation peuvent avoir différents objectifs, tels que la normalisation de différentes qualités ou tailles d'un produit donné ou des spécifications techniques propres à des marchés de produits ou de services où la compatibilité et l'interopérabilité avec d'autres produits ou services sont essentielles. Les conditions d'accès à un label de qualité particulier ou les conditions d'agrément par un organisme de contrôle peuvent également être considérées comme des normes, tout comme des accords établissant des normes de durabilité. Si les normes de durabilité présentent des similitudes avec les accords de normalisation abordés dans le présent chapitre, elles présentent tout de même certaines caractéristiques particulières. Des orientations pour les normes de durabilité sont donc formulées au chapitre 9.

437. La préparation et la production de normes techniques dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique ne sont pas couvertes par les présentes lignes directrices³⁰⁷. Les organisations européennes de normalisation reconnues au titre du règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil³⁰⁸ sont soumises au droit de la concurrence dans la mesure où elles peuvent être considérées comme des entreprises ou des associations d'entreprises au sens des articles 101 et 102³⁰⁹. Les normes liées à la fourniture de services professionnels, comme les règles d'accès à une profession libérale, ne sont pas couvertes par les présentes lignes directrices.

7.2. Marchés en cause

438. Les accords de normalisation peuvent avoir des répercussions sur quatre marchés, qui doivent être définis conformément à la communication de la Commission sur la définition du marché en cause. Premièrement, l'élaboration de normes peut avoir des répercussions sur les marchés de biens ou de services auxquels se rapporte la norme. Deuxièmement, si elle suppose le développement ou la sélection d'une technologie ou si les droits de propriété intellectuelle font l'objet d'une commercialisation distincte des produits auxquels ils se rapportent, la norme peut avoir des répercussions sur le marché technologique en cause³¹⁰. Troisièmement, le marché de

³⁰⁶ La normalisation peut revêtir diverses formes, depuis l'adoption, par les organismes de normalisation internationaux, européens ou nationaux reconnus, de normes reposant sur un consensus jusqu'aux accords conclus entre des entreprises indépendantes en passant par des spécifications techniques fondées sur un consensus élaborées par des consortiums et d'autres cadres.

³⁰⁷ Voir arrêt du 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati/Commission*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, point 92.

³⁰⁸ Règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision n° 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 316 du 14.11.2012, p. 12).

³⁰⁹ Voir arrêt du 12 mai 2010, *EMC Development/Commission* T-432/05, EU:T:2010:189.

³¹⁰ Voir le chapitre 2 sur les accords de R&D, ainsi que les lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO C 89 du 28.3.2014, p. 3), points 20 à 26 («lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie»), qui traitent des aspects de la définition du marché revêtant une importance particulière dans le domaine de la concession sous licence de droits sur technologie. Pour un exemple de définition du marché

l'élaboration de normes peut être touché, s'il existe plusieurs organismes de normalisation ou accords de normalisation. Enfin, le marché distinct des essais et de la certification peut, le cas échéant, être également touché par l'élaboration de normes.

7.3. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1

7.3.1. Principaux problèmes de concurrence

439. Les accords de normalisation produisent généralement des effets économiques positifs substantiels³¹¹, par exemple parce qu'ils encouragent l'interpénétration économique sur le marché intérieur et le développement de produits ou marchés nouveaux et plus performants et de meilleures conditions d'offre. Les normes augmentent donc généralement la concurrence et diminuent les coûts de production et de vente, ce dont profite l'ensemble de l'économie. Elles peuvent préserver et améliorer la qualité des produits et la sécurité, fournir des informations et garantir l'interopérabilité et la compatibilité (augmentant ainsi la valeur pour les consommateurs).
440. Dans le contexte des normes impliquant des droits de propriété intellectuelle («DPI»)³¹², on peut distinguer trois grands groupes d'entreprises présentant des intérêts différents en ce qui concerne l'élaboration de normes.
- (a) Tout d'abord, les entreprises opérant exclusivement en amont qui développent et commercialisent uniquement des technologies. Cela inclut aussi les entreprises qui acquièrent une technologie en vue de la concéder sous licence. Les revenus tirés des licences sont leur seule source de revenus et leur motivation est de maximiser leurs redevances.
 - (b) On trouve ensuite les entreprises opérant exclusivement en aval, qui fabriquent uniquement des produits ou qui fournissent uniquement des services fondés sur des technologies développées par d'autres et qui ne détiennent pas les DPI correspondants. Les redevances constituent pour elles un coût et non une source de revenus, et elles ont un intérêt à réduire ces redevances.
 - (c) Enfin, il existe des entreprises intégrées qui développent des technologies protégées par les DPI et fabriquent des produits pour lesquels elles ont besoin d'une licence. Les motivations pour ces entreprises sont mixtes. D'une part, leurs propres DPI pourraient leur permettre de tirer des revenus de leurs licences. D'autre part, elles peuvent être amenées à verser des redevances à d'autres entreprises détenant des DPI essentiels pour la norme qui s'applique à leurs propres produits. Elles peuvent par conséquent octroyer des licences sur leurs propres DPI essentiels en échange des DPI essentiels détenus par d'autres entreprises, ou utiliser leurs DPI de manière défensive. De plus, les entreprises peuvent aussi monétiser leurs DPI autrement que par l'intermédiaire de redevances. En pratique, de nombreuses entreprises utilisent une combinaison de ces modèles commerciaux.

fondé sur ces lignes directrices, voir décision de la Commission dans l'affaire AT.39985, *Motorola - Respect des brevets essentiels pour la norme GPRS*, considérants 184 à 220.

³¹¹

Voir aussi le point 475.

³¹²

Dans le présent chapitre, on entend par «DPI», notamment, les brevets (à l'exclusion des demandes de brevets non publiées). Toutefois, lorsque d'autres types de DPI confèrent au détenteur de ces droits un contrôle effectif sur l'utilisation de la norme, il convient d'appliquer les mêmes principes.

441. Les participants à la normalisation ne sont pas nécessairement des concurrents. L'élaboration de normes peut toutefois, dans certains cas spécifiques lorsque les concurrents sont impliqués, produire également des effets restrictifs sur la concurrence en diminuant la concurrence par les prix et en limitant ou en contrôlant la production, les marchés, l'innovation ou les développements techniques. Tel qu'expliqué plus en détail ci-dessous, cela peut se produire essentiellement de trois manières, à savoir a) la restriction de la concurrence par les prix, b) le refus d'accès aux technologies innovantes et c) l'éviction de certaines entreprises, ou l'exercice de discriminations à leur égard, en les empêchant d'avoir un accès effectif à la norme.
442. Premièrement, si les entreprises se lancent dans des échanges d'informations anticoncurrentiels dans le cadre de l'élaboration de normes, cela pourrait limiter, voire supprimer toute concurrence par les prix sur les marchés en cause, ou restreindre ou contrôler la production, ce qui faciliterait une collusion sur le marché³¹³.
443. Deuxièmement, les normes définissant des spécifications techniques détaillées pour un produit ou un service peuvent limiter les développements techniques et l'innovation. Durant le développement d'une norme, d'autres technologies peuvent se livrer concurrence afin d'être incluses dans la norme. Une fois qu'une technologie a été retenue pour être incluse dans la norme et que la norme a été définie, certaines technologies et entreprises peuvent se heurter à une barrière à l'entrée et être potentiellement exclues du marché. En outre, des normes exigeant l'utilisation exclusive d'une technologie particulière peuvent avoir pour effet d'entraver la mise au point et la diffusion d'autres technologies. Empêcher la mise au point d'autres technologies en obligeant les membres de l'organisme d'élaboration de normes à appliquer exclusivement une norme spécifique peut déboucher sur le même résultat. Le risque de limitation de l'innovation est accru si une ou plusieurs entreprises sont, sans aucune justification, exclues du processus d'élaboration des normes.
444. Troisièmement, la normalisation peut produire des effets anticoncurrentiels si elle empêche certaines entreprises d'avoir effectivement accès aux résultats du processus d'élaboration de la norme (à savoir, la spécification et/ou les DPI essentiels aux fins de la mise en œuvre de la norme). Si une entreprise est complètement empêchée d'accéder au résultat de la norme, ou n'obtient cet accès qu'à des conditions prohibitives ou discriminatoires, il existe un risque d'effet anticoncurrentiel. Un système dans lequel des DPI potentiellement pertinents sont divulgués à l'avance est susceptible d'accroître la probabilité de l'octroi d'un accès effectif à la norme³¹⁴, car il permet aux participants de déterminer les technologies faisant ou non l'objet de DPI. Les réglementations en matière de propriété intellectuelle et de concurrence partagent les mêmes objectifs³¹⁵, à savoir la promotion de l'innovation et du bien-être des consommateurs et une affectation efficace des ressources. Les DPI favorisent une concurrence dynamique, en ce qu'ils encouragent les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou plus performants. Ils sont dès lors généralement favorables à la concurrence. Toutefois, une entreprise participante détenant des DPI essentiels aux fins de la mise en œuvre d'une norme

³¹³ En fonction des participants au processus d'élaboration des normes, des restrictions peuvent survenir sur le marché du produit standardisé, soit par le fournisseur, soit par l'acheteur.

³¹⁴ Si cela est également accompagné d'un engagement FRAND. Voir les points 451 à 457.

³¹⁵ Voir les lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie, point 7.

pourrait, dans le contexte spécifique de l'élaboration de la norme, acquérir également, en vertu de ses DPI, le contrôle de l'utilisation de cette même norme. Si la norme constitue une barrière à l'entrée, cette entreprise pourrait par conséquent contrôler le marché du produit ou du service concerné par la norme. Cela pourrait permettre aux entreprises en question d'adopter des comportements anticoncurrentiels, par exemple en refusant d'accorder une licence pour les DPI nécessaires ou en retirant des rentes excessives du fait de redevances discriminatoires ou excessives³¹⁶, empêchant de la sorte un accès effectif à la norme («hold-up»). La situation inverse peut également voir le jour si les négociations relatives à la concession de licences se prolongent pour des raisons imputables uniquement à l'utilisateur de la norme. Cela pourrait, à titre d'exemple, inclure le refus de payer une redevance à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires («FRAND»), ou le recours à des stratégies dilatoires («hold-out»)³¹⁷.

445. Même si l'élaboration d'une norme peut créer un pouvoir de marché ou accroître le pouvoir de marché des titulaires de DPI essentiels à cette norme, rien ne laisse supposer que la détention ou l'exercice de DPI essentiels à une norme équivaut à détenir ou à exercer un pouvoir de marché. La question du pouvoir de marché ne peut être examinée qu'au cas par cas³¹⁸.

7.3.2. Restrictions de la concurrence par objet

446. Les accords qui ont recours à une norme dans le cadre d'un accord restrictif plus large visant à évincer des concurrents existants ou potentiels restreignent la concurrence par objet. Ainsi, un accord permettant à une association nationale de fabricants de fixer une norme et d'exercer des pressions sur des tiers pour qu'ils ne commercialisent pas de produits ne répondant pas à cette norme, ou un accord par lequel les fabricants du produit en place s'entendent pour exclure une nouvelle technologie d'une norme existante³¹⁹ relèverait, par exemple, de cette catégorie.

447. Les accords visant à limiter la concurrence en recourant à la divulgation des conditions de concession de licences les plus restrictives avant l'adoption d'une

³¹⁶ Des redevances élevées ne pourraient être qualifiées d'excessives qu'à condition de remplir les conditions nécessaires pour qu'il y ait un abus de position dominante conformément à l'article 102 du traité et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne; Voir, par exemple, arrêt du 14 février 1978, *United Brands*, affaire 27/76, EU:C:1978:22.

³¹⁷ Bien que les problèmes de hold-up et de hold-out soient généralement tous deux de nature unilatérale, les problèmes de hold-up découlent généralement de l'accord de normalisation lui-même, tandis que les problèmes de hold-out sont inhérents à la nature immatérielle des DPI. En d'autres termes, au cours du processus de normalisation, les membres de l'organisme d'élaboration de normes conviennent d'une solution technologique particulière parmi des technologies concurrentes (potentielles), ce qui peut créer un pouvoir de marché que le titulaire d'un DPI essentiel à la norme peut exploiter pour freiner («hold-up») les utilisateurs. En revanche, la réticence («hold-out») d'un utilisateur qui ne veut pas prendre de licence n'est pas le résultat de la normalisation, mais découle du fait que les détenteurs de DPI ne peuvent en fin de compte empêcher l'utilisation sans licence que par une action en justice. Les exigences imposées par la Cour de justice dans l'affaire *Huawei/ZTE* aux utilisateurs du DPI essentiel à une norme pour éviter de faire l'objet d'une injonction par une juridiction nationale devraient normalement fournir une protection suffisante contre les tactiques de hold-out au sein de l'Union européenne; voir arrêt du 16 juillet 2015, *Huawei TechnologiesCo. Ltd/ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, en particulier les points 65 à 67.

³¹⁸ Voir décision de la Commission dans l'affaire AT.39985, *Motorola - Respect des brevets essentiels pour la norme GPRS*, considérants 221 à 270.

³¹⁹ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire IV/35.691, *Conduites précalorifugées*, considérant 147, dans laquelle l'infraction à l'article 101 consistait à «exploiter les normes pour empêcher ou retarder l'arrivée de nouvelles techniques susceptibles d'entraîner des baisses de prix».

norme en guise de couverture pour fixer conjointement les prix des produits en aval ou des DPI ou technologies de substitution, constitueront des restrictions de la concurrence par objet³²⁰.

7.3.3. Effets restrictifs sur la concurrence

7.3.3.1. Accords qui ne restreignent généralement pas la concurrence

448. Les accords de normalisation qui ne restreignent pas la concurrence par objet doivent être analysés dans leur contexte juridique et économique, y compris en tenant compte de la nature des biens, des services ou des technologies affectés, des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question, au regard de leurs effets réels et probables sur la concurrence. En l'absence de pouvoir de marché³²¹, un accord de normalisation n'est pas à même de produire des effets restrictifs sur la concurrence. Ces derniers sont dès lors peu probables lorsqu'il existe une concurrence effective entre plusieurs normes dont l'application est facultative.
449. Pour ce qui est des accords d'élaboration de normes susceptibles de créer un pouvoir de marché, les points 451 à 457 énoncent les conditions dans lesquelles les accords de ce type n'entrent en principe pas dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1.
450. Le non-respect d'un ou de tous les principes exposés dans la présente section n'entraînera pas de présomption de restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Il nécessitera toutefois une auto-appréciation afin de déterminer si l'accord relève de l'article 101, paragraphe 1, et, dans l'affirmative, si les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont satisfaites. À cet égard, il est admis qu'il existe différents modèles d'élaboration de normes et que la concurrence intra- et intermodèles constitue un aspect positif d'une économie de marché. En conséquence, les organismes d'élaboration de normes demeurent entièrement libres de mettre en place des règles et des procédures qui n'enfreignent pas les règles de concurrence tout en étant différentes de celles décrites aux points 451 à 457.
451. Si la participation à l'élaboration de la norme ne fait l'objet d'aucune restriction et que la procédure d'adoption de la norme en question est transparente, les accords de normalisation qui ne fixent aucune obligation quant au respect³²² de la norme et qui permettent un accès effectif à la norme à des conditions FRAND ne limiteront généralement pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.
452. En vue, notamment, d'une participation non limitée, les règles de l'organisme d'élaboration de normes devraient veiller à ce que tous les concurrents présents sur le ou les marchés concernés par la norme puissent participer au processus aboutissant à la sélection de la norme³²³. Les organismes d'élaboration de normes devraient

³²⁰ Le présent point ne devrait pas empêcher des divulgations ex ante des conditions de concession de licences les plus restrictives pour les brevets essentiels liés à une norme par les titulaires individuels de DPI ou d'un taux de redevance cumulé maximal par tous les titulaires de DPI, ainsi que cela est expliqué au point 474. Il n'empêche pas davantage les communautés de brevets créées conformément aux principes fixés dans la section IV.4 des lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie, ou la décision d'octroyer une licence portant sur les DPI essentiels pour une norme en exemption de redevance, ainsi que cela est indiqué dans le présent chapitre.

³²¹ Voir également le chapitre 1 «Introduction». En ce qui concerne les parts de marché, voir également le point 472.

³²² Voir également le point 464 à cet égard.

³²³ L'expression «participation sans restriction» devrait couvrir la participation à toutes les étapes du processus, y compris la participation à la phase préparatoire du processus de normalisation au sein de

également prévoir des procédures objectives et non discriminatoires aux fins de l'attribution des droits de vote, ainsi que, le cas échéant, de critères objectifs pour la sélection de la ou des technologies incluses dans la norme.

453. Pour ce qui est de la transparence, l'organisme d'élaboration de normes concerné devrait disposer de procédures qui permettent aux parties prenantes de prendre effectivement connaissance, en temps voulu et à chaque étape de l'élaboration de la norme, des travaux de normalisation à venir, en cours et terminés.
454. En outre, les règles de l'organisme d'élaboration de normes devraient garantir un accès effectif à la norme aux conditions FRAND³²⁴.
455. Lorsqu'un organisme d'élaboration de normes met au point des normes intégrant des DPI, une politique claire et équilibrée en matière de DPI³²⁵, adaptée au secteur particulier et aux besoins de l'organisme en question, accroît la probabilité d'un accès effectif aux normes pour les acteurs qui les appliquent.
456. Afin de garantir un accès effectif à la norme, la politique en matière de DPI devrait exiger que les participants qui souhaitent voir leurs DPI inclus dans la norme s'engagent de manière irrévocable et par écrit à accorder des licences concernant leurs DPI essentiels à l'ensemble des tiers, dans des conditions FRAND («engagement FRAND»)³²⁶. Cet engagement devrait être donné préalablement à l'adoption de la norme. Simultanément, la politique en matière de DPI devrait permettre aux titulaires des DPI d'exclure une technologie spécifique du processus d'élaboration de normes et donc de l'engagement FRAND, pour autant que cette exclusion se produise à un stade précoce de l'élaboration de la norme. Pour assurer l'efficacité de l'engagement FRAND, il conviendrait également que tous les titulaires de DPI participants soient tenus de fournir un tel engagement afin de garantir que l'entreprise à laquelle ils cèdent ces DPI (y compris le droit d'octroi de licence d'exploitation de ceux-ci) sera liée par cet engagement, par exemple au moyen d'une clause contractuelle entre l'acquéreur et le vendeur. Il convient de noter que FRAND peut également couvrir des licences exemptes de redevance.
457. En outre, la politique en matière de DPI devrait exiger une divulgation faite de bonne foi, par les participants, des DPI susceptibles d'être essentiels à la mise en œuvre

l'organisme d'élaboration de normes, par exemple dans le contexte des groupes d'intérêt spécifiques de l'organisme d'élaboration de normes.

³²⁴ Il convient par exemple d'accorder un accès effectif à la spécification de la norme.

³²⁵ Ainsi que cela est indiqué aux points 456 et 457. Voir aussi la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen intitulée «Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes» («communication relative aux brevets essentiels à des normes») (COM/2017/0712 final).

³²⁶ Voir arrêt du 16 juillet 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, point 53: «*Dans ces circonstances et eu égard au fait qu'un engagement de délivrer des licences à des conditions FRAND crée des attentes légitimes auprès des tiers que le titulaire du BEN leur octroie effectivement des licences à de telles conditions, un refus du titulaire du BEN d'octroyer une licence à ces mêmes conditions peut constituer, en principe, un abus au sens de l'article 102 TFUE.*» Voir également la décision de la Commission dans l'affaire AT.39985 - Motorola - Respect des brevets essentiels pour la norme GPRS, considérant 417: «*Compte tenu du processus d'élaboration des normes ayant entraîné l'adoption de la norme GPRS et de l'engagement volontaire de Motorola de céder sous licence le BEN Cudak à des conditions FRAND, les utilisateurs de la norme GPRS s'attendent légitimement à ce que Motorola leur concède sous licence ce BEN, à la condition qu'ils ne soient pas réticents à conclure un contrat de licence à des conditions FRAND.*»

d'une norme en cours d'élaboration³²⁷. Cela est pertinent pour a) permettre au secteur de choisir la technologie à inclure dans la norme en connaissance de cause³²⁸ et b) atteindre l'objectif d'un accès effectif à la norme. Au fur et à mesure de l'évolution de la norme, la divulgation pourrait être mise à jour sur la base d'efforts raisonnables visant à recenser les DPI en rapport avec la (future) norme. Concernant les brevets, la divulgation des DPI devrait inclure au moins le numéro du brevet ou le numéro de demande de brevet. Si ces informations ne sont pas encore accessibles au public, il suffit également que le participant déclare qu'il est susceptible de faire valoir des DPI pour une technologie particulière, sans préciser ses revendications en matière de DPI ni les demandes de DPI concernées (ce que l'on appelle une divulgation générale)³²⁹. Il y a en outre lieu d'inciter les participants à mettre leurs divulgations à jour lorsqu'ils adoptent une norme, surtout si des modifications apportées sont susceptibles d'avoir une influence sur le caractère essentiel ou la validité de leurs DPI. Étant donné que les risques en matière d'accès effectif ne sont pas les mêmes dans le cas d'un organisme d'élaboration de normes appliquant une politique d'exemption de redevances³³⁰, une divulgation des DPI ne serait pas pertinente dans ce contexte.

458. Les engagements FRAND visent à garantir que la technologie essentielle protégée par des DPI incorporée dans une norme soit accessible aux utilisateurs de cette norme à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. En particulier, les engagements FRAND peuvent empêcher les titulaires de DPI de rendre la mise en œuvre d'une norme difficile en refusant d'octroyer une licence ou en exigeant des redevances déloyales ou déraisonnables (en d'autres termes, des redevances excessives) une fois le secteur dépendant de la norme ou en imposant des redevances discriminatoires³³¹. Parallèlement, les engagements FRAND permettent aux titulaires d'un DPI de monétiser leurs technologies par l'intermédiaire des redevances FRAND et, conformément aux principes énoncés dans les points suivants, d'obtenir un retour raisonnable sur leurs investissements dans la R&D, qui, de nature, sont risqués. Cela peut garantir des incitations continues à contribuer à la norme grâce à la meilleure technologie disponible.

³²⁷ Pour obtenir le résultat souhaité, une divulgation faite de bonne foi ne doit pas aller plus loin qu'une invitation à comparer les DPI avec la norme potentielle et à faire une déclaration par laquelle les participants indiquent ne pas posséder de DPI associés à la norme potentielle.

³²⁸ Inversement, un «hold-up au brevet» survient lorsqu'une entreprise prenant part au processus d'élaboration d'une norme dissimule intentionnellement le fait qu'elle détient des brevets essentiels à la norme en cours d'élaboration, et ne commence à les faire valoir qu'une fois que la norme a été convenue et que les autres entreprises se retrouvent donc «contraints» de l'utiliser. Si un «hold-up au brevet» se produit lors du processus d'élaboration d'une norme, cela mine la confiance dans ce dernier, puisqu'un processus d'élaboration de norme efficace est une condition préalable au développement technique et à la croissance du marché en général, au profit des consommateurs. Voir, par exemple, la décision de la Commission du 9 décembre 2009 dans l'affaire COMP/ 38.636 - *RAMBUS* (JO C 30 du 6.2.2010, p. 17).

³²⁹ Les participants devraient être invités à compléter leur divulgation générale antérieure avec le numéro de brevet et/ou les numéros de demande de brevet lorsque ces informations deviennent accessibles au public.

³³⁰ Il en va de même lorsque l'organisation applique une politique de licence fondée sur une redevance nominale unique.

³³¹ Voir également arrêt du 16 juillet 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, point 71, selon lequel une action en contrefaçon peut constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 dès lors qu'elle est introduite à l'encontre d'une entité ayant exprimé sa volonté de conclure un contrat de licence sans se conformer aux étapes procédurales énoncées par la Cour de justice dans son arrêt.

459. Le respect de l'article 101 par l'organisme d'élaboration de normes n'exige pas de celui-ci qu'il vérifie si les conditions d'octroi de licences des participants respectent l'engagement FRAND³³². Les participants doivent examiner eux-mêmes si les conditions d'octroi de licences et, plus particulièrement, les redevances qu'ils facturent, respectent l'engagement FRAND. En conséquence, pour déterminer s'il convient de prendre un engagement FRAND pour un DPI particulier, les participants devront prévoir les implications de cet engagement, notamment pour ce qui est de leur capacité à fixer librement le niveau de leurs redevances.
460. En cas de différend, pour pouvoir apprécier le caractère déloyal ou déraisonnable des redevances imposées en vue de l'accès à des DPI dans le cadre du processus d'élaboration de normes, il est nécessaire de déterminer si les redevances sont raisonnables par rapport à la valeur économique de ces DPI³³³. La valeur économique des DPI pourrait reposer sur la valeur ajoutée actualisée des DPI couverts et devrait être indépendante du succès commercial des produits, qui n'est pas lié à la valeur de la technologie brevetée³³⁴. En règle générale, il existe plusieurs méthodes pour réaliser l'appréciation³³⁵, et en pratique, on emploie souvent plus d'une méthode pour compenser les lacunes d'une méthode particulière et recouper les résultats³³⁶. Il peut être possible de comparer les redevances de licences imposées par l'entreprise en question pour les DPI en cause dans un environnement concurrentiel avant l'élaboration de la norme par le secteur (ex ante) avec la valeur/les redevances de l'alternative se classant en deuxième position (ex ante) ou avec la valeur/les redevances imposées après l'imposition de la norme au secteur (ex post). Cela suppose également que la comparaison puisse être effectuée de manière cohérente et fiable³³⁷.
461. Il est aussi possible d'obtenir une analyse par des experts indépendants de la pertinence objective et du caractère essentiel du DPI en cause par rapport à la norme en question. Dans un cas approprié, il peut aussi être possible de se référer à des précédentes divulgations ex ante de conditions de concession de licences, y compris les redevances individuelles ou agrégées pour les DPI en cause, dans le contexte d'un processus spécifique d'élaboration d'une norme. De même, il est également possible de comparer les conditions de la concession de licences dans les accords du titulaire des DPI avec d'autres utilisateurs de la même norme. Les taux de redevances facturés pour les mêmes DPI dans d'autres normes comparables peuvent également fournir des indications sur les taux de redevance FRAND. Ces méthodes partent du principe que la comparaison peut être effectuée de manière cohérente et fiable, et que

³³² Les organismes d'élaboration de normes ne participent pas aux négociations de concession de licence ni aux accords qui en résultent.

³³³ Voir arrêt du 14 février 1978, *United Brands*, affaire 27/76, EU:C:1978:22, point 250; voir également arrêt du 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commission*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, point 142.

³³⁴ Communication relative aux brevets essentiels à des normes, page 7.

³³⁵ En principe, les méthodes fondées sur le coût peuvent ne pas être les plus appropriées, notamment car elles impliquent des difficultés liées à l'appréciation des coûts imputables à l'élaboration d'un brevet particulier ou d'un groupe de brevets et sont susceptibles de fausser les incitations à l'innovation.

³³⁶ Les méthodes décrites ici ne sont pas exclusives et d'autres méthodes en cohérence avec celles décrites peuvent être utilisées pour fixer les taux FRAND. Voir également Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) «Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases.» Rapport «Science for Policy» du JRC. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

³³⁷ Voir arrêt du 13 juillet 1989, *Tournier*, C-395/87, EU:C:1989:319, point 38; arrêt du 13 juillet 1989, *Lucazeau e.a./SACEM e.a.*, affaires 110/88, 241/88 et 242/88, EU:C:1989:326, point 33.

le niveau des taux de redevances ne résulte pas d'un exercice indu du pouvoir de marché. Une autre méthode consiste à déterminer, en premier lieu, une valeur globale adéquate pour l'ensemble des DPI pertinents et, en deuxième lieu, la part imputable à un titulaire de DPI précis. Les présentes lignes directrices ne cherchent pas à dresser une liste exhaustive des méthodes appropriées permettant d'apprécier le caractère éventuellement excessif ou discriminatoire des redevances au sens de l'article 102.

462. Il convient toutefois de souligner qu'aucune des dispositions des présentes lignes directrices n'influence la possibilité, pour les parties, de régler leurs différends concernant le niveau FRAND des taux de redevance en s'adressant aux juridictions civiles ou commerciales compétentes ou en ayant recours à des modes alternatifs de règlement des litiges³³⁸.

7.3.3.2. Appréciation des accords de normalisation sur la base de leurs effets

463. L'appréciation d'un accord de normalisation doit tenir compte des effets probables de la norme sur les marchés en cause. Il convient de prendre les caractéristiques du secteur et de l'industrie en considération lors de l'analyse des accords de normalisation. Les considérations suivantes s'appliquent à tous les accords de normalisation qui s'écartent des principes fixés aux points 451 à 457.

a) *Nature volontaire de la norme*

464. Les effets restrictifs éventuels des accords de normalisation sur la concurrence peuvent dépendre de la liberté dont disposent les membres d'un organisme d'élaboration de normes pour élaborer d'autres normes ou produits qui ne respectent pas la norme convenue³³⁹. Par exemple, si du fait de l'accord de normalisation qui les lie, les membres ne sont autorisés à fabriquer que des produits conformes à la norme, le risque d'un effet négatif éventuel sur la concurrence est sensiblement accru et pourrait, dans certaines circonstances, déboucher sur une restriction de la concurrence par objet³⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, des normes qui ne couvrent que des caractéristiques mineures du produit final sont moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence que des normes plus exhaustives, surtout lorsque la norme n'implique pas de DPI essentiels.

b) *Accès à la norme*

465. L'accès à la norme constituera également un critère permettant d'apprécier si un accord restreint la concurrence. Lorsque le résultat d'une norme (c'est-à-dire la spécification des modalités à respecter pour se conformer à celle-ci et, le cas échéant, les DPI essentiels aux fins de sa mise en œuvre) n'est pas du tout accessible pour l'ensemble des membres ou des tiers (c'est-à-dire des non-membres de l'organisme

³³⁸ Si les deux parties s'accordent, les différends concernant les conditions FRAND pour les BEN peuvent également être soumis à la médiation d'un tiers indépendant, par exemple un arbitre. Voir, par exemple, arrêt du 16 juillet 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, point 68, et la décision de la Commission du 29 avril 2014 dans l'affaire AT. 39939, *Samsung - Respect de brevets essentiels liés à la norme UMTS*, considérant 78.

³³⁹ Voir décision de la Commission dans l'affaire IV/29/151, *Philips/Video- Cassetterecorders*, considérant 23: «S'agissant, en l'espèce, des normes de fabrication d'appareils et de cassettes selon le système VCR, il en résulte que les entreprises participantes s'engagent à ne fabriquer et distribuer que des cassettes et des appareils appliquant ce système donné en licence par Philips. [...], ces entreprises n'avaient donc pas la possibilité de se mettre à fabriquer ou distribuer d'autres systèmes à vidéocassettes [...]. Il en résultait une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, sous b), [...]».

³⁴⁰ Voir décision de la Commission dans l'affaire IV/29/151, *Philips/Video- Cassetterecorders*, considérant 23.

d'élaboration de normes concerné), il peut en résulter une éviction ou une segmentation des marchés, ce qui est susceptible de restreindre la concurrence. De même, la concurrence est susceptible d'être restreinte lorsque le résultat d'une norme est accessible uniquement à des conditions discriminatoires ou excessives pour certains membres ou pour des tiers. Toutefois, lorsqu'il existe plusieurs normes concurrentes ou une concurrence effective entre la solution standard et des solutions non standards, une limitation de l'accès peut ne pas produire d'effets restrictifs sur la concurrence.

466. Quant aux accords d'élaboration de normes prévoyant des modèles de divulgation des DPI différents de ceux visés au point 457, il est nécessaire de déterminer au cas par cas si les modèles de divulgation en question (par exemple, un modèle n'exigeant pas la divulgation des DPI, mais encourageant celle-ci) garantissent un accès effectif à la norme. Les accords d'élaboration de normes qui prévoient la divulgation d'informations relatives aux caractéristiques et à la valeur ajoutée de chaque DPI se rapportant à une norme et, partant, améliorent la transparence pour les parties prenant part à l'élaboration de la norme ne restreindront pas, en principe, la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

c) Participation à l'élaboration de la norme

467. Empêcher certaines entreprises de pouvoir influencer le choix et la définition de la norme est susceptible d'avoir un effet restrictif sur la concurrence (sauf dans le cas décrit au point 470). En revanche, si la participation au processus d'élaboration de normes est ouverte, les risques d'un effet restrictif sur la concurrence sont moindres.³⁴¹
468. Une participation ouverte est possible en autorisant l'ensemble des concurrents et/ou des parties prenantes en cause opérant sur le marché concerné par la norme à contribuer à l'élaboration et au choix de la norme.
469. Plus l'incidence de la norme sur le marché est susceptible d'être élevée et plus son domaine d'application est potentiellement étendu, plus il est important de permettre un accès équitable au processus d'élaboration de la norme.
470. Cependant, dans certaines situations, le fait de restreindre la participation peut ne pas provoquer d'effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, par exemple: a) s'il y a concurrence entre plusieurs normes et organismes d'élaboration de normes, b) si, sans restriction infligée aux participants³⁴², il aurait été impossible d'adopter la norme ou l'adoption aurait été peu probable, ou c) si la restriction infligée aux participants est limitée dans le temps et vise à progresser rapidement (par exemple au début de l'effort de normalisation) et tant que tous les concurrents ont la possibilité d'être impliqués à chaque jalon majeur afin de poursuivre l'élaboration de la norme.

³⁴¹ Dans sa décision relative à l'affaire IV/31.458, *X/Open Group*, la Commission a considéré que même si les normes adoptées étaient rendues publiques, la politique d'admission restreinte avait pour effet d'empêcher des non-membres d'influer sur les résultats des travaux du groupe et d'obtenir le savoir-faire et la compréhension technique relatifs aux normes que les membres sont susceptibles d'acquérir. En outre, les non-membres ne pourraient, contrairement aux membres, appliquer la norme avant qu'elle ait été adoptée (voir le point 32). Il a donc été déterminé que l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

³⁴² Une telle restriction peut se matérialiser au travers de l'exclusion de parties prenantes de l'accord de normalisation ou d'un statut de participant plus limité.

471. Dans certains cas, les effets négatifs potentiels d'une participation restreinte pourraient être supprimés ou, à tout le moins, réduits en permettant aux parties prenantes d'être tenues informées et d'être consultées sur les travaux en cours³⁴³. Pour ce faire, des procédures pour la représentation collective des parties prenantes pourraient être mises en place. Plus les parties prenantes peuvent exercer une influence sur le processus débouchant sur la sélection d'une norme et plus la procédure d'adoption de la norme est transparente, plus il est probable que la norme adoptée tiendra compte des intérêts de toutes les parties prenantes.

d) Parts de marché

472. Pour apprécier les effets d'un accord d'élaboration de normes, il convient de tenir compte des parts de marché des biens, services ou technologies qui sont fondés sur cette norme. Il n'est pas toujours possible³⁴⁴ de déterminer avec suffisamment de certitude, à un stade précoce, si la norme sera, en pratique, adoptée par une part importante, ou seulement par une part insignifiante, du secteur concerné. Dans les cas où les entreprises contribuant à la norme grâce à la technologie sont verticalement intégrées, les parts de marché pertinentes des entreprises ayant pris part à l'élaboration de la norme peuvent être utilisées comme indicateur aux fins de l'estimation de la part de marché que la norme pourrait représenter (les entreprises qui ont participé à l'élaboration de cette norme ayant, dans la plupart des cas, tout intérêt à appliquer celle-ci)³⁴⁵. Étant donné, toutefois, que l'efficacité des accords de normalisation est souvent proportionnelle à la part du secteur concerné par l'élaboration et/ou l'application de la norme, le fait que les parties présentes sur le ou les marchés concernés par la norme détiennent des parts de marché élevées ne conduira pas nécessairement à la conclusion selon laquelle la norme est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence.

e) Discrimination

473. Tout accord d'élaboration de normes clairement discriminatoire à l'égard de l'un quelconque des membres participants ou potentiels pourrait déboucher sur une restriction de concurrence. Ainsi, par exemple, le fait, pour un organisme d'élaboration de normes, d'exclure explicitement des entreprises uniquement présentes en amont (c'est-à-dire des entreprises qui n'exercent pas d'activités sur le marché de la production en aval) pourrait conduire à l'éviction de technologies potentiellement plus performantes en amont.

f) Divulcation ex ante des taux de redevances

474. Des accords d'élaboration de normes prévoyant la divulgation ex ante des conditions de concession de licences les plus restrictives pour les brevets essentiels liés à une norme par les titulaires individuels de DPI ou d'un taux de redevance accumulé³⁴⁶ maximal par tous les titulaires de DPI ne restreindront pas, en principe, la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. À cet égard, il importe que les parties prenant part à la sélection d'une norme soient pleinement informées, non

³⁴³ Voir la décision de la Commission du 14 octobre 2009 dans l'affaire 39.416, *Classification des navires*.

³⁴⁴ En particulier lorsque l'introduction de la norme est susceptible de créer un nouveau marché en cause.

³⁴⁵ Voir le point 438.

³⁴⁶ Afin d'accroître la transparence des coûts éventuels de la mise en application d'une norme, les organismes d'élaboration de normes pourraient jouer un rôle de premier plan dans la divulgation d'un empilement total maximal de redevances pour la norme. Semblablement au concept de la communauté de brevets, les titulaires de DPI peuvent partager l'ensemble de l'empilement de redevance.

seulement des options techniques disponibles et du DPI y afférent, mais aussi du coût probable de ce DPI. En conséquence, si la politique liée aux DPI d'un organisme d'élaboration de normes oblige les titulaires de DPI à révéler leurs conditions de concession de licences les plus restrictives, y compris les taux de redevance maximaux ou le taux de redevance accumulé maximal qu'ils imposeraient, avant l'adoption de la norme, il n'en résultera généralement pas une restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1³⁴⁷. De telles divulgations ex ante unilatérales des conditions de concession de licences les plus restrictives ou d'un taux de redevance accumulé maximal seraient une manière de permettre aux parties impliquées dans l'élaboration d'une norme de prendre une décision en connaissance de cause reposant sur les avantages et désavantages d'autres technologies diverses.

7.4. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3

7.4.1. Gains d'efficience

475. Les accords de normalisation entraînent fréquemment des gains d'efficacité significatifs. Ainsi, des normes couvrant l'Union peuvent faciliter l'intégration des marchés et permettre aux entreprises de commercialiser leurs biens et services dans tous les États membres, ce qui augmente le choix pour les consommateurs et fait baisser les prix. Les normes qui établissent l'interopérabilité et la compatibilité techniques encouragent souvent la concurrence fondée sur les mérites entre les technologies de différentes entreprises, ce qui permet d'éviter toute dépendance vis-à-vis d'un fournisseur déterminé. En outre, les normes peuvent réduire les coûts des transactions tant pour les vendeurs que pour les acheteurs. Les normes relatives, par exemple, aux aspects qualité, sécurité et environnement d'un produit peuvent également faciliter le choix des consommateurs et contribuer à l'amélioration de la qualité du produit. Les normes jouent aussi un rôle important dans l'innovation: elles peuvent raccourcir les délais nécessaires à la commercialisation d'une nouvelle technologie et favoriser l'innovation en permettant aux entreprises de tirer profit des solutions adoptées. Ces gains d'efficience peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.
476. Pour que les accords de normalisation permettent de concrétiser des gains d'efficience, les informations nécessaires aux fins de l'application de la norme doivent être effectivement disponibles pour les acteurs souhaitant entrer sur le marché des produits/services auxquels la norme se rapporte³⁴⁸.
477. La diffusion d'une norme peut être améliorée par des labels ou des logos attestant son respect et apportant de la sorte une sécurité aux consommateurs. Les accords en matière de tests et de certification vont au-delà de l'objectif premier de définition de la norme et affectent généralement un marché distinct.
478. Tandis que les effets sur l'innovation doivent être analysés au cas par cas, les normes instaurant une compatibilité à un niveau horizontal entre différentes technologies sont susceptibles de provoquer des gains d'efficience.

³⁴⁷ Toute divulgation ex ante unilatérale ou conjointe des conditions de concession de licences les plus restrictives ne devrait pas servir de moyen déguisé pour fixer conjointement les prix soit de produits en aval soit de DPI/technologies de substitution, ce qui constitue une restriction de la concurrence par objet.

³⁴⁸ Voir décision de la Commission du 15 décembre 1986 dans l'affaire IV/31.458, *X/Open Group*, considérant 42: «*La Commission considère que la volonté du groupe de mettre les résultats à disposition aussi rapidement que possible est un élément essentiel dans sa décision d'accorder une exemption.*»

7.4.2. *Caractère indispensable*

479. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité pouvant être générés par un accord de normalisation ne remplissent pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3.
480. L'appréciation d'un accord de normalisation devra tenir compte de ses effets probables sur les marchés concernés, d'une part, et des restrictions possibles allant au-delà de l'objectif consistant à réaliser des gains d'efficacité, d'autre part³⁴⁹.
481. La participation à l'élaboration d'une norme doit de manière générale être ouverte à tous les concurrents présents sur le ou les marchés concernés par cette norme, à moins qu'une telle participation ne génère des inefficacités importantes, telles que de longs retards dans le processus d'adoption³⁵⁰. Lorsque la participation à l'élaboration de la norme est restreinte, tout effet restrictif de cette participation limitée doit être supprimé ou atténué³⁵¹, pour que cette restriction imposée aux participants soit compensée par des gains d'efficacité au titre de l'article 101, paragraphe 3.
482. En règle générale, les accords de normalisation ne devraient couvrir que les éléments strictement nécessaires à la réalisation de leurs objectifs, qu'il s'agisse de l'interopérabilité et de la compatibilité techniques ou d'un certain niveau de qualité. Lorsque la présence d'une seule solution technologique bénéficierait à l'ensemble des consommateurs ou de l'économie, cette norme devrait être définie sur une base non discriminatoire. Les normes neutres sur le plan technologique peuvent, dans certains cas, générer des gains d'efficacité plus importants. Le fait d'inclure d'autres DPI³⁵² en tant qu'éléments essentiels d'une norme tout en contraignant les utilisateurs de cette norme à acquitter des frais liés à des DPI plus étendus que ce qui est techniquement nécessaire irait au-delà de ce qu'exige la réalisation des éventuels gains d'efficacité établis. De même, le fait d'inclure d'autres DPI en tant qu'éléments essentiels de la norme et de limiter l'utilisation de cette technologie à cette norme particulière (usage exclusif) pourrait restreindre la concurrence entre des

³⁴⁹ Dans la décision de la Commission dans l'affaire IV/29/151, *Philips/Video- Cassetterecorders*, la mise en conformité avec les normes VCR a débouché sur l'exclusion d'autres systèmes, peut-être meilleurs. Une telle exclusion était particulièrement grave compte tenu de la position de pointe de Philips sur le marché: «[L'accord imposait [...] aux entreprises participantes des restrictions qui n'étaient pas indispensables pour obtenir les améliorations susvisées. La possibilité d'employer des vidéocassettes du système VCR dans des appareils d'autres fabricants aurait été aussi assurée si les participants avaient dû simplement s'engager à respecter les normes VCR dans la fabrication d'appareils selon le système VCR [...].» (point 31).

³⁵⁰ Voir décision de la Commission du 15 décembre 1986 dans l'affaire IV/31.458, *X/Open Group*, considérant 45: «Les objectifs du groupe ne pourraient être atteints si toute entreprise disposée à s'engager sur les objectifs du groupe avait le droit d'en devenir membre. Ceci créerait des difficultés pratiques et logistiques dans la gestion du travail et empêcherait éventuellement l'adoption de propositions appropriées.» Voir également la décision de la Commission dans l'affaire 39.416, *Classification des navires*, considérant 36: «En ce qui concerne les critères d'adhésion à l'IACS, les engagements ménagent un équilibre approprié entre, d'une part, le maintien de critères exigeants et, d'autre part, l'élimination des obstacles inutiles. Les nouveaux critères garantiront que seules des SC [sociétés de classification] techniquement compétentes pourront adhérer à l'IACS, empêchant ainsi que des critères de participation à l'IACS trop laxistes ne portent indûment atteinte à l'efficacité et à la qualité des travaux de l'IACS. Simultanément, les nouveaux critères n'empêcheront pas les SC techniquement compétentes et disposées à le faire d'adhérer à l'IACS.»

³⁵¹ Voir point 471 ci-dessus relatif au fait de permettre aux parties prenantes d'être tenues informées et d'être consultées sur les travaux en cours si la participation est restreinte.

³⁵² Les autres DPI désignent les technologies considérées par les utilisateurs ou les preneurs de licence comme interchangeables avec une autre technologie ou comme pouvant s'y substituer, en raison des caractéristiques des technologies et de l'utilisation recherchée.

technologies différentes et ne serait pas indispensable pour atteindre les gains d'efficacité constatés.

483. Les restrictions dans un accord de normalisation qui rendent une norme contraignante et obligatoire pour le secteur ne sont, en principe, pas indispensables.

484. De même, les accords de normalisation conférant à certains organismes le droit exclusif de procéder à des vérifications de conformité vont au-delà de l'objectif premier de la définition de la norme et peuvent aussi restreindre la concurrence. L'exclusivité peut toutefois se justifier durant un certain laps de temps, par exemple en raison de la nécessité de récupérer des coûts de démarrage substantiels³⁵³. L'accord de normalisation devrait, dans ce cas, comporter des garanties suffisantes pour atténuer les risques que cette exclusivité pourrait présenter pour la concurrence. Tel est le cas, entre autres, de la redevance de certification, qui doit être raisonnable et proportionnée au coût de la vérification de conformité.

7.4.3. Répercussion sur les consommateurs

485. Les gains d'efficacité réalisés au moyen de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence causés par l'accord de normalisation. Afin d'apprécier la probabilité des répercussions sur les consommateurs, il est utile de tenir compte des procédures utilisées pour garantir la protection des intérêts des utilisateurs de normes et des consommateurs finals. En outre, lorsque la norme facilite l'interopérabilité et la compatibilité techniques ou la concurrence entre des produits, des services et des processus nouveaux et existants, on peut supposer qu'elle bénéficiera aux consommateurs.

7.4.4. Absence d'élimination de la concurrence

486. La possibilité donnée par un accord de normalisation aux parties d'éliminer la concurrence dépend des diverses sources de concurrence sur le marché, du niveau de contrainte concurrentielle qu'elles imposent aux parties et de l'impact de l'accord sur cette contrainte concurrentielle. Bien que les parts de marché présentent un intérêt pour cette analyse, l'ampleur des autres sources de concurrence réelle ne peut être appréciée uniquement sur la base de la part de marché, sauf dans les cas où une norme devient une norme sectorielle de fait³⁵⁴. Dans ce dernier cas, la concurrence peut être éliminée si des tiers se voient refuser l'accès effectif à la norme.

7.5. Exemples

487. Définition de normes auxquelles les concurrents ne peuvent répondre

Exemple 1

³⁵³ À cet égard, voir la décision de la Commission du 29 novembre 1995 dans les affaires IV/34.179, 34.202, 216, *Dutch Cranes (SCK and FNK)*, considérant 23: «L'interdiction de sous-traiter des travaux à des entreprises qui ne sont pas certifiées par la SCK restreint la liberté d'action des entreprises certifiées. Afin de déterminer si l'interdiction peut être considérée comme de nature à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, il convient d'examiner le contexte juridique et économique de l'affaire. Si cette interdiction était liée à un système de certification totalement ouvert, indépendant et transparent et prévoyant l'acceptation de garanties équivalentes offertes par d'autres systèmes, on pourrait faire valoir que l'interdiction n'a pas pour effet de restreindre la concurrence, mais vise simplement à garantir totalement la qualité des produits et des services certifiés.»

³⁵⁴ Par «normalisation de fait», on entend une situation dans laquelle une norme (non juridiquement contraignante) est utilisée en pratique par la majeure partie du secteur.

Situation: Un organisme d'élaboration de normes définit et publie des normes de sécurité qui sont largement utilisées par le secteur en cause. La plupart des membres du secteur contribuent à l'élaboration de la norme. Avant l'adoption de cette dernière, un nouvel entrant a mis au point un produit techniquement équivalent sur le plan des performances et des critères fonctionnels, et qui est reconnu par le comité technique de l'organisme d'élaboration de normes. Toutefois, les spécifications techniques de la norme de sécurité sont, sans justification objective, rédigées de manière à empêcher ce produit ou d'autres produits nouveaux de se conformer à la norme.

Analyse: Dans ce cas, la participation à l'élaboration de la norme est restreinte, et le processus utilisé pour adopter la norme semble opaque. Cet accord de normalisation est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et il est peu probable qu'il réponde aux conditions de l'article 101, paragraphe 3. Les membres de l'organisme d'élaboration de normes ont, sans aucune justification objective, défini la norme de telle façon que les produits de leurs concurrents élaborés sur la base de solutions technologiques différentes ne puissent la respecter, même si leurs performances sont équivalentes. C'est pourquoi cette norme, qui n'a pas été définie sur une base non discriminatoire, freinera ou empêchera l'innovation et la diversité des produits. Il est peu probable que, compte tenu de la manière dont la norme est rédigée, les gains d'efficacité soient plus importants que ceux générés par une norme neutre.

488. Norme non obligatoire et transparente couvrant une large part du marché

Exemple 2

Situation: plusieurs fabricants d'électronique grand public détenant des parts de marché importantes conviennent de développer une nouvelle norme pour un produit appelé à remplacer le DVD.

Analyse: Pour autant a) que les fabricants restent libres de fabriquer d'autres nouveaux produits qui ne sont pas conformes à la nouvelle norme, b) que la participation à l'élaboration de la norme ne soit pas restreinte et soit transparente et c) que l'accord de normalisation ne restreigne pas autrement la concurrence, l'accord n'est pas susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. En revanche, si les parties s'étaient mises d'accord pour ne fabriquer que des produits conformes à la nouvelle norme, l'accord serait susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, en limitant la diversité des produits et l'innovation technologique.

489. Accord de normalisation sans divulgation des DPI

Exemple 3

Situation: Un organisme d'élaboration de normes privé actif dans le secteur des TIC (technologies de l'information et de la communication) applique une politique en matière de DPI qui n'impose pas ni encourage la divulgation de DPI qui pourraient être essentiels à toute norme future. Cet organisme a sciemment décidé de ne pas inclure une telle obligation, considérant en particulier qu'en règle générale, toutes les technologies potentiellement pertinentes pour la norme future sont couvertes par de nombreux DPI. Il a donc estimé qu'une obligation de divulguer les DPI, d'une part, n'aurait pas pour avantage de permettre aux participants de choisir une solution dépourvue de tout DPI ou y faisant peu appel et, d'autre part, entraînerait des coûts supplémentaires pour examiner si les DPI sont potentiellement essentiels à la future norme. Toutefois, la politique de l'organisme d'élaboration de normes en matière de DPI exige de tous les participants qu'ils s'engagent à concéder, à des conditions FRAND, une licence d'exploitation pour tout DPI qui pourrait être associé à la future norme. Cette politique autorise les dérogations, lorsque le titulaire d'un DPI donné souhaite que celui-ci ne soit pas couvert par cet engagement général. Dans ce secteur particulier, il existe plusieurs organismes d'élaboration de normes privés qui se font concurrence. La participation à l'organisme d'élaboration de normes est ouverte à toute personne exerçant ses activités dans ce secteur.

Analyse: Dans de nombreux cas, une obligation de divulgation des DPI favoriserait la concurrence, car elle l'accroîtrait entre les technologies ex ante. En général, une telle obligation permet aux membres d'un organisme d'élaboration de normes de prendre en considération la quantité de DPI associés à une technologie particulière lorsqu'ils doivent faire un choix entre des technologies concurrentes (voire, lorsque cela est possible, leur permet de choisir une technologie exempte de DPI). La quantité de DPI associés à une technologie aura souvent une incidence directe sur le coût de l'accès à la norme. Toutefois, dans ce contexte particulier, toutes les technologies disponibles semblent couvertes par des DPI, qui plus est en grand nombre. En conséquence, aucune divulgation de DPI n'aurait pour conséquence positive de permettre aux membres de prendre en considération la quantité de DPI lors du choix d'une technologie, étant donné qu'indépendamment de la technologie choisie, elle est

présumée comporter des DPI associés. Il est peu probable que l'accord produise des effets négatifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

8. CONDITIONS GÉNÉRALES

8.1. Définitions

490. Dans certains secteurs, les entreprises ont recours à des conditions générales et des conditions de vente ou d'achat conçues par un groupement professionnel ou directement par les entreprises concurrentes («conditions générales»)³⁵⁵. Ces conditions générales sont couvertes par les présentes lignes directrices à condition qu'elles établissent des conditions types pour la vente ou l'achat de biens ou de services par ces entreprises concurrentes à des clients ou des fournisseurs tiers (et non des conditions de vente ou d'achat entre les concurrents). Lorsque ces conditions générales sont largement utilisées dans un secteur, les conditions d'achat ou de vente appliquées dans ce dernier peuvent être alignées de fait³⁵⁶. La banque (par exemple, les conditions régissant les comptes) et l'assurance sont des exemples de secteurs dans lesquels les conditions générales jouent un rôle important.
491. Les conditions générales élaborées en toute indépendance par une entreprise pour son propre usage exclusif lorsqu'elle passe un contrat avec ses fournisseurs ou ses clients ne sont pas des accords horizontaux et ne sont dès lors pas couvertes par les présentes lignes directrices.

8.2. Marchés en cause

492. En général, les conditions générales provoquent des effets sur le marché en aval sur lequel les entreprises qui appliquent ces conditions générales se font concurrence en vendant leurs produits à leurs clients.

8.3. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1

8.3.1. Principaux problèmes de concurrence

493. Les conditions générales peuvent produire des effets restrictifs sur la concurrence en limitant le choix de produits et l'innovation. Si une part importante d'un secteur adopte les conditions générales et choisit de ne pas s'en écarter dans les cas individuels (ou de ne s'en écarter que dans des cas exceptionnels de pouvoir d'achat important), les clients pourraient n'avoir d'autre choix que d'accepter les conditions énoncées dans les conditions générales. Le choix et l'innovation ne risquent toutefois d'être limités que dans les cas où les conditions générales définissent le champ d'application du produit final. Pour ce qui est des biens de consommation, les conditions générales de vente ne limitent généralement pas l'innovation du produit existant ou la qualité ou la diversité du produit.
494. En outre, selon leur contenu, les conditions générales peuvent nuire aux conditions commerciales de la vente du produit final. Il existe notamment un risque sérieux de voir les conditions générales relatives au prix limiter la concurrence par les prix.
495. Qui plus est, lorsque les conditions générales sont largement adoptées dans un secteur, l'accès aux dites conditions peut être essentiel à l'entrée sur le marché. Dans de tels cas, refuser l'accès aux conditions générales risquerait de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle. Pour autant que les conditions générales restent

³⁵⁵ Ces conditions générales peuvent ne couvrir qu'une petite partie des clauses contenues dans le contrat final ou une partie importante de celles-ci.

³⁵⁶ Tel est le cas lorsque des conditions générales (non obligatoires) sont utilisées dans la pratique par la majeure partie du secteur et/ou pour la plupart des aspects du produit/service, ce qui limite, voire supprime, le choix des consommateurs.

effectivement ouvertes à toute entreprise qui souhaite y avoir accès, il est peu probable qu'elles provoquent une éviction anticoncurrentielle.

8.3.2. *Restriction de la concurrence par objet*

496. Les accords qui ont recours à des conditions générales dans le cadre d'un accord restrictif plus large visant à évincer des concurrents existants ou potentiels restreignent la concurrence par objet. Un exemple serait un groupement professionnel qui n'autorise pas un nouvel entrant à accéder à ses conditions générales, dont l'utilisation est essentielle pour assurer l'entrée sur le marché.
497. Les conditions générales contenant des dispositions qui influencent directement les prix³⁵⁷ imposés aux clients (prix conseillés, rabais, etc.) constituent généralement une restriction de la concurrence par objet.

8.3.3. *Effets restrictifs sur la concurrence*

498. L'établissement et l'utilisation de conditions générales doivent être évalués dans leur contexte économique et à la lumière de la situation du marché en cause afin de déterminer si les conditions générales sont susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence.
499. Lorsque la participation à l'établissement des conditions générales n'est pas limitée pour les concurrents sur le marché en cause (soit par la participation à un groupement professionnel, soit directement) et pour autant que l'utilisation des conditions générales ne soit pas obligatoire et que ces conditions soit effectivement accessibles pour être utilisées par toute entreprise, les accords associés aux conditions générales ne sont pas à même de provoquer des effets négatifs sur la qualité ou la diversité des produits ou l'innovation et, partant, il est peu probable qu'ils entraînent des effets restrictifs sur la concurrence (à la condition que les conditions générales n'aient aucun effet sur les prix et en tenant compte des réserves émises aux points 501 à 505).
500. Il existe toutefois deux exceptions générales qui nécessitent une appréciation plus approfondie.
501. Premièrement, des conditions générales portant sur la vente de biens ou de services de consommation qui définissent les caractéristiques du produit final vendu au client et pour lesquels le risque d'une limitation du choix de produit est plus important pourraient avoir des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, si leur application générale est susceptible de déboucher sur un alignement de fait. Cela pourrait être le cas si l'utilisation étendue des conditions générales conduit de fait à une limitation de l'innovation et de la diversité des produits sur le marché. Cette situation peut se présenter, par exemple, lorsque des conditions générales contenues dans des contrats d'assurance limitent pour les clients le choix des éléments clés du contrat, comme les types de risques couverts. Même si l'utilisation des conditions générales n'est pas obligatoire, elles peuvent nuire aux incitations poussant les assureurs concurrents à se livrer concurrence en matière de diversification des produits. Il est possible de surmonter cela en permettant aux

³⁵⁷ Voir aussi la note de bas de page n° 32. Sur les marchés où les paramètres non liés aux prix sont d'importants paramètres de la concurrence, les conditions générales portant sur ces paramètres peuvent également constituer une restriction de la concurrence par objet.

assureurs d'inclure également les risques autres que les risques types dans leurs contrats d'assurance.

502. Afin de déterminer si les conditions générales sont à même d'avoir des effets restrictifs en raison d'une limitation de la diversité des produits, il convient de tenir compte de facteurs tels que la concurrence existante sur le marché. S'il existe, par exemple, un très grand nombre de concurrents de taille plus modeste, le risque d'une limitation de la diversité des produits est généralement moindre que s'il n'y a que quelques fournisseurs plus importants³⁵⁸. Les parts de marché des entreprises prenant part à l'établissement des conditions générales peuvent également fournir une indication de la probabilité d'un recours aux conditions générales ou de l'utilisation de celles-ci par une grande partie du marché. À cet égard, toutefois, il convient d'examiner non seulement si les conditions générales sont susceptibles d'être utilisées par une grande partie du marché, mais également si ces conditions couvrent une partie du produit seulement ou l'ensemble du produit (moins la portée des conditions générales est étendue, moins elles devraient avoir pour effet, globalement, de limiter la diversité des produits). En outre, dans les cas où, en l'absence d'élaboration de conditions générales, il n'aurait pas été possible de proposer un produit donné, il est peu probable qu'il y ait un effet restrictif sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Dans ce cas, la diversité des produits sera plutôt accrue que réduite par l'instauration de ces conditions générales.
503. Deuxièmement, même si les conditions générales ne définissent pas les caractéristiques du produit final, elles peuvent considérablement influencer la décision des clients de conclure des transactions, pour d'autres raisons. Les achats en ligne pour lesquels la confiance du client est essentielle (par exemple utilisation de systèmes de paiement sûrs, description exacte des produits, règles claires et transparentes en matière de tarification, souplesse de la politique des retours, etc.) sont un exemple. Puisqu'il est difficile pour les clients de porter une appréciation claire sur tous ces paramètres, ils ont tendance à privilégier des pratiques répandues. Dans ce contexte, les conditions générales concernant ces paramètres pourraient se muer en une norme de fait que les entreprises devraient respecter pour pouvoir vendre sur le marché. Sans que leur utilisation soit obligatoire, de telles conditions générales pourraient cependant devenir une norme de fait dont les effets sont très proches de ceux d'une norme obligatoire et doivent être analysés en conséquence.
504. Si l'utilisation de conditions générales est obligatoire, il convient d'apprécier leur impact sur la qualité des produits, leur diversité et l'innovation (notamment si l'utilisation des conditions générales est obligatoire sur l'ensemble du marché).
505. En outre, si les conditions générales (que leur utilisation soit obligatoire ou non) contiennent des clauses susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence en ce qui concerne les prix³⁵⁹ (par exemple, des clauses influençant indirectement les types de remises à accorder), elles sont susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

³⁵⁸ Si l'expérience acquise en ce qui concerne les conditions générales sur le marché en cause montre que celles-ci n'ont pas débouché sur une concurrence réduite pour ce qui est de la différenciation des produits, on pourrait en déduire que l'utilisation du même type de conditions générales pour un produit proche ne produira pas davantage d'effets restrictifs sur la concurrence.

³⁵⁹ Sur les marchés où les paramètres non liés aux prix sont d'importants paramètres de la concurrence, les conditions générales portant sur ces paramètres peuvent également restreindre la concurrence.

8.4. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3

8.4.1. Gains d'efficience

506. Le recours à des conditions générales peut entraîner des avantages économiques, tels que permettre aux clients de comparer plus aisément les conditions proposées, et donc de pouvoir se tourner plus facilement vers un autre fournisseur. Les conditions générales peuvent aussi entraîner des gains d'efficience sous la forme d'économies dans les coûts de transaction et, dans certains secteurs (notamment si les contrats présentent une structure juridique complexe), faciliter l'entrée. Les conditions générales peuvent également accroître la sécurité juridique pour les parties à l'accord. Ces gains d'efficience peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.

507. Plus le nombre de concurrents présents sur le marché est élevé, plus le gain d'efficience tenant en une comparaison plus aisée des conditions proposées sera important.

8.4.2. Caractère indispensable

508. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience pouvant être générés par des conditions générales ne remplissent pas les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3. Par exemple, il n'est généralement pas nécessaire de rendre des conditions générales obligatoires pour le secteur. Toutefois, il ne peut être exclu que, dans certains cas, il s'avère indispensable de rendre obligatoire l'utilisation de conditions générales afin d'obtenir des gains d'efficience particuliers.

8.4.3. Répercussion sur les consommateurs

509. Le risque d'effets restrictifs sur la concurrence et la probabilité de gains d'efficience sont proportionnels aux parts de marché des entreprises participantes et au degré d'utilisation des conditions générales. Il n'est donc pas possible de fournir une «zone de sécurité» générale excluant tout risque d'effets restrictifs sur la concurrence ou laissant penser que des gains d'efficience seront répercutés sur les consommateurs de manière à compenser tout effet restrictif sur la concurrence.

510. Toutefois, certains gains d'efficience générés par des conditions générales, comme une comparabilité accrue des offres sur le marché, une facilitation des changements de fournisseurs et la certitude juridique, sont nécessairement bénéfiques aux consommateurs. En ce qui concerne d'autres gains d'efficience possibles, comme une diminution des coûts de transaction, il y a lieu d'apprécier au cas par cas et dans le cadre économique pertinent si ceux-ci sont susceptibles d'être répercutés sur les consommateurs.

8.4.4. Absence d'élimination de la concurrence

511. Les conditions générales utilisées par la majeure partie du secteur peuvent générer une norme sectorielle de fait. Dans ce cas, la concurrence peut être éliminée si des tiers se voient refuser l'accès effectif à la norme. Cependant, si les conditions générales ne concernent que des caractéristiques mineures du produit ou du service, la concurrence n'est pas susceptible de disparaître.

8.5. Exemples

512. Conditions générales non obligatoires et ouvertes s'appliquant à des contrats avec des utilisateurs finals

Exemple 1

Situation: Un groupement professionnel de distributeurs d'électricité instaure des conditions générales non obligatoires pour la fourniture d'électricité à des utilisateurs finals. Les conditions générales ont été instaurées de manière transparente et non-discriminatoire. Ces dernières couvrent des domaines tels que la spécification du point de consommation, la localisation du point de branchement et la tension du branchement, des dispositions concernant la fiabilité du service ainsi que la procédure de règlement des comptes entre les parties au contrat (que se passe-t-il par exemple si le client ne transmet pas au fournisseur les relevés des compteurs). Les conditions générales ne portent pas sur les prix, elles ne contiennent donc aucun prix conseillé ou d'autres clauses liées au prix. Toute entreprise active dans le secteur est libre d'utiliser les conditions générales comme elle le juge nécessaire. Environ 80 % des contrats conclus avec des utilisateurs finaux sur le marché en cause reposent sur ces conditions générales.

Analyse: Les conditions générales ne sont pas susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Même si elles sont devenues courantes dans le secteur, il semble peu probable qu'elles aient des effets négatifs appréciables sur les prix, la qualité des produits ou leur diversité.

513. Conditions générales utilisées pour des contrats entre entreprises

Exemple 2

Situation: Des entreprises de construction d'un État membre donné se réunissent pour définir des conditions générales non obligatoires et ouvertes à l'usage d'un donneur d'ordre présentant un devis à un client pour des travaux de construction. Un formulaire de devis adapté à la construction est joint aux conditions générales. Pris conjointement, ces documents constituent le contrat de construction. Les clauses couvrent des aspects tels que la formation du contrat, les obligations générales du donneur d'ordre et du client et les conditions de paiement non liées au prix (par exemple une disposition précisant le droit laissé au donneur d'ordre de notifier la suspension des travaux en cas de défaut de paiement), l'assurance, la durée, la réception et la garantie de parfait achèvement, la limitation de responsabilité, la cessation, etc. Ces conditions générales sont courantes entre les entreprises, l'une étant active en amont et l'autre en aval.

Analyse: Les conditions générales ne sont pas susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Elles n'entraîneront généralement aucune limitation significative dans le choix du produit final proposé au client, à savoir les travaux de construction. D'autres effets restrictifs sur la concurrence ne semblent pas probables. En effet, plusieurs des clauses mentionnées ci-dessus (la réception et la garantie de parfait achèvement, la cessation, etc.) sont souvent réglementées par la loi.

514. Conditions générales facilitant la comparaison entre des produits de différentes entreprises

Exemple 3

Situation: Un groupement national du secteur de l'assurance distribue des conditions types non obligatoires d'assurance pour des contrats d'assurance habitation. Ces conditions ne donnent aucune indication sur le niveau des primes d'assurance, le montant de la couverture ou les franchises redevables par l'assuré. Elles n'imposent

pas de couverture globale incluant des risques auxquels un nombre considérable de preneurs d'assurance ne sont pas simultanément exposés ni n'exigent de ces derniers qu'ils soient couverts par le même assureur pour des risques différents. Si la majorité des entreprises d'assurance ont recours aux conditions types, tous leurs contrats ne contiennent pas les mêmes conditions, étant donné qu'elles sont adaptées aux besoins individuels de chaque client et qu'il n'y a donc pas de normalisation effective des produits d'assurance proposés aux consommateurs. Les conditions d'assurance types permettent aux consommateurs et aux organisations de consommateurs de comparer les polices proposées par les différents assureurs. Une association de consommateurs participe au processus de définition des conditions types. Elles sont également mises à la disposition des nouveaux entrants sur le marché, sur une base non discriminatoire.

Analyse: les conditions d'assurance types portent sur la composition du produit final. Dans la mesure où les conditions du marché et d'autres facteurs montrent qu'il y a un risque de restriction de la diversité des produits en raison du fait que les entreprises d'assurance utilisent les conditions types, toute restriction de cet ordre est susceptible d'être compensée par des gains d'efficacité, tels que le fait de faciliter, pour les consommateurs, la comparaison entre les conditions proposées par différentes entreprises d'assurance. Ces comparaisons facilitent à leur tour le passage d'une entreprise d'assurance à l'autre et, partant, favorisent la concurrence. En outre, la possibilité de changer d'assureur ainsi que l'entrée de concurrents sur le marché sont favorables aux consommateurs. Le fait que l'association de consommateurs ait participé au processus peut augmenter la probabilité que ces gains d'efficacité soient répercutés sur ces derniers. Les conditions d'assurance types sont également susceptibles de réduire les coûts de transaction et de faciliter l'entrée des assureurs sur des marchés géographiques et/ou de produits différents. De plus, les restrictions ne semblent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité relevés et la concurrence ne serait pas éliminée. Il est donc probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies.

9. ACCORDS DE DURABILITÉ

9.1. Introduction

515. Le présent chapitre fournit des orientations générales sur l'appréciation au regard de la concurrence des accords passés entre concurrents qui poursuivent des objectifs de développement durable («accords de durabilité»). Outre ces orientations générales, la Commission s'engage à fournir des orientations informelles concernant les questions nouvelles ou non résolues portant sur les accords de durabilité individuels via sa communication relative à des orientations informelles³⁶⁰.
516. Le développement durable est un principe clé du traité sur l'Union européenne de même qu'un objectif prioritaire pour les politiques de l'Union³⁶¹. La Commission s'est engagée à concrétiser les objectifs de développement durable des Nations

³⁶⁰ Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles ou non résolues qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (lettres d'orientation), JO C 381 du 4.10.2022, p. 9.

³⁶¹ Article 3 du TUE.

unies³⁶². Conformément à cet engagement, le pacte vert pour l'Europe établit une nouvelle stratégie de croissance qui vise à transformer l'Union en une société juste et prospère, dotée d'une économie moderne, efficace dans l'utilisation des ressources et compétitive, caractérisée par l'absence d'émission nette de gaz à effet de serre d'ici 2050 et dans laquelle la croissance économique est dissociée de l'utilisation des ressources³⁶³.

517. En des termes généraux, le développement durable renvoie à la capacité de la société de consommer et utiliser les ressources disponibles aujourd'hui sans compromettre la capacité des générations futures de répondre à leurs propres besoins. Il englobe les activités qui soutiennent le développement économique, environnemental et social (y compris les droits des travailleurs et les droits de l'homme)³⁶⁴. La notion d'objectifs de développement durable comprend dès lors, sans toutefois s'y limiter, la lutte contre le changement climatique (par exemple en réduisant les émissions de gaz à effet de serre), la réduction de la pollution, la limitation de l'utilisation des ressources naturelles, le respect des droits de l'homme, la garantie d'un revenu de subsistance, la promotion des infrastructures résilientes et de l'innovation, la réduction du gaspillage alimentaire, la facilitation de la transition vers une alimentation saine et nutritive, la garantie du bien-être animal, etc.³⁶⁵
518. L'application du droit de la concurrence contribue au développement durable en assurant une concurrence effective qui stimule l'innovation, augmente la qualité et le choix des produits, garantit une allocation efficace des ressources, réduit les coûts de production et concourt donc au bien-être du consommateur.
519. Néanmoins, un problème lié au développement durable se pose en ce que les décisions individuelles de production et de consommation peuvent avoir des retombées négatives («externalités négatives»), sur l'environnement par exemple, qui ne sont pas suffisamment prises en considération par les opérateurs économiques ou les consommateurs qui en sont à l'origine. Ce type de défaillance du marché peut être atténué ou résolu grâce à des actions collectives, principalement par le biais de politiques publiques ou de règlements (spécifiques au secteur), et accessoirement par des accords de coopération conclus entre des entreprises qui favorisent la production ou la consommation durables.

³⁶² Le Programme de développement durable à l'horizon 2030, adopté par l'ensemble des États membres des Nations unies en 2015.

³⁶³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Le pacte vert pour l'Europe [COM(2019) 640 final].

³⁶⁴ Voir, par exemple, la résolution 66/288 de l'ONU adoptée par l'Assemblée générale le 27 juillet 2012.

³⁶⁵ Le Programme de développement durable à l'horizon 2030 de l'ONU recense 17 objectifs de développement durable (y compris, par exemple, l'objectif 2: éliminer la faim, assurer la sécurité alimentaire, améliorer la nutrition et promouvoir l'agriculture durable; l'objectif 7: garantir l'accès de tous à des services énergétiques fiables, durables et modernes, à un coût abordable; l'objectif 9: bâtir une infrastructure résiliente, promouvoir une industrialisation durable qui profite à tous et encourager l'innovation; l'objectif 13: prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions); et 169 cibles (y compris, par exemple, la cible 9.1: mettre en place une infrastructure de qualité, fiable, durable et résiliente, y compris une infrastructure régionale et transfrontière, pour favoriser le développement économique et le bien-être de l'être humain, en mettant l'accent sur un accès universel, à un coût abordable et dans des conditions d'équité; et la cible 13.1: renforcer, dans tous les pays, la résilience et les capacités d'adaptation face aux aléas climatiques et aux catastrophes naturelles liées au climat).

520. Lorsqu'une réglementation adéquate, comme des normes relatives à la pollution obligatoires au niveau de l'Union, des mécanismes de fixation des prix tels que le système d'échange de quotas d'émission de l'Union («SEQE») ou des taxes, traite ces défaillances du marché, il peut ne pas être nécessaire que les entreprises prennent des mesures supplémentaires, par exemple par l'intermédiaire d'accords de coopération. Toutefois, les accords de coopération peuvent remédier à des défaillances résiduelles du marché qui ne sont que partiellement voire pas du tout abordées par les politiques publiques et les réglementations.
521. Dans les présentes lignes directrices, le terme «accord de durabilité» renvoie à tout accord de coopération horizontale qui poursuit un objectif de développement durable, indépendamment de la forme de la coopération. Les accords de durabilité ne posent des problèmes de concurrence au sens de l'article 101 que s'ils entraînent des restrictions de la concurrence par objet ou s'ils provoquent des effets négatifs appréciables existants ou potentiels sur la concurrence. Les accords qui restreignent la concurrence ne sauraient être exemptés de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1 en invoquant simplement un objectif de développement durable³⁶⁶.
522. Lorsque des accords de durabilité restreignent la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, ils peuvent néanmoins être compatibles avec l'article 101 s'ils remplissent les quatre conditions de l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3. Des orientations détaillées sur l'application desdites conditions sont fournies dans les lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3³⁶⁷.
523. Les accords de durabilité ne constituent pas une catégorie distincte d'accords de coopération horizontale aux fins de l'application de l'article 101. Par conséquent, lorsqu'un accord de coopération horizontale correspond à l'un des types d'accords horizontaux couverts par les chapitres précédents des présentes lignes directrices et que cet accord poursuit également un objectif de développement durable, il doit être apprécié sur la base des orientations figurant dans le ou les chapitres précédents concernés, ainsi que des orientations fournies dans le présent chapitre.
524. Cela signifie, en pratique, qu'un accord de R&D ou de spécialisation qui poursuit un objectif de développement durable (par exemple, un accord entre concurrents visant à développer conjointement une technologie de production réduisant la consommation d'énergie, ou un accord visant à partager des infrastructures afin de réduire l'incidence environnementale d'un procédé de production), et qui est donc également considéré comme un accord de durabilité, peut bénéficier des règlements d'exemption par catégorie applicables aux accords de R&D ou de spécialisation, pour autant que les conditions prévues par ces règlements soient remplies. Si les conditions du règlement d'exemption par catégorie concerné ne sont pas remplies, il est nécessaire d'effectuer une appréciation complète au regard de l'article 101, sur la base des orientations fournies au chapitre 2 (dans le cas des accords de R&D) et des

³⁶⁶ Voir la section 1.2.6 ci-dessus. La Cour de justice a reconnu que les restrictions de concurrence émanant d'accords ou de décisions d'associations d'entreprises peuvent ne pas relever du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, si elles sont inhérentes à la poursuite d'un objectif légitime et proportionnées à celui-ci (voir notamment les arrêts du 21 septembre 1999, Albany International, C-67/96, EU:C:1999:430; du 19 février 2002, Wouters e.a., C-309/99, EU:C:2002:98; et du 16 juillet 2006, Meca-Medina et Majcen/Commission, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

³⁶⁷ Lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité («lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3») (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

orientations fournies au chapitre 3 (dans le cas des accords de production, y compris les accords de partage d'infrastructures de télécommunications mobiles), tout en tenant compte, pour les deux types d'accords, des orientations fournies dans le présent chapitre. De même, lorsque des concurrents passent un accord pour n'acheter conjointement que des produits ayant des incidences environnementales limitées comme intrants nécessaires à leur production, ou pour s'approvisionner exclusivement auprès de fournisseurs respectant certaines normes de durabilité, cet accord doit être apprécié selon les orientations énoncées au chapitre 4 (accords d'achat)³⁶⁸, tout en tenant compte des orientations du présent chapitre.

525. En cas d'incohérence entre les orientations fournies dans le présent chapitre et les orientations fournies dans les chapitres pertinents précédents pour l'appréciation d'un accord de durabilité particulier (chapitres 2 à 8), les parties à l'accord peuvent se référer aux orientations du chapitre qui leur est le plus avantageux. Compte tenu de leurs caractéristiques distinctes (voir les points 540 à 544), les accords de normalisation en matière de durabilité doivent être appréciés conformément aux orientations formulées à la section 9.3³⁶⁹, le chapitre 7 (accords de normalisation) ne fournissant qu'un contexte supplémentaire sur les conditions que les deux chapitres ont en commun.
526. Le présent chapitre est structuré de la manière suivante: La section 9.2 présente des exemples d'accords de durabilité qui ne sont pas susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1; la section 9.3 fournit des orientations quant aux aspects spécifiques de l'appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 1, et se concentre sur les accords de durabilité les plus courants, à savoir ceux qui fixent des normes en la matière; la section 9.4 couvre les aspects spécifiques de l'appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 3, et la section 9.5 examine les conséquences de la participation des autorités publiques dans la conclusion des accords de durabilité. Enfin, la section 9.6 apporte une appréciation des exemples hypothétiques d'accords de durabilité.

9.2. Accords de durabilité peu susceptibles de poser des problèmes de concurrence

527. Tous les accords de durabilité entre concurrents n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 101. Lorsque ces accords n'ont pas d'incidences négatives sur les paramètres de la concurrence, tels que le prix, la quantité, la qualité, le choix ou l'innovation, ils ne sont pas à même de soulever des problèmes de droit de la concurrence. Les éléments suivants sont des exemples d'accords de durabilité qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 101. Ces exemples sont illustratifs et non exhaustifs.
528. Premièrement, les accords qui visent uniquement à assurer le respect d'exigences ou d'interdictions suffisamment précises figurant dans des traités, conventions ou accords internationaux juridiquement contraignants, qu'elles aient ou non été transposées dans le droit national (par exemple, le respect des droits sociaux fondamentaux ou les interdictions relatives au travail des enfants, à l'exploitation de certains types de bois tropicaux ou à l'utilisation de certains polluants), et qui ne sont pas pleinement mis en œuvre ou appliqués par un État signataire, ne relèvent pas de

³⁶⁸ Voir le point 284.

³⁶⁹ Dans la mesure où les accords de normalisation en matière de durabilité sont une sous-catégorie des accords de normalisation.

l'article 101. Cette exclusion de l'article 101 ne s'applique que si l'accord prévoit que les entreprises participantes, leurs fournisseurs et/ou leurs distributeurs doivent se conformer à ces exigences ou interdictions, par exemple en empêchant, réduisant ou éliminant la production ou l'importation dans l'Union de produits contraires à celles-ci. Ces accords peuvent constituer une mesure appropriée pour permettre aux entreprises de remplir leurs obligations de diligence en matière de développement durable en vertu de la législation nationale ou européenne et ils peuvent également faire partie de programmes de coopération industrielle plus vastes ou d'initiatives multipartites visant à recenser, atténuer et prévenir les effets négatifs sur le développement durable dans leurs chaînes de valeur ou leur secteur d'activité.

529. Deuxièmement, les accords qui ne portent pas sur l'activité économique des entreprises, mais sur leur comportement d'entreprise interne, ne relèvent généralement pas du champ d'application de l'article 101. Les entreprises concurrentes peuvent chercher à accroître la réputation de leur secteur en ce qui concerne le respect de l'environnement et, à cette fin, convenir, par exemple, d'adopter des mesures visant à éliminer les produits en plastique à usage unique de leurs locaux professionnels, de ne pas dépasser une température ambiante définie dans leurs bâtiments ou de limiter le volume d'impressions de documents internes.
530. Troisièmement, les accords visant à mettre en place une base de données contenant des informations générales sur les fournisseurs qui ont des chaînes de valeur (non) durables (par exemple, les fournisseurs qui respectent les droits des travailleurs ou versent des salaires décentes), qui utilisent des procédés de production (non) durables ou fournissent des intrants (non) durables, ou contenant des informations sur les distributeurs qui commercialisent des produits d'une manière (non) durable, mais qui n'interdisent pas ou n'obligent pas les parties à s'approvisionner auprès de ces fournisseurs ou à vendre à ces distributeurs, ne restreignent généralement pas la concurrence et n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 101³⁷⁰. De telles formes limitées d'échange d'informations peuvent également aider les entreprises à remplir leurs obligations de diligence en matière de développement durable en vertu de la législation nationale ou européenne.
531. Quatrièmement, les accords conclus entre concurrents qui se rapportent à l'organisation de campagnes de sensibilisation à l'échelle du secteur ou de campagnes visant à sensibiliser les clients au sujet des incidences environnementales ou d'autres externalités négatives de leurs habitudes de consommation, à condition que ces campagnes ne constituent pas une promotion commune de produits spécifiques, ne restreignent généralement pas non plus la concurrence et ne relèvent pas de l'article 101.

9.3. Appréciation des accords de durabilité au sens de l'article 101, paragraphe 1

9.3.1. Principes généraux

532. Lorsque les accords de durabilité ont un effet négatif sur un ou plusieurs paramètres de la concurrence, ils doivent être appréciés au regard de l'article 101, paragraphe 1.

³⁷⁰ Tant que la base de données ne dissipe pas l'incertitude concernant les actions récentes ou futures des concurrents sur le marché, elle ne constitue pas un échange d'informations commercialement sensibles. En d'autres termes, les entreprises contribuant à la base de données ne doivent pas identifier leurs fournisseurs existants ou futurs.

533. Lorsqu'un accord de coopération entre concurrents (qu'il soit ou non couvert par l'un des chapitres précédents des présentes lignes directrices) poursuit un objectif de développement durable, il convient d'en tenir compte pour déterminer si l'accord restreint la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1³⁷¹.
534. Lorsque les parties à un accord prouvent que l'objet principal d'un accord est la poursuite d'un objectif de développement durable et que cela jette un doute raisonnable sur le fait de savoir si l'accord révèle par sa nature même, eu égard à la teneur de ses dispositions, à ses objectifs et au contexte économique et juridique, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être considéré comme une restriction par objet³⁷², les effets de l'accord sur la concurrence devront être appréciés. Ce n'est pas le cas lorsque l'accord est utilisé pour dissimuler une restriction de la concurrence par objet, telle que la fixation des prix, la répartition des marchés ou des clients, ou la limitation de la production ou de l'innovation.
535. Toute appréciation des effets est effectuée conformément aux principes énoncés à la section 1.2.5 et à la section sur les «effets restrictifs sur la concurrence» du chapitre précédent des présentes lignes directrices correspondant au type particulier d'accord horizontal³⁷³. Les facteurs suivants doivent notamment être considérés lors de l'appréciation des effets d'un accord de durabilité: le pouvoir de marché des parties à l'accord; la mesure dans laquelle l'accord limite l'autonomie décisionnelle des parties concernant les principaux paramètres de la concurrence; la couverture du marché de l'accord; la mesure dans laquelle des informations commercialement sensibles sont échangées dans le cadre de l'accord; et la question de savoir si l'accord entraîne une augmentation sensible des prix ou une réduction sensible de la production, de la diversité, de la qualité ou de l'innovation.
536. Les accords de durabilité qui restreignent la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, soit par objet, soit par effet, peuvent encore bénéficier de l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3, si les parties sont en mesure de démontrer que les quatre conditions cumulatives de cette disposition sont remplies (voir la section 9.4).

9.3.2. *Accords de normalisation en matière de durabilité*

537. Les accords de normalisation en matière de durabilité sont une sous-catégorie des accords de durabilité. Leur conformité avec l'article 101 doit être appréciée selon les principes qui suivent.

9.3.2.1. Définitions et caractéristiques

538. Afin de contribuer au développement durable, les concurrents peuvent souhaiter s'entendre pour éliminer progressivement, retirer, ou, dans certains cas, remplacer les produits (par exemple les plastiques ou les combustibles fossiles tels que le pétrole et le charbon) et les procédés (comme la production d'acier à partir de charbon) non durables par d'autres produits ou procédés durables. Les concurrents peuvent en outre vouloir s'accorder sur les matériaux d'emballage de sorte à faciliter le

³⁷¹ Voir les points 23 et 28.

³⁷² En principe, les éléments de preuve démontrant la poursuite d'un objectif de développement durable devraient être de nature à justifier un doute raisonnable quant à l'objet anticoncurrentiel de l'accord. La poursuite de l'objectif de développement durable ne devrait toutefois pas être incertaine. Voir, par analogie, arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, points 107 à 108.

³⁷³ Voir également les points 24 à 27 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

recyclage ou sur les tailles d'emballage (et donc la composition du produit) en vue de réduire les déchets. Ils peuvent vouloir convenir de n'acheter que des intrants de production ayant été fabriqués de manière durable. De la même manière, ils sont susceptibles de vouloir s'entendre sur certaines normes visant à améliorer le bien-être animal (par exemple des normes destinées à accorder aux animaux davantage d'espace et de meilleures conditions de vie). À ces fins, les concurrents peuvent accepter d'adopter et de se conformer à certaines normes de durabilité. Dans le présent chapitre, ces accords sont dénommés «accords de normalisation en matière de durabilité» ou «normes de durabilité». Toutefois, aux fins des présentes lignes directrices, les accords entre concurrents qui limitent la production des entreprises participantes pour les produits concernés par l'accord ne sont pas considérés comme des accords de normalisation en matière de durabilité.

539. Les accords de normalisation en matière de durabilité sont utilisés pour préciser les exigences que les fabricants, les transformateurs, les distributeurs, les détaillants ou les prestataires de service opérant sur la chaîne d'approvisionnement doivent respecter en ce qui concerne une large gamme d'indicateurs de durabilité, tels que les incidences environnementales de la production³⁷⁴. En règle générale, les accords de normalisation en matière de durabilité prévoient des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques applicables aux produits et aux procédés selon ces indicateurs de durabilité et sont parfois appelés «systèmes de durabilité». Il s'agit souvent d'initiatives privées qui peuvent couvrir tout un éventail, des codes de conduite adoptés par les entreprises aux normes dirigées par des organisations de la société civile en passant par les initiatives pluripartites impliquant des entreprises actives sur la chaîne de valeur³⁷⁵. Les présentes lignes directrices ne couvrent que les normes de durabilité élaborées par les concurrents ou auxquelles les concurrents prennent part, y compris les marques ou labels de qualité.
540. Les accords de normalisation en matière de durabilité présentent des similitudes avec les accords de normalisation abordés au chapitre 7, et les orientations fournies dans ce chapitre contiennent des explications supplémentaires sur certaines des conditions énoncées à la section 9.3.2.4. Cependant, les accords de normalisation en matière de durabilité ont également des caractéristiques spécifiques.
541. Premièrement, l'adoption d'une norme de durabilité peut déboucher sur la création d'un label, d'un logo ou d'une marque pour les produits qui respectent certaines exigences minimales. Le recours à de tels labels, logos ou marques oblige en principe les parties ayant adopté la norme à se conformer à ces exigences et, si elles cessent de le faire, elles perdent le droit d'utiliser le label, le logo ou la marque.
542. Deuxièmement, le coût d'adhésion à une norme de durabilité et de mise en conformité avec celle-ci peut être élevé, surtout si des changements doivent être apportés aux procédés de production ou de distribution existants. Ainsi, le fait d'adhérer à une norme de durabilité peut entraîner une hausse des coûts de production ou de distribution et, par la suite, accroître le prix des produits vendus par les parties.

³⁷⁴ Voir, par exemple, le Forum des Nations unies sur les normes de durabilité, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>

³⁷⁵ Voir, par exemple, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, Cadre pour la boîte à outils d'évaluation des normes volontaires de durabilité, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf

543. Troisièmement, contrairement aux normes techniques, qui garantissent l'interopérabilité et stimulent la concurrence entre les technologies développées par différentes entreprises dans le processus d'élaboration des normes, les enjeux d'interopérabilité et de compatibilité entre les technologies sont généralement moins pertinents pour les normes de durabilité.
544. Quatrièmement, de nombreuses normes de durabilité sont fondées sur les procédés, la gestion ou les performances. Cela signifie que, contrairement à beaucoup de normes techniques, les normes de durabilité ne font souvent que définir un objectif à atteindre, sans imposer une technologie ou une méthode de production spécifiques pour y parvenir. Les entités adoptant de telles normes de durabilité peuvent s'engager à réaliser l'objectif tout en restant libres de décider de l'utilisation d'une technologie ou d'une méthode de production particulières pour y parvenir.

9.3.2.2. Principaux problèmes de concurrence

545. Les accords de normalisation en matière de durabilité ont souvent des retombées positives sur la concurrence. Ils peuvent contribuer au développement durable en permettant l'élaboration de nouveaux produits ou marchés, en augmentant la qualité des produits ou en améliorant les conditions de fourniture ou de distribution. Plus particulièrement, les normes de durabilité jouent un rôle dans la croissance des marchés de produits durables, car elles donnent aux consommateurs les moyens de prendre des décisions d'achat en bonne connaissance de cause en les informant au sujet des questions de durabilité (par exemple via les labels). Enfin, les normes de durabilité peuvent également mettre sur un pied d'égalité les producteurs soumis à des exigences réglementaires différentes.
546. Pourtant, dans certaines circonstances, les normes de durabilité peuvent restreindre la concurrence. Cela peut se produire de trois façons particulières: la coordination des prix, l'exclusion d'autres normes et l'exclusion de certains concurrents ou la discrimination envers ces derniers³⁷⁶.

9.3.2.3. Restriction de la concurrence par objet

547. Les normes de durabilité utilisées pour dissimuler la fixation des prix, la répartition du marché ou des clients, la limitation de la production ou le cloisonnement de la qualité et de l'innovation, restreignent la concurrence par objet.
548. En particulier, un accord entre concurrents portant sur la manière de répercuter la hausse des coûts résultant de l'adoption d'une norme de durabilité sur les clients par le biais de prix de vente plus élevés, ou sur la manière de fixer les prix des produits intégrant la norme, restreint la concurrence par objet. De même, un accord conclu entre les parties à une norme de durabilité visant à exercer une pression directement sur des tiers concurrents pour qu'ils s'abstiennent de commercialiser des produits non conformes à ladite norme restreint la concurrence par objet. Cela vaut également pour les accords entre concurrents visant à limiter le développement technologique aux normes minimales de durabilité exigées par la loi, au lieu de coopérer pour atteindre des objectifs environnementaux plus ambitieux³⁷⁷.

³⁷⁶ Voir les points 442 à 444 pour une description plus détaillée des principales façons dont les accords de normalisation peuvent restreindre la concurrence.

³⁷⁷ Décision de la Commission du 8 juillet 2021 dans l'affaire AT.40178, *Émissions des véhicules automobiles*.

9.3.2.4. Effets restrictifs sur la concurrence

a) Zone de sécurité informelle

549. Les accords de normalisation en matière de durabilité ne sont pas à même de produire des effets négatifs sensibles sur la concurrence tant que les six conditions cumulatives suivantes sont remplies³⁷⁸:

Premièrement, la procédure d'élaboration de la norme de durabilité doit être transparente et l'ensemble des concurrents intéressés doivent être en mesure de participer au processus débouchant sur la sélection de la norme³⁷⁹.

Deuxièmement, la norme de durabilité ne doit pas obliger (directement ou indirectement) les entreprises ne souhaitant pas participer à la norme à se conformer à cette dernière³⁸⁰.

Troisièmement, afin de garantir le respect de la norme, des exigences contraignantes peuvent être imposées aux entreprises participantes, mais ces dernières doivent rester libres d'appliquer des normes de durabilité plus strictes.

Quatrièmement, les parties à la norme de durabilité ne doivent pas échanger d'informations commercialement sensibles qui ne sont pas objectivement nécessaires et proportionnées pour l'élaboration, la mise en œuvre, l'adoption ou la modification de la norme.³⁸¹

Cinquièmement, l'accès effectif et non discriminatoire au résultat de la procédure d'élaboration des normes doit être garanti. Cela englobe le fait de permettre l'accès effectif et non discriminatoire aux exigences et conditions préalables à l'utilisation du label, du logo ou de la marque convenus, et de permettre aux entreprises qui n'ont pas participé au processus d'élaboration de la norme d'adopter cette dernière à une étape ultérieure³⁸².

Sixièmement, la norme de durabilité doit remplir au moins l'une des deux conditions suivantes:

- (a) la norme ne doit pas déboucher sur une augmentation considérable du prix³⁸³ ou une réduction conséquente de la qualité des produits concernés;*
- (b) la part de marché cumulée des entreprises participantes³⁸⁴ ne doit pas dépasser 20 % sur tout marché en cause touché par la norme³⁸⁵.*

³⁷⁸ Comme le formule le point 538, les accords entre concurrents qui limitent la production des entreprises participantes pour les produits concernés ne sont pas considérés comme des accords de normalisation en matière de durabilité. De tels accords nécessitent donc une appréciation individuelle au regard de l'article 101.

³⁷⁹ Voir le point 453 pour une explication du concept de «transparence» dans la procédure d'élaboration des normes.

³⁸⁰ Voir le point 464. En d'autres termes, les entreprises qui ne désirent pas participer à la norme ne doivent pas être gênées dans la poursuite de leur approvisionnement du marché et des consommateurs avec des produits respectant les exigences légales, mais ne remplissant pas les exigences supplémentaires créées par la nouvelle norme de durabilité.

³⁸¹ Voir la section 6.1 sur l'échange d'informations et en particulier le point 369.

³⁸² Voir les points 465 et suivants de la section 7.3.3.2 sur les conditions d'accès à la norme.

³⁸³ L'importance de l'augmentation du prix dépendra des caractéristiques du produit et du marché en cause.

³⁸⁴ La part de marché cumulée des entreprises participantes correspond à la part de marché des produits des entreprises en général sur les marchés en cause touchés par la norme et ne se limite pas aux produits spécifiquement couverts par l'accord de normalisation en matière de durabilité.

550. Ces conditions garantissent que la norme de durabilité n'entraîne pas de restriction sensible de la concurrence (par exemple, en éliminant du marché des versions de produits moins coûteuses). De plus, elles garantissent que la norme n'évince pas d'autres normes ou qu'elle n'exclut ou ne discrimine pas d'autres entreprises, et elles assurent un accès effectif à la norme. La condition interdisant tout échange inutile d'informations commercialement sensibles garantit que les échanges d'informations se limitent à ce qui est nécessaire et proportionné à la procédure d'élaboration des normes et qu'ils ne soient pas utilisés pour faciliter la collusion ou restreindre la concurrence entre les parties.
551. Comme indiqué au point 542, les normes de durabilité entraînent souvent des hausses de prix. Cependant, lorsque la norme est adoptée par des entreprises qui représentent une part considérable du marché, elle peut leur permettre de maintenir le niveau de prix antérieur ou d'appliquer une augmentation de prix négligeable seulement. Cela est particulièrement pertinent lorsque le produit couvert par la norme de durabilité ne représente qu'un faible coût d'intrant pour le produit.
552. Le non-respect d'une ou de plusieurs des conditions de la zone de sécurité informelle ne donne pas lieu à une présomption selon laquelle l'accord de normalisation en matière de durabilité restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Toutefois, si une ou plusieurs de ces conditions ne sont pas remplies, une appréciation individuelle de l'accord est nécessaire au sens de l'article 101. Il existe différents modèles d'élaboration des normes, et les entreprises sont libres de convenir de règles et de procédures qui n'enfreignent pas les règles de concurrence, même si elles peuvent être différentes de celles décrites au point 549 ci-dessus.
553. Il est plus probable qu'un accord de normalisation en matière de durabilité favorise la réalisation d'un objectif de développement durable s'il prévoit un mécanisme ou un système de suivi permettant de s'assurer que les entreprises qui adoptent la norme de durabilité se conforment aux exigences de celle-ci³⁸⁶.
- b) Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1, en dehors de la zone de sécurité informelle*
554. Pour apprécier les effets des accords de normalisation en matière de durabilité qui ne remplissent pas les conditions de la zone de sécurité informelle, il convient de tenir compte des facteurs énumérés au point 549 ainsi que de la possibilité pour des tiers de participer à l'accord.
555. La norme de durabilité peut aussi ne pas provoquer d'effets anticoncurrentiels sensibles, car il existe une concurrence suffisante livrée par d'autres labels ou normes de durabilité et/ou par des produits fabriqués et distribués en dehors de tout label ou norme de durabilité. Même si la couverture du marché de l'accord de normalisation en matière de durabilité est importante, les contraintes exercées par la concurrence potentielle peuvent encore être suffisantes, surtout dans les cas où l'accord de

³⁸⁵ La zone de sécurité informelle n'empêche pas la Commission ou une autorité nationale de concurrence d'intervenir dans des cas individuels où un accord de normalisation en matière de durabilité entraînerait une restriction sensible de la concurrence sur le marché, par exemple en raison de l'effet cumulatif d'accords de normalisation en matière de durabilité conclus par différentes entreprises et entraînant une augmentation significative du prix ou une réduction conséquente de la qualité.

³⁸⁶ L'existence d'un tel système de suivi et d'application des exigences visant à garantir le respect de la norme de durabilité est un facteur qui sera pris en considération pour apprécier si un accord a pour objet principal la poursuite d'un objectif de développement durable, conformément au point 534.

normalisation en matière de durabilité se limite à l'établissement d'un label, laissant aux entreprises participantes la liberté d'opérer également en dehors du label. Dans ce cas, les consommateurs ont la possibilité de choisir d'acheter des produits portant le label, ou d'autres produits vraisemblablement fabriqués par les mêmes entreprises, qui ne se conforment pas au label, rendant de ce fait la restriction de la concurrence peu probable³⁸⁷. Dans les situations où un accord de normalisation en matière de durabilité est à même de déboucher sur une envolée considérable des prix ou une réduction de la production, de la diversité des produits, de la qualité ou de l'innovation, l'accord peut néanmoins remplir les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3.

9.4. Appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 3

556. Un accord de durabilité qui restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, peut bénéficier de l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3, si les parties à l'accord sont en mesure de démontrer que les quatre conditions cumulatives de cette disposition sont satisfaites.

9.4.1. Gains d'efficience

557. La première condition prévue à l'article 101, paragraphe 3, exige que l'accord contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Fondamentalement, il faut que l'accord contribue à des objectifs de gains d'efficience, pris au sens large, englobant non seulement les réductions des coûts de production et de distribution, mais aussi le perfectionnement de la diversité et de la qualité des produits, les améliorations des procédés de production ou de distribution et l'accroissement des innovations³⁸⁸. Cela permet donc de prendre en considération un large éventail d'avantages de durabilité découlant du recours à des intrants, des technologies, et des procédés de production spécifiques.

558. Parmi les exemples de gains d'efficience pouvant être générés par des accords de durabilité, on peut citer l'utilisation de technologies de production ou de distribution moins polluantes, l'amélioration des conditions de production et de distribution, des infrastructures plus résilientes et des produits de meilleure qualité. Les accords de durabilité peuvent également réduire les perturbations dans la chaîne d'approvisionnement, réduire le temps de lancement des produits durables sur le marché et permettre aux consommateurs de prendre des décisions d'achat éclairées en facilitant la comparaison des produits. Ces gains d'efficience peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.

559. De tels gains d'efficience ne peuvent pas simplement être présumés, ils doivent pouvoir être justifiés³⁸⁹. Ils doivent également être objectifs, concrets et

³⁸⁷ Les accords entre concurrents qui ne contiennent pas de restrictions de la concurrence par objet peuvent également bénéficier de la communication de minimis lorsque la part de marché cumulée des parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun marché en cause concerné par l'accord (voir le point 41).

³⁸⁸ Voir également les points 48 à 72 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3. Le point 70 en particulier énonce: «*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*».

³⁸⁹ Voir également les points 50 à 58 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3. En particulier, le point 58 précise que «*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*».

vérifiables³⁹⁰. À titre d'exemple, si le gain d'efficacité allégué consiste en l'amélioration du produit, les parties doivent pouvoir démontrer les caractéristiques exactes de ladite amélioration. Si le gain d'efficacité allégué est le recul de la contamination des eaux, les parties doivent pouvoir expliquer de façon précise comment l'accord contribue à ce recul et communiquer une estimation de l'ampleur de l'avantage allégué³⁹¹.

9.4.2. *Caractère indispensable*

560. Aux fins des présentes lignes directrices, il convient d'évaluer la troisième condition de l'article 101, paragraphe 3 (caractère indispensable), avant la deuxième condition (partie équitable du profit réservée aux consommateurs). En effet, l'analyse de la partie équitable du profit réservée aux consommateurs ne doit pas comprendre les effets des potentielles restrictions ne remplissant pas la condition du caractère indispensable et étant donc interdites par l'article 101³⁹².
561. En vertu de la troisième condition de l'article 101, paragraphe 3, l'accord restrictif doit s'abstenir d'imposer des restrictions de concurrence qui ne sont pas indispensables à la réalisation des avantages générés par l'accord. De manière à satisfaire à cette condition, les parties doivent être en mesure de démontrer que leur accord, en tant que tel, et chacune des restrictions de la concurrence qu'il implique, sont raisonnablement nécessaires pour que les avantages de durabilité allégués se concrétisent et qu'il n'existe aucun autre moyen économiquement réalisable et moins restrictif permettant de les obtenir³⁹³.
562. En principe, chaque entreprise devrait décider pour elle-même de la manière dont elle cherche à atteindre les avantages en matière de durabilité, et dans la mesure où les consommateurs apprécient de tels avantages, le marché récompensera les bonnes décisions et sanctionnera les mauvaises. Lorsqu'il existe une demande pour des produits durables, les accords de coopération ne sont généralement pas indispensables pour l'obtention d'avantages en matière de durabilité. Cependant, ils peuvent être indispensables pour atteindre un objectif de durabilité d'une manière plus rentable ou plus rapide³⁹⁴.
563. Un accord de durabilité peut être indispensable dans les cas où les parties sont en mesure de démontrer que les consommateurs sur le marché en cause éprouvent des difficultés, en raison par exemple d'un manque de connaissances ou d'informations suffisantes sur le produit ou sur les conséquences de son utilisation, à apprécier objectivement si les avantages qu'ils obtiendront grâce à l'accord de durabilité l'emportent sur le préjudice qu'ils subiront à cause dudit accord, et que, de ce fait, ils sont amenés à surestimer l'ampleur des effets négatifs immédiats. Par exemple, les fabricants de biens de consommation à circulation rapide utilisent souvent des

³⁹⁰ Voir le point 56 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3: «*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.*»

³⁹¹ Voir, par exemple, la recommandation (UE) 2021/2279 de la Commission du 15 décembre 2021 relative à l'utilisation de méthodes d'empreinte environnementale pour mesurer et indiquer la performance environnementale des produits et des organisations sur l'ensemble du cycle de vie (JO L 471 du 30.12.2021, p. 1).

³⁹² Voir en particulier le point 39 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

³⁹³ Voir en particulier les points 73 à 82 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

³⁹⁴ Voir en particulier les points 76 et 89 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3, concernant le délai dans lequel les gains d'efficacité sont réalisés.

emballages de grande taille car les consommateurs associent une grande taille à un meilleur choix. Si les fabricants réduisent l'excès d'emballage tout en conservant le même contenu, les consommateurs ne subiront aucun préjudice, mais ils peuvent assimiler un emballage plus petit à une réduction de la quantité (voir l'exemple 1 au point 599). De même, il se peut que les consommateurs n'apprécient pas la valeur des avantages futurs que représente l'amélioration de la qualité ou de l'innovation lorsque l'effet immédiat de l'accord est une augmentation du prix du produit³⁹⁵.

564. Les externalités négatives ou autres défaillances du marché sont souvent abordées par les politiques publiques et les réglementations. Ces mesures publiques exigent généralement une action de la part de toutes les parties concernées, afin de garantir des résultats efficaces sur le marché en responsabilisant les citoyens et les entreprises quant aux conséquences de leurs choix/actions individuels en matière de développement durable³⁹⁶. Dès lors, lorsque le droit de l'Union ou national exige des entreprises qu'elles se conforment à des obligations spécifiques ayant un objectif de développement durable, les accords de coopération et les restrictions qu'ils impliquent ne sauraient être considérés comme indispensables à la garantie du respect de l'obligation imposée, étant donné que le législateur a déjà décrété que chaque entreprise devait se conformer individuellement à l'obligation en question³⁹⁷.
565. Toutefois, même si une réglementation est en vigueur, les accords peuvent encore être indispensables à la réalisation des avantages en matière de durabilité dans des situations spécifiques. Premièrement, cela peut être le cas si tous les aspects d'une défaillance du marché ne sont pas traités par la réglementation, laissant un champ d'application résiduel pour les accords de coopération. Par exemple, lorsque des entreprises concluent un accord de durabilité afin d'atteindre une norme de durabilité nettement plus stricte que celle fixée par la réglementation. Deuxièmement, les accords de coopération peuvent être indispensables pour atteindre l'objectif d'une manière plus rentable ou plus rapide, à condition que le règlement concerné laisse aux entreprises la possibilité de s'entendre sur ce point et que, ce faisant, elles respectent toutes les exigences du règlement.
566. D'autres situations peuvent voir le jour dans lesquelles, en raison d'externalités négatives ou d'autres défaillances du marché, les avantages en matière de durabilité ne peuvent être conférés à travers la libre interaction des forces du marché, ou peuvent être obtenus de manière plus rentable grâce à la coopération entre les entreprises. À titre d'exemple, un accord de durabilité peut s'avérer nécessaire (dans une première phase) pour éviter le parasitisme des investissements requis pour promouvoir un produit durable et pour fournir des informations aux consommateurs (en surmontant le «désavantage du premier à agir»)³⁹⁸.

³⁹⁵ Dans ce cas, les avantages éventuels pour les consommateurs pourraient être démontrés à l'aide de preuves de leur «disposition à payer» (voir la section 9.4.3.2).

³⁹⁶ Par exemple, les règlements environnementaux y parviennent via les taxations, les interdictions ou les subventions.

³⁹⁷ Si les entreprises sont liées par un système de plafonnement et d'échange, tel que le système d'échange de quotas d'émission de l'UE, il convient de partir du principe que toute réduction de la pollution et baisse correspondante du recours aux quotas d'émissions par une entreprise ou un secteur donné libérera ces quotas, débouchant sur un résultat net nul en ce qui concerne la pollution en l'absence d'une réduction des quotas d'émissions (effet de «vases communicants»).

³⁹⁸ Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise investit dans la commercialisation d'un produit durable pour s'assurer que les consommateurs sont conscients de la qualité du nouveau produit. Si les concurrents commencent alors à produire eux aussi des versions durables de leurs propres produits,

567. Dans ce contexte, un accord restrictif est aussi susceptible d'être nécessaire à la réalisation d'économies d'échelle, surtout pour atteindre une échelle suffisante pour couvrir les coûts fixes de mise en place, d'utilisation et de suivi d'un label ou d'une norme de durabilité. De même, les restrictions peuvent se révéler indispensables pour faire converger les incitations des parties et assurer que celles-ci concentrent leurs efforts sur la mise en œuvre de l'accord³⁹⁹. Si l'accord oblige les parties à ne pas opérer en dehors du label ou de la norme, ces dernières doivent être en mesure de démontrer en quoi le simple fait d'instaurer un label ou une norme ne suffit pas à atteindre les gains d'efficacité. En général, il suffit que l'accord définisse la norme de durabilité en tant que norme minimale commune, laissant ainsi aux entreprises participantes la liberté d'adopter, à titre individuel, des normes de durabilité plus strictes.

568. En règle générale, les obligations imposées par les accords de durabilité ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif de l'accord.

9.4.3. Répercussion sur les consommateurs

569. La deuxième condition de l'article 101, paragraphe 3, exige que les consommateurs reçoivent une partie équitable des bénéfices allégués. La notion de «consommateurs» englobe tous les clients, directs et indirects, des produits couverts par l'accord⁴⁰⁰. Les consommateurs perçoivent une partie équitable des bénéfices lorsque ces derniers, qui découlent de l'accord, l'emportent sur le préjudice causé par ledit accord, de telle manière que l'effet global sur les consommateurs du marché en cause est, au moins, neutre⁴⁰¹. Par conséquent, les avantages en matière de durabilité résultant d'un accord doivent profiter aux consommateurs des produits couverts par cet accord.

570. Dans certaines situations, le préjudice concurrentiel est manifestement insignifiant par rapport aux bénéfices potentiels pour les consommateurs du marché en cause, rendant l'appréciation détaillée superflue. À l'inverse, dans de nombreux cas, il peut être manifeste que les avantages allégués en matière de durabilité ne profitent pas aux consommateurs sur le marché en cause, ou qu'ils ne suffiraient pas à compenser le préjudice subi par ces consommateurs. Toutefois, une appréciation détaillée ne peut être évitée dans certains autres cas.

9.4.3.1. Avantages individuels de la valeur d'usage

571. Les avantages pour le consommateur proviennent généralement de la consommation ou de l'utilisation des produits couverts par l'accord soumis à l'appréciation. Ces avantages peuvent se traduire par une meilleure qualité ou une diversité accrue du produit, permise par des gains d'efficacité qualitatifs, ou se concrétiser par une baisse du prix grâce à des gains d'efficacité sur les coûts. Ils peuvent par ailleurs découler de la consommation de produits durables de la même manière qu'ils

pour lesquels la demande des consommateurs est déjà établie, ils n'ont pas à assumer les coûts liés au lancement initial du produit durable et peuvent profiter des investissements réalisés par la première entreprise pour lancer ce dernier.

³⁹⁹ Voir en particulier le point 80 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

⁴⁰⁰ Cela inclut 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. Voir le point 84 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

⁴⁰¹ Voir le point 85 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3, ainsi que l'arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, point 72.

découlent de la consommation de tout autre produit. Ces avantages peuvent être qualifiés d'«avantages individuels de la valeur d'usage», car ils résultent de l'utilisation du produit et améliorent directement l'expérience du consommateur vis-à-vis du produit concerné.

572. Par exemple, les légumes cultivés avec des engrais organiques peuvent avoir meilleur goût et/ou être plus sains pour les consommateurs que les légumes cultivés avec des engrais non organiques. De même, remplacer le plastique de certains produits par des matériaux plus durables peut accroître la durée de vie des produits en question. Dans de telles circonstances, les consommateurs profitent d'une meilleure qualité en consommant simplement le produit concerné. Il s'agit ici de gains d'efficacité qualitatifs typiques qui peuvent voir le jour grâce à un accord restrictif et compenser le préjudice causé par une hausse du prix (par exemple, en raison de l'utilisation convenue de matériaux durables plus coûteux) ou par une réduction du choix (par exemple, en raison de la non-utilisation convenue d'un intrant qui n'est pas durable). Si les avantages sont assez importants pour contrebalancer le préjudice causé par l'augmentation du prix ou la réduction du choix, ils compenseront les consommateurs lésés par l'accord et rempliront donc la deuxième condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3.
573. Dans les exemples qui précèdent, outre les avantages individuels de la valeur d'usage, les accords en question peuvent générer des effets positifs externes aux consommateurs (externalités positives). Les externalités positives voient le jour lorsque les externalités négatives, telles que la pollution, l'érosion des sols, etc. sont réduites. Ces externalités positives, qui peuvent aujourd'hui ou à l'avenir profiter à la société, n'auraient peut-être pas été possibles sans l'accord restrictif en cause. Ces externalités positives se distinguent des avantages individuels de la valeur d'usage dont bénéficient les consommateurs sur le marché en cause (voir la section 9.4.3.3).
574. Les accords visant à réduire les emballages peuvent de plus réduire les coûts de production et de distribution et, en fin de compte, le prix du produit. Par exemple, un accord passé entre concurrents visant à fournir du détergent liquide concentré dans des bouteilles de taille réduite peut entraîner une baisse des coûts des matériaux, du transport et du stockage. De même, les accords visant à partager les infrastructures ou les services de distribution et de transport entre les concurrents peuvent permettre aux parties de réduire leurs coûts, et ainsi, le prix du produit final. De tels accords peuvent entraîner un préjudice consistant en une réduction du choix pour les consommateurs ou en une diminution de la qualité des produits, mais l'avantage que représente un prix inférieur peut l'emporter sur ce préjudice⁴⁰². Lesdits accords peuvent aussi produire des externalités positives sous la forme d'une réduction de l'incidence négative sur l'environnement (voir section 9.4.3.3 ci-dessous).

9.4.3.2. Avantages individuels de la valeur de non-usage

575. Les avantages que les consommateurs retirent des accords de durabilité peuvent consister non seulement en des avantages directs découlant de l'utilisation d'un produit durable, mais également en des avantages indirects résultant de l'appréciation par les consommateurs de l'incidence de leur consommation durable sur les autres. Plus particulièrement, certains consommateurs peuvent accorder plus de valeur à la

⁴⁰² Les réductions des coûts marginaux ou variables sont plus susceptibles d'être pertinentes pour l'appréciation des gains d'efficacité que les réductions des coûts fixes, car les premières sont, en principe, plus susceptibles d'entraîner une baisse des prix pour les consommateurs.

consommation d'un produit durable qu'à la consommation d'un produit non durable, car le premier a une incidence négative moindre sur les autres.

576. Par exemple, les consommateurs peuvent choisir un liquide de lavage précis non pas car il lave mieux, mais car il contamine moins l'eau. Pareillement, les consommateurs peuvent être disposés à déboursier davantage pour des meubles fabriqués à partir de bois provenant de forêts durablement cultivées, non pas en raison de la meilleure qualité des meubles, mais parce qu'ils souhaitent mettre fin à la déforestation et à la perte des habitats naturels. De même, les conducteurs peuvent choisir d'utiliser un carburant plus onéreux en raison de la pollution moindre qu'il engendre plutôt que de sa qualité et de son adéquation supérieures pour leurs véhicules.
577. Dans ces cas, l'expérience d'utilisation du produit par les consommateurs n'est pas directement optimisée. Néanmoins, les consommateurs peuvent être disposés à payer davantage pour un produit durable ou à limiter leur choix de produits (en évitant d'acheter des versions non durables), dans un souci de bénéfice de la société ou des générations futures. Ainsi, les avantages de la valeur de non-usage indirects sont répercutés sur les consommateurs du marché en cause au moyen de leur évaluation individuelle de l'incidence sur les autres, y compris sur les non-utilisateurs en dehors du marché en cause.
578. Les consommateurs disposés à payer davantage pour ces produits peuvent les percevoir comme étant d'une meilleure qualité, précisément en raison des avantages qui profitent aux autres. D'un point de vue économique, ces avantages qualitatifs indirects ne diffèrent pas des avantages d'amélioration de la qualité qui augmentent la valeur d'usage directe d'un produit, comme étudié dans la section 9.4.3.1. Ces avantages indirects de la valeur de non-usage peuvent, dans certains cas, être mesurés en étudiant la disposition des consommateurs à payer, par exemple au moyen de sondages effectués auprès d'eux⁴⁰³.
579. Il est possible de déceler un écart entre ce que les consommateurs déclarent être leurs préférences et ce que leur comportement d'achat laisse entrevoir. Cela peut indiquer que les consommateurs surestiment ou sous-estiment leurs véritables préférences. Pour atténuer ces biais, qui résultent souvent de questions hypothétiques présentes dans les sondages auprès des consommateurs, ces sondages devraient fournir un contexte adéquat. En outre, les questions posées devraient tenir compte des normes sociétales, des connaissances et des habitudes du consommateur, et des attentes vis-à-vis du comportement des autres.
580. Plus généralement, afin de s'acquitter de la charge de la preuve au titre de l'article 101, paragraphe 3, les parties à un accord doivent être en mesure d'apporter des preuves des véritables préférences des consommateurs. Les parties doivent éviter de projeter leurs propres préférences sur les consommateurs.
581. Afin d'apprécier la disposition des consommateurs à payer, il est superflu d'apprécier la disposition de chaque consommateur sur le marché en cause. Il suffit

⁴⁰³ La disposition des consommateurs à payer est un élément qui peut permettre de recenser le type d'avantages auquel les parties à l'accord peuvent prétendre. Le fait que les consommateurs soient prêts à payer, c'est-à-dire qu'il existe une demande pour des produits durables, ne signifie pas nécessairement qu'un accord n'est pas indispensable. Même si les consommateurs sont disposés à payer pour un produit durable, un accord restrictif peut tout de même s'avérer indispensable, par exemple pour surmonter le désavantage du premier à agir ou pour réaliser des économies d'échelle réduisant les coûts.

que l'appréciation repose sur l'effet global sur les consommateurs du marché en cause⁴⁰⁴.

9.4.3.3. Avantages collectifs

582. La section 9.4.3.2. renvoie aux avantages individuels de la valeur de non-usage qui se limitent aux choix volontaires (altruistes) de chaque consommateur. Pour autant, toutes les externalités négatives ne peuvent pas être résolues par les actions volontaires et individuelles des consommateurs. Étant donné que l'incidence en matière de durabilité de la consommation individuelle se répercute sur un groupe plus large plutôt que sur le consommateur seul, une initiative conjointe, telle qu'un accord de coopération, peut s'avérer nécessaire pour internaliser les externalités négatives et concrétiser les avantages en matière de durabilité au profit d'une plus grande partie de la société⁴⁰⁵. Par exemple, il se peut que les consommateurs ne souhaitent pas déboursier plus pour un produit fabriqué au moyen d'une technologie respectueuse de l'environnement mais coûteuse. Afin de s'assurer que les avantages découlant du recours à cette technologie se matérialisent, un accord visant à éliminer progressivement la technologie polluante peut s'avérer nécessaire. Ces avantages sont appelés «avantages collectifs», car ils surviennent indépendamment de l'appréciation individuelle du produit par le consommateur et se répercutent sur une plus grande partie de la société que seulement les consommateurs sur le marché en cause.
583. Bien que la mise en balance des effets positifs et négatifs des accords restrictifs se fasse habituellement au sein du marché en cause concerné par l'accord, lorsque deux marchés sont liés entre eux, les gains d'efficacité générés sur des marchés séparés peuvent être pris en considération, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle profitant des gains d'efficacité soient substantiellement les mêmes⁴⁰⁶.
584. Par analogie, lorsque les consommateurs sur le marché en cause se croisent de façon substantielle avec le groupe de bénéficiaires en dehors dudit marché, ou qu'ils en font partie, les avantages collectifs dont profitent les consommateurs sur le marché en cause et qui se produisent en dehors de ce marché peuvent être pris en considération s'ils sont suffisamment importants pour compenser le préjudice que les consommateurs subissent sur le marché en cause⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Arrêt du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, point 72.

⁴⁰⁵ La défaillance du marché dans ces situations réside généralement dans le fait que la consommation non durable entraîne des externalités négatives sur autrui. Ces externalités négatives (telles que les émissions) ne sont pas totalement internalisées (prises en considération) par les consommateurs individuels, ce qui entraîne une surconsommation du produit non durable. De la même manière, la défaillance du marché peut prendre la forme d'externalités positives (telles qu'une réduction des émissions) résultant d'une consommation durable. Dans ce cas, le marché ne fournit pas suffisamment de produits durables, essentiellement pour la même raison, à savoir que les consommateurs ne tiennent pas compte des effets de leur consommation sur autrui.

⁴⁰⁶ Point 43 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3; voir également arrêt du 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services et autres/Commission*, T-168/01, EU:T:2006:265, points 248 et 251; arrêt du 11 septembre 2014, *MasterCard Inc*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 242 et décision de la Commission du 23 mai 2013 dans l'affaire AT.39595 — *Air Canada/United Airlines/Lufthansa* («STAR Alliance»).

⁴⁰⁷ Les consommateurs peuvent être indemnisés par un type d'avantages en matière de durabilité ou via une combinaison d'avantages individuels et collectifs, voir la section 9.4.3.4.

585. Par exemple, les conducteurs qui se procurent un carburant moins polluant sont également des citoyens qui profiteraient d'un air plus propre si des carburants moins polluants étaient utilisés. Dans la mesure où un chevauchement important entre les consommateurs (les conducteurs dans cet exemple) et un éventail plus large de bénéficiaires (les citoyens) peut être établi, les avantages en matière de durabilité découlant d'un air plus propre peuvent être pris en considération à condition qu'ils compensent le préjudice subi par les consommateurs sur le marché en cause. Inversement, les consommateurs peuvent acheter des vêtements en coton durable dont la culture requiert un usage moindre d'engrais et d'eau. Ces bénéfices environnementaux pourraient, en principe, être pris en considération comme étant des avantages collectifs. Toutefois, dans ce cas, un croisement considérable entre les consommateurs achetant les vêtements et les bénéficiaires des avantages environnementaux est invraisemblable, car ces avantages surviennent uniquement dans la région où le coton est cultivé. Dès lors, il est peu probable que ces avantages collectifs se répercutent sur les consommateurs du marché en cause. Ils ne pourraient donc être pris en considération que si et dans la mesure où les consommateurs achetant des vêtements sont prêts à payer davantage pour des vêtements fabriqués à partir de coton cultivé de manière durable (avantage individuel à valeur nulle, voir la section 9.4.3.2).
586. Pour que les avantages collectifs se matérialisent, il faut souvent que la couverture du marché de l'accord soit importante. Si, par exemple, seuls deux fabricants de machines à laver sur dix acceptent de renoncer à leurs modèles les plus polluants, il est alors peu probable que l'accord puisse empêcher le parasitisme (des fabricants de machines à laver continuant à proposer des modèles plus polluants) et donc qu'il permette de réduire suffisamment la pollution, car les consommateurs motivés par leurs intérêts propres pourront se tourner vers les modèles polluants produits par les fournisseurs restants⁴⁰⁸.
587. Pour que les avantages collectifs soient considérés, les parties à l'accord doivent être en mesure:
- (a) de décrire clairement les avantages allégués et de fournir les éléments de preuve attestant que ces avantages sont déjà survenus ou vont probablement survenir⁴⁰⁹;
 - (b) de définir précisément les bénéficiaires;
 - (c) de démontrer que les consommateurs sur le marché en cause croisent de manière substantielle les bénéficiaires, ou en font partie⁴¹⁰; et
 - (d) de démontrer que la part des avantages collectifs profitant aux consommateurs sur le marché en cause, avec éventuellement les avantages individuels de la valeur d'usage et de non-usage répercutés sur ces consommateurs, l'emporte sur le préjudice subi par ces derniers du fait de la restriction.

⁴⁰⁸ Dans cet exemple toutefois, ce n'est pas seulement l'avantage éventuel de l'accord qui se retrouve limité en raison d'une couverture insuffisante, mais également le préjudice concurrentiel potentiel (pour des raisons essentiellement identiques).

⁴⁰⁹ Les avantages qui se matérialiseront à l'avenir peuvent être pris en considération dans la mesure où ils seront répercutés sur les consommateurs du marché en cause.

⁴¹⁰ Dans les cas où les avantages collectifs sont disséminés dans une grande partie de la société, il est moins probable que le croisement avec les consommateurs du marché en cause soit important.

588. Les éléments de preuve étayant l'existence d'avantages collectifs contenus dans des rapports d'autorités publiques ou dans des rapports préparés par des organisations universitaires reconnues peuvent être particulièrement utiles aux fins de l'appréciation.
589. Lorsque les données permettant une analyse quantitative des avantages de l'accord ne sont pas disponibles, d'autres éléments de preuve peuvent être pris en considération, à condition qu'ils démontrent un effet positif clairement reconnaissable sur les consommateurs du marché en cause, et non un effet marginal. Étant donné que l'expérience en matière de mesure et de quantification des avantages collectifs est actuellement limitée, la Commission a pour projet de fournir davantage d'orientations sur cette question lorsqu'elle aura acquis une expérience suffisante dans le traitement de cas concrets, ce qui pourrait lui permettre de mettre au point des méthodes d'appréciation.

9.4.3.4. Un ou tous les types d'avantages

590. Les parties à un accord de durabilité peuvent s'appuyer sur l'un ou l'ensemble des trois types d'avantages pour le consommateur afin de justifier leur accord au regard de l'article 101, paragraphe 3. Le choix des avantages invoqués par les parties peut dépendre des faits en l'espèce et de la solidité des éléments de preuve disponibles. Dans certains cas, ne faire valoir que les avantages individuels de la valeur d'usage peut suffire pour satisfaire aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. Dans d'autres cas, la démonstration des avantages individuels de la valeur de non-usage ou des avantages collectifs pourra suffire. Et dans certains cas, les parties peuvent être en mesure de présenter une combinaison de deux ou de l'ensemble des trois types d'avantages.
591. Dans d'autres cas encore, il faudra peut-être attendre un certain temps avant que les avantages ne se concrétisent. En attendant, l'accord peut n'avoir que des effets négatifs. Le fait que la répercussion sur les consommateurs intervienne avec un certain décalage n'exclut pas en soi l'application de l'article 101, 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. Lors de cette appréciation, la valeur des avantages futurs doit être actualisée de manière adéquate⁴¹¹.

9.4.4. Absence d'élimination de la concurrence

592. Aux termes de la quatrième condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3, l'accord ne doit pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. En substance, cette condition garantit que, peu importe l'étendue des avantages, un degré de concurrence résiduelle subsiste sur le ou les marchés en cause.
593. Cette dernière condition peut être remplie quand bien même l'accord responsable de la restriction de la concurrence couvre le secteur dans son intégralité, tant que les parties à l'accord continuent de se livrer une concurrence vigoureuse sur au moins un paramètre crucial de la concurrence. Par exemple, si l'accord élimine la concurrence en ce qui concerne la qualité ou la diversité, mais que le prix est également un

⁴¹¹ Voir les lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3, point 87.

paramètre important de la concurrence dans le secteur en cause et que les prix ne sont aucunement restreints, cette condition peut tout de même être remplie.

594. Qui plus est, si les concurrents rivalisent avec une gamme de produits différenciés, opérant tous sur le même marché en cause, l'élimination de la concurrence pour au moins une des variantes du produit ne signifie pas forcément que la concurrence sur le marché en cause est éliminée.
595. De même, si les concurrents décident de ne pas recourir à une technologie polluante précise ou à un intrant non durable en particulier pour la production de leurs produits, la concurrence ne sera pas éliminée s'ils continuent de rivaliser sur le prix et/ou la qualité du produit final.
596. Enfin, l'élimination de la concurrence pendant une période limitée, lorsqu'elle n'a aucune incidence sur le développement de la concurrence après cette période, ne constitue pas un obstacle au respect de cette condition. À titre d'exemple, un accord passé entre concurrents qui vise à limiter temporairement la production d'une variante d'un produit contenant un intrant non durable, de sorte à introduire un produit de substitution durable sur le marché, dans le but de sensibiliser le consommateur aux caractéristiques du nouveau produit, remplira, en général, la dernière condition de l'article 101, paragraphe 3.

9.5. Participation des autorités publiques

597. La participation des autorités publiques nationales ou locales au processus de conclusion des accords de durabilité, ou le fait que ces autorités aient connaissance desdits accords, n'exclut pas en soi l'application de l'article 101 à ces accords. Pareillement, si les actions des autorités publiques se limitent à inciter ou à faciliter l'adoption d'accords de durabilité anticoncurrentiels par les entreprises, sans priver ces dernières de leur autonomie, lesdits accords restent soumis à l'article 101⁴¹².
598. Néanmoins, les parties à un accord de durabilité anticoncurrentiel ne seront pas responsables, au regard de l'article 101, si elles ont été contraintes ou obligées par les autorités publiques de conclure l'accord ou si les autorités publiques renforcent les effets dudit accord⁴¹³.

9.6. Exemples

599. Accord profitant de la zone de sécurité informelle

Exemple 1

Situation: des céréales pour petit-déjeuner sont vendues dans d'attrayantes boîtes en carton colorées. Au fil des ans, ces boîtes sont devenues de plus en plus grandes, non pas parce qu'elles contiennent plus de céréales, mais simplement pour les rendre plus attrayantes et prometteuses aux yeux des consommateurs. Il s'agit d'une stratégie de commercialisation rentable, car les consommateurs achètent souvent les céréales pour petit-déjeuner de manière spontanée, et la plus grande taille donne l'impression que ces boîtes sont le meilleur choix. Étant donné que tous les producteurs ont adopté cette stratégie, celle-ci n'a pas eu d'incidence considérable sur leurs parts de marché.

⁴¹² Arrêt du 9 septembre 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, point 56. Voir également le point 19 du chapitre 1.

⁴¹³ Arrêt du 12 décembre 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, point 38 et arrêt du 5 décembre 2006, Cipolla e.a., C-94/04, EU:C:2006:758, point 47.

Toutefois, cette stratégie a débouché sur un excès des matériaux d'emballage utilisés pour leurs produits d'environ 15 %.

Une organisation non gouvernementale dénommée «Prevent Waste» a critiqué cette stratégie de la «boîte vide» des producteurs de céréales pour petit-déjeuner, arguant qu'elle favorise le gaspillage et porte atteinte à l'environnement en utilisant plus de ressources naturelles que nécessaire pour la production et la distribution efficaces de ces produits. En réponse, les producteurs de céréales pour petit-déjeuner, réunis au sein de leur organisation professionnelle, ont accepté de limiter l'excès d'emballage de leurs produits. Ils ont convenu collectivement d'une norme d'emballage limitant l'excès de matériaux d'emballage à un maximum de 3 % afin de garantir que les boîtes de céréales restent faciles à utiliser, puis ont rendu leur décision publique. Les producteurs de céréales pour petit-déjeuner ont mis l'accord en application depuis le début de l'année, et cet accord couvre 100 % du marché. De ce fait, les coûts d'emballage, qui comptent pour 6 % du prix de gros, ont reculé d'environ 10 %. Cela a débouché sur une baisse d'environ 0,5 % du prix de gros des céréales pour petit-déjeuner et sur une baisse de 0 à 0,5 % du prix de détail.

Analyse: Les concurrents s'entendent sur une norme ayant une incidence sur la commercialisation du produit, mais ils procèdent en toute transparence, permettant à chacun d'adopter l'approche convenue, sans obligation de le faire. Aucun échange d'informations sensibles n'a lieu. En outre, les producteurs de céréales restent libres de rendre leur propre emballage encore plus compact s'ils le souhaitent. Par ailleurs, l'accord de normalisation visant à limiter l'excès d'emballage produit un effet très faible sur le prix des céréales pour petit-déjeuner, voire le fait baisser, n'affecte pas la concurrence entre les producteurs de céréales sur les principaux paramètres du prix, de la qualité et de l'innovation, et n'affecte la concurrence en matière de commercialisation que dans une mesure limitée (compte tenu de l'incidence apparemment limitée de la stratégie de «surdimensionnement» des boîtes). L'accord satisfait donc aux conditions de la zone de sécurité et n'est pas susceptible d'avoir des effets négatifs sensibles sur la concurrence. Dans les faits, l'accord améliore le résultat pour les consommateurs, en renonçant aux stratégies coûteuses d'emballage excessif, ce qui a très peu d'effets sur la concurrence.

600. Accord profitant de la zone de sécurité informelle

Exemple 2

Situation: L'organisation non gouvernementale «Fair Tropical Fruits», en collaboration avec un certain nombre de commerçants de fruits, a mis en place un label pour les fruits tropicaux issus du commerce équitable (le label «FTF»). Afin de pouvoir utiliser le label, les entreprises actives dans le commerce de fruits tropicaux doivent garantir que les fruits en question proviennent de producteurs qui veillent à ce que leurs travailleurs reçoivent un salaire décent et qui n'ont pas recours au travail des enfants. Ces commerçants de fruits restent libres de commercialiser des fruits également sous d'autres labels ou sans label. Fair Tropical Fruits a mis en œuvre un système de suivi afin de certifier que les produits vendus sous le label FTF sont conformes aux conditions minimales. Fair Tropical Fruits publie sur son site web les conditions de participation, de même que la méthode et les résultats du système de suivi. Les fruits vendus sous le label FTF sont plus chers que les autres fruits tropicaux dans le commerce.

Le label FTF a été introduit à l'échelle de l'Union, et plusieurs grands commerçants utilisent ce label et ont signé l'accord les engageant à respecter les conditions minimales associées. Le label est rapidement devenu populaire auprès de certains consommateurs. En fonction du type de fruit tropical et du marché géographique en cause, les parts de marché des commerçants de fruits vont de 12 % pour les ananas à 20 % pour les mangues. Les mêmes commerçants opèrent également en dehors du label.

Analyse: Il est peu probable que le label FTF entraîne des effets négatifs sensibles sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et il peut bénéficier de la zone de sécurité informelle pour les normes de durabilité, compte tenu: i) des modestes parts de marché des parties à l'accord sur les différents marchés d'achat et de vente en cause, ii) des parts de marché importantes détenues par d'autres labels et produits conventionnels, ainsi que de la concurrence que ces derniers livrent, du fait que iii) la participation au label FTF est volontaire et non exclusive, iv) du fait que l'accord de normalisation n'implique aucun échange d'informations sur les prix d'achat, les autres coûts, les volumes ou les marges de production et que v) la licence d'utilisation du label ne dépend que du respect de certaines conditions minimales, sans que des prix minimaux contraignants ou des surtaxes soient convenus. En réalité, les accords peuvent diversifier le choix qui s'offre aux consommateurs, en leur permettant de définir quels produits présentent les caractéristiques du «commerce équitable».

601. Accord sans effet appréciable sur la concurrence

Exemple 3

Situation: «Fair-Clothing.Com» est une organisation non gouvernementale prospère qui, grâce à des subventions gouvernementales et à une campagne médiatique efficace, a réussi à convaincre la grande majorité des entreprises qui vendent des vêtements dans l'Union, y compris toutes les grandes marques et un certain nombre de chaînes de magasins de vêtements, de n'acheter des vêtements qu'à des fabricants de pays en développement qui respectent certains niveaux de salaire minimal. La campagne, largement soutenue et coordonnée par des organisations de consommateurs nationales et européennes, a été un véritable succès: actuellement, 85 % des vêtements vendus dans l'Union le sont sous le label «Fair Clothing» (vêtements issus du commerce équitable). Afin d'obtenir une licence pour l'utilisation du label, les entreprises participantes se sont engagées à respecter les normes de salaire minimal et à ne pas vendre de vêtements qui ne respectent pas ces normes, quel que soit le lieu de production. Grâce à cette campagne, les salaires des travailleurs de l'industrie textile dans les pays en développement ont augmenté de 20 % en moyenne.

Les sondages et études sur les produits de consommation indiquent que le prix moyen des vêtements dans l'Union n'a pas connu d'augmentation significative suite à l'introduction du label «Fair Clothing»: les estimations de l'effet sur les prix vont de -0,5 % à +0,8 % et sont statistiquement proches de zéro. Les explications les plus crédibles de l'absence d'augmentation des prix sont, d'une part, la faible importance des salaires de production en tant que composante du prix final des produits vestimentaires et, d'autre part, les améliorations possibles de la productivité du travail qui pourraient résulter de l'augmentation des salaires. Par exemple, la part des salaires de la production de chemises en coton représente environ 30 % des coûts de production locaux. On peut donc présumer que l'augmentation de salaire de 20 % a

entraîné une augmentation maximale de 6 % du prix départ-usine de la chemise dans les pays en développement.

Analyse: Étant donné que les parties à l'accord «Fair Clothing» (les propriétaires de marques et les chaînes de magasins de vêtements occidentaux) ajoutent une marge moyenne de 200 à 300 % au prix d'achat pour couvrir les frais de transport, d'importation et autres coûts de distribution et d'emballage, l'incidence sur le prix auquel les parties vendent la chemise ne dépasse pas, pour cette raison déjà, 1,5 à 2 %. En outre, il semblerait que l'augmentation de salaire de 20 % ait un effet positif sur la productivité du travail dans le secteur textile des pays en développement, en permettant aux travailleurs d'avoir accès à des aliments plus nutritifs et à de meilleurs soins de santé. Compte tenu de la forte concurrence dans le secteur du vêtement, on peut s'attendre à ce que ces améliorations de la productivité fassent baisser les prix.

En se reposant sur les estimations de l'effet sur les prix, on peut conclure qu'il est peu probable que les accords «Fair Clothing» aient des effets négatifs sensibles pour les clients des parties aux accords et qu'ils ne relèvent donc pas de l'article 101, paragraphe 1.

602. Accord non susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et/ou susceptible de satisfaire à la condition au titre de l'article 101, paragraphe 3

Exemple 4

Situation: en réponse aux conclusions des recherches sur les niveaux recommandés de graisse dans certains aliments transformés menées par un groupe d'experts financé par des fonds publics d'un État membre, plusieurs grands fabricants d'aliments transformés de ce même État membre conviennent, à travers des discussions formelles au sein d'un groupement professionnel industriel, de définir des niveaux de graisse recommandés pour les produits. Ensemble, les parties représentent 70 % des ventes des produits au sein de l'État membre. L'initiative des parties sera soutenue par une campagne nationale de publicité financée par le groupe d'experts et mettant en lumière les dangers d'une teneur élevée en graisse dans les aliments transformés.

Analyse: bien que les niveaux de graisse soient des recommandations et donc facultatifs, les larges échos générés par la campagne publicitaire nationale font que les niveaux recommandés seront probablement appliqués par l'ensemble des fabricants d'aliments transformés de l'État membre. Il est donc probable que ce niveau devienne le niveau de graisse maximal de fait dans les aliments transformés. Le choix laissé aux consommateurs sur les marchés de produits pourrait donc s'en trouver réduit. Toutefois, les parties pourront continuer à se livrer concurrence sur d'autres caractéristiques des produits, comme le prix, la taille du produit, la qualité, le goût, la teneur en sel et d'autres contenus nutritionnels, le dosage des ingrédients et la stratégie de marque. En outre, la concurrence portant sur les niveaux de graisse dans l'offre de produits peut augmenter si les parties cherchent à proposer des produits présentant les taux les plus bas. En conséquence, l'accord est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Cependant, même s'il est constaté que l'accord a des effets négatifs appréciables sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 (les consommateurs étant privés de leur choix d'acheter des aliments à niveau de graisse élevé), les avantages pour les consommateurs en matière de valeur des informations reçues et des effets

bénéfiques sur leur santé compensent vraisemblablement le préjudice, et l'accord est en mesure de satisfaire aux conditions de l'article 101, paragraphe 3.

603. Accord qui restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et qui remplit les conditions de l'article 101, paragraphe 3

Exemple 5

Situation: Les fabricants de machines à laver produisent actuellement une gamme de machines, des modèles les plus récents, techniquement plus avancés et plus économes en énergie, aux modèles plus anciens, techniquement moins avancés. Tandis que les modèles plus anciens et moins avancés consomment davantage d'électricité et d'eau, ils sont moins chers à fabriquer et sont vendus à un prix inférieur à celui des modèles plus récents et techniquement plus avancés. En vertu d'un règlement de l'UE, l'ensemble des modèles sont répartis dans huit catégories d'efficacité énergétique, de A à H, et étiquetés en conséquence.

L'innovation dans le secteur cible l'amélioration de l'efficacité énergétique des nouveaux modèles. Néanmoins, les fabricants de machines à laver estiment aussi qu'ils ont pour responsabilité de tenter de réduire la consommation d'énergie de leurs machines d'une autre manière. Ils ont donc convenu d'éliminer progressivement la production et la vente des machines à laver des catégories F à H, à savoir les modèles les plus anciens et les moins économes en énergie. Ces modèles plus anciens sont également les moins économes en eau.

L'accord regroupe l'ensemble des producteurs et couvre donc presque 100 % du marché. Il prévoit que la production et la vente des machines à laver des catégories F à H seront progressivement éliminées dans un délai de deux ans. Ces modèles comptent actuellement pour environ 35 % de l'ensemble des ventes sur le marché. Si tous les fabricants participants produisent déjà certains modèles des catégories A à E, et que dès lors aucun d'eux ne perdra l'ensemble de ses ventes actuelles, chaque fabricant sera touché différemment, selon ses modèles actuels. Il est donc probable que la concurrence entre les producteurs sera affectée. De plus, l'élimination progressive des catégories F à H cloisonnera le choix de machines qui s'offre aux consommateurs et augmentera le coût d'achat moyen. Pour l'acheteur moyen qui, auparavant, achetait une machine à laver des catégories F à H, le prix d'une machine augmentera au moins de 40 à 70 EUR.

Avant la mise en œuvre de l'accord prévoyant l'élimination progressive des catégories F à H, le secteur a tenté, au moyen de campagnes publicitaires, de détourner la demande de ces catégories. Plusieurs études ont démontré que l'échec de ces campagnes réside dans le fait que de nombreux consommateurs peinent à mettre en balance, lors de leur décision d'achat, l'incidence positive des réductions futures de leurs factures d'électricité et d'eau et l'incidence négative de la hausse immédiate du prix d'achat de la machine.

Elles montrent par ailleurs que les acheteurs de machines à laver bénéficient en vérité grandement de l'élimination progressive des catégories F à H. L'acheteur moyen d'une machine à laver récupérera l'augmentation du prix d'achat en une année ou deux, grâce à une baisse de ses factures d'électricité et d'eau. La très forte majorité des consommateurs, dont ceux qui utilisent leur machine moins souvent, récupérera l'augmentation du prix d'achat en quatre années. Puisque la durée de vie moyenne des machines des catégories A à E est d'au moins cinq ans, les consommateurs de machines à laver, en tant que groupe, profitent de l'accord. Cet avantage net s'accroît

encore, pour tous les utilisateurs de machines à laver, grâce aux bénéfices environnementaux résultant de la baisse collective de la consommation d'électricité et d'eau. La réduction de la consommation d'électricité entraîne une diminution de la pollution causée par la production d'électricité, ce qui profite également aux consommateurs de machines à laver, dans la mesure où d'autres instruments réglementaires ne remédient pas déjà à la défaillance du marché liée à la pollution (par exemple le système européen d'échange de quotas d'émission, qui plafonne les émissions de carbone). La réduction de la consommation d'eau entraîne une pollution moindre des eaux. Les consommateurs de machines à laver constituant l'écrasante majorité de la population globale, une partie de ces bénéfices environnementaux se répercute sur les consommateurs du marché en cause concernés par l'accord.

Analyse: Bien que l'accord soit à même de produire des effets négatifs appréciables et de relever de l'article 101, paragraphe 1, il est également susceptible de satisfaire aux conditions de l'article 101, paragraphe 3. En particulier: i) suite à l'accord, la machine à laver moyenne devient plus économe en énergie et en eau, ii) ce résultat n'aurait pas vu le jour par l'intermédiaire d'un accord moins restrictif, par exemple une campagne de publicité collective ou un label de durabilité, iii) les consommateurs sur le marché en cause tirent un bénéfice net des avantages individuels de la valeur d'usage et des bénéfices environnementaux collectifs, et iv) la concurrence n'est pas éliminée, car l'accord ne porte que sur l'étendue de la gamme de modèles, qui est un des paramètres de la concurrence, et non sur d'autres paramètres, tels que le prix ou l'innovation, pour lesquels la concurrence peut s'exercer, et s'exercer effectivement.