

Contribution de l'AFEC sur la consultation publique de la Commission relative aux accords de coopération horizontaux

(Commentaires et développements complémentaires aux réponses au questionnaire)

Les adhérents de l'AFEC regroupent des avocats, économistes, professeurs de droit, magistrats, membres de l'Autorité de la Concurrence et de la DGCCRF, juristes d'entreprises et étudiants.

L'AFEC a constitué un groupe de travail¹ pour répondre à la consultation publique de la Commission Européenne sur le règlement d'exemption n° 1217/2010 pour certaines catégories d'accords de recherche et de développement (Ci-après REC R&D) et le règlement d'exemption n° 1218/2010 pour certaines catégories d'accords de spécialisation (Ci-après REC Spécialisation) et leurs lignes directrices. (LD)

La série de questions Q 4 concerne l'efficacité des REC par rapport aux objectifs et l'évaluation de la sécurité juridique. La série Q5 traite de la rentabilité. Q6 de la pertinence par rapport à l'évolution des marchés pour chaque type d'accord. Q 7 de la cohérence des textes avec d'autres instruments, règlements ou jurisprudence. Q8 de la valeur ajoutée.

La consultation proposée par la Commission est de format à questions fermées (Oui/Non/Ne sais pas), laissant un espace restreint pour les développements et commentaires. Le présent document constitue donc une synthèse des principales propositions d'amélioration des REC et LD suggérées par l'AFEC.

Nous avons réparti nos réponses dans les différentes espaces de commentaire du questionnaire et renvoyé en annexe les compléments et les références. Pour faciliter la lecture, le texte suivant reprend l'ensemble des commentaires par type d'accord et non pas suivant l'ordre des questions.

1/ Commentaires Généraux sur la structure des exemptions (A insérer dans Q7- cohérences avec d'autres instruments)

1.1/ Structures des textes

Les règlements d'exemption sur les accords de recherche et développement et sur les accords de spécialisation fournissent un seuil en parts de marché en dessous duquel l'article 101a.1 ne s'applique pas (zone de sécurité). Or, il n'existe pas de règlement d'exemption spécifiquement applicable aux accords d'achat ou aux accords de commercialisation notamment. Pour les accords ne faisant pas l'objet d'un règlement, la zone de sécurité est donc fournie par les principes généraux définis dans les seules lignes directrices de la Commission. Les entreprises et leurs conseils devraient pouvoir trouver une meilleure sécurité juridique. Les accords d'achat et de commercialisation notamment pourraient donc être couverts par un règlement d'exemption catégoriel incluant les acteurs du marché ayant un pouvoir limité défini par un seuil en part de marché.

1.2/ Les seuils

Les 2 règlements fondent l'exemption essentiellement sur le critère de seuil de part de marché cumulée avec un niveau retenu de 20% pour les accords de spécialisation et de 25% pour les accords de R&D. Ce pourcentage est relativement bas pour des accords de recherche et développement dont l'efficacité devrait primer les éventuelles atteintes à la concurrence.

¹ Le groupe de travail était dirigé par Thierry Boillot et composé de Michael Cousin (Ashurst) et Petar Petrov (Willkie Farr) que l'AFEC remercie particulièrement pour leurs riches contributions.

Il pourrait même être envisagé de relever l'ensemble des seuils à 30 % de façon à les aligner sur ceux retenus dans le règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales et les lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01). En effet, à l'heure actuelle, les accords de distribution conclus entre concurrents peuvent relever, d'une part, du règlement sur les accords verticaux s'ils représentent plus de 30 % du marché pertinent et, d'autre part, des dispositions sur la coopération horizontale objet de la présente consultation.

De la même manière, en mars 2014, la Commission européenne a adopté un règlement d'exemption par catégorie pour les accords de transfert de technologie, qui remplace un précédent texte. Ce règlement d'exemption exempte les accords de licences entre des entreprises détenant un pouvoir de marché limité, lequel se traduit par une part de marché n'excédant pas 20 % dans le cas d'accords entre concurrents et 30 % dans le cas d'accords entre non-concurrents respectant certaines conditions. Ils sont présumés ne pas avoir d'effets anticoncurrentiels ou, s'ils en ont, produire des effets positifs compensant les éventuels effets négatifs.

Le relèvement du seuil éviterait d'avoir à maintenir une appréciation floue des lignes directrices (point 170) où il est indiqué « *qu'une part de marché légèrement supérieure au seuil autorisé par le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation ou la zone de sécurité visée à la troisième et la quatrième phrase du point 169 n'implique pas nécessairement que le marché est très concentré, cet élément constituant un facteur important dans l'appréciation. Une part de marché cumulée légèrement supérieure à 20 % peut être compatible avec un marché modérément concentré.* ».

L'AFEC est favorable à l'adoption d'un seuil en part de marché unique à tous les types d'accord pour plus de sécurité juridique, par exemple calé sur le REC sur les transfert de technologie.

Sur la question de l'extension des seuils à tous les types d'accords de coopération, la Commission répond dans ses lignes directrices en affirmant « *qu'étant donné la diversité des accords de coopération horizontale et des effets qu'ils peuvent produire sur les marchés en fonction des conditions qui y règnent, il n'est pas possible de définir un seuil de part de marché général à partir duquel on pourrait présumer l'existence d'un pouvoir de marché suffisant pour causer des effets restrictifs sur la concurrence.* » L'argument ne semble guère pertinent. Soit la notion de seuil est inutile et devrait s'appliquer aussi aux accords de spécialisation et de R&D, soit elle doit bénéficier à tous les types d'accords de coopération, dans la mesure où ce seuil mesure l'impact des pratiques sur l'ensemble du marché géographique.

A tout le moins, il pourrait être opportun d'évaluer si les seuils sont toujours adaptés aux contextes économique et technologique actuel, notamment dans certains secteurs comme celui de l'économie numérique.

2/ Les Accords de R&D (Q4.1-Q4.6 ; Q4.25-Q4.34 ; Q6.2)

2.1 L'analyse proposée par la REC R&D est complexe et ne prend pas suffisamment en compte les développements du numérique.

Les accords en recherche et développement (R&D) jouent un rôle majeur dans la stratégie commerciale des entreprises, en ce qui concerne le développement de nouveaux produits et services. C'est notamment le cas dans les secteurs des nouvelles technologies et le secteur pharmaceutique dont la croissance est intrinsèquement liée à l'innovation. Certains opérateurs économiques limitent le cadre de leur coopération à la phase R&D proprement dite, alors que d'autres accords de coopération ont pour objet l'exploitation commune des résultats des activités R&D par la fabrication des produits dans le cadre d'une entreprise commune ou lancent des activités de vente et commercialisation des produits développés. Les LD actuelles ont correctement décrit les différents effets induits par la recherche en commun sur les produits futurs et l'exploitation de ces recherches.

Le droit de la concurrence est favorable aux accords R&D qui favorise l'innovation et le bien-être du consommateur, dans la limite décrit par les LD. Toutefois l'application du REC et les différents effets potentiels induit par l'accord de coopération R&D conduit à une analyse complexe, selon que l'accord comprend dans son champ d'application l'exploitation commune des résultats des activités R&D. Les parties peuvent être alors amenées à restreindre l'exploitation des fruits de leurs activités R&D dans certaines zones géographiques ou par rapport à la fabrication de certains types de produits, ou bien à commercialiser leurs produits au sein d'un certain réseau du marché aval.

En outre, certains accords R&D peuvent aussi restreindre la concurrence au niveau de l'innovation elle-même. Ceci est notamment le cas lorsque les nouveaux produits développés dans le cadre des accords peuvent être utilisés pour le développement et la fabrication d'autres produits nouveaux. L'on peut envisager différents cas de figure :

- Les opérateurs qui sont parties à l'accord de coopération sont des concurrents actuels en ce qui concerne leurs activités R&D en vue du développement de nouveaux produits (notamment dans le secteur pharmaceutique). Dans une telle hypothèse, il faut prendre en compte de nombreux éléments, notamment la nature, la portée et la taille des activités R&D des parties ; de l'accès des pôles R&D aux ressources financières ou humaines ; brevet, savoir-faire ou actifs spécialisés ou bien la capacité d'autres pôles R&D à exploiter ces capacités ;
- D'autres branches ou les efforts et les investissements dans le domaine R&D ne sont pas le cœur du métiers (industrie). Dans cette hypothèse, l'analyse concurrentielle va plutôt consister à une approche par les effets.

Certains accords R&D peuvent avoir des effets uniquement entre concurrents directs mais encore entre des entreprises présentes sur des marchés aval ou amont et ainsi avoir des effets de forclusion sur un des marchés. Une telle hypothèse est notamment envisageable si les parties concernées ont des parts de marché de plus de 30% sur chaque des marchés verticalement liés. Des effets anticoncurrentiels sont aussi envisageables dans l'hypothèse où les entreprises sont concurrentes tant sur le marché amont que sur le marché aval. De telles pratiques peuvent aussi créer des barrières d'entrée sur un marché nouveau (notamment en matière des technologies ou dans le secteur pharmaceutique, par le biais de l'obtention d'un brevet sur une molécule ou sur un processus technologique). Afin de remédier à une telle implication, le REC impose un délai de trois ans au cours duquel un opérateur économique autre que les parties aux accords devrait être susceptible d'entrer sur le marché pour être considéré comme concurrent potentiel.

Si les parties à un accord R&D limite le cadre de leur coopération uniquement aux activités R&D et chaque des parties peut disposer des résultats des activités de recherche à sa discrétion, l'accord en question sera hors du champs d'application de l'Article 101§1 TFUE. En plus, selon la Commission européenne, les accords de spécialisation entre non-concurrents ou entre entreprises présents sur des marchés complémentaires ne sont pas, par leur nature, susceptibles de restreindre la concurrence. Il en va de même des accords R&D entre concurrents si une des parties a délégué l'activité de recherche à un opérateur externe (« outsourcing »).

Ceci dit, il paraît que le cadre réglementaire actuel ne tient pas suffisamment compte des spécificités de certains produits ou de certaines industries, notamment du secteur des nouvelles technologies. Vue notamment la dynamique dans les secteurs numérique et le secteur « e-health », la période de référence de trois ans paraît excessivement longue et moins adaptée au dynamisme du secteur numérique.

2.2 L'analyse de la sphère de sécurité pourrait être mis en cohérence avec le REC sur les accords de transfert de technologie.

Par ailleurs, comme il a été dit plus haut, le REC sur la coopération R&D cohabite avec un règlement d'exemption dédié aux seuls transferts de technologie. Le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords de recherche et de développement uniquement si les règlements d'exemption par catégorie relatifs aux accords de recherche et de développement et aux accords de spécialisation ne s'appliquent pas et par ailleurs le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique qu'aux accords bilatéraux mais les lignes directrices concernent également les regroupements de brevets. Autrement dit, dans certaines situations il existe une compétence résiduelle du REC sur les accords de coopération relatif à la R&D.

Il pourrait être envisagé que la REC Transfert de technologie et la REC accords de coopération de la R&D convergent, par exemple en illustrant le régime des « pools » de brevets.

La Commission rappelle dans la REC transfert de technologie que les accords de création de regroupements de technologies ou « pools de brevets », tout comme la concession de licences à partir de ceux-ci, ne peuvent, en tant qu'accords multilatéraux, bénéficier d'une exemption automatique au titre du règlement. Les Lignes directrices énoncent six conditions cumulatives permettant de considérer que la mise en place et le fonctionnement d'un pool de brevets ne sont pas anticoncurrentiels. En revanche, lorsque des technologies regroupées englobent des technologies non essentielles, l'accord relève vraisemblablement du champ d'application de l'article 101al.1, si les parties à l'accord occupent une position importante sur l'un des marchés en cause. De tels accords peuvent bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 101al. 3, si, par exemple, ils remplissent les 6 critères de la sphère de sécurité, ou s'il existe des raisons pro-concurrentielles d'inclure des brevets non essentiels dans l'accord etc.

3/ Les Accords de Spécialisation (Q4.7-4.10 ; Q 4.35-Q4.43 ; Q5.17; Q6.4)

Les accords de spécialisation (ou « production agreements ») sont des accords entre deux ou plusieurs concurrents ayant pour objet de définir les conditions de coopération entre les parties en vue de la production de produits ou de prestation des services. De tels accords sont souvent considérés comme bénéfiques du point de vue économique, notamment grâce aux gains d'efficacité et la rationalisation de la production qui en résultent. De tels effets pro-concurrentiels sont susceptibles de compenser les effets potentiellement restrictifs de concurrence. Toutefois, une analyse approfondie s'impose afin d'estimer si de tels gains d'efficacité effectivement bénéficient aux consommateurs ou au progrès technique.

Néanmoins, des accords de spécialisation peuvent aussi avoir des effets anticoncurrentiels, notamment si les parties sont des concurrents actuels avec une part de marché importante (les Lignes directrices fixent un seuil de sécurité de 20% sur chaque marché pertinent). Dans l'hypothèse d'un accord entre concurrents, leur coopération peut avoir pour effet la répartition de clientèle, l'imposition de quotas, fixation de prix en gros ou en détail ou même une restriction de l'innovation par l'imposition de certains standards techniques. D'ailleurs, le risque d'effets nocifs des accords entre deux opérateurs présents sur des marchés amont ou aval est moins élevé mais il faut prendre en compte le risque d'effet de forclusion notamment dans l'hypothèse où une des parties a une part de marché important ou a une position dominante sur un des marchés.

Toutefois, le cadre réglementaire actuel ne tient pas suffisamment compte des spécificités des secteurs plus dynamiques, notamment le secteur pharmaceutique et les nouvelles technologies. Des pratiques restrictives peuvent notamment avoir pour effet l'imposition de certains standards techniques ou bien la limitation de l'innovation.

4/ Echanges d'Information (Q4.11 ; Q6.1; Q6.6)

La section des lignes directrices consacrée aux échanges d'informations mériterait d'évoluer sur cinq points.

4.1/ Hub & spoke

La pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne ("CJUE") sont venues préciser, après l'adoption des lignes directrices de 2010, la notion de consentement dans des affaires d'échanges d'informations, particulièrement dans des cas où les échanges faisaient intervenir une tierce partie.

Il serait ainsi utile que les lignes directrices révisées intègrent ces solutions et consacrent des développements plus fournis qu'actuellement aux pratiques dites de hub & spoke par laquelle des entreprises, plutôt que d'entretenir des contacts directs, ont recours à un tiers. Cette question présente en effet un enjeu important dans certains secteurs².

L'intervention d'un tiers aux échanges d'informations est mentionnée au point 55 des lignes directrices horizontales dans leur version actuelles³. Elle est également évoquée au point 224 des lignes directrices sur les restrictions verticales de concurrence⁴.

La concertation via un tiers a, depuis, été examinée par la CJUE dans son arrêt *VM Remonts et a.* du 21 juillet 2016⁵. Le test retenu par la CJUE pour établir le caractère anticoncurrentiel d'une telle pratique repose sur trois critères alternatifs : (i) le tiers opère sous la direction ou le contrôle de l'entreprise, (ii) cette entreprise a connaissance des objectifs anticoncurrentiels poursuivis par ses concurrents et le prestataire et entend y contribuer par son propre comportement, ou (iii) l'entreprise peut raisonnablement prévoir les agissements anticoncurrentiels de ses concurrents et du prestataire et est prête à en accepter les risques.

Il convient également de citer l'arrêt *Eturas* de la CJUE en date du 21 janvier 2016⁶, dans lequel les juges européens ont précisé la façon dont une entreprise pouvait être présumée avoir participé à une pratique concertée avec ses concurrents dès lors qu'elle avait été destinataire d'une information émise par un prestataire chargé de gérer leurs offres sur Internet.

Les futures lignes directrices pourraient utilement renouveler le guide d'analyse fourni aux entreprises en tenant compte de ces précédents, tout en s'inspirant de la pratique décisionnelle de certaines autorités nationales de concurrence en matière de hub & spoke, lesquelles ont permis d'élaborer des tests spécifiques applicables à ce type de pratiques⁷.

Les exemples pratiques contenus dans les lignes directrices pourraient contenir au moins un cas de ce type.

² Dans le secteur de la grande distribution, la pratique du "category management" peut soulever des questions au titre de la notion de hub & spoke (v. l'avis n°10-A-25 de l'autorité de concurrence française en date du 7 décembre 2010, pts 105 et s.). De même, dans le secteur de l'économie digitale, les entreprises, y compris lorsqu'elles sont concurrentes, ont de plus en plus recours à des pools de données gérés par des tiers afin de collecter les informations nécessaires au développement de nouveaux outils et services.

³ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n°C 11 du 14 janvier 2011, p. 1.

⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE n°C 130 du 19 mai 2010, p. 1.

⁵ Aff. C-542/14.

⁶ CJUE, 21 janvier 2016, *Eturas*, aff. C-74/14.

⁷ L'on pense en particulier aux affaires *Argos&Littlewood Ltd* et *JB Sports Plc* jugées par l'Office of Fair Trading puis, en appel par la Court of Appeal dans un jugement du 19 octobre 2006 (https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/Jdg_CoA_1014Argos_Little_JB191006.pdf). V. également le jugement du Competition Appeal Tribunal en date du 20 décembre 2012, *Tesco/Office of Fair Trading*.

4.2/ Data pooling

Le développement d'une économie fondée sur la donnée renouvelle les enjeux du partage ou de la mise en commun d'informations par des entreprises concurrentes. En effet, le partage de données constitue pour certaines entreprises un levier essentiel de développement et, surtout, un moyen d'exister face aux opérateurs les plus puissants du marché qui sont capables de collecter, sans avoir besoin de coopérer avec des tiers, d'immenses masses de données dont ils tirent un avantage concurrentiel.

Dans ce cadre, la pratique dite de data pooling connaît un développement important. Le data pooling recouvre une forme de coopération entre entreprises dans laquelle celles-ci mettent en commun des données, le plus souvent sur une base de réciprocité (l'entreprise a accès aux informations fournies par les autres à condition qu'elle fournisse elle-même les informations qui lui sont relatives). Le data pooling repose en général sur une technologie donnée (telle qu'une plateforme en ligne de mise en commun et d'échange des données) et fait appel à un tiers chargé de collecter et de mettre à disposition les informations, de sorte qu'il n'emporte pas toujours de contacts directs entre les utilisateurs du pool.

Ce type de coopération soulève deux séries de questions en droit des ententes. D'une part, il peut aboutir à l'échange, entre concurrents, d'informations plus ou moins sensibles sur le plan concurrentiel. D'autre part, un pool de données peut représenter une barrière à l'entrée sur un marché vis-à-vis des entreprises qui n'y ont pas accès. A l'opposé, le data pooling présente de nombreuses efficacités. En particulier, il fournit aux entreprises de petite taille un moyen d'accéder à des données qu'elles ne seraient pas en mesure d'obtenir par elles-mêmes et de concurrencer ainsi les plus grands acteurs.

La pratique du data pooling, actuellement examinée par la Commission sur le plan contentieux⁸. A ce stade toutefois, la pratique décisionnelle et la jurisprudence sur ce sujet sont très limitées⁹. Plusieurs des rapports récemment rendus publics sur le thème de la rencontre du droit de la concurrence et de l'économie digitale insistent sur la nécessité de clarifier les règles sur ce sujet.

Il importe ainsi que la Commission fournisse aux entreprises, sur la base de son expérience la plus récente, des indications aussi claires que possible sur les critères permettant de considérer que les possibles restrictions de concurrence contenues dans un système de data pooling, qu'il conviendrait d'identifier, bénéficient d'une exemption au titre du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE.

Il serait également utile de prévoir, dans les nouvelles lignes directrices, des exemples spécifiques d'échanges d'informations dans le secteur digital.

A titre d'illustration, nous pourrions citer l'émergence, dans plusieurs secteurs, du mécanisme des « blockchains », lequel met à mal les notions classiques du droit de la concurrence. La mise en place d'une blockchain est le fruit d'une coopération entre opérateurs puisque on définit la blockchain comme un grand livre partagé qui permet de créer un enregistrement immuable des transactions sur la base d'un consensus. Ces mécanismes numériques soulèvent des questions très similaires à celles des consensus en matière d'accords de normalisation.

C'est au niveau européen que les nouvelles restrictions potentielles de concurrence liées aux blockchains doivent être appréhendées, à travers un règlement d'exemption. A tout le moins, il nous semble qu'une

⁸ La Commission enquête depuis le 14 mai 2019 sur Insurance Ireland, un pool de données réunissant des assureurs en Irlande.

⁹ La décision de la Commission *Wirtschaftsvereinigung Stahl* est régulièrement citée. Elle est toutefois très ancienne (3 janvier 1998), rendue sous l'empire des règles du Traité CECA et le point qui concerne les pools d'informations (§ 58) ne constitue qu'une incise au sein de la décision. On citera également l'arrêt de la CJUE *Asnef-Equifax* qui concernait également un cas de mise en commun d'informations entre concurrents (aff. C-238/05).

grille d'analyse des effets de la blockchain pourrait être proposée dans les LD, même si l'émergence de ces mécanismes de marché est trop récent pour avoir donné lieu à une pratique décisionnelle.

4.3/ Big data

Le développement du big data et le raffinement constant des algorithmes qui permettent de traiter ces volumes toujours croissants de données, sur lequel les présentes observations ne reviendront pas en détail, a probablement un effet sur ce qu'il faut entendre par information présentant un enjeu concurrentiel. En effet, une donnée peu sensible en elle-même peut revêtir un caractère stratégique s'il est possible de la croiser avec d'autres données et/ou de la traiter au moyen d'algorithmes. Ce point pourrait être précisé par le futur texte et illustré par des exemples concrets.

Les plateformes numériques facilitant les interactions entre différents utilisateurs ont acquis une place croissante dans de multiples secteurs. Grâce aux effets de réseaux et aux possibilités offertes par le numérique, les plateformes les plus efficaces ont en effet pu croître rapidement à une très large échelle, acquérir des positions dominantes et bénéficier d'avantages comparatifs pour se diversifier. Malgré les bénéfices liés à l'économie numérique et au développement des plateformes, la tendance à la concentration des marchés et à la dégradation de la concurrence soulève des inquiétudes économiques grandissantes. La capacité du droit de la concurrence à appréhender l'économie numérique et à lutter efficacement contre d'éventuelles pratiques abusives des plateformes est de plus en plus discutée. Il ne s'agit pas seulement d'une question de pouvoir de marché et de concentration ; Plusieurs travaux ont mis en évidence les risques pour le marché lorsque les plateformes peuvent déployer des pratiques déloyales ou anti-concurrentielles liées aux outils d'échanges de données.

Ces marchés émergents récents n'ont pas été envisagés dans les lignes directrices de 2010 et mériteraient un traitement particulier dans les lignes directrices révisées, d'une part parce que la notion de seuil en part de marché est difficile à appréhender dans ce domaine et d'autre part car les plateformes numériques développent leurs propres formes d'échanges d'informations. Les nouveaux outils du commerce électronique que sont les algorithmes de veille concurrentielle instantanée pose le problème de l'imputabilité de l'infraction. Est-ce encore de la coopération horizontale « classique » lorsque les échanges d'information « échappent » à l'opérateur et sont le fait de la machine plus que le fait de l'homme (Concept de Deep learning des prix) ?

4.4/ Echanges d'informations dans le cadre d'une due diligence

Il serait utile que la Commission européenne précise sa doctrine en matière d'échanges d'informations entre concurrents intervenant dans le cadre d'opérations de concentrations. En effet, de tels échanges peuvent certes être appréhendés sous l'angle du non-respect de l'obligation de suspension des concentrations notifiables à la Commission mais également, et de façon bien plus large (car toutes les concentrations ne sont pas notifiables), sous l'angle du droit des ententes. Compte tenu du caractère très répandu de ces échanges en pratique, il serait légitime que les futures lignes directrices y consacrent des développements.

A cet égard, le caractère sensible, sur le plan concurrentiel, d'une information échangée dépend étroitement du contexte dans lequel intervient l'échange. Or, l'accomplissement d'une due diligence offre un contexte particulier à l'échange d'informations, justifiant probablement des recommandations spécifiques. A titre d'exemple, la fréquence des échanges, qui est un élément-clé d'appréciation des échanges d'informations sur les marchés instables, fait nécessairement défaut dans un tel contexte. Ceci devrait permettre d'écarter toute préoccupation de concurrence dans de nombreux cas d'échanges d'informations intervenant ponctuellement dans un cadre de due diligence.

4.5/ Recommandations sectorielles

Il serait très utile que les lignes directrices se penchent sur les échanges d'informations propres à certains secteurs économiques. De tels échanges ont pu, par le passé, être couverts par des règlements d'exemption par catégorie aujourd'hui expirés¹⁰. D'autres secteurs se caractérisent par l'importance des échanges d'informations entre les entreprises, y compris concurrentes¹¹. Une telle approche sectorielle améliorerait significativement la sécurité juridique des entreprises.

5/ Accords d'achat en commun (Joint Purchasing) (Q4.12 ; Q6.8)

L'AFEC estime que les futures lignes directrices pourraient intégrer, dans une section consacrée aux accords d'achat en commun, des développements plus détaillés que les développements existants concernant les regroupements à l'achat dans le secteur de la grande distribution¹².

Dans leur version actuelle, les lignes directrices entretiennent une approche favorable à l'égard des regroupements à l'achat, fondée sur l'idée qu'ils profitent *in fine* aux consommateurs dans la mesure où ils tendent à faire baisser les prix.

Les lignes directrices permettent ainsi d'appréhender les rapprochements entre centrales d'achat ou de référencement par le biais d'un seuil de parts de marché (15%) en deçà duquel les rapprochements à l'achat peuvent être présumés remplir les critères d'exemption. Elles évoquent certains scénarios d'atteinte à la concurrence causées par de tels accords, en particulier (i) la fermeture du marché amont aux acheteurs concurrents, (ii) un risque, sur ces mêmes marchés, de réduction de la qualité, des efforts d'innovation et de façon plus générale une réduction de l'offre et (ii) sur les marchés aval, le risque de réduction de la concurrence par les prix entre les parties au rapprochement à l'achat.

Au moins deux facteurs justifient que la Commission revisite son approche des alliances dans le commerce de détail.

Le premier tient à la concentration croissante du secteur de la grande distribution sur les marchés de détail ainsi qu'à la multiplication des rapprochements à l'achat au cours des années récentes (certains font actuellement l'objet d'enquêtes de concurrence au niveau national et au niveau européen).

Cette concentration croissante soulève plusieurs questions qui mériteraient d'être prises en compte dans les nouvelles lignes directrices. La première concerne le bénéfice retiré par le consommateur des économies réalisées par le biais des accords d'achats ou de négociation en commun. Plus les marchés sont concentrés en aval, moins il est probable qu'un tel transfert aura lieu. Il serait utile que les futures lignes directrices élaborent les critères permettant de préciser les situations dans lesquelles un tel transfert pourra être considéré comme plus ou moins probable, en fonction du degré de concentration des marchés avals (en tenant compte de la dimension géographique de ces marchés).

La seconde question concerne les pratiques déloyales auxquelles ces regroupements peuvent donner lieu. Il est constant que certains abus auxquels peuvent donner lieu les rapprochements à l'achat (obtention d'avantages sans contrepartie réelle, alignement automatique et injustifié des conditions commerciales, déréférencements coordonnés, etc.) relèvent traditionnellement du domaine des pratiques commerciales déloyales¹³ et n'ont, jusqu'à présent, donné lieu qu'à de très rares condamnations au titre

¹⁰ Il est possible de citer le secteur des assurances et le secteur automobile.

¹¹ Le secteur bancaire ou le secteur agricole par exemple.

¹² Ces rapprochements sont évoqués au point 196 des lignes directrices actuelles.

¹³ V. par ex. la décision du Bundeskartellamt du 29 janvier 2018, EDEKA.

du droit de la concurrence¹⁴. Il ne peut toutefois être exclu que ce type de pratiques produise également un effet sur le marché et puisse être appréhendé par le biais de l'article 101 du TFUE lorsqu'elles résultent d'une coordination entre les parties à un rapprochement à l'achat. Tel est le cas, en particulier, lorsque la pratique est dirigée contre une entreprise située dans un état de dépendance important vis-à-vis de l'alliance. Dans un tel scénario en effet, il est possible de présumer que certaines pratiques, parmi les plus graves, mettent en jeu, si ce n'est son existence même, du moins sa capacité à investir et à innover, de sorte que la structure du marché s'en trouve affectée.

Sur cette base, la Commission pourrait ainsi intégrer dans ses réflexions l'opportunité d'inclure dans les futures lignes directrices, à l'image des clauses grises figurant dans certains règlements d'exemption par catégorie, une liste de pratiques réputées restreindre la concurrence lorsqu'elles sont le fait d'entreprises ayant regroupé leurs achats et qu'elles sont dirigées à l'encontre de fournisseurs situés au-delà d'un seuil de dépendance (qu'il serait possible de fixer à 22% dans le prolongement de la décision *Rewe/Meinl*¹⁵).

Le deuxième facteur justifiant une évolution des lignes directrices concernant les regroupements à l'achat tient à l'existence de certains scénarios d'atteinte à la concurrence non mentionnés par les lignes directrices dans leur version actuelle. On pense en particulier à l'effet dit "waterbed" par lequel l'obtention de conditions plus avantageuses par les membres de l'alliance se traduit, par compensation, par une augmentation des prix facturés aux détaillants qui n'en sont pas membres. Il est également possible de mentionner l'effet dit de spirale qui, dans une logique d'effet de réseau, conduit les membres des alliances à obtenir des conditions toujours plus avantageuses à mesure que se renforce, grâce à ces conditions, leur pouvoir de marché¹⁶.

L'Autorité de la concurrence française (ADLC) a rendu en Avril 2015 un avis dans lequel elle propose une grille d'analyse générale des risques engendrés par les accords d'achat en commun à la suite de différents rapprochements de centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire. (Système U/ Auchan, ITM/Casino, Carrefour/Cora). Ces accords de coopération ont été conclus dans un contexte particulier de guerre des prix exerçant une pression sur les marges des opérateurs. Cet avis pourrait servir à illustrer certains exemples de pratiques citées plus haut.

6/ Accords de Commercialisation (Q4.15 ; Q6.10)

Pas de commentaire additionnel.

7/ Accords de Normalisation (Q4.18 ; Q6.12)

Il est bénéfique aux consommateurs que suffisamment de monde utilise les mêmes critères ou les mêmes références techniques. Il peut également être bénéfique pour la collectivité que tout le monde utilise la même norme technique afin de rendre interopérables ces technologies et permettre aux consommateurs de faire des choix pro-concurrentiels.

La section des lignes directrices consacrée aux accords de normalisation rappelle les critères de la sphère de sécurité qui font échapper les accords de normalisation à tout risque de restriction de concurrence :

¹⁴ L'autorité italienne de concurrence est la seule, à notre connaissance, à avoir sanctionné des abus commis dans le cadre d'un rapprochement au titre du droit de la concurrence. Voir la décision n°1768 du 28 avril 2014, *Centrale d'Aquisto per la grande distribuzione organizzata*. En France, l'Autorité de la concurrence a conditionné la possibilité de sanctionner les pratiques de ce type à un critère de généralité suffisant : v. Conseil de la Concurrence, décision n°03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra ; AdLC, avis n°15-A-06 du 31 mars 2015, § 277.

¹⁵ Comm. UE, 3 février 1999, *Rewe/Meinl*, IV/M.1221, § 101.

¹⁶ *Ibid*, § 72.

- la procédure d'adoption de la norme doit être ouverte à tous les concurrents opérant sur le marché ;
- la procédure d'adoption de la norme doit être transparente et permettre aux parties prenantes de consulter les travaux à venir, en cours ou achevés ;
- le respect de la norme ne doit pas être obligatoire ;
- la politique en matière de propriété intellectuelle doit être claire et équilibrée. Notamment, il doit exister un accès effectif à la norme dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (« FRAND » pour « Fair, Reasonable, And Non-Discriminatory »).
- Enfin, les titulaires de droit de propriété intellectuelle qui veulent que de tels droits soient inclus dans la norme doivent s'engager irrévocablement et par écrit à divulguer de bonne foi les droits essentiels à la mise en œuvre de la norme et ce, pour éviter les abus d'exclusion, c'est-à-dire les pratiques de « *patent ambush* »).

Les deux écueils à éviter sont donc l'entente (i) et les effets de forclusions (ii).

(i) Le principe de consensus dans l'élaboration de la norme.

La coopération d'entreprises concurrentes à l'élaboration d'une norme ou leur participation à un processus de certification est très courante. La difficulté est de déterminer à quel moment le principe nécessaire de consensus bascule dans la restriction de concurrence abusive. Les lignes directrices ne sont pas assez explicites sur ce point qui a donné lieu depuis 2010 à plusieurs décisions des autorités nationales qui pourraient être intégrées dans les lignes directrice de la Commission. Ainsi l'avis 15A16 de l'Autorité française précise que Les effets pro-concurrentiels que les normes peuvent avoir sur les marchés (sécurité, compatibilité, interopérabilité, intégration des innovations par exemple) justifient que l'on accepte leur élaboration par simple consensus, c'est-à-dire par entente entre des opérateurs économiques concernés, qui sont souvent des concurrents. L'homologation d'une norme suppose un consensus qui, lorsqu'il est effectif et non biaisé, entraîne en général une large adhésion des entreprises parties prenantes à ce consensus.

En France, l'article 5.6 de la norme NF X 50-088, le consensus est défini de la manière suivante : Les projets de normes « *sont dits consensuels s'ils recueillent un accord général, caractérisé par l'absence d'opposition ferme à l'encontre de l'essentiel du sujet émanant d'une partie importante des intérêts en jeu, et par un processus de recherche de prise en considération de toutes les vues exprimées et de rapprochement de positions divergentes* ».

Le consensus n'implique pas nécessairement l'unanimité. Si la recherche de l'unanimité, facteur de blocage, n'est effectivement pas souhaitable, une appréciation réelle de l'existence d'un consensus est indispensable pour garantir la neutralité du projet de norme vis-à-vis des opérateurs économiques concernés qui sont souvent des concurrents.

Cet aspect pourrait être développé dans les lignes directrices.

(ii) L'exploitation FRAND des brevets issus de la normalisation.

La norme ou le standard confère un avantage concurrentiel ou une rente aux brevets qui sont nécessaires ou essentiels au respect du standard favorisant ainsi les entreprises qui sont plus avancées sur certaines technologies utilisées dans le standard devenu un instrument de politique industrielle. Ce phénomène se rencontre plus généralement dans les nouvelles technologies, indépendamment des normes (« the winner takes all »). Les exemples illustrant les principes FRAND des LD de 2010 ont été bénéfiques. Plus précisément, l'AFEC estime que des clarifications sur la signification des engagements FRAND sont bénéfiques à la fois pour les titulaires de brevets et pour ceux qui utilisent les normes pour innover ainsi que pour les consommateurs et les utilisateurs finaux et que ces principes gagnent à être encore plus détaillés.

Par exemple, généraliser un accès équitable à la norme par l'application du principe FRAND implique que le niveau de redevance d'un brevet ou d'une technologie avant l'établissement du standard soit équivalent à celle qui sera appliquée postérieurement. Le principe est difficile à mettre en œuvre en pratique et nécessite donc des orientations afin de déterminer le principe d'une redevance FRAND que les lignes directrices pourraient illustrer.

8/ Autres Accords (Q4.44)

8.1 Les accords environnementaux.

Les lignes directrices de 2010 ne comportent pas de chapitre distinct sur les accords environnementaux, contrairement aux lignes directrices sur les accords horizontaux de 2001. Seul un exemple particulier est donné dans le point 329 à propos des normes environnementales. Il nous apparaît que des exemples plus concrets et détaillés pourrait être donnés si les lignes directrices révisées contenaient un chapitre sur les accords environnementaux qui possèdent leurs propres spécificités.

Les questions environnementales n'ont fait que prendre de l'ampleur depuis 2001 et les entreprises ont souvent recours à des accords de coopération avec des concurrents pour réduire l'impact financier des efforts liés à la protection de l'environnement.

Nous suggérons de consacrer aux accords environnementaux une section dédiées dans laquelle pourrait être abordée des questions spécifiques à ces types d'accord, notamment les restrictions de concurrence inhérentes à ces accords et qui pourraient être justifiées par l'objet même de l'accord, c'est-à-dire le but environnemental, alors qu'elles ne le seraient pas dans un contexte non environnemental. A titre d'exemple, nous pourrions citer :

- Le trading d'oxyde de carbone (CO₂) qui implique notamment des échanges d'informations sur les volumes de production,
- La gestion des déchets et les filières de collecte de produits à valeur énergétique (huile, pneus, etc.)
- Les consortiums constitués aux fins de satisfaire à la directive Reach.

L'exemple de la directive Reach illustre la difficulté à faire coexister des obligations dont les objectifs sont différents : Conformément au règlement REACH, les entreprises qui fabriquent ou importent des substances chimiques en quantités supérieures à une tonne par an ont l'obligation de soumettre un dossier d'enregistrement à l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA) afin de fournir des informations sur les propriétés et les utilisations de ces substances. Les entreprises qui ont l'intention d'enregistrer la même substance doivent former un "Forum d'échange d'informations sur les substances" (FEIS). Les FEIS constituent une plate-forme permettant de faciliter le partage des données entre les entreprises, et donc d'éviter la duplication des études, de réduire les coûts et les essais sur les animaux, et de se mettre d'accord sur la classification et l'étiquetage de la substance concernée. Une communication de la Commission Environnement de Novembre 2015 rappelle que ces échanges d'informations doivent être conformes aux prescriptions des article 101 et 102 TFEU. Mais ce rappelle des règles du droit de la concurrence est formulé en termes très généraux : « *Les membres d'un FEIS sont généralement des concurrents et, pour éviter de tomber sous le coup de l'article 101 du TFUE, ils ne devraient donc pas échanger d'informations qui pourraient leur permettre de prévoir la stratégie commerciale des autres et d'aligner leur comportement sur le marché (John Deere - Affaire C-7/95 P, Rec. 1998, p. I-3111)* ». Or précisément, les informations échangées sont particulièrement granulaires et elles ne sont pas historiques. Il y aurait donc intérêt à ce que les lignes directrices sur les accords de coopération horizontaux traitent des consortiums rendus obligatoires par la Directive Reach.

8.2/ Le cas de la coopération entre sociétés d'assurance.

Le marché de l'assurance disposait jusqu'en 2016 d'un règlement d'exemption particulier, datant de 1992 et renouvelé 2 fois. Mais la Commission a décidé qu'il n'était plus nécessaire de le maintenir en estimant que les lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontales reflétaient suffisamment les principes du règlement particulier, ce qui entraîne pour les sociétés d'assurance l'obligation d'effectuer une auto-évaluation de leur risque sans cadre particulier.

Or les lignes directrices actuelles sont peu illustratives des accords spécifiques du secteur de l'assurance, et pour cause puisqu'ils en étaient exclus.

La Commission a reconnu que les coûts des produits d'assurance sont inconnus au moment où la prime est convenue et, que pour analyser correctement les coûts et choisir un prix en calculant l'exposition au risque sur la base des données historiques, les assureurs échangent et fusionnent utilement leurs données. La Commission a également reconnu qu'il peut exister un besoin de coopération spécifique entre sociétés d'assurance dans le cadre de pools d'assurance ou de réassurance pour des risques « non-conventionnels »,

Il apparaît donc nécessaire de lui consacrer une section spécifique ou à tout le moins ajouter des exemples tirés de la pratique décisionnelle, d'autant que la Commission a ouvert récemment une enquête sur les conditions d'accès à un système de mise en commun de données dont l'objectif était de faciliter la détection de comportements potentiellement frauduleux d'assurés sinistrés et de garantir l'exactitude des informations fournies par les clients potentiels aux compagnies d'assurance. La Commission a rappelé que des accords de mise en commun de données peuvent contribuer à l'exercice d'une concurrence effective, notamment, la participation et l'accès de prestataires de services d'assurance à un pool de données peuvent profiter directement aux consommateurs, qui bénéficieront de produits plus adaptés et de prix compétitifs, mais que toutefois, le fait que les participants alimentent la base de données en permanence avec des données relatives aux sinistres ont pu avoir pour effet de placer ces entreprises en situation de désavantage concurrentiel sur le marché irlandais de l'assurance automobile. (Aff. Insurance Link 2019).

Il convient aussi de supprimer du point 18 la mention indiquant que le texte ne s'applique pas « lorsqu'il existe une réglementation sectorielle, comme c'est le cas pour certains accords relatifs...aux assurances ».

9/ Effets imprévus (Q4.46-Q4.47)

Pas de commentaire additionnel.

En conclusion, l'AFEC souhaite que les textes issus de la prochaine révision des REC et LD sur les accords de coopération horizontaux soient plus simples et plus faciles à appliquer pour les parties prenantes et qu'ils soient étayés par des données empiriques plutôt que par des théories ou des illustrations anecdotiques. La Commission devra veiller à ne pas saper le champs globalement dynamique de la coopération entre entreprises et de ne pas adopter des politiques réglementaires qui peuvent, par mégarde, empêcher les entreprises européennes de continuer à opérer et à être compétitive sur le marché mondial.

Paris, le 5 Février 2020.