

ANNEXE

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

PROJET

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 et actes législatifs.....	19
2.	Accords de recherche et développement.....	21
2.1.	Introduction.....	21
2.2.	Marchés en cause.....	23
2.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1.....	23
2.3.1.	Principaux problèmes de concurrence.....	23
2.3.2.	Restrictions de la concurrence par objet.....	23
2.3.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	24
2.4.	Accords relevant du REC applicable à la R&D.....	27
2.4.1.	Distinction entre les «activités conjointes de R&D» et les «activités rémunérées de R&D» et concept de «spécialisation dans la R&D».....	28
2.4.2.	Exploitation conjointe des résultats de la R&D et concept de spécialisation dans l'exploitation conjointe.....	28
2.4.3.	Cession de droits de propriété intellectuelle ou concession de licences sur de tels droits.....	30
2.5.	Conditions d'exemption prévues par le REC applicable à la R&D.....	31
2.5.1.	Accès aux résultats finaux.....	31

2.5.2.	Accès au savoir-faire préexistant	32
2.5.3.	Conditions liées à l'exploitation conjointe.....	32
2.5.4.	Seuils, parts de marché et durée de l'exemption.....	32
2.6.	Restrictions caractérisées et restrictions exclues.....	41
2.6.1.	Restrictions caractérisées	41
2.6.2.	Restrictions exclues.....	43
2.7.	Retrait du bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D.....	44
2.8.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, des accords de R&D qui ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable à la R&D	47
2.8.1.	Gains d'efficacité	47
2.8.2.	Caractère indispensable.....	47
2.8.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	47
2.8.4.	Absence d'élimination de la concurrence.....	48
2.9.	Date à laquelle l'appréciation a lieu	48
2.10.	Exemple.....	49
3.	Accords de production	53
3.1.	Introduction	53
3.2.	Marchés en cause	54
3.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1.....	54
3.3.1.	Principaux problèmes de concurrence	54
3.3.2.	Restrictions de la concurrence par objet	55
3.3.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	56
3.4.	Accords relevant du REC applicable aux accords de spécialisation.....	60
3.4.1.	Accords de spécialisation.....	60
3.4.2.	Autres dispositions dans les accords de spécialisation	61
3.4.3.	Distribution conjointe et notion de «conjointe» en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation.....	62
3.4.4.	Services couverts par le REC applicable aux accords de spécialisation.....	63
3.4.5.	Entreprises concurrentes: concurrents existants ou potentiels.....	63
3.4.6.	Seuil de part de marché et durée de l'exemption.....	64
3.4.7.	Restrictions caractérisées en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation	65
3.4.8.	Retrait du bénéfice du REC applicable aux accords de spécialisation.....	66
3.5.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, des accords de production qui ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable aux accords de spécialisation.....	66
3.5.1.	Gains d'efficacité	67

3.5.2.	Caractère indispensable.....	67
3.5.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	67
3.5.4.	Absence d'élimination de la concurrence.....	68
3.6.	Accords de partage d'infrastructures mobiles.....	68
3.7.	Exemples.....	72
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.....	77
4.2.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	79
4.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3.....	84
4.3.1.	Gains d'efficience.....	84
4.3.2.	Caractère indispensable.....	84
4.3.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	84
4.3.4.	Absence d'élimination de la concurrence.....	85
4.4.	Exemples.....	85
5.	Accords de commercialisation.....	89
5.1.	Introduction.....	89
5.2.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1.....	90
5.2.1.	Principaux problèmes de concurrence.....	90
5.2.2.	Restrictions de la concurrence par objet.....	90
5.2.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	91
5.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3.....	93
5.3.1.	Gains d'efficience.....	93
5.3.2.	Caractère indispensable.....	94
5.3.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	94
5.3.4.	Absence d'élimination de la concurrence.....	94
5.4.	Groupements de soumissionnaires.....	94
5.5.	Exemples.....	97
6.	Échange d'informations.....	103
6.1.	Introduction.....	103
6.2.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1.....	105
6.2.1.	Introduction.....	105
6.2.2.	Principaux problèmes de concurrence liés aux échanges d'informations.....	106

6.2.3.	La nature des informations échangées	108
6.2.4.	Caractéristiques de l'échange.....	113
6.2.5.	Les caractéristiques du marché	118
6.2.6.	Restriction de la concurrence par objet.....	119
6.2.7.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	120
6.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3.....	121
6.3.1.	Gains d'efficacité	121
6.3.2.	Caractère indispensable.....	122
6.3.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	122
6.3.4.	Absence d'élimination de la concurrence.....	122
6.4.	Exemples	122
7.	Accords de normalisation.....	125
7.1.	Introduction	125
7.2.	Marchés en cause	126
7.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1.....	126
7.3.1.	Principaux problèmes de concurrence	126
7.3.2.	Restrictions de la concurrence par objet	129
7.3.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	129
7.4.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3.....	136
7.4.1.	Gains d'efficacité	136
7.4.2.	Caractère indispensable.....	137
7.4.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	138
7.4.4.	Absence d'élimination de la concurrence.....	138
7.5.	Exemples	139
8.	Conditions générales	140
8.1.	Définitions.....	140
8.2.	Marchés en cause	141
8.3.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1.....	141
8.3.1.	Principaux problèmes de concurrence	141
8.3.2.	Restriction de la concurrence par objet.....	141
8.3.3.	Effets restrictifs sur la concurrence.....	142
8.4.	Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3.....	143
8.4.1.	Gains d'efficacité	143
8.4.2.	Caractère indispensable.....	143
8.4.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	144

8.4.4.	Absence d'élimination de la concurrence	144
8.5.	Exemples	144
9.	Accords de durabilité	146
9.1.	Introduction	146
9.2.	Accords de durabilité ne soulevant pas de problèmes de concurrence	148
9.3.	Appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 1	149
9.3.1.	Principes	149
9.3.2.	Accords de normalisation en matière de durabilité.....	150
9.4.	Appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 3	154
9.4.1.	Gains d'efficience	154
9.4.2.	Caractère indispensable.....	155
9.4.3.	Répercussion sur les consommateurs.....	156
9.4.4.	Absence d'élimination de la concurrence.....	161
9.5.	Participation des autorités publiques.....	162
9.6.	Exemples	162

1. INTRODUCTION

1.1. Objet et structure des présentes lignes directrices

1. Les présentes lignes directrices¹ visent à apporter la sécurité juridique en aidant les entreprises dans l'appréciation 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 d'accroître 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 pour les types d'accords de coopération horizontale les plus courants:
 - les accords de recherche et développement, y compris les lignes directrices relatives à l'application du règlement (UE) [...] de la Commission du [...] décembre 2022 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 développement (ci-après le «*REC applicable à la R&D*») (chapitre 2);
 - les accords de production, y compris les lignes directrices relatives à l'application du règlement (UE) n° [...] de la Commission du [...] décembre 2022 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 (ci-après le «*REC applicable aux accords de spécialisation*») (chapitre 3);
 - les accords d'achat (chapitre 4);
 - les accords de commercialisation (chapitre 5);
 - l'échange d'informations (chapitre 6);
 - les accords de normalisation (chapitre 7);
 - les conditions générales (chapitre 8).
3. En outre, la Commission s'étant engagée à atteindre les objectifs du pacte vert pour l'Europe³, les présentes lignes directrices fournissent des indications sur la façon dont les accords de coopération horizontale les plus courants seront appréciés au

¹ Les présentes lignes directrices remplacent la 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 (JO C 11 du 14.1.2011, p. 1).

² Voir également la communication «Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020: construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe» du 5 mai 2021 [COM(2021) 350 final].

* Le 1^{er} décembre 2009, l'article 81 du traité CE est devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «traité»). Les deux articles sont, en substance, identiques. Aux fins des présentes lignes directrices, les références faites à l'article 101 du traité s'entendent, s'il y a lieu, comme faites à l'article 81 du traité CE. Le traité a également introduit certaines modifications de terminologie, telles que le remplacement de «Communauté» par «Union» et de «marché commun» par «marché intérieur». La terminologie du traité sera utilisée dans les présentes lignes directrices.

³ Communication de la Commission intitulée «Le pacte vert pour l'Europe» [COM(2019) 640 final].

regard de l'article 101 lorsqu'ils poursuivent des objectifs de développement durable (chapitre 9).

4. Étant donné le nombre potentiellement élevé de types de coopération horizontale et de leurs combinaisons, ainsi que de conditions de marché dans lesquelles elles peuvent opérer, il est difficile d'apporter des orientations adaptées à chaque scénario envisageable. Les lignes directrices ne constituent 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 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 recherche et développement («R&D») avec la production et/ou la commercialisation des résultats issus de ces activités. Ce type d'accords est aussi couvert par les présentes lignes directrices. De façon générale, lors de l'utilisation des présentes lignes directrices en vue de l'analyse d'une telle coopération intégrée, tous les chapitres concernant les différentes parties de la coopération seront pertinents. Toutefois, pour apprécier si certains comportements seront normalement considérés comme une restriction de la concurrence par objet ou par effet, les indications fournies dans le chapitre concernant la partie d'une coopération intégrée 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 la coopération intégrée: 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, l'expérience acquise permet de considérer qu'en général:
 - le centre de gravité d'un accord de coopération horizontale impliquant à la fois la R&D conjointe et la production conjointe des résultats issus devrait être la R&D conjointe, dans la mesure où la production conjointe ne peut avoir lieu que si la R&D conjointe aboutit. Cela signifie que les résultats de la R&D conjointe sont déterminants pour la production conjointe ultérieure. Dans ce cas, les orientations présentées dans le chapitre relatif aux accords de R&D prévalent. Le résultat de l'appréciation du centre de gravité ne serait pas le même si les parties s'étaient engagées de toute façon dans une production conjointe, c'est-à-dire indépendamment de la R&D conjointe. Cela signifie que de tels accords devraient être plutôt appréciés en tant qu'accords de production conjointe et que les orientations figurant dans le chapitre relatif aux accords de production prévalent. Si l'accord prévoit une intégration totale des activités de production et une intégration seulement partielle de certaines activités de R&D, le centre de gravité de la coopération serait également la production conjointe;
 - de même, le centre de gravité d'un accord de coopération horizontale impliquant à la fois la spécialisation et la commercialisation conjointe des résultats devrait être, en principe, la spécialisation, dans la mesure où la commercialisation conjointe ne peut avoir lieu que grâce à la coopération dans le cadre de l'activité de spécialisation;

- le centre de gravité d'un accord de coopération horizontale impliquant la production conjointe et la commercialisation conjointe des produits devrait être, en principe, la production conjointe, dans la mesure où la commercialisation conjointe ne peut généralement avoir lieu que grâce à la coopération dans le cadre de l'activité principale de production conjointe.
8. Le critère du centre de gravité ne s'applique qu'à la relation entre les différents chapitres des présentes lignes directrices, et non à la relation entre les différents règlements d'exemption par catégorie. La portée d'un règlement d'exemption par catégorie est définie par ses propres dispositions. Voir chapitre 2 pour les accords relevant du REC applicable à la R&D et chapitre 3 pour les accords relevant du REC applicable aux accords de spécialisation.
9. La structure des présentes lignes directrices est la suivante:
- le premier chapitre est une introduction qui décrit le contexte dans lequel l'article 101 s'applique aux accords de coopération horizontale. Ce chapitre fournit également des informations sur la relation entre les présentes lignes directrices et d'autres actes législatifs et orientations concernant les accords de coopération horizontale;
 - les chapitres 2 à 8 fournissent des orientations visant à faciliter l'autoévaluation au titre de l'article 101 pour les accords de coopération horizontale les plus courants. Le chapitre 9 contient des orientations supplémentaires au cas où ces accords poursuivraient des objectifs de développement durable. Les orientations fournies dans les chapitres 2 à 9 complètent les orientations plus générales données dans la présente introduction. Il est donc recommandé de toujours lire l'introduction dans un premier temps et de se référer aux chapitres spécifiques dans un second temps.

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

1.2.1. Introduction

10. Un des objectifs de l'article 101 est d'éviter que les entreprises ne recourent à des accords de coopération horizontale pour empêcher, restreindre ou fausser la concurrence sur le marché, au détriment, en fin de compte, des consommateurs.
11. 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 financement⁴. Une association d'entreprises désigne un organisme par l'intermédiaire duquel les entreprises de la même branche coordonnent leur comportement sur le marché⁵. Ces orientations s'appliquent aux accords de coopération horizontale conclus entre entreprises et aux décisions d'associations d'entreprises.

⁴ Voir, par exemple, arrêt du 25 mars 2021, *Deutsche Telekom/Commission*, C-152/19 P, EU:C:2021:238, point 72 et jurisprudence citée.

⁵ 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.

12. Lorsqu'une société exerce une influence déterminante sur une autre société, elles forment une entité économique unique et font donc partie de la même entreprise⁶. 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 les mêmes marchés de produits et les mêmes marchés géographiques en cause.
13. Aux fins de la constatation de la responsabilité pour une infraction à l'article 101, paragraphe 1, la Cour de justice a établi 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 d'une entreprise commune exercent une influence déterminante sur cette entreprise commune⁷. Par conséquent, lorsqu'il est démontré que les sociétés mères ont exercé une influence déterminante sur l'entreprise commune, la Commission n'appliquera normalement pas l'article 101, paragraphe 1, aux accords et aux pratiques concertées entre la ou les sociétés mères et l'entreprise commune concernant leur activité sur le ou les marchés en cause où l'entreprise commune est présente. Néanmoins, la Commission appliquera normalement l'article 101, paragraphe 1, aux accords conclus:
- entre les sociétés mères pour créer l'entreprise commune;
 - entre les sociétés mères pour changer le champ d'activité de l'entreprise commune;
 - entre les sociétés mères et l'entreprise commune en dehors de la gamme de produits et de l'étendue géographique de l'activité de l'entreprise commune; et
 - entre les sociétés mères sans participation de l'entreprise commune, même en ce qui concerne le marché en cause sur lequel l'entreprise commune est présente.
14. Le fait qu'une entreprise commune et ses sociétés mères sont considérées comme faisant partie de la même entreprise sur un marché déterminé n'empêche pas que, sur tous les autres marchés, ces sociétés mères restent indépendantes⁸.
15. Pour que l'article 101 s'applique à la 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.

La coopération horizontale peut prendre la forme d'un accord par lequel deux ou plusieurs entreprises ont exprimé une concordance de volontés de coopérer⁹. Une pratique concertée est une forme de coordination entre les entreprises dans le cadre

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ Voir, par exemple, arrêt du 13 juillet 2006, Commission/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, point 37.

de laquelle elles n'ont pas conclu d'accord, mais substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence¹⁰. 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 éléments¹¹.

16. 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.
17. 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 rapidement¹² les investissements supplémentaires ou les 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 suffisante¹³. Lorsque les 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:

- 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 insurmontable¹⁴;*
- si l'entreprise a effectué des démarches préparatoires suffisantes lui permettant d'accéder au marché concerné;*

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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'il s'agit de déterminer si une partie à un accord doit être vue comme un concurrent potentiel de l'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».

¹³ Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, points 37 et 38.

¹⁴ 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.

- *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 d'entrée sur un marché n'étant pas suffisante;*
- *la structure du marché et le contexte économique et juridique régissant son fonctionnement;*
- *la perception de l'entreprise en place 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, être à l'origine d'une pression concurrentielle sur l'opérateur en place sur ce marché;*
- *la conclusion d'un accord entre plusieurs entreprises opérant à un même niveau de la chaîne de production et dont certaines n'étaient pas présentes sur le marché en cause¹⁵.*

1.2.2. Cadre de l'analyse

18. 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 potentiels¹⁶ sur la concurrence.
19. 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 effets favorables à la concurrence produits par cet accord et à évaluer si ces effets favorables à la concurrence sont de nature à compenser les effets restrictifs sur la concurrence¹⁷. La mise en balance des effets restrictifs et des effets favorables à la concurrence s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 101, paragraphe 3¹⁸. Si une restriction de la concurrence n'est pas compensée par des effets favorables à la concurrence, l'article 101, paragraphe 2, dispose que l'accord est alors nul de plein droit.
20. 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 concernées¹⁹. Dans de telles situations, les entreprises sont empêchées de s'engager

¹⁵ Voir, par exemple, arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, points 36 à 58.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Voir arrêt du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. 2003 II-04653, EU:T:2003:281, point 107; arrêt du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, affaire T-112/99, Rec. 2001 II-02459, EU:T:2001:215, point 74; arrêt du 2 mai 2006, O2/Commission, T-328/03, Rec. 2006 II-01231, EU:T:2006:116, points 69 et suivants.

¹⁹ Voir arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, points 80 à 81. Cette possibilité a reçu une interprétation étroite; 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.

dans des comportements autonomes qui pourraient empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence²⁰. Le fait que les autorités publiques encouragent un accord de coopération horizontale ne signifie pas que celui-ci est admissible en vertu de l'article 101²¹. Les entreprises demeurent justiciables de l'article 101 si une loi nationale se limite à inciter ou à faciliter l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel autonome. Dans certains cas, les autorités publiques incitent les entreprises à conclure des accords de coopération horizontale afin de réaliser 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. Principaux problèmes de concurrence liés à la coopération horizontale

21. 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.
22. Pourtant, les accords de coopération horizontale peuvent également limiter le jeu de la concurrence de plusieurs manières. L'accord peut, par exemple, provoquer une perte de concurrence sur le marché en cause, entraîner un risque de collusion entre les parties ou donner lieu à des problèmes de verrouillage anticoncurrentiel.

1.2.3.2. Perte de concurrence sur le marché en cause

23. De tels accords de coopération horizontale peuvent avoir comme effet potentiel la perte de concurrence entre les parties. Des concurrents peuvent tirer profit de la diminution de la pression concurrentielle qui résulte de l'accord et juger dès lors rentable d'augmenter leurs prix ou de détériorer les autres paramètres de la concurrence sur le marché.
24. Afin d'apprécier un accord au regard de la concurrence, il est important de savoir si:
 - les parties à l'accord possèdent des parts de marché élevées;
 - elles sont des concurrents existants ou potentiels;
 - les clients ont des possibilités suffisantes de changer de fournisseurs;
 - les concurrents sont susceptibles d'accroître leur offre en cas d'augmentation des prix; et
 - une des parties à l'accord est une force concurrentielle importante.

1.2.3.3. Risque de collusion

25. Un accord de coopération horizontale peut également diminuer l'autonomie décisionnelle des parties et augmenter, par conséquent, la probabilité d'une

²⁰ Arrêt du 9 septembre 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, points 54 et suivants.

²¹ 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.

coordination de leur comportement afin d'aboutir à une collusion. Cependant, 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 d'atteindre des prix encore plus élevés. La coopération horizontale peut, par exemple, entraîner la révélation d'informations stratégiques et accroître ainsi la probabilité d'une coordination entre les parties à l'intérieur ou à l'extérieur du domaine de la coopération. En 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.

26. Afin d'apprécier un accord sous l'angle de la concurrence, il est important de déterminer si:
- les parties à l'accord possèdent des parts de marché élevées;
 - elles sont des concurrents existants ou potentiels;
 - le marché présente des caractéristiques propices à la coordination;
 - le domaine de coopération représente une forte proportion des coûts variables des parties sur un marché donné; et
 - les parties combinent dans une large mesure leurs activités dans le domaine de coopération en question. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'elles fabriquent ou achètent conjointement un produit intermédiaire important ou produisent ou distribuent conjointement une part importante de leur production totale d'un produit final.

1.2.3.4. Verrouillage

27. Certains accords de coopération horizontale, comme les accords de production et les accords de normalisation, peuvent aussi poser des problèmes de verrouillage anticoncurrentiel. Les concurrents seraient alors empêchés, par des mesures anticoncurrentielles, d'exercer une concurrence efficace, par exemple lorsqu'on leur a refusé l'accès à un intrant important ou bloqué une route importante vers le marché. Un échange d'informations ou de données commercialement sensibles peut également placer des concurrents non liés dans une situation de désavantage concurrentiel significatif par rapport aux entreprises liées dans le cadre du système d'échange.

1.2.4. Restrictions de la concurrence par objet

28. Certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence²². 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 établi²³.

²² Voir, par exemple, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, points 49 et 50.

²³ 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.

29. Pour être considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel, il suffit qu'un accord de coopération horizontale soit *susceptible* de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, il doit simplement être concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur²⁴.
30. Afin de constater qu'un accord a un objet anticoncurrentiel, il n'est pas nécessaire de trouver un lien direct entre l'accord et les prix à la consommation²⁵. 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 telle²⁶.
31. Le concept de restriction de la concurrence «par objet» peut être appliqué aux pratiques pour lesquelles, après un examen individuel et circonstancié, il a été mis en évidence qu'elles présentent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence²⁷.
32. Afin de déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, il convient de considérer les éléments suivants:
- le contenu de l'accord,
 - les objectifs qu'il vise à atteindre,
 - le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère.
33. Lors de la détermination de ce contexte juridique et économique, il est également nécessaire de prendre en considération²⁸:
- la nature des biens ou des services concernés,
 - les conditions réelles du fonctionnement et la structure du ou des marchés en question²⁹.
34. Lorsque les parties se prévalent de possibles effets proconcurrentiels attachés à l'accord, qui ne devraient pas seulement être avérés et pertinents, mais également propres à l'accord concerné et suffisamment importants, la Commission en tiendra dûment compte³⁰.

²⁴ Arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands et autres, C-8/08, EU:C:2009:343, point 31.

²⁵ 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.

²⁶ Arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., 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.

²⁷ Voir arrêt du 25 mars 2021, Sun/Commission, C-586/16 P, EU:C:2021:241, point 86.

²⁸ En ce qui concerne les accords pour lesquels la Cour de justice 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.

²⁹ Voir également 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.

³⁰ Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, points 103 à 107.

35. 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 considération³¹.

1.2.5. Effets restrictifs sur la concurrence

36. Un accord de coopération horizontale qui ne présente pas, en lui-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence peut quand même 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 où il se produirait à défaut de l'accord en question³². Les accords sont susceptibles d'avoir de tels 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 des tiers³³.

37. Afin de déterminer si un accord a des effets restrictifs, il convient de considérer les éléments suivants:

- la nature et la teneur de l'accord;
- 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 question³⁴;
- la mesure dans laquelle les parties, individuellement ou conjointement, possèdent ou obtiennent un certain pouvoir de marché et la mesure dans laquelle l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir de marché ou permet aux parties de l'exploiter³⁵;
- les effets restrictifs sur la concurrence peuvent être réels et potentiels, mais ils doivent être, dans tous les cas, suffisamment sensibles³⁶.

38. Parfois, les entreprises concluent des accords de coopération horizontale, car elles ne seraient pas en mesure de réaliser seules le projet ou l'activité couverts par la coopération sur la base de facteurs objectifs, par exemple en raison de compétences

³¹ 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.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, point 116 et jurisprudence citée.

³⁵ 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, lequel exige un degré élevé de pouvoir de marché.

³⁶ Arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 52.

techniques limitées des parties. De tels accords de coopération horizontale n'ont normalement 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 sévères³⁷.

1.2.6. Restrictions accessoires

39. Un accord de coopération horizontale qui est conforme à l'article 101, paragraphe 1, peut quand même restreindre l'autonomie commerciale des parties à cet accord. Une telle «restriction accessoire» peut en soi être également conforme à l'article 101, paragraphe 1, si elle est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de coopération horizontale et proportionnée aux objectifs de ce dernier³⁸. Dans de tels cas, il est nécessaire d'examiner si la réalisation de l'accord serait impossible en l'absence de la restriction en question³⁹. Le fait que l'opération ou l'activité en question 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, accessoire⁴⁰.

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

40. 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. L'autre volet, qui est visé à l'article 101, paragraphe 3, est l'appréciation des effets favorables à la concurrence des accords restrictifs⁴¹. Si, dans un cas particulier, il est prouvé 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. En vertu de 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 traité⁴², 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 remplies. C'est pourquoi, les arguments de fait et les éléments de preuve apportés par la ou les entreprises doivent permettre à la Commission d'arriver à la conviction que la probabilité que l'accord considéré produise des effets favorables à la concurrence est suffisante⁴³.
41. 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:

³⁷ 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).

³⁸ 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, DLG, 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.

³⁹ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 91.

⁴⁰ Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard/Commission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, point 91.

⁴¹ L'approche générale lors de l'application de l'article 101, paragraphe 3, est présentée dans les 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).

⁴² JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

⁴³ 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, points 93 à 95.

- l'accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, c'est-à-dire entraîner des gains d'efficience;
- les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs, à savoir les gains d'efficience;
- 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, existants et/ou potentiels, des parties à l'accord⁴⁴; et
- l'accord ne doit pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

42. Le REC applicable à la R&D et le REC applicable aux accords de spécialisation sont fondés sur l'article 101, paragraphe 3. Ils 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. Tel peut également être le cas pour d'autres types d'accords de coopération horizontale. L'analyse des gains d'efficience résultant d'un accord individuel au regard de l'article 101, paragraphe 3, consiste donc, dans une large mesure, à déterminer les compétences et actifs complémentaires que chacune des parties apporte à l'accord, 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 la mise au point et la commercialisation de produits ou de technologies nouveaux ou améliorés, ce qui n'aurait pas été le cas en l'absence d'un tel accord. D'autres accords de coopération horizontale peuvent permettre aux parties d'unir leurs forces pour concevoir, produire et commercialiser les produits ou d'acheter conjointement des produits ou services dont elles ont besoin pour leurs opérations.

43. Les accords de coopération horizontale ne prévoyant pas la mise en commun de compétences ou d'actifs complémentaires sont moins susceptibles de déboucher sur des gains d'efficience profitant aux consommateurs. De tels accords peuvent réduire certains coûts doubles, en permettant par exemple la suppression de certains coûts fixes. Toutefois, les économies de coûts fixes sont généralement moins susceptibles de procurer des avantages aux consommateurs que, par exemple, les économies de coûts variables ou marginaux.

⁴⁴ Plus de détails concernant la notion de consommateur sont disponibles au point 84 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).

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

44. 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 1⁴⁵. 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 traité (ci-après les «*lignes directrices relatives à l'affectation du commerce*»)⁴⁶ 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 européenne (ci-après la «*communication de minimis*»)⁴⁷. Les présentes lignes directrices sont sans préjudice des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce et de la communication de minimis, ainsi que de toute orientation future publiée par la Commission à cet égard.
45. Les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce exposent les principes élaborés par les juridictions de l'Union 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, et donc également aux accords contenant des restrictions caractérisées⁴⁸. Selon cette présomption, en principe, les accords de coopération horizontale ne peuvent pas affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque:
- 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
 - 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 EUR⁴⁹.
 - 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. La Commission peut écarter cette présomption si une analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire.
46. 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 marchés en cause concernés par ledit accord⁵⁰. Cette règle générale admet deux exceptions. Premièrement, en ce qui concerne les restrictions caractérisées,

⁴⁵ 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.

⁴⁶ JO C 101 du 27.4.2004, p. 81.

⁴⁷ JO C 291 du 30.8.2014, p. 1.

⁴⁸ Lignes directrices relatives à l'affectation du commerce, point 50.

⁴⁹ Lignes directrices relatives à l'affectation du commerce, point 52.

⁵⁰ Communication de minimis, point 8.

l'article 101, paragraphe 1, s'applique indépendamment des parts de marché des parties⁵¹. 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 du jeu de la concurrence⁵². 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'accords⁵³.

47. En outre, les accords horizontaux conclus par des entreprises dont une au moins possède une part de marché individuelle supérieure à 10 % ne sont pas présumés relever automatiquement 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 du jeu de la concurrence⁵⁴. 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 et actes législatifs

48. Les accords conclus entre des entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution, autrement dit les accords verticaux, font en principe l'objet du règlement (UE) ...2022/... de la Commission du XX avril 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 concertées⁵⁵ [ci-après le «règlement (UE) 2022/...» ou le «règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales»] et de la communication de la Commission — Lignes directrices sur les restrictions verticales⁵⁶. Toutefois, dans la mesure où un accord vertical, par exemple un accord de distribution, est conclu entre des concurrents, ses effets sur le marché et les problèmes de concurrence qu'il peut entraîner peuvent être similaires à ceux d'un accord horizontal. Les accords verticaux entre concurrents relèvent, par conséquent, des présentes lignes directrices⁵⁷. Le chapitre correspondant des présentes lignes directrices indiquera spécifiquement s'il convient aussi d'apprécier de tels accords au regard du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales et des lignes directrices sur les restrictions verticales. En l'absence d'une telle mention, seules les présentes lignes directrices seront applicables aux accords verticaux entre concurrents.

⁵¹ Voir arrêt du 9 juillet 1969, *Völk/Vervaecke*, affaire 5/69, EU:C:1969:35; arrêt du 6 mai 1971, *Cadillon/Höss*, affaire 1/71, EU:C:1971:47, et arrêt du 28 avril 1998, *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, C-306/96, EU:C:1998:173, points 16 et 17.

⁵² Arrêt du 13 décembre 2012, *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, point 37.

⁵³ Communication de minimis, point 10.

⁵⁴ Voir arrêt du 8 juin 1995, *Langnese-Iglo/Commission*, T-7/93, EU:T:1995:98, point 98.

⁵⁵ [...].

⁵⁶ [...].

⁵⁷ Cela ne s'applique pas si des concurrents concluent un accord vertical non réciproque et que i) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise concurrente au niveau de la production, ou que ii) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale tandis que l'acheteur fournit ses biens ou 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 contractuels. De tels accords sont uniquement appréciés au regard du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales et des lignes directrices sur les restrictions verticales (voir l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales).

49. Lorsque les présentes lignes directrices se réfèrent 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'Union (ci-après la «*communication sur la définition du marché*») peut donner des orientations quant aux règles, critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie lorsqu'elle examine la question de la définition des marchés⁵⁸. Le marché en cause aux fins de l'application de l'article 101 aux accords de coopération horizontale devrait dès lors être défini sur la base de ces orientations ainsi que de toute future orientation relative à la définition des marchés en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union.
50. 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 pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice, constitue ou non une entente.
51. 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 Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises⁵⁹ (ci-après le «*règlement sur les concentrations*»), comme c'est le cas, par exemple, des entreprises communes accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome («*entreprises communes de plein exercice*»)⁶⁰.
52. Les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords, décisions et 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 et pratiques concertées exonérés de l'article 101, paragraphe 1, au titre de l'article 210 *bis* du règlement (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles⁶¹. Les présentes lignes directrices sont sans préjudice des lignes directrices que la Commission publiera conformément à l'article 210 *bis*, paragraphe 5, dudit règlement. Cependant, les accords, décisions et pratiques concertées de producteurs de produits agricoles qui sont liés à la production

⁵⁸ 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).

⁵⁹ JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

⁶⁰ Voir article 3, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations. Toutefois, 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).

⁶¹ 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), tel que modifié par le règlement (UE) 2021/2117 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021 (JO L 435 du 6.12.2021, p. 262).

ou au commerce de ces derniers et qui ne remplissent pas les conditions énoncées à l'article 210 *bis* sont soumis à l'article 101, paragraphe 1.

53. 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 horizontale⁶².
54. 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.
55. Les présentes lignes directrices remplacent les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale⁶³ publiées par la Commission en 2011 et ne s'appliquent pas lorsqu'il existe une réglementation sectorielle, comme c'est le cas pour certains accords relatifs à l'agriculture⁶⁴ ou aux transports⁶⁵. 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 la 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 DÉVELOPPEMENT

2.1. Introduction

56. Le présent chapitre vise à fournir des orientations sur le champ d'application des accords de R&D et leur appréciation au regard de la concurrence.
57. Les accords de R&D varient tant dans leur forme que dans leur champ d'application. Ils englobent les accords relatifs à la sous-traitance de certaines activités de R&D et à l'amélioration conjointe de technologies existantes et une coopération en matière de recherche, de développement et de commercialisation de produits totalement nouveaux. La coopération en matière de R&D peut prendre la forme d'accords de coopération ou de coopération dans le cadre d'une entreprise contrôlée en commun⁶⁶.

⁶² Voir arrêt du 10 juillet 1990, Tetra Pak I, T-51/89, Rec. 1990 II-00309, EU:T:1990:41, point 25 et suivants.

⁶³ JO C 11 du 14.1.2011, p. 1.

⁶⁴ 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).

⁶⁵ 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); règlement (CE) n° 246/2009 du Conseil du 26 février 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 («consortia») (JO L 79 du 25.3.2009, 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), tel que modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2020/436 de la Commission du 24 mars 2020 (JO L 90 du 25.3.2020, p. 1); lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime (JO C 245 du 26.9.2008, p. 2).

⁶⁶ Voir points 51 («entreprises communes de plein exercice») et 13 («responsabilité pour infraction à l'article 101, paragraphe 1») des présentes lignes directrices.

Elle comprend également la coopération entre concurrents prenant des formes plus libres, comme une coopération technique dans de groupes de travail.

58. Les accords de R&D peuvent être conclus par des grandes entreprises, des PME⁶⁷, des centres universitaires ou des instituts de recherche ou par une combinaison de ceux-ci⁶⁸.
59. La coopération en matière de R&D peut ne pas affecter seulement la concurrence sur les marchés existants de produits ou de technologies, mais également la concurrence dans le domaine de l'innovation.
60. Aux fins du REC applicable à la R&D et du présent chapitre des lignes directrices, la «concurrence en matière d'innovation»⁶⁹ désigne des efforts de R&D en faveur de nouveaux produits et/ou technologies, qui créent un nouveau marché propre⁷⁰, et des pôles de R&D, c'est-à-dire des efforts de R&D concentrés principalement sur un but ou objectif spécifiques résultant de l'accord de R&D⁷¹. Le but ou l'objectif spécifiques d'un pôle de R&D ne peuvent pas encore être définis comme un produit ou une technologie ou concernent une cible considérablement plus large qu'un produit ou une technologie spécifiques sur un marché spécifique.
61. L'appréciation des accords de R&D au regard de l'article 101, paragraphe 1, est couverte par la section 2.3 des présentes lignes directrices. Les accords de R&D peuvent bénéficier de la zone de sécurité établie par le REC applicable à la R&D⁷². L'exemption par catégorie est fondée sur la considération que, dans la mesure où les accords de R&D sont couverts par l'article 101, paragraphe 1, et remplissent les critères énoncés dans le REC applicable à la R&D, lesdits accords rempliront généralement les quatre conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. La section 2.4 des présentes lignes directrices décrit les accords couverts par le REC applicable à la R&D. Les conditions d'exemption applicables aux accords de R&D sont expliquées dans la section 2.5 — Conditions d'exemption. Les restrictions caractérisées et exclues décrites dans la section 2.6 des présentes lignes directrices visent à assurer que seuls les accords restrictifs dont on peut raisonnablement attendre qu'ils remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3, bénéficient de l'exemption prévue à l'article 2 du REC applicable à la R&D.
62. La zone de sécurité s'applique tant que le bénéfice de l'exemption par catégorie n'a pas été retiré dans un cas particulier par la Commission ou l'autorité de concurrence d'un État membre («ANC») en vertu de l'article 29 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 traité⁷³ (section 2.7 des présentes lignes directrices).
63. Lorsque la zone de sécurité prévue par le REC applicable à la R&D ne s'applique pas à un accord de R&D, il convient d'examiner si, dans le cas particulier, l'accord de

⁶⁷ 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).

⁶⁸ Y compris des jeunes pousses.

⁶⁹ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point (18), du REC applicable à la R&D concernant les parties à l'accord, et article 1^{er}, paragraphe 1, point (19), du REC applicable à la R&D concernant les tiers.

⁷⁰ Article 1^{er}, paragraphe 1, point 7), du REC applicable à la R&D.

⁷¹ Article 1^{er}, paragraphe 1, point 8), du REC applicable à la R&D.

⁷² Règlement (UE) [...] de la Commission du [...] décembre 2022 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 développement.

⁷³ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

R&D relève du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, et dans l'affirmative, si les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont réunies; cela est décrit dans la section 2.8 des présentes lignes directrices, alors que la section 2.9 établit le moment pertinent pour procéder à l'appréciation.

2.2. Marchés en cause

64. La communication sur la définition du marché donne des orientations quant aux règles, critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie lorsqu'elle examine la question de la définition des marchés⁷⁴. Le marché en cause aux fins de l'application de l'article 101 aux accords de R&D devrait dès lors être défini sur la base de ces orientations ou de toute future orientation relative à la définition des marchés en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union, le cas échéant.
65. Conformément au REC applicable à la R&D, un marché de produits en cause ou un marché technologique en cause est un marché des produits ou des technologies susceptibles d'être améliorés, substitués ou remplacés par les produits ou technologies contractuels⁷⁵.

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

2.3.1. Principaux problèmes de concurrence

66. Les accords de R&D peuvent engendrer différents problèmes de concurrence. Ils peuvent notamment directement limiter la concurrence entre les parties, mener à un verrouillage anticoncurrentiel des tiers ou à une collusion sur le marché.
67. 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 ralentissement de l'innovation, ce qui entraînerait la mise sur le marché de produits ou technologies de qualité inférieure ou en nombre plus limité. Cela pourrait également provoquer une entrée plus tardive sur le marché des produits ou technologies.
68. **Un verrouillage anticoncurrentiel des tiers** peut se produire, en particulier, lorsqu'au moins une partie à l'accord de R&D détient le droit à l'exploitation exclusive des résultats de R&D et qu'au moins une partie jouit d'un pouvoir de marché considérable.

2.3.2. Restrictions de la concurrence par objet

69. Les accords relatifs à R&D restreignent la concurrence par objet si leur but principal ne consiste pas en de la R&D, mais à servir d'outil pour participer à une entente ou à d'autres infractions par objet visées à l'article 101, paragraphe 1, telles que la fixation des prix, la limitation de la production, la répartition des marchés ou des restrictions du développement technique.
70. Un accord de R&D peut restreindre le développement technique lorsque, au lieu de coopérer pour promouvoir le progrès technique et économique, les parties se servent de la coopération en matière de R&D pour a) empêcher ou retarder l'entrée sur le

⁷⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03).

⁷⁵ Article 1^{er}, paragraphe 1, points (21) et (22), du REC applicable à la R&D.

marché de produits ou de technologies, b) coordonner les caractéristiques de produits ou de technologies qui ne sont pas couverts par l'accord de R&D ou c) limiter le potentiel d'un produit ou d'une technologie développés conjointement lorsqu'elles commercialisent ce produit ou cette technologie individuellement.

2.3.3. Effets restrictifs sur la concurrence

2.3.3.1. Introduction — accords ne restreignant en principe pas la concurrence

71. De nombreux accords de R&D ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'ils sont conclus par des entreprises possédant des compétences complémentaires qui ne seraient autrement pas en mesure de mener les activités de R&D par elles-mêmes.
72. En outre, la coopération en matière de R&D entre des entreprises non concurrentes⁷⁶ n'aboutit généralement pas à des effets restrictifs horizontaux sur la concurrence.
73. Les relations de concurrence entre les parties doivent être analysées dans le contexte des marchés existants affectés⁷⁷ et dans le contexte de l'innovation⁷⁸.
74. Si, sur la base d'éléments objectifs, les parties ne sont pas en mesure d'effectuer indépendamment les travaux de R&D nécessaires, l'accord de R&D n'aura normalement pas d'effets restrictifs sur la concurrence. Une partie peut ne pas être en mesure d'effectuer les travaux de R&D indépendamment, par exemple 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.
75. L'externalisation d'activités de R&D précédemment menées en interne est une forme particulière de coopération en la matière. Dans un tel scénario, les travaux de R&D sont souvent le fait d'entreprises spécialisées, d'instituts de recherche ou de centres universitaires qui ne participent pas à l'exploitation des résultats issus de ces travaux. Il s'agit généralement d'accords assortis d'un transfert de savoir-faire et/ou d'une clause de fourniture exclusive sur les résultats éventuels. Étant donné la complémentarité des parties à la coopération (par exemple en ce qui concerne leurs compétences ou technologies) dans un tel scénario, de tels accords n'ont généralement pas d'effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.
76. Une coopération en matière de R&D qui ne s'étend pas à l'exploitation conjointe des résultats éventuels par la concession de licences, la production et/ou la commercialisation, conduit rarement à des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Ces accords de R&D peuvent pourtant donner lieu à des effets anticoncurrentiels, par exemple si la concurrence au niveau d'innovation est considérablement réduite à cause de l'accord de R&D.

2.3.3.2. Pouvoir de marché

77. Les accords de R&D ne sont susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence que lorsque les parties qui coopèrent en matière de R&D disposent d'un pouvoir de marché.

⁷⁶ Pour la définition, voir article 1^{er}, paragraphe 1, point (20), du REC applicable à la R&D.

⁷⁷ Dans le contexte du REC applicable à la R&D, voir article 1^{er}, paragraphe 1, point (17), du REC applicable à la R&D.

⁷⁸ Dans le contexte du REC applicable à la R&D, voir article 1^{er}, paragraphe 1, point (18), du REC applicable à la R&D.

78. 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 au sens de l'article 101, paragraphe 1. Toutefois, les accords de R&D entre entreprises concurrentes pour des produits et/ou des technologies existants bénéficient de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D pour autant que leur part de marché cumulée n'excède pas 25 % sur le marché de produits et de technologies en cause et que les autres conditions d'application du REC applicable à la R&D soient remplies.
79. Le REC applicable à la R&D couvre également les accords de R&D entre entreprises concurrentes en matière d'innovation. Ces accords sont concernés par l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D pour autant qu'il y ait au moins trois efforts de R&D concurrents⁷⁹ qui viennent en plus de ceux des parties à l'accord et qui sont comparables à ces derniers. Les autres conditions d'application du REC applicable à la R&D devront également être réunies. Sous réserve du respect de ces conditions, il est peu probable qu'un accord entre entreprises concurrentes en matière d'innovation⁸⁰ ait des effets restrictifs sur le marché intérieur, étant donné que les parties ne seront probablement pas en mesure de maintenir avantagement plus longtemps l'innovation à des niveaux inférieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence.
80. Plus la position combinée des parties sur les marchés existants est forte et/ou plus le nombre d'efforts de R&D concurrents, qui viennent en plus de ceux des parties et qui sont comparables à ces derniers, est petit, plus les risques sont élevés que l'accord de R&D ait des effets restrictifs sur la concurrence⁸¹.
- 2.3.3.3. R&D visant à une amélioration, une substitution ou un remplacement de produits ou de technologies existants
81. Si la R&D est destinée à **améliorer** des produits ou des 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 s'il y a peu d'autres concurrents restants. En outre, si les travaux de R&D ne portent que sur un produit intermédiaire relativement secondaire, entrant dans la composition d'un produit final,

⁷⁹ L'article 1^{er}, paragraphe 1, point (19), du REC applicable à la R&D définit un effort de R&D concurrent comme «un effort de R&D déployé par un tiers, seul ou en coopération avec d'autres tiers, ou qu'un tiers est en mesure et susceptible de déployer de manière indépendante, et qui concerne: (a) la recherche et développement de nouveaux produits et/ou de nouvelles technologies identiques ou susceptibles d'être substituables à ceux couverts par l'accord de R&D; ou (b) des pôles de R&D poursuivant en substance le même but ou objectif que ceux couverts par l'accord de R&D. Ces tiers doivent être indépendants des parties à l'accord de R&D.»

⁸⁰ L'article 1^{er}, paragraphe 1, point (18), du REC applicable à la R&D définit une entreprise concurrente en matière d'innovation comme «une entreprise qui n'est pas une entreprise concurrente pour un produit et/ou une technologie existants et qui déploie de manière indépendante ou qui, en l'absence de l'accord de R&D, serait en mesure et susceptible de déployer de manière indépendante des efforts de R&D portant sur: (a) la recherche et développement de nouveaux produits et/ou de nouvelles technologies identiques ou susceptibles d'être substituables à ceux couverts par l'accord de R&D; ou (b) des pôles de R&D poursuivant en substance le même but ou objectif que ceux couverts par l'accord de R&D.

⁸¹ Sans préjudice de l'analyse des gains d'efficacité potentiels, y compris ceux réalisés régulièrement dans le cas de la R&D cofinancée par le secteur public.

les effets de verrouillage pour ce produit final seront, à supposer qu'il y en ait, très limités.

82. Si la R&D est destinée à **substituer ou remplacer** un produit ou une technologie existants, les effets qui pourraient en découler peuvent concerner un ralentissement du développement du produit ou de la technologie de remplacement. C'est particulièrement le cas si les parties possèdent un pouvoir de marché sur le marché d'un produit ou d'une technologie existants et qu'elles sont également les seules à mener des activités de R&D visant à remplacer ce produit ou cette technologie existants. Des effets similaires sont possibles si un acteur majeur d'un marché existant coopère avec un concurrent beaucoup 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 et qui peut menacer la position de l'entreprise en place.
 83. Si les parties incluent également dans leur accord l'exploitation conjointe (par exemple la production et/ou la distribution) des produits contractuels ou des technologies contractuelles, les effets sur la concurrence doivent faire l'objet d'un examen plus attentif. En particulier, si les parties sont de gros concurrents, les effets restrictifs sur la concurrence sous la forme d'une hausse des prix ou d'une diminution de la production sur les marchés existants sont plus probables. 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.
- 2.3.3.4. Pôles de R&D et efforts de R&D visant un produit ou une technologie créant un nouveau marché
84. Aux fins du présent chapitre, les efforts de R&D liés à des nouveaux produits ou à des nouvelles technologies ainsi que les pôles de R&D sont couverts par la notion de concurrence en matière d'innovation.
 85. Un nouveau produit ou une nouvelle technologie ne se limitent pas seulement à améliorer, substituer ou remplacer les produits ou technologies existants. La demande pour le nouveau produit ou la nouvelle technologie, si elle émerge, conduit à la création d'un nouveau marché distinct.
 86. Les pôles de R&D sont des efforts de R&D visant généralement un but ou un objectif spécifiques. Le but ou l'objectif spécifiques d'un pôle de R&D ne peuvent pas encore être définis comme un produit ou une technologie ou constituent une cible considérablement plus large que des produits ou des technologies sur un marché spécifique.
 87. Les effets sur le prix et la production sur les marchés existants sont assez peu probables pour de tels efforts de R&D au moment de l'appréciation de la coopération en matière de R&D, car l'effort de R&D ne peut pas encore être défini comme visant un produit ou une technologie. L'analyse devrait dès lors se concentrer sur les éventuelles restrictions de la concurrence au niveau de l'innovation concernant, par exemple, la qualité et la diversité des futurs produits ou technologies potentiels et/ou le rythme ou le niveau de l'innovation. Ces effets restrictifs peuvent se produire lorsque deux ou plusieurs des quelques entreprises participant individuellement à (par exemple) la R&D liée à un nouveau produit (en particulier lorsqu'elles se trouvent à un stade où elles sont sur le point de lancer le nouveau produit) commencent à coopérer au lieu de développer le nouveau produit séparément. De tels effets sont généralement le résultat direct de la coopération entre les parties.

88. L'innovation peut être restreinte même par un accord pur de R&D. En général toutefois, la coopération en matière de R&D concernant de nouveaux produits, technologies ou pôles de R&D est peu susceptible d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence, sauf s'il ne subsiste qu'un nombre limité d'efforts de R&D concurrents qui s'ajoutent à ceux des parties participant à la coopération en matière de R&D.

2.4. Accords relevant du REC applicable à la R&D

89. Le bénéfice de l'exemption établie par le REC applicable à la R&D couvre ces accords de R&D dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3⁸².

90. 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 ces parties ont l'intention d'assurer⁸³:

- (a) des activités conjointes de R&D de produits ou de technologies contractuels incluant ou excluant l'exploitation conjointe des résultats de ces activités; ou
- (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.

91. Le REC applicable à la R&D distingue les produits contractuels des technologies contractuelles:

- (a) «produit contractuel»⁸⁴: un produit⁸⁵ issu des activités conjointes ou rémunérées de R&D, ou produit ou fourni en utilisant les technologies contractuelles, y compris les produits obtenus par l'intermédiaire d'un pôle de R&D, ainsi que les nouveaux produits⁸⁶;
- (b) «technologie contractuelle»⁸⁷: une technologie ou un procédé issu(e) des activités conjointes ou rémunérées de recherche et développement, y compris

⁸² 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 les activités de R&D concernant les produits, les technologies ou les procédés jusqu'au stade d'application industrielle ainsi que l'exploitation des résultats, y compris les dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle.

⁸³ Article 1^{er}, paragraphe 1, point (1), du REC applicable à la R&D.

⁸⁴ Article 1^{er}, paragraphe 1, point (6), du REC applicable à la R&D.

⁸⁵ Aux fins du REC applicable à la R&D, «produit» désigne un bien ou un service, qu'il soit final ou intermédiaire [article 1^{er}, paragraphe 1, point (4), du REC applicable à la R&D].

⁸⁶ Aux fins du REC applicable à la R&D, la notion de «nouveau produit ou nouvelle technologie» désigne un produit, une technologie ou un procédé qui n'existe pas encore au moment de la conclusion de l'accord de R&D relevant de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) a) ou b), du REC applicable à la R&D et qui, s'il est émergent, conduira à la création d'un marché propre et n'améliorera pas un produit, une technologie ou un procédé existant ni ne le remplacera [article 1^{er}, paragraphe 1, point (7), du REC applicable à la R&D].

⁸⁷ Article 1^{er}, paragraphe 1, point (5), du REC applicable à la R&D.

les technologies ou les procédés obtenus par l'intermédiaire d'un pôle de R&D, ainsi que les nouvelles technologies ou les nouveaux procédés.

92. Conformément au REC applicable à la R&D, le concept de «recherche et développement» désigne les activités visant à permettre l'acquisition d'un savoir-faire relatif à des produits, à des technologies ou à des procédés existants ou nouveaux, ainsi que la réalisation d'analyses théoriques, d'études ou d'expérimentations systématiques, y compris la production expérimentale, les tests techniques de produits ou de procédés, la réalisation des installations nécessaires et l'obtention de droits de propriété intellectuelle pour les résultats obtenus.

2.4.1. *Distinction entre les «activités conjointes de R&D» et les «activités rémunérées de R&D» et concept de «spécialisation dans la R&D»*

93. Le REC applicable à la R&D fait la distinction entre les «activités conjointes de R&D» et les «activités rémunérées de R&D».

94. Lorsque les parties poursuivent des **activités conjointes de R&D**, leur accord peut prévoir l'une des manières suivantes d'exercer les activités de R&D⁸⁸:

- (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 tiers; 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 la plus appropriée. Cela ne concerne pas les activités rémunérées de R&D⁸⁹.

95. 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 (la partie qui finance).

96. La distinction entre les activités conjointes de R&D et les activités rémunérées de R&D opérée par le REC applicable à la R&D est pertinente aux fins du calcul des parts de marché. Pour les activités rémunérées de R&D, les parties devront également inclure des accords de R&D conclus par la partie qui finance avec des tiers concernant les mêmes produits ou technologies contractuels, aux fins du calcul des parts de marché cumulées — voir section 2.5.4.2 ci-dessous.

2.4.2. *Exploitation conjointe des résultats de la R&D et concept de spécialisation dans l'exploitation conjointe*

97. Le REC applicable à la R&D couvre expressément les accords qui prévoient l'exploitation conjointe des résultats de la R&D. De tels accords sont toutefois soumis à des dispositions spécifiques.

98. Le **concept d'«exploitation des résultats»** est assez 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

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

⁸⁹ Article 1^{er}, paragraphe 1, point (13), du REC applicable à la R&D.

licences sur de tels droits ou la communication d'un savoir-faire nécessaire pour permettre cette production ou cette utilisation⁹⁰.

99. En vertu du REC applicable à la R&D, l'exploitation conjointe des résultats de la R&D ne peut porter que sur des résultats qui 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-faire.
100. Inversement, cela veut dire que pour qu'un accord de R&D puisse bénéficier de l'exemption visée à l'article 2 du REC applicable à la R&D, un tel accord qui prévoit l'exploitation conjointe ne peut pas inclure les résultats qui ne sont pas protégés par des droits de propriété intellectuelle ou qui ne constituent pas du savoir-faire et qui ne sont pas indispensables en vue de la production des produits contractuels ou de l'utilisation des technologies contractuelles.
101. L'exploitation conjointe des résultats des activités conjointes de R&D ou des activités rémunérées de R&D peut avoir lieu soit dans le contexte de l'accord de R&D **original**, soit dans le contexte d'un accord **postérieur** couvrant l'exploitation conjointe des résultats d'un accord de R&D conclu antérieurement par les mêmes parties⁹¹. Si les parties décident de procéder à l'exploitation conjointe des résultats d'un accord de R&D antérieur au titre d'un accord postérieur, l'accord de R&D antérieur doit également remplir les conditions du REC applicable à la R&D pour que l'accord d'exploitation conjointe postérieur puisse être couvert par l'exemption prévue à l'article 2 du REC applicable à la R&D.
102. Le REC applicable à la R&D prévoit **trois manières différentes** d'exploiter conjointement les résultats des activités de R&D⁹²:
- (a) premièrement, l'exploitation peut être effectuée **conjointement par les parties** au sein d'une équipe, d'une organisation ou d'une entreprise commune;
 - (b) deuxièmement, les parties peuvent **confier conjointement à un tiers** les tâches d'exploitation;
 - (c) enfin, les parties peuvent se répartir les tâches en fonction d'une **spécialisation dans l'exploitation**, ce qui veut dire que⁹³:
 - i) les parties se répartissent les tâches comme la production ou la distribution; ou
 - ii) elles s'imposent des restrictions concernant l'exploitation des résultats, telles que des restrictions concernant un territoire, une clientèle ou un domaine d'utilisation donnés; 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.
103. Les pratiques de spécialisation dans l'exploitation ne seront pas considérées comme des restrictions caractérisées⁹⁴. En outre, lorsque les parties se spécialisent dans

⁹⁰ Article 1^{er}, paragraphe 1, point (9), du REC applicable à la R&D.

⁹¹ Comme énoncé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points (1) (c) et (d), du REC applicable à la R&D.

⁹² Article 1^{er}, paragraphe 1, point (12), du REC applicable à la R&D.

⁹³ Article 1^{er}, paragraphe 1, point (14), du REC applicable à la R&D.

l'exploitation, elles peuvent limiter l'accès aux résultats dans un but d'exploitation en conséquence⁹⁵. Cela signifie qu'un accord de R&D peut, par exemple, restreindre les droits d'exploitation des parties pour certains territoires, certaines clientèles ou certains domaines d'utilisation. Si les parties consentent à ce que chacune d'entre elles puisse distribuer les produits contractuels (et donc qu'elles n'ont pas opté pour un modèle de la distribution conjointe et qu'elles n'ont pas convenu que seule la partie produisant les produits contractuels peut les distribuer), les parties chargées de la production des produits contractuels à la suite d'une spécialisation doivent être tenues de satisfaire aux demandes de livraison des produits contractuels émanant des autres parties⁹⁶.

104. Enfin, comme mentionné dans la section 2.5.4 ci-dessous, si l'accord de R&D couvre l'exploitation conjointe des résultats de la R&D, l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D s'applique: i) pour la durée de la R&D et ii) pour une période supplémentaire de sept ans à compter de la première mise sur le marché des produits ou des technologies contractuels au sein du marché intérieur⁹⁷.

2.4.3. *Cession de droits de propriété intellectuelle ou concession de licences sur de tels droits*

105. L'exemption prévue par le REC applicable à la R&D s'applique également aux accords qui contiennent des dispositions relatives à la cession de droits de propriété intellectuelle ou à la concession de licences sur de tels droits, 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 ces accords⁹⁸.
106. Cette exemption couvre la cession ou la concession de licences à au moins une des parties ou à une entité que les parties établissent pour effectuer la R&D conjointe, la R&D rémunérée ou l'exploitation conjointe⁹⁹.
107. Dans ces cas, la cession ou la concession de licences sera par conséquent soumise aux dispositions du REC applicable à la R&D et non à celles du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de transfert de technologie¹⁰⁰. Toutefois, dans le contexte des accords de R&D, les parties peuvent également déterminer les 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 l'exemption par catégorie prévue par le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de transfert de technologie si ses conditions sont remplies¹⁰¹.

⁹⁴ Voir section 2.6 sur les restrictions caractérisées ci-dessous et article 8, paragraphe 3, point c), du REC applicable à la R&D.

⁹⁵ Article 3, paragraphe 4, du REC applicable à la R&D.

⁹⁶ Article 5, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

⁹⁷ Voir également article 6, paragraphe 4, du REC applicable à la R&D.

⁹⁸ Article 2, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D.

⁹⁹ Article 2, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D.

¹⁰⁰ 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. Voir également points 73 et 74 des 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 (2014/C 89/03) («lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie»).

¹⁰¹ Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie, point 74.

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

2.5.1. Accès aux résultats finaux

108. La première condition pour bénéficier de l'exemption en vertu du REC applicable à la R&D est que toutes les parties aient pleinement accès aux résultats finaux des activités de R&D, et ce dans deux objectifs¹⁰²:
- (a) en vue d'activités de recherche complémentaires; et
 - (b) à des fins d'exploitation des résultats des activités de R&D.
109. Conformément au REC applicable à la R&D, le plein accès aux résultats finaux des activités de R&D comprend également tous les droits de propriété intellectuelle et le savoir-faire qui en résultent. Cet accès est accordé dès que les résultats de la R&D sont disponibles¹⁰³.
110. Les parties, selon leurs capacités et leurs besoins commerciaux, peuvent contribuer de manière inégale à la coopération dans le domaine de la R&D. C'est pourquoi, afin de refléter et pour compenser les différences de valeur ou de nature des contributions des parties, un accord de R&D peut prévoir qu'une partie indemnise une autre partie pour l'accès consenti aux résultats en vue de travaux complémentaires de recherche ou d'exploitation. L'indemnisation n'est pas obligatoire, mais si elle est prévue dans l'accord de R&D, son montant ne doit pas être tel qu'il empêche en réalité le plein accès aux résultats.
111. Pour pouvoir bénéficier d'une exemption en vertu du REC applicable à la R&D, le droit d'accès aux résultats des activités de R&D **ne peut pas être limité** si un tel accès est requis à des fins de **recherches complémentaires**¹⁰⁴.
112. Cependant, dans certaines circonstances, l'accès aux résultats **à des fins d'exploitation peut être restreint** l'accord de R&D pouvant quand même bénéficier de l'exemption au titre du REC applicable à la R&D. C'est le cas des accords de R&D conclus avec les parties suivantes, qui peuvent convenir de limiter leur utilisation des résultats uniquement à des fins de recherches complémentaires (et donc pas à des fins d'exploitation):
- (a) instituts de recherche;
 - (b) centres universitaires; ou
 - (c) entreprises qui mènent des activités de recherche et développement sur une base commerciale sans normalement participer à l'exploitation des résultats¹⁰⁵.
113. De plus, l'accès aux résultats à des fins d'exploitation peut également être limité lorsque les parties limitent leurs droits d'exploitation conformément au REC applicable à la R&D, en particulier lorsqu'elles se spécialisent dans l'exploitation¹⁰⁶. Cela veut dire que les parties pourront s'imposer des restrictions concernant

¹⁰² Article 3 du REC applicable à la R&D.

¹⁰³ Article 3, paragraphe 1, point (a), du REC applicable à la R&D.

¹⁰⁴ L'article 3 du REC applicable à la R&D ne mentionne la possibilité de restreindre l'accès, à des fins d'exploitation, que dans certaines circonstances spécifiées à ses paragraphes 3 et 4.

¹⁰⁵ Il peut s'agir, par exemple, de PME.

¹⁰⁶ Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point (14), du REC applicable à la R&D pour la définition de la spécialisation dans l'exploitation et section 2.4 des présentes lignes directrices.

l'exploitation des résultats (telles que des restrictions concernant un territoire, une clientèle ou un domaine d'utilisation donnés).

2.5.2. *Accès au savoir-faire préexistant*

114. La deuxième condition pour pouvoir bénéficier de l'exemption en vertu du REC applicable à la R&D concerne l'accès au savoir-faire préexistant. Cette condition ne s'applique qu'aux accords de R&D qui excluent l'exploitation conjointe des résultats de la R&D et est limitée au savoir-faire indispensable à l'exploitation des résultats de la R&D¹⁰⁷.
115. De tels accords doivent stipuler que chacune des parties doit avoir accès au savoir-faire préexistant des autres parties si ce savoir-faire lui est indispensable aux fins de l'exploitation des résultats. Cela ne veut pas dire que les parties doivent intégrer tout leur savoir-faire préexistant dans le champ d'application de l'accord de R&D. Cependant, elles devront déterminer le savoir-faire jugé indispensable à l'exploitation des résultats. L'accord de R&D peut stipuler que les parties s'indemnisent pour l'accès consenti à leur savoir-faire préexistant. Toutefois, le montant de l'indemnisation ne doit pas être tel qu'il empêche en réalité l'accès aux résultats¹⁰⁸.
116. La condition concernant l'accès consenti au savoir-faire préexistant ne porte pas atteinte à la condition concernant l'octroi d'un plein accès aux résultats de la R&D, énoncée à l'article 3 du REC applicable à la R&D. Cela signifie qu'un accord de R&D donné peut, sous certaines conditions, devoir inclure des dispositions concernant aussi bien l'accès au savoir-faire préexistant que les résultats finaux de la R&D, afin de pouvoir bénéficier de l'exemption.

2.5.3. *Conditions liées à l'exploitation conjointe*

117. Le REC applicable à la R&D comprend deux autres conditions concernant l'exploitation conjointe des résultats de la R&D. Comme énoncé dans la section 2.4.2, la portée de l'exploitation conjointe doit être limitée aux résultats de la R&D qui sont protégés par des droits de propriété intellectuelle ou constituent du savoir-faire et qui sont indispensables en vue de la production des produits contractuels ou de l'utilisation des technologies contractuelles.
118. Ensuite, si les parties conviennent que chacune d'entre elles peut distribuer les produits contractuels (et donc qu'elles n'ont pas opté pour un modèle de la distribution conjointe et qu'elles n'ont pas convenu que seule la partie produisant les produits contractuels peut les distribuer), les parties chargées de la production des produits contractuels à la suite d'une spécialisation doivent être tenues de satisfaire aux demandes de livraison des produits contractuels émanant des autres parties¹⁰⁹.

2.5.4. *Seuils, parts de marché et durée de l'exemption*

119. On peut en général présumer, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité, qu'en dessous d'un certain niveau de pouvoir de marché, les effets positifs des accords de R&D compenseront leurs éventuels effets négatifs sur la concurrence¹¹⁰.

¹⁰⁷ Voir article 4 du REC applicable à la R&D et section 2.4.2 des présentes lignes directrices.

¹⁰⁸ Article 4, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

¹⁰⁹ Article 5, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D.

¹¹⁰ Considérant 5 du REC applicable à la R&D.

120. Le REC applicable à la R&D se fonde sur deux paramètres pour déterminer les accords de R&D qui restent en dessous d'un certain niveau du pouvoir de marché: i) un seuil de part de marché pour les entreprises concurrentes pour des produits et/ou des technologies existants; et ii) un seuil pour les entreprises concurrentes en matière d'innovation fondé sur l'existence d'un nombre minimal d'efforts de R&D concurrents (trois en plus de celui des parties à l'accord de R&D).
- 2.5.4.1. Entreprises concurrentes pour des produits et/ou des technologies existants et entreprises concurrentes en matière d'innovation
121. Afin de déterminer la relation concurrentielle entre les parties, il convient d'examiner si elles auraient pu être des entreprises concurrentes au cas où l'accord de R&D n'aurait pas existé¹¹¹.
122. En général, les accords conclus entre entreprises concurrentes pour un produit et/ou une technologie existants et les accords entre entreprises concurrentes en matière d'innovation représentent un risque plus élevé pour la concurrence que les accords entre entreprises non concurrentes. Les accords conclus entre entreprises non concurrentes n'auront que rarement des effets restrictifs horizontaux sur la concurrence¹¹².
- (a) Entreprises concurrentes pour un produit et/ou une technologie existants
123. Aux fins du REC applicable à la R&D, une «entreprise concurrente pour un produit et/ou une technologie existants» désigne un concurrent existant ou potentiel:
- (a) «concurrent existant»: une entreprise qui fournit un produit ou une technologie existant(e) susceptible d'être amélioré(e) ou remplacé(e) par le produit ou la technologie contractuels sur le marché géographique en cause; et
- (b) «concurrent potentiel»: une entreprise qui, en l'absence de l'accord de R&D, est 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 ou une technologie susceptible d'être amélioré(e) ou remplacé(e) par le produit ou la technologie contractuels sur le marché géographique en cause.
124. La question de la concurrence potentielle doit être examinée en faisant preuve de réalisme. Ainsi, les parties ne sauraient être qualifiées de concurrents potentiels simplement parce que la coopération leur permet de mener les activités de R&D. La question déterminante est de savoir si chaque partie dispose indépendamment des moyens nécessaires en ce qui concerne les actifs, le savoir-faire et d'autres ressources¹¹³.
125. Les accords de R&D couverts par le REC applicable à la R&D concernant des produits et/ou des technologies existants peuvent, par exemple, prendre les formes suivantes:
- (a) un accord de R&D entre deux entreprises qui fournissent déjà un produit existant susceptible d'être amélioré, substitué ou remplacé par le produit résultant de la coopération en matière de R&D (concurrents existants);

¹¹¹ Voir également section 2.3 du présent chapitre sur l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1.

¹¹² Il se peut que tout effet vertical doive être apprécié conformément aux lignes directrices verticales.

¹¹³ Voir également section 1.2.1 des présentes lignes directrices.

(b) un accord de R&D entre a) une entreprise qui fournit déjà un produit susceptible d'être amélioré, substitué ou remplacé par le produit contractuel (concurrent existant) et b) une entreprise exerçant des activités de R&D pour concevoir un produit, qui serait susceptible de consentir les investissements supplémentaires nécessaires pour fournir ce produit susceptible d'être amélioré, substitué ou remplacé par le produit résultant de la coopération en matière de R&D (produit contractuel) sur le marché géographique en cause (concurrent potentiel).

(b) Entreprises concurrentes en matière d'innovation

126. Aux fins du REC applicable à la R&D, les entreprises concurrentes en matière d'innovation sont des entreprises qui ne sont pas des entreprises concurrentes pour un produit et/ou une technologie existants¹¹⁴ et qui déploient de manière indépendante ou qui, en l'absence de l'accord de R&D, seraient en mesure et susceptibles de déployer de manière indépendante des efforts de R&D portant sur:

(a) la R&D de nouveaux produits et/ou de nouvelles technologies identiques ou susceptibles d'être substituables à ceux couverts par l'accord de R&D; ou

(b) des pôles de R&D poursuivant en substance le même but ou objectif que ceux couverts par l'accord de R&D.

127. Quant aux nouveaux produits et/ou technologies, si l'accord de R&D concerne aussi bien les nouveaux produits que les nouvelles technologies, les parties évaluent si elles constituent des entreprises concurrentes en ce qui concerne tant la technologie que le produit qui peut être conçu(e).

128. L'appréciation d'une substituabilité probable des nouveaux produits et/ou technologies devrait se focaliser sur la question de savoir si les consommateurs, une fois les produits et/ou les technologies commercialisés, sont susceptibles de considérer ces nouveaux produits et/ou ces nouvelles technologies comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques¹¹⁵, de leurs prix projetés et de leur utilisation envisagée.

129. Pour être considérés comme concurrents, les pôles de R&D doivent poursuivre, en substance, le même but ou le même objectif que celui couvert par l'accord de R&D. Cela sera déterminé sur la base d'informations fiables concernant, par exemple, la nature et la portée de l'effort de R&D.

130. Les accords de R&D entre entreprises concurrentes en matière d'innovation couverts par le REC applicable à la R&D peuvent, par exemple, prendre les formes suivantes:

(a) un accord de R&D entre a) une entreprise développant un nouveau produit et b) une entreprise développant un produit identique ou un substitut probable d'un tel nouveau produit;

(b) un accord de R&D entre a) une entreprise développant un nouveau produit et b) une entreprise en mesure et susceptible de participer individuellement (mais qui ne participe pas encore) à des activités de R&D concernant un produit identique ou un substitut probable d'un tel nouveau produit;

¹¹⁴ Voir section 2.5.4.1, point a), ci-dessus.

¹¹⁵ Cela peut également inclure les technologies sous-jacentes pour la production des nouveaux produits.

- (c) un accord de R&D entre a) une entreprise participant à un effort de R&D qui concerne un pôle de R&D et b) une entreprise participant à un pôle de R&D poursuivant, en substance, le même but ou objectif;
- (d) un accord de R&D entre a) une entreprise participant à un pôle de R&D et b) une entreprise en mesure et susceptible de participer individuellement (mais qui ne participe pas encore) à un pôle de R&D poursuivant, en substance, le même but ou objectif.

(c) Entreprises non concurrentes

131. Le REC applicable à la R&D définit une «entreprise non concurrente» comme une entreprise qui n'est ni une entreprise concurrente pour un produit et/ou une technologie existants, ni une entreprise concurrente en matière d'innovation. Les parties à un accord de R&D seraient considérées comme des entreprises non concurrentes s'il s'agit, par exemple, d'une entreprise participant à des efforts de R&D concernant un produit susceptible d'être amélioré, substitué ou remplacé par le produit contractuel et d'une entreprise menant des recherches dans un pôle de R&D.

2.5.4.2. Accords conclus entre entreprises concurrentes pour un produit et/ou une technologie existants

(a) Seuils de part de marché pour les entreprises concurrentes pour un produit et/ou une technologie existants

132. Lorsque deux ou plusieurs parties à l'accord de R&D sont des entreprises concurrentes pour des produits et/ou des technologies existants, l'exemption s'applique si la part de marché, calculée au moment de la conclusion de l'accord de R&D, ne dépasse pas 25 %. Ce seuil s'applique de manière suivante, selon que l'accord de R&D concerne les activités conjointes de R&D conjointe ou les activités rémunérées de R&D¹¹⁶:

- (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 dépasse pas 25 % sur les marchés de produits et de technologies en cause¹¹⁷;
- (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 il est élargi pour inclure non seulement la partie qui finance elle-même, mais également toutes les parties avec lesquelles la partie qui finance a conclu des accords de R&D concernant des produits ou technologies contractuels identiques¹¹⁸.

133. 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.

134. Cependant, en cas d'**exploitation conjointe** des résultats des activités conjointes ou rémunérées de R&D, les parties continuent de bénéficier de l'exemption pendant une période de sept ans à compter de la première mise sur le marché des produits ou des

¹¹⁶ Voir section 2.4.1 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.

¹¹⁷ Article 6, paragraphe 2, point a), du REC applicable à la R&D.

¹¹⁸ Article 6, paragraphe 2, point (b), du REC applicable à la R&D. De tels accords de R&D ne doivent pas entrer dans le champ d'application du REC applicable à la R&D.

technologies contractuels au sein du marché intérieur¹¹⁹ si le seuil de part de marché était atteint i) au moment de la conclusion de l'accord prévoyant des activités conjointes ou rémunérées de R&D, qui inclut l'exploitation conjointe¹²⁰ ou ii) pour les accords de R&D au titre desquels les parties assurent l'exploitation conjointe des résultats d'un accord antérieur¹²¹, au moment de la conclusion d'un tel accord antérieur¹²².

135. À l'issue de la période de sept ans spécifiée à l'article 6, paragraphe 4, 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. Cela signifie que les parties devraient évaluer, à ce moment-là, à quel marché le produit contractuel ou la technologie contractuelle appartient et si leur part de marché cumulée ne dépasse pas 25 %. Si la part de marché cumulée franchit le seuil de 25 % à l'issue de la période de sept ans, l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D continue de s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil a été dépassé pour la première fois¹²³.

(b) Calcul des parts de marché pour les marchés de produits et de technologies existants

136. Au début d'une coopération en matière de R&D concernant un produit et/ou une technologie existants, 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 contractuelles.

137. Si l'accord de R&D vise à **améliorer, substituer** ou **remplacer** des produits ou technologies **existants**, les parts de marché peuvent être calculées en référence aux produits ou technologies existants qui seront améliorés, substitués ou remplacés. Si le remplacement d'un produit ou d'une technologie existants sera fondamentalement différent, les parts de marché liées aux produits ou technologies existants risquent d'être moins instructives, mais elles pourront continuer d'être utilisées comme une référence pour apprécier la position des parties sur le marché. Autre possibilité, en l'absence de valeurs des ventes réalisées sur le marché, le calcul des parts de marché peut s'effectuer sur la base d'autres informations fiables concernant le marché, y compris les dépenses de R&D¹²⁴.

138. En vertu de l'article 7, paragraphe 1, point b), du REC applicable à la R&D, les parts de marché doivent être calculées sur la base de données relatives à l'année civile précédente¹²⁵. Pour certains marchés, il peut être nécessaire de calculer les parts de marché sur la base d'une moyenne des parts de marché des parties pour les

¹¹⁹ Article 6, paragraphe 4, du REC applicable à la R&D.

¹²⁰ Comme défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) (a) ii), et à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (1) (b) ii), du REC applicable à la R&D.

¹²¹ Comme défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points (1) (c) et (d).

¹²² Comme mentionné ci-dessus dans la section 2.4.2 des présentes lignes directrices, l'accord de R&D portant sur des activités conjointes ou rémunérées antérieur doit également remplir les conditions afin de pouvoir bénéficier de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D.

¹²³ Article 6, paragraphe 5, du REC applicable à la R&D.

¹²⁴ Article 7, paragraphe 1, du REC applicable à la R&D.

¹²⁵ L'article 7, paragraphe 1, point (b), du REC applicable à la R&D prévoit que 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 soient calculées sur la base d'une moyenne des données sur les parts de marché des parties au cours des trois années civiles précédentes.

trois dernières années civiles. Cela peut être pertinent par exemple en cas de marchés fonctionnant par appels d'offres et lorsque les parts de marché peuvent changer de manière significative (par exemple de 0 à 100 %) d'une année à l'autre, selon qu'une partie a obtenu ou non du succès dans le processus d'appel d'offres. Cela peut également être pertinent pour les marchés caractérisés par des commandes importantes et irrégulières pour lesquels la part de marché de l'année civile précédente peut ne pas être représentative, par exemple si aucune commande importante n'a eu lieu au cours de l'année civile précédente. Une autre situation où il peut être nécessaire de calculer les parts de marché sur la base d'une moyenne pour les trois dernières années civiles précédentes est celle d'un choc d'offre ou de demande au cours de l'année civile précédant l'accord de coopération.

139. En ce qui concerne les paramètres pour calculer les parts de marché, le REC applicable à la R&D prévoit que les parts de marché soient calculées sur la base de la valeur des ventes réalisées sur le marché. En l'absence de données relatives à la valeur des ventes, la détermination de la part de marché des parties peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables concernant le marché, y compris le volume des ventes réalisées sur celui-ci, les dépenses de R&D ou les capacités en matière de R&D.
140. Dans le cas des marchés de technologies, une façon de procéder consiste à calculer les parts de marché sur la base de la part de chaque technologie dans les redevances totales provenant de concessions de licences, qui représente la part d'une technologie sur un marché où différentes technologies concurrentes sont concédées sous licence. Une autre approche consiste à calculer les parts détenues sur le marché de technologies sur la base des ventes de produits ou de services comportant la technologie concédée sous licence sur les marchés de produits situés en aval. Avec cette approche, toutes les ventes sur le marché de produits en cause sont prises en considération, que le produit comporte ou non une technologie concédée sous licence¹²⁶.

2.5.4.3. Accords pour les nouveaux produits et/ou technologies et les pôles de R&D¹²⁷

(a) Seuil pour les nouveaux produits et/ou technologies et les pôles de R&D

141. Lorsque deux ou plusieurs des parties à l'accord de R&D sont des entreprises concurrentes en matière d'innovation, l'exemption s'applique si, au moment de la conclusion de l'accord de R&D, trois efforts concurrents de R&D ou plus s'ajoutent à, et sont comparables à, ceux des parties à l'accord de R&D¹²⁸.
142. Un accord de R&D entre entreprises concurrentes en matière d'innovation pourrait également aboutir à des résultats que les parties peuvent convenir d'exploiter conjointement (les produits contractuels ou les technologies contractuelles). Le fait

¹²⁶ Voir également lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie pour les éléments pertinents pour le calcul des parts de marché sur les marchés technologiques.

¹²⁷ Le REC applicable à la R&D dispose dans son article 12 que, pour les accords de R&D entre entreprises concurrentes en matière d'innovation, son article 1^{er}, paragraphe 1, point (18), et son article 6, paragraphe 3, ne s'appliquent qu'aux accords qui entrent en vigueur après le 31 décembre 2022.

¹²⁸ Article 6, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D. Si l'accord de R&D concerne des nouveaux produits et des nouvelles technologies, l'exemption s'applique si, au moment de la conclusion de l'accord de R&D, au moins trois efforts concurrents de R&D s'ajoutent à, et sont comparables à, ceux des parties à l'accord de R&D au niveau de la technologie et au niveau du produit.

pour un accord d'inclure ou non une telle exploitation conjointe aura une incidence sur la durée de l'exemption en vertu du REC applicable à la R&D.

143. Si les résultats de l'accord de R&D pour des activités conjointes ou rémunérées concernant des nouveaux produits et/ou technologies ou des pôles de R&D ne sont **pas exploités conjointement** et que l'accord remplit les conditions d'exemption prévues par le REC applicable à la R&D, l'exemption s'applique **pour la durée des activités de R&D**.
144. Cependant, en cas d'**exploitation conjointe** des résultats des activités conjointes ou rémunérées de R&D concernant des nouveaux produits et/ou technologies ou des pôles de R&D, les parties continueront 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 en résultant au sein du marché intérieur¹²⁹. Cela s'applique si l'accord réunit les conditions d'exemption prévues par le REC applicable à la R&D¹³⁰: i) au moment de la conclusion de l'accord prévoyant les activités conjointes ou rémunérées de R&D, qui inclut l'exploitation conjointe¹³¹ ou ii) pour les accords de R&D au titre desquels les parties assurent l'exploitation conjointe des résultats d'un accord antérieur¹³², au moment de la conclusion d'un tel accord antérieur¹³³.
145. À l'issue de la période de sept ans, les parties devraient être capables de calculer leurs parts de marché sur les marchés des produits contractuels ou des technologies contractuelles en résultant. L'exemption ne continuera alors de s'appliquer que tant que la part de marché cumulée des parties n'excède pas 25 % sur les marchés auxquelles appartiennent les produits contractuels ou les technologies contractuelles¹³⁴. Si la part de marché cumulée franchit le seuil de 25 % à l'issue de la période de sept ans, l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D continue de s'appliquer pour deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil a été dépassé pour la première fois¹³⁵.
- (b) Appréciation de l'existence d'efforts de R&D concurrents et comparables
146. Pour qu'une coopération en matière de R&D concernant l'innovation puisse bénéficier de l'exemption, le seuil pertinent est fondé sur l'existence de trois efforts de R&D **concurrents et comparables**.
147. Il ressort de la définition des efforts de R&D concurrents fournie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (19), du REC applicable à la R&D¹³⁶ que pour déterminer les **efforts de R&D concurrents**, il convient de considérer:

¹²⁹ Article 6, paragraphe 4, du REC applicable à la R&D.

¹³⁰ Les conditions d'exemption sont décrites au titre III du REC applicable à la R&D et comprennent, entre autres, le seuil visé à l'article 6, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D.

¹³¹ Comme défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1) (a) ii), et à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (1) (b) ii), du REC applicable à la R&D.

¹³² Comme défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points (1) c) et d), du REC applicable à la R&D.

¹³³ Comme mentionné ci-dessus dans la section 2.4.2 des présentes lignes directrices, l'accord de R&D portant sur des activités conjointes ou rémunérées antérieur doit également remplir les conditions afin de pouvoir bénéficier de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D.

¹³⁴ Article 6, paragraphe 5, du REC applicable à la R&D.

¹³⁵ Article 6, paragraphe 5, du REC applicable à la R&D.

¹³⁶ «Effort de R&D concurrent»: un effort de R&D déployé par un tiers, seul ou en coopération avec d'autres tiers, ou qu'un tiers est en mesure et susceptible de déployer de manière indépendante, et qui concerne: (a) la recherche et développement de nouveaux produits et/ou de nouvelles technologies identiques ou susceptibles d'être substituables à ceux couverts par l'accord de R&D; ou b) des pôles de

- (a) si les efforts de R&D concernent les nouveaux produits et/ou technologies identiques ou susceptibles d'être substituables à ceux couverts par l'accord de R&D ou les pôles de R&D poursuivant en substance le même but ou objectif que ceux couverts par l'accord de R&D;
 - (b) si des tiers déploient déjà des efforts de R&D ou sont en mesure et susceptibles de déployer de tels efforts de manière indépendante; et
 - (c) si ces tiers sont indépendants des parties à l'accord de R&D.
148. Premièrement, en ce qui concerne la question de savoir si les **efforts de R&D concernent les nouveaux produits et/ou technologies identiques ou susceptibles d'être substituables à ceux couverts par l'accord de R&D** ou les pôles de R&D **poursuivant en substance le même but ou objectif**, la réponse est la même que pour l'appréciation des entreprises concurrentes en matière d'innovation mentionnée dans la section 2.5.4.1 ci-dessus.
149. Deuxièmement, les efforts de R&D concurrents peuvent être ceux **déjà déployés par des tiers**, seuls ou en coopération avec d'autres tiers. Cela veut dire que l'effort de R&D peut être assuré soit individuellement par un tiers, soit conjointement par plusieurs tiers différents. Un effort de R&D concurrent peut également désigner les efforts qu'un tiers **est en mesure et susceptible de déployer individuellement**. La question de savoir si un tiers est en mesure et susceptible de participer individuellement aux activités de R&D concernant les nouveaux produits et/ou technologies identiques ou susceptibles d'être substituables à ceux couverts par l'accord de R&D ou les pôles de R&D poursuivant en substance le même but ou objectif que ceux couverts par l'accord de R&D peut être tranchée sur la base de l'accès aux ressources financières et humaines pertinentes dont dispose le tiers, de sa propriété intellectuelle, de son savoir-faire ou de ses autres actifs spécialisés ou de ses efforts de R&D antérieurs.
150. Troisièmement, la question de savoir si les efforts de R&D sont déployés **par des tiers indépendants** des parties à l'accord de R&D exige que l'appréciation inclue seulement les efforts de R&D auxquels ne participent pas les parties à l'accord de R&D.
151. En ce qui concerne l'**appréciation de la comparabilité des efforts de R&D concurrents** avec ceux des parties à l'accord de R&D, le REC applicable à la R&D prévoit que cette appréciation est effectuée sur la base d'informations fiables concernant des éléments tels que i) l'importance, le stade et le calendrier des efforts de R&D, ii) les ressources financières et humaines des tiers (et leur accès à celles-ci), leurs droits de propriété intellectuelle, leur savoir-faire ou d'autres actifs spécialisés, leurs précédents efforts de R&D, et iii) la capacité des tiers d'exploiter directement ou indirectement les résultats éventuels de leurs efforts de R&D au sein du marché intérieur et la probabilité qu'ils le fassent¹³⁷.
152. Il convient d'appliquer les critères sur la base d'une approche au cas par cas, en mettant en balance les facteurs favorables et défavorables à la comparabilité. Cette

R&D poursuivant en substance le même but ou objectif que ceux couverts par l'accord de R&D. Ces tiers doivent être indépendants des parties à l'accord de R&D.

¹³⁷ Article 7, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D. Pour les tiers en mesure et susceptibles de déployer des efforts de R&D concurrents, seuls les deuxième et troisième ensembles d'éléments seraient pertinents aux fins de l'appréciation de la comparabilité.

mise en balance a pour but ultime d'établir que les efforts de R&D concurrents exercent une pression concurrentielle sur les parties à l'accord de R&D.

153. Le premier ensemble d'éléments pour apprécier la comparabilité est **lié aux efforts de R&D en tant que tels**. Ces éléments concernent l'importance, le stade et le calendrier des efforts de R&D. Cela veut dire, par exemple, que si les efforts de R&D concurrents d'un tiers ont une importance au moins identique ou similaire à l'effort de R&D couvert par l'accord de R&D ou se trouvent à un stade de développement similaire à celui de l'effort de R&D couvert par l'accord de R&D, ou plus avancé que ce dernier, ils peuvent exercer une pression concurrentielle, ce qui témoignerait en faveur de la comparabilité. En outre, en ce qui concerne le calendrier, par exemple, l'effort de R&D d'un tiers déployé six à huit ans avant l'entrée sur le marché et l'effort de R&D déployé par les parties à l'accord de R&D un an avant l'entrée sur le marché ne seront peut-être pas comparables.
154. Le deuxième ensemble d'éléments est **lié à la capacité du tiers (ou des tiers) déployant l'effort de R&D**. Cela concerne leurs ressources financières et humaines (et leur accès à celles-ci), leurs droits de propriété intellectuelle, leur savoir-faire ou d'autres actifs spécialisés, leurs précédents efforts de R&D. Ces éléments sont pertinents pour déterminer si les ressources et les capacités appuyant les efforts de R&D des tiers sont comparables et, par conséquent, susceptibles d'avoir au moins le même rythme de développement et le même résultat, exerçant de cette façon une pression concurrentielle. Par exemple, l'effort de R&D d'un tiers peut ne pas être comparable si ce dernier manque significativement de ressources financières et humaines pour déployer des efforts de R&D similaires. De plus, une expérience antérieure réussie d'un tiers dans des projets de R&D similaires au projet couvert par l'accord de R&D témoignerait en faveur de la comparabilité. En outre, dans certains secteurs, un accès similaire aux droits de propriété intellectuelle pertinents (par exemple les brevets) ou au savoir-faire pertinent et/ou la possession de ces droits ou de ce savoir-faire par un tiers peuvent également témoigner en faveur de la comparabilité.
155. Le troisième ensemble d'éléments est **lié à l'exploitation des résultats**. Cela renvoie à la capacité et la susceptibilité des tiers (c'est-à-dire les incitations à ce qu'ils restent disposés à mettre les résultats sur le marché) à exploiter les résultats possibles de l'effort de R&D sur le marché intérieur. Cela signifie, par exemple, que les efforts de R&D qui sont susceptibles d'être exploités seulement en dehors de l'UE, sans perspective d'atteindre le marché intérieur, peuvent ne pas être comparables aux efforts de R&D faisant l'objet de l'accord de R&D dont les résultats seraient mis sur le marché au sein du marché intérieur.

2.5.4.4. Accords conclus entre entreprises non concurrentes

156. Lorsque les parties à l'accord de R&D **ne sont pas des entreprises concurrentes**, les parties ne sont soumises à aucun seuil¹³⁸. Si les résultats de la R&D **ne sont pas exploités conjointement**, l'accord de R&D est exempté pendant toute la durée de la R&D.
157. En cas d'**exploitation conjointe** des résultats de la R&D, l'exemption continue de s'appliquer 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.

¹³⁸ Article 6, paragraphe 1, du REC applicable à la R&D.

158. À l'issue de la période de sept ans, les parties devraient être en mesure de calculer leurs parts de marché sur les marchés des produits contractuels ou des technologies contractuelles en résultant. L'exemption ne continuera de s'appliquer que tant que la part de marché cumulée des parties n'excède pas 25 % des marchés auxquels appartiennent les produits ou les technologies contractuels. Si la part de marché cumulée franchit 25 % sur l'un de ces marchés à l'issue de la période de sept ans, l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil a été dépassé pour la première fois¹³⁹.

2.6. Restrictions caractérisées et restrictions exclues

2.6.1. Restrictions caractérisées

159. L'article 8 du REC applicable à la R&D contient une liste de restrictions caractérisées. Ces restrictions sont considérées comme des restrictions graves de la concurrence qui, dans la plupart des cas, doivent être interdites en raison du préjudice qu'elles causent au marché et aux consommateurs. Les accords de R&D qui comportent une ou plusieurs restrictions caractérisées sont exclus dans leur ensemble du champ d'application de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D.

160. 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.

2.6.1.1. Restriction de la liberté des parties de déployer d'autres efforts de R&D

161. L'article 8, paragraphe 1, du REC applicable à la R&D exclut de l'exemption les accords de R&D qui comportent des restrictions de la liberté des parties de poursuivre des activités de R&D indépendamment ou en coopération avec des tiers:

- (a) dans un domaine sans rapport avec le domaine visé par l'accord de R&D, ou
- (b) dans le domaine visé par l'accord de R&D ou dans un domaine connexe après l'achèvement des activités de R&D.

162. Autrement dit, les parties à un accord de R&D doivent être toujours libres de déployer des efforts de R&D dans des domaines sans rapport avec les domaines couverts par l'accord de R&D. Les parties doivent également, après l'achèvement des activités de R&D couvertes par l'accord de R&D, rester libres de déployer des efforts de R&D dans le domaine visé par l'accord de R&D ou dans un domaine connexe. Dans le cas contraire, l'accord de R&D ne bénéficiera pas de l'exemption par le REC applicable à la R&D.

2.6.1.2. Limitation de la production ou de la vente et fixation des prix

163. L'article 8, paragraphe 2, du REC applicable à la R&D exclut de l'exemption les accords de R&D comprenant des limitations de la production ou de la vente. Lorsque des concurrents conviennent de limiter la quantité de la production ou de la vente pour chacun d'entre eux, il s'agit en général d'une restriction grave de la concurrence. Cependant, la fixation d'objectifs de production ne devrait pas être considérée comme une restriction caractérisée lorsque l'exploitation conjointe des

¹³⁹ Article 6, paragraphe 5, du REC applicable à la R&D.

résultats s'étend à la production conjointe des produits contractuels¹⁴⁰. De même, la fixation d'objectifs de vente ne devrait pas être considérée comme une restriction caractérisée lorsque l'exploitation conjointe des résultats s'étend à la distribution conjointe des produits contractuels ou à la cession conjointe de licences sur technologies contractuelles et qu'elle est réalisée par une équipe, une organisation ou une entreprise commune ou par un tiers mandaté conjointement¹⁴¹. Cela s'applique également aux pratiques constituant une spécialisation dans l'exploitation¹⁴² et à certaines obligations de non-concurrence¹⁴³.

164. En vertu de l'article 8, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D, la fixation des prix lors pour la vente de produits ou la fixation du montant de la licence lorsque les technologies sont cédées sous licence à des tiers constituent également des restrictions caractérisées. Toutefois, la fixation des prix appliqués aux clients directs ou la fixation du montant de la licence appliqué aux preneurs directs de licences lorsque l'exploitation conjointe des résultats s'étend à la distribution conjointe des produits contractuels ou à la cession conjointe de licences sur les technologies contractuelles et qu'elle est réalisée par une équipe, une organisation ou une entreprise commune ou par un tiers mandaté conjointement, ne devrait pas être considérée comme une restriction caractérisée.

2.6.1.3. Restrictions concernant les ventes actives et passives

165. L'article 8, paragraphes 4, 5 et 6, du REC applicable à la R&D, porte sur les restrictions concernant les ventes actives et passives. En ce qui concerne les accords de R&D, les **ventes passives** sont définies à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (24), du REC applicable à la R&D comme les ventes effectuées en réponse à des demandes non sollicitées de clients individuels, y compris la livraison de produits au ou aux clients, sans avoir initié la vente en ciblant activement un client, un groupe de clients ou un territoire donné; les ventes passives comprennent les ventes résultant de la participation à des appels d'offres privés ou publics.
166. La notion des ventes actives renvoie à toutes les formes de ventes autres que les ventes passives, y compris:
- (a) le ciblage actif de clients au moyen de visites, de lettres, de courriels, d'appels ou d'autres moyens de communication directe ou au moyen d'une publicité ou d'une promotion ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple au moyen de médias imprimés ou numériques, y compris des médias en ligne, des outils de comparaison de prix ou des publicités sur des moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires ou dans des groupes de clients spécifiques;
 - (b) l'offre sur un site web d'options linguistiques différentes de celles couramment utilisées sur le territoire sur lequel le distributeur est établi;
 - (c) l'offre d'un site web dont le nom de domaine correspond à un territoire autre que celui sur lequel le distributeur est établi;

¹⁴⁰ Article 8, paragraphe 2, point (a), du REC applicable à la R&D.

¹⁴¹ Article 8, paragraphe 2, point (b), du REC applicable à la R&D.

¹⁴² Article 8, paragraphe 2, point (c), du REC applicable à la R&D. Voir article 1^{er}, paragraphe 1, point (14), du REC applicable à la R&D et section 2.4.2 des présentes lignes directrices pour la définition de la spécialisation dans l'exploitation.

¹⁴³ Article 8, paragraphe 2, point (d), du REC applicable à la R&D.

167. L'article 8, paragraphe 4, du REC applicable à la R&D prévoit que l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D ne s'applique pas aux accords de R&D comprenant des restrictions des ventes passives. Cela couvre toute restriction des ventes passives en ce qui concerne a) le territoire sur lequel ou b) la clientèle à laquelle, les parties peuvent vendre passivement les produits contractuels ou octroyer la licence sur les technologies contractuelles, à l'exception de l'obligation d'accorder à une partie une licence exclusive sur les résultats. Cette dernière exception s'explique par la possibilité explicite pour les parties qu'une seule partie produise et distribue les produits contractuels sur le couvert d'une licence exclusive accordée par les autres parties¹⁴⁴.
168. L'article 8, paragraphe 5, du REC applicable à la R&D prévoit que l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D ne s'applique pas aux accords de R&D comprenant certaines restrictions des ventes actives. C'est le cas en ce qui concerne l'obligation de ne pas réaliser de ventes actives des produits ou des technologies contractuels, ou de les limiter, 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.
169. Cela signifie que les ventes actives ne doivent pas être restreintes entre les parties, sauf si les parties attribuent les territoires ou la clientèle à l'une d'entre elles par voie de spécialisation dans l'exploitation¹⁴⁵.

2.6.1.4. Autres restrictions caractérisées

170. Le REC applicable à la R&D comprend deux autres restrictions caractérisées. Premièrement, si les parties se sont réparti les territoires ou se sont autrement réparti les clients par voie de spécialisation dans l'exploitation, l'obligation pour une partie de refuser de satisfaire les demandes de clients attribués à l'autre partie, si de tels clients écouleraient les produits contractuels ou concéderaient des licences sur les technologies contractuelles sur d'autres territoires au sein du marché intérieur, constitue une restriction caractérisée¹⁴⁶.
171. Deuxièmement, l'obligation 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 également une restriction caractérisée¹⁴⁷.

2.6.2. Restrictions exclues

172. L'article 9 du REC applicable à la R&D exclut certaines obligations contenues dans des accords de R&D de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D. Il s'agit des obligations dont on ne peut pas présumer avec suffisamment de certitude qu'elles remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. Contrairement aux restrictions caractérisées couvertes par l'article 8 du REC applicable à la R&D, les restrictions exclues n'excluent pas l'ensemble de l'accord de R&D du bénéfice de l'exemption par catégorie. Cependant, ce n'est le cas que lorsque la restriction en question peut être dissociée du reste de l'accord. Si la restriction est dissociable, le

¹⁴⁴ Conformément à la définition de la spécialisation dans l'exploitation énoncée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (14), du REC applicable à la R&D.

¹⁴⁵ Voir la définition de la spécialisation dans l'exploitation à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (14), du REC applicable à la R&D.

¹⁴⁶ Article 8, paragraphe 6, du REC applicable à la R&D.

¹⁴⁷ Article 8, paragraphe 7, du REC applicable à la R&D.

reste de l'accord continue de bénéficier de l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D.

173. 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'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.
174. La première restriction exclue est une obligation de ne pas contester la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par les parties dans le marché intérieur:
- (a) après la réalisation des travaux de R&D pour les droits de propriété intellectuelle qui sont utiles à la R&D; ou
 - (b) au terme de l'accord de R&D pour les droits de propriété intellectuelle qui protègent les résultats de la R&D¹⁴⁸.
175. L'exclusion de telles obligations du bénéfice de l'exemption par catégorie est motivée par le fait que les parties disposant des informations pertinentes pour déterminer un droit de propriété intellectuelle octroyé par erreur ne devraient pas être empêchées de contester la validité de tels droits de propriété intellectuelle. Pour une telle restriction, on ne peut pas généralement présumer que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies et les parties devront donc apprécier de telles restrictions elles-mêmes. 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 l'accord de R&D ou protègent les résultats de la R&D ne constituent pas des restrictions exclues.
176. 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.

2.7. Retrait du bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D

177. La Commission peut retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D, en vertu de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, lorsqu'elle estime, dans un cas déterminé, qu'un accord de R&D auquel s'applique l'exemption prévue par le REC applicable à la R&D produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3. Par ailleurs, si, dans un cas particulier, un tel accord produit des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'ANC peut également retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D sur ce territoire, conformément à l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. L'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 ne mentionne pas les juridictions des États membres, lesquelles n'ont donc pas compétence pour retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D, à moins que la juridiction concernée ne soit une autorité compétente désignée d'un État membre au sens de l'article 35 du règlement (CE) n° 1/2003.

¹⁴⁸ Article 9, paragraphe 1, point (a), du REC applicable à la R&D.

178. La Commission et les ANC peuvent retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D lorsque, notamment:
- (a) l'existence d'un accord de R&D restreint sensiblement la possibilité pour les tiers de mener des activités de R&D dans le(s) domaine(s) liés aux produits contractuels, aux technologies contractuelles ou aux pôles de R&D; 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 des produits ou des technologies contractuels; cela peut être attribuable, par exemple, à la structure particulière de l'offre;
 - (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;
 - (d) les produits ou les technologies contractuels ne sont pas soumis, sur l'ensemble du marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, à la concurrence effective de produits ou technologies considérés comme équivalents par les utilisateurs en raison de leurs propriétés, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.
179. Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission peut d'office ou sur plainte retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D. Les ANC ont notamment la possibilité de lui demander de retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D dans un cas déterminé, sans préjudice de l'application des règles relatives à la coopération pour l'attribution des affaires et à l'assistance au sein du réseau européen de la concurrence (le «réseau»)¹⁴⁹ et sans préjudice de leur propre pouvoir de retrait au titre de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. Si au moins trois ANC lui demandent d'appliquer l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 dans un cas déterminé, la Commission examinera l'affaire dans le cadre du réseau afin de décider si elle retire ou non le bénéfice du REC applicable à la R&D. Dans ce contexte, la Commission tiendra le plus grand compte du point de vue des ANC qui lui ont demandé de retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D afin de parvenir rapidement à une conclusion quant à la satisfaction des conditions du retrait dans ce cas particulier.
180. Il ressort de l'article 29, paragraphes 1 et 2, du règlement (CE) n° 1/2003 que la Commission a compétence exclusive pour retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D dans l'ensemble de l'Union en ce qu'elle peut retirer ce bénéfice à des accords de R&D qui restreignent la concurrence sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire d'un seul État membre, tandis que les ANC ne peuvent retirer le bénéfice de l'application du règlement que pour le territoire de leur État membre.
181. Dès lors, le pouvoir de retrait d'une ANC individuelle concerne les cas dans lesquels le marché en cause couvre un seul État membre, ou une région située exclusivement dans un État membre ou une partie de celui-ci. Dans un tel cas, l'ANC a compétence pour retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D à un accord de R&D ayant des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur ce marché national ou régional. Il s'agit d'une compétence concurrente étant donné que

¹⁴⁹ Voir chapitre IV du règlement (CE) n° 1/2003.

l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 habilite également la Commission à retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D pour un marché national ou régional, pour autant que l'accord de R&D en cause risque d'affecter les échanges entre États membres.

182. Lorsque plusieurs marchés nationaux ou régionaux distincts sont concernés, plusieurs ANC compétentes peuvent retirer en même temps le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D.
183. Il ressort du libellé de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 que, lorsque la Commission retire le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D, il lui incombe de prouver, premièrement, que l'accord de R&D respectif produit des effets anticoncurrentiels importants et, par conséquent, entre dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Deuxièmement, elle doit prouver que l'accord produit des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité, ce qui veut dire qu'il ne remplit pas au moins l'une des quatre conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité. Conformément à l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, les mêmes exigences s'appliquent lorsqu'une ANC retire le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D vis-à-vis de son État membre. En particulier, s'agissant de la charge de prouver la satisfaction de la deuxième exigence, l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 impose à l'ANC compétente de démontrer qu'au moins l'une des quatre conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, du traité n'est pas remplie¹⁵⁰.
184. Si les exigences de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 sont remplies, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D dans un cas individuel. Un tel retrait, et ses conditions telles qu'énoncées aux points précédents, doivent être distingués des constatations formulées par la Commission dans une décision constatant une infraction au titre du chapitre III du règlement (CE) n° 1/2003. Toutefois, un retrait peut être associé, par exemple, à la constatation d'une infraction et à l'imposition d'une mesure corrective, et même à des mesures provisoires, comme cela a été le cas dans de précédentes décisions de la Commission¹⁵¹.
185. Si la Commission retire le bénéfice de l'application du REC applicable à la R&D au titre de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, elle doit tenir compte du fait que le retrait ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les

¹⁵⁰ L'exigence établie à l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 concernant la charge de la preuve de l'ANC compétente découle de la situation dans laquelle le REC applicable à la R&D ne s'applique pas et une entreprise invoque l'article 101, paragraphe 3, dans un cas particulier. Dans une telle situation, il incombe à l'entreprise, conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003, de démontrer que les quatre conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont toutes remplies. À cet effet, elle doit étayer ses affirmations; voir, par exemple, décision de la Commission dans l'affaire AT.39226 — Lundbeck, confirmée dans les arrêts du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T-472/13, EU:T:2016:449; et du 25 mars 2021, Lundbeck/Commission, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

¹⁵¹ La Commission a fait usage de son pouvoir de retrait de l'un des règlements d'exemption par catégorie précédemment applicables dans ses décisions du 25 mars 1992 (mesures conservatoires) et du 23 décembre 1992 relatives à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/34.072 — Mars/Langnese et Schöller confirmées par l'arrêt du 1^{er} octobre 1998 dans l'affaire Langnese-Iglo/Commission, C-279/95 P, EU:C:1998:447, et dans ses décisions du 4 décembre 1991 (mesures conservatoires) et du 4 décembre 1991 relatives à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/33.157 — Eco System/Peugeot.

situations nées de l'exemption des accords concernés resteront non affectées pour toute la période précédant la date de prise d'effet du retrait. En cas de retrait au titre de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, l'ANC concernée doit également 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 fournir à la Commission toute décision pertinente envisagée.

2.8. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, des accords de R&D qui ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable à la R&D

186. Les accords de R&D qui ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable à la R&D ne sont pas présumés relever de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. De tels accords de R&D nécessitent une appréciation individuelle au regard de l'article 101.

187. Une telle appréciation individuelle commence par la question de savoir si l'accord restreindrait la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1¹⁵². Si tel est le cas, les entreprises devraient apprécier si l'accord de R&D remplit les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

2.8.1. Gains d'efficience

188. De nombreux accords de recherche et développement, qu'ils prévoient ou non l'exploitation conjointe des résultats éventuels, produisent des gains d'efficience du fait de la mise en commun de compétences et d'actifs complémentaires, ce qui permet d'accélérer le développement et la commercialisation de produits ou de technologies nouveaux ou améliorés. Les accords de R&D peuvent aussi déboucher sur une diffusion plus vaste des connaissances, ce qui peut également stimuler l'innovation. Les accords de R&D peuvent aussi aboutir à des réductions de coûts et réduire les dépendances à l'égard d'un nombre trop limité de fournisseurs de certaines technologies, de certains produits et de certains services. Ces gains d'efficience peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.

2.8.2. Caractère indispensable

189. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience générés par un accord de R&D ne remplissent pas les critères visés à l'article 101, paragraphe 3. En particulier, les restrictions caractérisées énumérées à l'article 8 du REC applicable à la R&D¹⁵³ sont moins susceptibles de remplir le critère concernant le caractère indispensable dans une appréciation individuelle.

2.8.3. Répercussion sur les consommateurs

190. Les gains d'efficience 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 en termes de concurrence.

191. En règle générale, il est plus probable qu'un accord de R&D apporte des gains d'efficience profitables aux consommateurs si cet accord résulte de la mise en commun de compétences et d'actifs complémentaires. Les parties à un accord peuvent, par exemple, être dotées de capacités de recherche différentes.

¹⁵² Voir également section 2.3 des présentes lignes directrices.

¹⁵³ Voir également section 2.6 des présentes lignes directrices concernant les restrictions caractérisées.

192. Si les compétences et les actifs des parties sont très similaires, l'accord de R&D pourrait avoir pour principal effet d'éliminer une partie ou l'ensemble des activités de R&D d'une ou de plusieurs des parties. Les coûts (fixes) des parties à l'accord s'en trouveraient éliminés, mais les avantages en découlant ne seraient vraisemblablement pas répercutés sur les consommateurs.
193. 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 l'emporterait sur les effets restrictifs sur la concurrence.

2.8.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

194. Les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent être remplis si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits ou des technologies en cause.

2.9. **Date à laquelle l'appréciation a lieu**

195. 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 importantes des faits.
196. L'exemption au titre de 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. Lorsque l'on applique les quatre critères cumulatifs énoncés à 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 remplit les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement. Si l'invention issue de l'investissement bénéficie d'une forme d'exclusivité accordée aux parties en vertu de règles propres à la protection des droits 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.
197. Il arrive que l'accord restrictif soit un événement irréversible. Une fois cet accord 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.
198. Par exemple, dans le cas d'un accord de R&D par lequel chacune des parties convient d'abandonner son projet de recherche personnel et de mettre ses capacités en commun avec celles d'une autre partie, il peut, objectivement, se révéler techniquement et économiquement impossible de remettre en route un projet qui a été abandonné. Si, à ce moment-là, l'accord est compatible avec l'article 101, par exemple parce qu'un nombre suffisant de tiers déploient des efforts de R&D concurrents, l'accord des parties consistant à abandonner leurs projets personnels reste compatible avec l'article 101, paragraphe 1, même si les projets des tiers échouent à une date ultérieure.

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

2.10. Exemple

200. Accords de R&D entre entreprises concurrentes en matière d'innovation

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 qui n'améliorera ni ne remplacera les composants existants, et dont la demande créera son propre nouveau marché, en cas de succès. Les entreprises A et B ont développé de premiers prototypes. Elles conviennent maintenant de mettre en commun leurs efforts de R&D en créant une entreprise commune pour achever les activités de R&D, se concentrant uniquement sur l'un des deux efforts de R&D (la partie de l'accord concernant les activités de R&D) et produire un nouveau composant (la partie de l'accord concernant l'exploitation conjointe), qui sera ensuite revendu aux entreprises A et B, qui le commercialiseront séparément (l'«accord de R&D»).

Il n'y a pas d'autres entreprises qui développent actuellement un composant électronique identique ou substituable, ou qui sont en mesure et susceptibles de déployer indépendamment des efforts de R&D pour développer un composant identique ou substituable.

Analyse: le composant électronique miniaturisé est un produit totalement nouveau et il convient d'analyser si l'accord de R&D restreint la concurrence sur le marché intérieur au sens de l'article 101, paragraphe 1. En outre, il convient d'apprécier si l'accord de R&D est couvert par le REC applicable à la R&D.

Au moment où l'accord de R&D est conclu, les entreprises A et B sont les deux seules entreprises déployant (ou en mesure et susceptibles de déployer) des efforts de R&D concernant le nouveau composant. Elles auraient chacune été en mesure de poursuivre indépendamment les activités de R&D pour le nouveau composant et de le mettre sur le marché. Par l'intermédiaire de l'entreprise commune, les entreprises A et B se concentreront désormais sur un seul effort de R&D, au lieu de déployer deux efforts distincts. Par conséquent, l'accord de R&D pourrait bien avoir des effets restrictifs au sens de l'article 101, en raison de la réduction du nombre d'efforts de R&D et donc du nombre de produits susceptibles d'entrer sur le marché.

Si l'accord entraîne une restriction de la concurrence, les parties devront déterminer si elles peuvent être exemptées en vertu du REC applicable à la R&D. Toutefois, l'accord de R&D entre les entreprises A et B ne remplit pas les conditions d'exemption. En particulier, le seuil pour les accords conclus entre entreprises concurrentes en matière d'innovation n'est pas atteint au vu de l'absence d'autres efforts de R&D concurrents (article 6, paragraphe 3, du REC applicable à la R&D). Par conséquent, une appréciation individuelle est nécessaire pour déterminer si l'accord de R&D répond aux exigences prévues par l'article 101, paragraphe 3.

En vertu de l'article 101, paragraphe 3, alors que l'accord de R&D pourrait potentiellement conduire à des gains d'efficacité, en permettant l'introduction plus rapide d'un nouveau produit, l'accord de R&D éliminerait la seule pression concurrentielle pesant sur les parties au niveau de l'innovation. Par conséquent, cela entraînerait probablement une perte d'innovation et une augmentation des prix en aval. L'accord de R&D créerait probablement une situation de duopole sur le marché futur des nouveaux composants électroniques miniaturisés. Une telle situation de duopole se caractériserait par une similitude poussée et des échanges possibles d'informations commerciales sensibles entre les parties, puisque leur entreprise commune produira pour les seuls vendeurs du nouveau composant, les entreprises A et B. De ce fait, il pourrait également exister un risque important de coordination anticoncurrentielle aboutissant à une collusion sur ce nouveau marché. Bien que certains de ces problèmes puissent être résolus si les parties s'engagent à concéder sous licence à des tiers et à des conditions raisonnables leur savoir-faire ou leurs droits de propriété intellectuelle pour la fabrication du nouveau composant, il semble peu probable que cela permette de régler la totalité des problèmes posés et de remplir les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3. En conséquence, l'accord de R&D est peu susceptible d'être exempté en vertu de l'article 101, paragraphe 3.

201. Accords de R&D entre entreprises concurrentes pour un produit et/ou une technologie existants

Exemple 2

Situation: l'entreprise A détient 51 % de parts de marché sur un marché englobant son médicament vedette. Une petite entreprise, l'entreprise B, exerce des activités de R&D dans le domaine pharmaceutique, produisant des principes pharmaceutiques actifs («PPA») et des médicaments génériques. L'entreprise B a inventé un procédé qui permet de fabriquer le PPA du médicament vedette de l'entreprise A de façon plus économique. L'entreprise B a déposé une demande de brevet pour ce procédé (brevet de procédé). Le brevet de l'entreprise A portant sur le principe pharmaceutique actif (PPA) du médicament vedette expire dans un peu moins de trois ans, période à l'issue de laquelle il restera plusieurs brevets de procédé concernant ce médicament. L'entreprise B considère que le nouveau procédé plus efficace qu'elle a mis au point ne constituerait pas une violation des brevets de procédé existants de l'entreprise A et permettrait de produire une version générique du médicament vedette une fois que le brevet relatif au PPA de l'entreprise A aura expiré. L'entreprise B serait susceptible soit de produire le produit elle-même soit d'accorder une licence pour ce procédé à des tiers intéressés, par exemple à d'autres fabricants de produits génériques, ou à l'entreprise A.

Avant de mettre un terme à ses activités de R&D dans ce domaine, l'entreprise B conclut un accord avec l'entreprise A prévoyant que cette dernière contribuera financièrement au projet de R&D de l'entreprise B à condition d'acquiescer une licence exclusive portant sur tous les brevets de procédé de l'entreprise B liés à la production du PPA des médicaments vedettes de l'entreprise A.

Il existe deux autres efforts de R&D indépendants visant à mettre au point un procédé de fabrication du PPA du médicament vedette ne violant pas les brevets de procédé des entreprises A ou B, mais il n'est pas encore certain qu'ils atteignent la production industrielle.

Analyse: le procédé couvert par la demande de brevet de l'entreprise B améliore simplement un procédé de fabrication existant. L'entreprise A est présente sur le

marché de la technologie existante (le procédé de fabrication) ainsi que sur le marché du produit existant (le médicament vedette). L'entreprise B est un concurrent potentiel au niveau technologique. Si l'entreprise B devait exploiter le brevet de procédé, elle serait probablement en mesure d'entrer sur le marché de produits avec, par exemple, un produit générique. Par conséquent, les entreprises A et B sont des concurrents potentiels sur le marché de produits dont fait partie le médicament vedette. L'accord n'est pas exempté en vertu du REC applicable à la R&D, étant donné qu'au moins en ce qui concerne le marché de produits, la part de marché de l'entreprise A est supérieure à 25 %. Par conséquent, une appréciation individuelle doit être effectuée.

L'entreprise A dispose d'un certain pouvoir de marché sur le marché existant dont fait partie son médicament vedette. Bien que ce pouvoir de marché diminuerait sensiblement avec l'arrivée effective sur le marché de concurrents fabriquant des produits génériques, la licence exclusive du brevet de procédé rend le procédé mis au point par l'entreprise B indisponible pour des tiers; elle est donc susceptible de retarder l'arrivée de produits génériques (en particulier parce que le produit est toujours protégé par plusieurs brevets de procédé appartenant à l'entreprise A). Puisqu'il n'est pas certain que les deux autres efforts de R&D déployés actuellement pour trouver une solution de remplacement qui n'implique aucune violation du brevet de procédé de l'entreprise A atteignent la production industrielle, le brevet de procédé de l'entreprise B est la seule voie crédible pour lancer des produits génériques qui pourraient concurrencer le médicament vedette de l'entreprise A. Par conséquent, l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Les économies de coûts réalisées par l'entreprise A grâce au nouveau procédé de fabrication ne suffisent pas à compenser la restriction de la concurrence. En l'absence d'autres concurrents sur le marché de produits, tels que les fabricants de produits génériques, il est peu probable que les économies de coûts de production soient répercutées sur les consommateurs. En outre, une licence exclusive n'est pas indispensable pour réaliser les économies en question. En conséquence, il est peu probable que l'accord remplisse les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

202. Partenariat de recherche

Exemple 3

Situation: les entreprises A, B et C jouent un rôle de premier plan dans le domaine des technologies d'énergie renouvelable. Elles ont l'intention de mettre en place un partenariat de recherche, qui définira un programme de R&D établissant une vision commune à long terme concernant le développement de nouvelles technologies d'énergie renouvelable et l'amélioration des technologies existantes, qui serait mis en œuvre dans une série de projets de R&D distincts.

Ce programme constituerait une collaboration en matière de R&D et serait formalisé dans un protocole d'accord définissant les objectifs, les clauses et les conditions de la collaboration, y compris les mécanismes de gouvernance et les modalités de suivi. Le protocole d'accord établit donc un cadre de coopération dans lequel des projets spécifiques de collaboration en matière de R&D seront réalisés à l'appui du programme à long terme convenu.

Analyse: ce type de partenariat de recherche peut associer des entreprises concurrentes soit dans le développement ou la mise en œuvre de ces technologies, soit dans ces deux domaines.

Toutefois, si la nature du partenariat de recherche se limite à la définition d'un vaste programme, ce type de collaboration n'est pas susceptible de poser de problème.

De plus, si le partenariat de recherche répond à un problème qu'aucune entreprise ne peut régler seule et qui nécessite la mobilisation de multiples acteurs, il faciliterait l'innovation qui n'aurait pas lieu autrement et représenterait donc une contribution au progrès technique et économique.

Bien qu'il soit peu probable qu'un tel partenariat de recherche soulève des problèmes de concurrence, les accords de coopération en matière de R&D individuels devraient être analysés indépendamment.

3. ACCORDS DE PRODUCTION

3.1. Introduction

203. Le présent chapitre vise à fournir des orientations sur le champ d'application et l'appréciation au regard de la concurrence des accords de production qui relèvent de l'article 101, paragraphe 1, et qui soit a) bénéficient du REC applicable aux accords de spécialisation (section 3.4); soit b) ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable aux accords de spécialisation et doivent être appréciés au regard de l'article 101, paragraphes 1 et 3 (section 3.5).
204. Les accords de production varient tant dans leur forme que dans leur champ d'application. Ils peuvent prévoir que la production est assurée soit par une seule partie, soit par deux ou plusieurs parties. Les entreprises peuvent produire conjointement par l'entremise d'une entreprise commune, c'est-à-dire une entreprise contrôlée conjointement exploitant une ou plusieurs installations de production, ou au travers d'une forme de coopération en matière de production plus souple telle que des accords de sous-traitance.
205. Les présentes lignes directrices s'appliquent à toutes les formes d'accords de production conjointe et d'accords de sous-traitance horizontaux¹⁵⁴.
206. 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. Les accords de sous-traitance horizontaux sont conclus entre des entreprises opérant sur le même marché de produits, qu'elles soient des concurrents existants ou potentiels. Les accords de sous-traitance horizontaux comprennent des accords de spécialisation unilatérale et réciproque ainsi que d'autres accords de sous-traitance horizontaux.
207. 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.
208. 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.
209. Les présentes lignes directrices s'appliquent également à d'autres accords de sous-traitance horizontaux, parmi lesquels les accords de sous-traitance visant à accroître

¹⁵⁴ 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 du marché. Ils relèvent du champ d'application des lignes directrices sur les restrictions verticales et peuvent bénéficier, sous certaines conditions, de l'application du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales. 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 CEE (JO C 1 du 3.1.1979, p. 2) (la «communication sur la sous-traitance»).

la production, dans lesquels le donneur d'ordre ne cesse ni ne limite en même temps sa propre production du produit concerné.

3.2. Marchés en cause

210. Un accord de production aura 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 de production. Ces marchés seront définis conformément à la communication sur la définition du marché¹⁵⁵. Un accord de production peut aussi avoir des effets secondaires sur les marchés en amont, en aval ou voisins du marché directement concerné par la coopération (les «marchés secondaires»)¹⁵⁶. Les marchés secondaires sont susceptibles d'être des marchés en cause si les marchés sont interdépendants et que les parties se trouvent dans une position de force sur le marché secondaire.

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

211. L'appréciation d'un accord de spécialisation commence par la question de savoir si ledit accord contient des restrictions de la concurrence qui relèvent du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1. Si tel est le cas:

- (a) en premier lieu, l'appréciation portera sur la question de savoir si l'accord de spécialisation peut bénéficier de l'exemption prévue au REC applicable aux accords de spécialisation;
- (b) en second lieu, si les accords ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable aux accords de spécialisation, une appréciation individuelle de l'accord serait nécessaire pour déterminer si l'accord de spécialisation remplit les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

3.3.1. Principaux problèmes de concurrence

212. 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) l'éviction anticoncurrentielle de tiers présents sur un marché lié.

213. 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 production¹⁵⁷, peuvent conduire les parties à aligner directement i) les niveaux de production, ii) la qualité des produits, iii) le prix auquel l'entreprise commune vend ses produits ou iv) d'autres paramètres importants sur le plan de la concurrence (par exemple l'innovation, la durabilité). Il peut en résulter une restriction de la concurrence, même si les parties vendent indépendamment les produits.

¹⁵⁵ 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).

¹⁵⁶ Article 2, paragraphe 5, premier tiret, du 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).

¹⁵⁷ Voir points 51 («entreprises communes de plein exercice») et 13 («responsabilité pour infraction à l'article 101, paragraphe 1») des présentes lignes directrices.

214. 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 i) une augmentation des prix, ii) une réduction de la production, iii) une réduction de la qualité des produits iv) une réduction de la diversité des produits ou v) une réduction de l'innovation. Tel pourra être le cas:
- (a) si les parties possèdent un pouvoir de marché; et
 - (b) si les marchés présentent des caractéristiques propices à une telle coordination, en particulier
 - i) lorsque l'accord de production accroît la mise en commun des coûts 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
 - ii) si l'accord comprend un échange d'informations commercialement sensibles pouvant déboucher sur une collusion.
215. Les accords de production peuvent en outre déboucher sur **le verrouillage anticoncurrentiel de tiers d'un marché lié** (le marché en aval dépendant des produits intermédiaires qui proviennent du marché couvert par l'accord de production, par exemple). De tels problèmes de concurrence sont susceptibles de se concrétiser indépendamment du fait que les parties à l'accord soient ou non des concurrents sur le marché sur lequel la coopération est mise en œuvre. Toutefois, pour que ce type de verrouillage ait des effets anticoncurrentiels, il faut qu'au moins une des parties détienne une position forte sur le marché sur lequel les risques de verrouillage sont évalués.
216. *Exemple.* En acquérant un pouvoir de marché suffisant, les parties engagées dans la production conjointe sur un marché en amont peuvent être à même d'augmenter le prix d'un composant essentiel (ou d'un produit intermédiaire) pour un marché situé en aval. Elles pourraient ainsi utiliser la production conjointe pour augmenter les coûts de leurs concurrents en aval et les marginaliser ou, en fin de compte, les forcer à quitter le marché. Le pouvoir de marché des parties sur le marché en aval s'en trouverait à son tour accru, ce qui leur permettrait de maintenir les prix au-dessus du niveau d'équilibre concurrentiel ou de porter autrement préjudice aux consommateurs.

3.3.2. Restrictions de la concurrence par objet

217. 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.
218. 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 d'autres paramètres de concurrence (par exemple les prix) ne soient pas éliminés; 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 nécessaire aux

fins de la fabrication conjointe, ce qui signifie que les parties ne seraient pas, dans le cas contraire, incitées à conclure l'accord de production en premier lieu.

219. Dans ces deux cas, les accords de production qui comportent ces restrictions devront être appréciés pour déterminer s'ils sont susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Ces restrictions et les accords de production ne seront pas appréciés isolément, mais à la lumière des effets globaux de l'ensemble de l'accord de production sur le marché.

3.3.3. *Effets restrictifs sur la concurrence*

220. L'éventualité que les problèmes de concurrence que les accords de production sont susceptibles de poser se concrétisent dans un cas déterminé dépend de plusieurs variables. Ces variables déterminent les effets qu'un accord de production est susceptible d'avoir sur la concurrence et, partant, sur l'applicabilité de l'article 101, paragraphe 1. Ces variables comprennent:
- (a) les caractéristiques du marché sur lequel porte l'accord;
 - (b) la nature de la coopération;
 - (c) la couverture du marché de la coopération; et
 - (d) les produits concernés par la coopération.
221. La probabilité qu'un accord de production engendre des effets restrictifs sur la concurrence dépend de la situation qui prévaudrait en l'absence de cet accord avec toutes ses restrictions alléguées.
222. Certains éléments, tels que le fait de savoir si les parties à l'accord sont des concurrents proches, si les clients n'ont que peu de possibilités de changer de fournisseurs, si les concurrents sont peu susceptibles d'accroître leur offre en cas d'augmentation des prix et si une des parties à l'accord est une force concurrentielle importante, sont tous pertinents pour l'appréciation de l'accord sous l'angle de la concurrence.
223. **Accords de production comportant aussi des fonctions de commercialisation** (par exemple la distribution ou la commercialisation conjointes). Ces accords présentent un risque plus élevé d'effets restrictifs sur la concurrence que de simples accords de production conjointe. La commercialisation conjointe rapproche la coopération du consommateur et implique généralement la fixation conjointe des prix et des objectifs de vente, pratiques qui présentent les risques les plus élevés pour la concurrence.
224. Les accords de distribution conjointe de produits fabriqués conjointement sont toutefois généralement moins susceptibles de restreindre la concurrence que des accords de distribution conjointe autonomes.
225. De même, un accord de distribution conjointe nécessaire pour que l'accord de production conjointe puisse être conclu en premier lieu est moins susceptible de restreindre la concurrence que s'il n'était pas nécessaire aux fins de la production conjointe.
226. **Accords de production peu susceptibles de produire des effets restrictifs.** Certains accords de production ne sont pas susceptibles de produire des effets restrictifs.

227. Les accords de production entre entreprises se faisant concurrence sur des marchés couverts par la coopération ne sont pas susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence si *l'accord de production donne naissance à un nouveau marché*¹⁵⁸, c'est-à-dire si l'accord permet aux parties de lancer un nouveau produit, ce qu'elles n'auraient pas été, sur la base d'éléments objectifs, en mesure de faire autrement (par exemple en raison de leurs capacités techniques).
228. Les accords de production ne sont pas susceptibles de déboucher sur une limitation directe de la concurrence entre les parties; une collusion ou une éviction anticoncurrentielle ont peu de chances de se produire si les *parties à l'accord n'ont pas de pouvoir sur le marché* sur lequel une restriction de concurrence est appréciée. Seul le pouvoir de marché peut permettre aux parties à l'accord de maintenir avantageusement les prix à un niveau supérieur au niveau d'équilibre concurrentiel ou de maintenir avantageusement la production, la qualité ou la diversité des produits à un niveau inférieur à ce qui serait dicté par la concurrence.
- 3.3.3.1. Pouvoir de marché
229. 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 pour l'appréciation du pouvoir de marché.
- (a) Parts de marché
230. Les entreprises sont peu susceptibles de détenir un pouvoir de marché inférieur à un certain niveau de part de marché.
231. **REC applicable aux accords de spécialisation.** Le seuil de part de marché en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation est fixé à 20 %. Les accords de spécialisation¹⁵⁹ sont couverts par le 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 le ou les marchés en cause et que les autres conditions d'application du REC applicable aux accords de spécialisation soient remplies.
232. **Zone de sécurité.** En ce qui concerne les accords de sous-traitance horizontaux, qui ne relèvent pas de la définition de l'accord de spécialisation du REC applicable aux accords de spécialisation [article 1^{er}, paragraphe 1, point (a)], 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 %. En toute hypothèse, il est probable que les accords de sous-traitance horizontaux dans lesquels les parties détiennent une part de marché cumulée qui ne dépasse pas 20 % remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.
233. **Part de marché au-delà de 20 %.** Si la part de marché cumulée des parties excède 20 %, les effets restrictifs doivent être analysés. Globalement, le risque qu'un accord de production incite davantage les parties à l'accord à augmenter leurs prix (et/ou à diminuer la qualité et la gamme) est d'autant plus probable que les parts de marché cumulées des parties sont élevées.

¹⁵⁸ Aux fins du présent chapitre, le terme «nouveau marché» devrait être entendu dans un sens plus large que dans le contexte des accords de R&D couverts par le chapitre 2 (voir, par exemple, point 60).

¹⁵⁹ Article 1^{er}, paragraphe 1, du REC applicable aux accords de spécialisation.

(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 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.
235. Toutefois, une part de marché cumulée des parties légèrement supérieure à 20 % n'implique pas nécessairement que le marché est très concentré. Une part de marché cumulée légèrement supérieure à 20 % peut être compatible avec un marché modérément concentré.

(c) Facteurs dynamiques

236. Même si les parts de marché des parties à l'accord et la concentration du marché sont élevées, 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

237. Pour apprécier le pouvoir de marché des parties, il y a également lieu d'examiner le nombre et l'intensité des liens (autres accords de coopération, par exemple) entre les concurrents sur le marché.
238. En outre, dans les cas où une entreprise disposant d'un pouvoir sur un des marchés coopère avec un nouvel arrivant potentiel, par exemple avec un fournisseur du même produit sur un marché géographique ou un marché de produits 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 majeure de pression concurrentielle.

3.3.3.2. Limitation directe de la concurrence entre les parties

239. La concurrence entre les parties à un accord de production peut être directement limitée de différentes façons. Par exemple:
- (a) les parties à une entreprise commune de production pourraient 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) si les caractéristiques principales du produit sont déterminées par l'accord de production, cela pourrait aussi éliminer des éléments clés de la concurrence entre les parties et, finalement, produire des effets restrictifs sur la concurrence;
 - (c) une entreprise commune appliquant un prix de transfert élevé aux parties à l'accord de production augmenterait les coûts des intrants pour les parties, ce qui pourrait entraîner une augmentation des prix en aval. En réaction à cette évolution, les concurrents peuvent trouver profitable d'augmenter leurs prix, contribuant ainsi à des hausses de prix sur le marché en cause.
240. En outre, dans certains secteurs où la production constitue la principale activité économique, même un simple accord de production peut, en soi, éliminer des aspects clés de la concurrence, limitant ainsi directement la concurrence entre les entreprises qui y sont parties.

3.3.3.3. Collusion et verrouillage anticoncurrentiel

241. Le degré de probabilité d'une collusion est fonction du pouvoir de marché des parties (voir section 3.3.3.1) ainsi que des caractéristiques du marché en cause. Une collusion peut découler en particulier (mais pas uniquement) de la mise en commun des coûts ou d'un échange d'informations lié à l'accord de production.
242. Un accord de production peut également mener à un verrouillage anticoncurrentiel: a) en augmentant le pouvoir de marché des entreprises; ou b) en renforçant la mise en commun de leurs coûts; ou c) s'il implique l'échange d'informations commercialement sensibles.
- (a) Mise en commun des coûts
243. Un accord de production entre parties détenant un pouvoir de marché peut produire des effets restrictifs sur la concurrence s'il les incite à mettre davantage leurs coûts en commun à un niveau tel qu'il leur permette de parvenir à une collusion (par exemple en se mettant d'accord sur les prix ou sur d'autres paramètres de concurrence) ou d'évincer des tiers des marchés secondaires.
244. Une mise en commun des coûts 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.
245. Un accord de production est davantage susceptible de mener à une collusion ou à un verrouillage si, préalablement à l'accord, les parties ont déjà une proportion élevée des coûts variables en commun, étant donné que l'augmentation supplémentaire résultant des coûts de production des produits couverts par l'accord peut faire pencher la balance vers une collusion. À l'inverse, même si le niveau initial de mise en commun des coûts est bas, si l'augmentation (résultant des coûts de production du produit couvert par l'accord) est importante, le risque d'une collusion ou d'un verrouillage peut être élevé.
246. La mise en commun des coûts n'augmente le risque de collusion ou de verrouillage que si les coûts de production constituent une proportion importante des coûts variables concernés.
- (a) Un scénario dans lequel la mise en commun des coûts peut déboucher sur une collusion pourrait être celui où les parties conviennent de la production conjointe d'un produit intermédiaire qui représente une part importante des coûts variables du produit final avec lequel elles se font concurrence en aval. Les parties pourraient utiliser l'accord de production pour augmenter le prix de ce bien intermédiaire commun important pour la fabrication de leurs produits sur le marché en aval. Cela affaiblirait la concurrence en aval et serait susceptible d'entraîner une hausse des prix finals. Le profit serait déplacé de l'aval vers l'amont pour ensuite être partagé entre les parties par l'intermédiaire de l'entreprise commune.
- (b) De même, la mise en commun des coûts accroît les risques de verrouillage anticoncurrentiel d'un accord de sous-traitance horizontale lorsque le bien intermédiaire que le donneur d'ordre achète au sous-traitant représente une partie importante des coûts variables du produit final avec lequel les parties se font concurrence.
247. Toutefois, la mise en commun des coûts est moins susceptible d'augmenter le risque de collusion 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 frais de transport élevés.

(b) Échanges d'informations

248. Un accord de production peut produire des effets restrictifs sur la concurrence s'il prévoit un échange d'informations commercialement sensibles susceptible de déboucher sur une collusion ou sur une éviction anticoncurrentielle.
249. La probabilité qu'un échange d'informations dans le cadre d'un accord de production produise des effets restrictifs sur la concurrence doit être appréciée conformément aux orientations figurant au chapitre 6 des présentes lignes directrices. Les effets négatifs induits par ces échanges d'informations ne seront pas appréciés de manière séparée, mais à la lumière des effets globaux de l'accord de production.
250. L'accord de production serait plus susceptible de remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3 si l'échange d'informations ne va pas au-delà du partage de données nécessaire aux fins de la production des produits concernés par l'accord, même en cas d'effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Dans ce cas, les gains d'efficacité résultant de la production conjointe sont susceptibles de compenser les effets restrictifs de la coordination du comportement des parties.
251. L'accord de production serait moins susceptible de remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, si l'échange d'informations va au-delà de ce qui est nécessaire à la production conjointe, par exemple en cas d'échange d'informations liées aux prix et aux ventes.

3.4. Accords relevant du REC applicable aux accords de spécialisation

252. Le REC applicable aux accords de spécialisation établit une zone de sécurité, soumise à certaines conditions, pour certains accords de production dénommés «accords de spécialisation».
253. Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation aux accords de spécialisation dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3.

3.4.1. Accords de spécialisation

254. Les accords de spécialisation comprennent les types d'accords de production horizontaux suivants: les accords de spécialisation unilatérale, les accords de spécialisation réciproque et les accords de production conjointe et ils concernent la fabrication de biens ou la préparation de services.
255. **Accords de spécialisation unilatérale.** Les éléments clés de ces accords, tels qu'ils sont définis à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (a) (1), du REC applicable aux accords de spécialisation, sont les suivants:
- (a) ils sont conclus entre deux ou plusieurs parties;
 - (b) les parties aux accords sont déjà présentes sur le même marché de produits;
 - (c) l'accord concerne les mêmes produits;
 - (d) 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; et

- (e) une ou plusieurs autres 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.
256. 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 (par exemple vente d'usines, fermeture de lignes de production, etc.), puisqu'il suffit qu'elles réduisent leurs volumes de production.
257. **Accords de spécialisation réciproque.** Les éléments clés de ces accords, tels qu'ils sont définis à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (a) (2), du REC applicable aux accords de spécialisation, sont les suivants:
- (a) ils sont conclus entre deux parties ou plus;
 - (b) les parties aux accords sont déjà présentes sur le même marché de produits;
 - (c) l'accord concerne des produits qui ne sont pas les mêmes;
 - (d) 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 les mêmes, et s'engagent à les acheter aux autres parties; et
 - (e) ces autres parties acceptent de produire ces produits et de les fournir aux parties qui cessent ou s'abstiennent de les produire.
258. 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 certains produits, qui ne sont pas les mêmes, réduisent leurs capacités (par exemple vente d'usines, fermeture de lignes de production, etc.), puisqu'il suffit qu'elles réduisent leurs volumes de production.
259. **Accords de production conjointe.** Les éléments clés de ces accords, tels qu'ils sont définis à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (a) (3), du REC applicable aux accords de spécialisation, sont les suivants:
- (a) ils sont conclus entre deux ou plusieurs parties; et
 - (b) les parties produisent certains produits conjointement (voir section 3.4.3).
260. La définition des accords de production conjointe n'exige pas que: i) les parties soient déjà présentes sur le même marché de produits; ou ii) une ou plusieurs parties cessent ou s'abstiennent de produire tout produit.

3.4.2. *Autres dispositions dans les accords de spécialisation*

261. Le REC applicable aux accords de spécialisation exempte également certaines dispositions qui peuvent être contenues dans les accords de spécialisation.
262. **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** (article 2, paragraphe 3, du REC applicable aux accords de spécialisation). Ces dispositions bénéficient de l'exemption prévue à l'article 2 du REC applicable aux accords de spécialisation si elles remplissent deux conditions cumulatives:
- (a) elles ne constituent pas l'objectif premier de l'accord de spécialisation; et
 - (b) elles sont directement liées et nécessaires à la mise en œuvre de cet accord.

263. **Dispositions relatives aux obligations de fourniture ou d'achat** (article 2, paragraphe 4, et considérant 11 du REC applicable aux accords de spécialisation). Le REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que les accords de spécialisation unilatérale et réciproque ne soient exemptés que lorsqu'ils prévoient des obligations de fourniture et d'achat. Dans ce cas, ces obligations peuvent être exclusives ou non (considérant 11 du REC applicable aux accords de spécialisation).
264. En ce qui concerne les obligations de fourniture exclusive ou d'achat exclusif, l'article 2, paragraphe 4, du REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que l'exemption s'appliquera aux accords de spécialisation par lesquels les parties acceptent une obligation d'achat exclusif ou de fourniture exclusive.
- (a) Une obligation de fourniture exclusive, telle que définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (j), du REC applicable aux accords de spécialisation, désigne l'obligation de ne pas vendre les produits de spécialisation [tels que définis à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (c), du REC applicable aux accords de spécialisation] à une entreprise concurrente autre qu'une ou plusieurs parties à l'accord. Par conséquent, une obligation de fourniture exclusive n'empêche pas les parties de vendre les produits de spécialisation à des tiers qui sont des entreprises non concurrentes.
 - (b) Une obligation d'achat exclusif, telle que définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point (k), du REC applicable aux accords de spécialisation, désigne l'obligation de n'acheter les produits de spécialisation qu'auprès d'une ou plusieurs parties à l'accord.
265. D'autres dispositions contenues dans les accords de spécialisation qui constituent des restrictions accessoires bénéficieront également de l'exemption prévue à l'article 2 du REC applicable aux accords de spécialisation, pour autant que les conditions définies dans la jurisprudence de l'Union¹⁶⁰ soient remplies.
- 3.4.3. *Distribution conjointe et notion de «conjointe» en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation*
266. Le REC applicable aux accords de spécialisation définit la notion de «conjointe» dans le contexte de la distribution. La distribution conjointe peut faire partie d'un accord de spécialisation et bénéficier de l'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation si les activités de distribution sont assurées selon l'une des deux modalités suivantes:
- (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 trois conditions cumulatives:
 - i) il est désigné conjointement par les parties à l'accord de spécialisation;
 - ii) il est désigné sur une base exclusive ou non exclusive; et

¹⁶⁰ 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, DLG, 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.

iii) il n'est pas un concurrent existant ou potentiel des parties à l'accord de spécialisation.

267. L'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation s'applique¹⁶¹ également aux accords de spécialisation lorsque les parties a) distribuent conjointement les produits de spécialisation et b) ne les vendent pas de manière indépendante.

268. Le REC applicable aux accords de spécialisation utilise également la notion de «conjointe» dans la définition des «accords de production conjointe» [article 1^{er}, paragraphe 1, point (a) (3), du REC applicable aux accords de spécialisation]. Toutefois, le terme «conjointe» n'est pas défini dans le contexte de la production. Par conséquent, en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation, la production conjointe peut prendre n'importe quelle forme.

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

269. Les accords de spécialisation bénéficiant de l'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation peuvent également concerner la préparation de services. La préparation de services fait référence aux activités situées en amont de la fourniture de services aux clients [article 1^{er}, paragraphe 1, point (e), du REC applicable aux accords de spécialisation]. Par exemple, un accord de spécialisation en vue de la création d'une plateforme par l'intermédiaire de laquelle sera fourni un service pourrait être considéré comme un accord concernant la préparation de services.

270. Toutefois, comme le précise le considérant 9 du REC applicable aux accords de spécialisation, la fourniture de services ne relève pas du champ d'application du REC applicable aux accords de spécialisation, sauf dans le contexte d'une distribution dans le cadre de laquelle les parties fournissent les services qui ont été préparés en application de l'accord de spécialisation.

3.4.5. *Entreprises concurrentes: concurrents existants ou potentiels*

271. En vertu du REC applicable aux accords de spécialisation [article 1^{er}, paragraphe 1, point (i)], les entreprises concurrentes seraient considérées comme: a) des concurrents existants si elles opèrent sur le même marché en cause; ou b) des concurrents potentiels si, en l'absence de l'accord de production, elles sont susceptibles, dans une optique réaliste et non pas simplement théorique, de consentir, dans un délai n'excédant pas trois ans, les investissements supplémentaires ou les autres dépenses nécessaires pour pouvoir entrer sur le marché en cause.

272. La question de la concurrence potentielle doit être examinée en faisant preuve de réalisme. Ainsi, les parties ne sauraient être qualifiées de concurrents potentiels simplement parce qu'un accord de spécialisation leur permet de mener certaines activités de production. La question déterminante est de savoir si chaque partie dispose indépendamment des moyens nécessaires à cette fin.

¹⁶¹ Article 2, paragraphe 4, point (b), et article 1^{er}, paragraphe 1, point (l), du REC applicable aux accords de spécialisation.

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

3.4.6.1. *Seuil de part de marché*

273. En vertu de l'article 3 du REC applicable aux accords de spécialisation, les accords de spécialisation bénéficieront de l'exemption si les seuils de part de marché suivants sont atteints:

- (a) la part de marché cumulée des parties n'excède pas 20 % du/des marchés en cause concernés par l'accord de spécialisation, pour autant que les autres conditions d'exemption en vertu du REC applicable aux accords de spécialisation soient remplies;
- (b) lorsque les produits de spécialisation sont des produits intermédiaires qu'une ou plusieurs des parties utilisent de manière captive, en tout ou partie, 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:
 - i) une part de marché cumulée n'excédant pas 20 % sur le(s) marché(s) en cause au(x)quel(s) appartiennent les produits de spécialisation; et
 - ii) une part de marché cumulée n'excédant pas 20 % sur le(s) marché(s) en cause au(x)quel(s) 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 (g)].

3.4.6.2. *Calcul des parts de marché*

274. En vertu de l'article 4 du REC applicable aux accords de spécialisation, les parts de marché doivent être calculées sur la base de données relatives à l'année civile précédente.

275. Pour certains marchés, il peut être nécessaire de calculer les parts de marché sur la base d'une moyenne des parts de marché des parties pour les trois dernières années civiles. Cela peut être pertinent par exemple en cas de marchés fonctionnant par appels d'offres et lorsque les parts de marché peuvent changer de manière significative (par exemple de 0 à 100 %) d'une année à l'autre, selon qu'une partie a obtenu ou non du succès dans le processus d'appel d'offres. Cela peut également être pertinent pour les marchés caractérisés par des commandes importantes et irrégulières pour lesquels la part de marché de l'année civile précédente peut ne pas être représentative, par exemple si aucune commande importante n'a eu lieu au cours de l'année civile précédente. Une autre situation où il peut être nécessaire de calculer les parts de marché sur la base d'une moyenne pour les trois dernières années civiles précédentes est celle où il y a un choc d'offre ou de demande au cours de l'année civile précédant l'accord de coopération.

276. En ce qui concerne les paramètres pour calculer les parts de marché, le REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que les parts de marché sont calculées sur la base de la valeur des ventes. En l'absence de données relatives à la valeur des ventes, la détermination de la part de marché des parties peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables concernant le marché, y compris le volume des ventes réalisées sur le marché.

277. Aux fins du REC applicable aux accords de spécialisation, les termes «entreprise» et «partie» englobent leurs «entreprises liées» respectives, telles que définies à l'article 1^{er}, paragraphe 2. Conformément à l'article 4, paragraphe 3, du REC applicable aux accords de spécialisation, la part de marché détenue par les parties à l'accord de spécialisation et leur entreprise liée est imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs suivants:

- (a) le pouvoir de disposer, directement ou indirectement, de plus de la moitié des droits de vote,
- (b) le pouvoir de désigner, directement ou indirectement, plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou
- (c) le droit de gérer, directement ou indirectement, les affaires de l'entreprise.

3.4.6.3. Durée de l'exemption

278. L'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation n'a pas de durée spécifique. L'exemption est applicable pour la durée de l'accord de spécialisation, tant que les seuils de part de marché sont respectés.

279. Le REC applicable aux accords de spécialisation prévoit que lorsque la part de marché cumulée des parties dépasse 20 % sur au moins un des marchés concernés par l'accord de spécialisation, l'exemption 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.

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

3.4.7.1. Restrictions caractérisées

280. L'article 5 du REC applicable aux accords de spécialisation contient une liste de restrictions caractérisées. Les restrictions caractérisées sont considérées comme des restrictions graves de la concurrence qui, dans la plupart des cas, doivent être interdites en raison du préjudice qu'elles causent au marché et aux consommateurs. Les accords de spécialisation qui comportent une ou plusieurs restrictions caractérisées sont exclus dans leur ensemble du champ d'application de l'exemption prévue par le REC applicable aux accords de spécialisation.

281. 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 de la vente; et
- (c) la répartition des marchés ou de la clientèle.

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

3.4.7.2. Exceptions

283. L'article 5 du REC applicable aux accords de spécialisation contient également plusieurs exceptions aux restrictions caractérisées. Les accords de spécialisation qui comportent ces dispositions peuvent quand même être exemptés si les autres conditions d'exemption 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, paragraphe 1, point 1).
- (b) Limitation de la production ou de la vente:
 - i) 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 cesseraient de fabriquer ou de préparer et/ou que ii) une ou plusieurs parties fabriqueraient ou prépareraient pour l'autre partie ou les autres parties [article 5, paragraphe 2, point (a)];
 - ii) 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, paragraphe 2, point (b)];
 - iii) dans le cadre de la distribution conjointe, le REC applicable aux accords de spécialisation autorise les dispositions fixant des objectifs de ventes concernant les produits de spécialisation [article 5, paragraphe 2, point c)].

3.4.8. *Retrait du bénéfice du REC applicable aux accords de spécialisation*

284. Les articles 6 et 7 du REC applicable aux accords de spécialisation prévoient que la Commission et les ANC peuvent retirer le bénéfice du REC applicable aux accords de spécialisation conformément aux dispositions respectivement de l'article 29, paragraphe 1, et de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, notamment lorsque:

- (a) le marché en cause est très concentré, et
- (b) la concurrence est déjà faible, en raison notamment i) de la position détenue individuellement par d'autres acteurs sur le marché ou ii) des liens créés entre d'autres acteurs du marché par des accords de spécialisation parallèles.

285. Les lignes directrices prévues pour le retrait des bénéfices du REC applicable à la R&D s'appliquent également au retrait des bénéfices du REC applicable aux accords de spécialisation (voir section 2.7 des présentes lignes directrices).

3.5. Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, des accords de production qui ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable aux accords de spécialisation

286. Les accords de production qui ne relèvent pas du champ d'application du REC applicable aux accords de spécialisation ne sont pas présumés relever de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. De tels accords de production nécessitent une appréciation individuelle.

287. L'appréciation individuelle de ces accords de production commence par la question de savoir si l'accord restreindrait la concurrence au sens de l'article 101,

paragraphe 1¹⁶². Si tel est le cas, les entreprises devraient apprécier si l'accord de production remplit les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

3.5.1. *Gains d'efficience*

288. Les accords de production peuvent permettre de réaliser des gains d'efficience:
- (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 regroupent 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 des compétences techniques des parties);
 - (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, entraînant un risque de pénuries, et en leur permettant de s'y adapter;
 - (f) en remédiant aux pénuries et aux ruptures de la chaîne d'approvisionnement dans les secteurs critiques de l'économie, ce qui permettrait aux parties de réduire leur dépendance à l'égard d'un nombre trop limité de fournisseurs de certains produits, services et technologies;
 - (g) en permettant aux entreprises de produire à des coûts moins élevés si la coopération leur permet d'accroître la production lorsque les coûts marginaux diminuent avec la production, c'est-à-dire grâce à des économies d'échelle; et
 - (h) 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.

289. Ces gains d'efficience peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.

3.5.2. *Caractère indispensable*

290. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience générés par un accord de production ne remplissent pas les critères visés à l'article 101, paragraphe 3. À titre d'exemple, les restrictions imposées par un accord de production au 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 non plus une commercialisation conjointe.

3.5.3. *Répercussion sur les consommateurs*

291. Les gains d'efficience réalisés au moyen de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la

¹⁶² Section 2.3 des présentes lignes directrices.

concurrence, par exemple sous forme de prix plus avantageux ou d'une amélioration de la qualité ou de la diversité des produits.

292. Les gains d'efficience 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 critères visés à l'article 101, paragraphe 3.
293. Si les parties à l'accord de production réalisent des économies dans leurs coûts variables, elles sont plus susceptibles de les répercuter sur les consommateurs que si elles réduisent leurs coûts fixes.
294. En outre, plus le pouvoir de marché des parties est élevé, moins il est probable que celles-ci répercuteront les gains d'efficience sur les consommateurs dans une mesure qui compenserait les effets restrictifs sur la concurrence.

3.5.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

295. Les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent être remplis si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ceci doit être évalué sur le marché en cause auquel appartiennent les produits visés par la coopération et sur les éventuels marchés secondaires.

3.6. **Accords de partage d'infrastructures mobiles**

296. Dans la présente section, la Commission fournit des orientations concernant un type spécifique d'accord de production concernant les infrastructures mobiles — les accords de partage d'infrastructures mobiles¹⁶³. Les réseaux de connectivité forment la base d'une économie et d'une société numériques, et concernent la quasi-totalité des entreprises et des consommateurs. Les opérateurs de réseaux mobiles coopèrent souvent pour améliorer le rapport coût-efficacité du déploiement de leurs réseaux¹⁶⁴.
297. Les accords de partage d'infrastructures mobiles sont une illustration d'accords de spécialisation qui concernent la préparation conjointe de services. Dans les accords de partage d'infrastructures mobiles, les opérateurs de réseaux mobiles acceptent de partager certains éléments d'infrastructures. Cela peut inclure le partage de leurs 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 mobiles peuvent également partager les équipements du réseau d'accès radio

¹⁶³ Il convient de noter que le terme «infrastructures mobiles» dans la présente section concerne l'utilisation des infrastructures non seulement pour les services mobiles, tels que les réseaux sans fil à haut débit, mais aussi pour la fourniture d'un accès sans fil à une position déterminée, tel que l'accès fixe sans fil («AFSF») qui est utilisé comme une solution de rechange aux connexions câblées.

¹⁶⁴ Le cadre réglementaire des communications électroniques prévoit les possibilités de partage d'infrastructures mobiles dans certaines circonstances très particulières. Tel peut être le cas, par exemple, des zones moins denses où la duplication est irréalisable et où les utilisateurs finaux risquent d'être privés de connectivité numérique. Voir les conditions énoncées à l'article 61, paragraphe 4, de la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (CCEE), en vertu desquelles les États membres veillent à ce que leurs autorités compétentes aient le pouvoir d'imposer aux entreprises des obligations relatives au partage d'infrastructures passives ou des obligations de conclure des accords d'accès par itinérance localisée ainsi qu'exceptionnellement au partage actif. Voir également la recommandation de la Commission 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.

(«RAN») sur les sites, comme les stations d'émission-réception de base ou les nœuds de contrôle («partage actif du RAN») ou leur spectre, comme les bandes de fréquences («partage du spectre»)¹⁶⁵.

298. La Commission reconnaît les avantages potentiels des accords de partage d'infrastructures mobiles découlant des réductions de coûts ou des améliorations de la qualité. Les réductions des coûts, par exemple ceux liés au déploiement et à la maintenance, peuvent profiter aux consommateurs sous forme de prix moins élevés. Une meilleure qualité des services ou une plus grande variété de produits et de services peuvent découler, par exemple, d'un déploiement plus rapide des nouveaux réseaux et technologies, d'une couverture plus large ou de réseaux plus denses. Le partage d'infrastructures mobiles peut également permettre l'apparition d'une concurrence qui n'existerait pas autrement¹⁶⁶. La Commission a également constaté, de manière générale, que les opérateurs de réseaux mobiles peuvent bénéficier de grands réseaux efficaces en concluant des accords de partage d'infrastructures mobiles, sans qu'une consolidation au moyen de concentrations soit nécessaire.
299. La Commission considère que les accords de partage d'infrastructures mobiles, y compris un éventuel partage du spectre, n'auraient pas, en principe, pour effet de restreindre 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.
300. Les accords de partage d'infrastructures mobiles 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'accord¹⁶⁷. Une concurrence en matière d'infrastructures réduite peut à son tour limiter la concurrence au niveau de gros et de détail. En effet, une concurrence plus limitée au niveau des infrastructures peut influencer des paramètres tels que le nombre et la localisation des sites, le calendrier de déploiement des sites ainsi que le volume de capacité installée sur chaque site, ce qui, à son tour, peut avoir une incidence sur la qualité du service et les prix.
301. Les accords de partage d'infrastructures mobiles peuvent également réduire de fait l'indépendance décisionnelle des parties et limiter la capacité et les incitations des parties à se livrer à une concurrence en matière d'infrastructures. Par exemple, cela peut être dû à certains termes techniques¹⁶⁸, contractuels ou financiers de l'accord¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Enfin, outre le partage de la partie RAN de leur réseau, les opérateurs de réseaux mobiles peuvent également partager certains nœuds de leurs réseaux centraux respectifs, tels que les centres de commutation du service mobile et les entités de gestion du service mobile.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ Il y a lieu d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible. Le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux, l'altération de la concurrence pouvant, notamment, être mise en doute si l'accord apparaît précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas. Voir arrêt O₂ (Germany)/Commission, T-328/03, ECLI: EU:T:2006:116, point 68.

¹⁶⁸ Les accords de partage d'infrastructures mobiles pourraient conduire à des situations où une partie entrave les opérations de l'autre partie. Par exemple, une partie est incapable de déployer une certaine technologie dans une zone desservie par l'autre partie.

Les échanges d'informations entre les parties peuvent également être problématiques du point de vue de la concurrence, notamment lorsqu'ils dépassent ce qui est strictement nécessaire au fonctionnement de l'accord de partage d'infrastructures mobiles.

302. Si l'appréciation au regard de la concurrence au titre de l'article 101 doit toujours être effectuée au cas par cas¹⁷⁰, des principes généraux peuvent être fournis à titre d'orientations pour mener une telle appréciation en ce qui concerne les différents types d'accords de partage d'infrastructures mobiles:
- (a) il est peu probable que le partage passif produise des effets restrictifs sur la concurrence, dès lors 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;
 - (b) il est plus probable que les accords de partage actif du RAN produisent des effets restrictifs sur la concurrence. En effet, par rapport au partage passif, le partage actif du RAN impliquera probablement une coopération plus étendue en ce qui concerne les éléments 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 coopération de plus grande envergure et peuvent restreindre encore plus la capacité des parties à différencier leurs offres de détail et/ou de gros et limiter directement la concurrence entre elles¹⁷¹. Si les autorités compétentes n'empêchent pas le partage du spectre radioélectrique

¹⁶⁹ Par exemple, en cas de répartition géographique, lorsque les mises à niveau du réseau sont facturées par une partie à l'autre à un prix supérieur aux coûts incrémentaux sous-jacents.

¹⁷⁰ Arrêt O₂ (Germany)/Commission, T-328/03, ECLI: EU:T:2006:116, points 65 à 71.

¹⁷¹ 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 mobiles utilisent comme ressource partagée (c'est-à-dire qu'ils «mettent en commun») leurs fréquences respectives dans une ou plusieurs bandes de fréquences. Toutefois, les considérations relatives au partage du spectre sont sans préjudice d'autres types de partage du spectre, par exemple entre entreprises non concurrentes (y compris entre opérateurs de réseaux mobiles et opérateurs de réseaux non mobiles) qui utilisent les mêmes bandes de fréquences de manière dynamique, favorisant ainsi l'utilisation efficace d'une ressource aussi 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.

dans les conditions liées aux droits d'utilisation du spectre radioélectrique¹⁷², ces accords doivent être examinés avec précaution au titre de l'article 101¹⁷³.

303. Pour apprécier si un accord de partage d'infrastructures mobiles peut avoir des effets restrictifs sur la concurrence, divers facteurs sont pertinents, y compris:
- (a) le type et l'étendue du partage (y compris le degré d'indépendance conservé par les opérateurs de réseaux)¹⁷⁴;
 - (b) l'ampleur des services partagés et des technologies partagées, la durée et la structure mise en place par les accords;
 - (c) la couverture géographique et la couverture du marché de l'accord de partage d'infrastructures mobiles (par exemple la couverture de population et la question de savoir si l'accord concerne des zones à forte densité de population)¹⁷⁵;
 - (d) la structure et les caractéristiques du marché (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, etc.).
304. Bien que cela ne signifie pas automatiquement le respect de l'article 101, afin qu'un accord de partage d'infrastructures mobiles soit considéré, à première vue, comme n'étant pas susceptible de produire des effets restrictifs au sens de l'article 101, il devrait respecter, au minimum, les éléments suivants:
- (a) les opérateurs contrôlent et exploitent leur propre réseau central et aucun obstacle technique, contractuel, financier ou autre n'empêche les opérateurs de déployer individuellement/unilatéralement leur infrastructure, de la mettre à niveau et d'innover s'ils le souhaitent;

¹⁷² Voir les dispositions de l'article 47, paragraphe 2, du CCEE, en vertu desquelles les autorités compétentes des États membres n'empêchent pas le partage du spectre radioélectrique dans les conditions dont sont assortis les droits d'utilisation du spectre radioélectrique. 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; 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.

¹⁷³ Par exemple, un accord de partage d'infrastructures mobiles entre deux opérateurs mobiles ayant des parts de marché cumulées stables de 90 % et couvrant l'ensemble du territoire d'un État membre, toutes les technologies (2G à 5G) et le partage du spectre, justifiera une enquête approfondie qui selon toute vraisemblance permettra de déceler avec une grande probabilité des effets restrictifs sur le marché portant, en fin de compte, préjudice aux consommateurs. Toutefois, dans certains cas (par exemple si l'accord est limité uniquement aux régions peu peuplées), ces accords peuvent ne pas avoir de tels effets restrictifs.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ 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. Voir, par exemple, également la décision de la Commission du 6 mars 2020, Vodafone Italia/TIM/INWIT JV (M.9674) et le communiqué de presse qui l'accompagne: [Concentrations: INWIT/Telecom Italia, Vodafone \(europa.eu\)](#).

- (b) les opérateurs maintiennent des opérations de détail et de gros indépendantes (indépendance technique, commerciale et autre indépendance décisionnelle). Cela inclut la liberté des opérateurs de fixer les prix de leurs services, de déterminer les paramètres des produits/des offres groupées, de suivre des stratégies indépendantes en matière de spectre et de différencier leurs services en fonction de la qualité et d'autres paramètres;
- (c) les opérateurs n'échangent pas plus d'informations que ce qui est strictement nécessaire au fonctionnement du partage d'infrastructures mobiles et les barrières nécessaires à l'échange d'informations ont été mises en place.

305. La non-conformité de l'accord de partage d'infrastructures mobiles à ces conditions minimales peut indiquer que l'accord de partage d'infrastructures mobiles est susceptible d'avoir des effets restrictifs au sens de l'article 101.

3.7. Exemples

306. Limitation directe de la concurrence

Exemple 1

Situation: les entreprises A et B, deux fournisseurs d'un produit X, décident de fermer leurs usines de production actuelles, devenues obsolètes, 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 installations 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, 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: le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas à cet exemple, 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 nécessiterait une appréciation individuelle.

Si les entreprises A et B partageaient la totalité ou la plupart de leurs coûts variables, cet accord de production pourrait déboucher sur une diminution directe de la concurrence entre elles. Elles pourraient être incitées à limiter la production de l'entreprise commune par rapport à ce qu'elles auraient mis sur le marché si chacune d'elles avait décidé de sa production de manière autonome. Compte tenu des pressions limitées que les concurrents exerceront en ce qui concerne les capacités, cette réduction de la production pourrait déboucher sur une hausse des prix.

Il est donc probable que l'entreprise commune de production des entreprises A et B produira des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, sur le marché du produit X.

Le remplacement de 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

pourrait toutefois remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, que si les parties ont fourni des preuves suffisamment étayées montrant que les gains d'efficacité seraient substantiels et susceptibles d'être répercutés sur les consommateurs de manière telle qu'ils compenseraient les effets restrictifs sur la concurrence.

307. Collusion

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 opérateurs 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 utilisée est simple et les fournisseurs ont des coûts variables très similaires.

Analyse: le marché est caractérisé par le nombre très faible d'acteurs dont les parts de marché et les coûts de production variables sont similaires. La coopération entre les entreprises A et B ajouterait un lien supplémentaire sur le marché, augmentant de facto la concentration sur ce dernier, étant donné qu'elle lierait aussi l'entreprise D aux entreprises A et B. Cette coopération est susceptible d'accroître le risque de collusion et, partant, de générer des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, ne pourraient être respectés qu'en cas de gains d'efficacité significatifs qui sont répercutés sur les consommateurs de manière telle qu'ils compensent les effets restrictifs sur la concurrence. Toutefois, dans cet exemple, compte tenu des caractéristiques homogènes du produit Y et de la simplicité de la technologie sous-jacente, cela semble peu probable.

308. 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 de X. Le produit intermédiaire X est l'intrant clé dans la production du produit en aval Y et il n'y a pas d'autre produit qui puisse être utilisé comme intrant à sa place. Les coûts de production de X représentent 70 % des coûts variables du produit final Y avec lequel les entreprises A et B se font concurrence en aval. Les entreprises A et B détiennent chacune une part de 20 % du marché du produit Y, l'arrivée de nouveaux arrivants est limitée et les parts de marché sont restées stables au fil du temps. Outre le fait qu'elles couvrent leur propre demande de X (usage captif), les entreprises A et B détiennent chacune une part de 40 % 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. Cet accord génère des économies de coûts fixes, sous la forme d'une réduction des coûts du siège, ce qui entraîne des économies d'échelle pour l'entreprise commune.

Analyse: le REC applicable aux accords de spécialisation ne s'applique pas à cet exemple, 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 nécessiterait une appréciation individuelle.

Grâce à l'entreprise commune de production, les entreprises A et B seraient en mesure de contrôler largement les livraisons de biens intermédiaires essentiels X à leurs concurrents sur le marché en aval du produit Y. Cela permettrait aux entreprises A et B d'augmenter les coûts de leurs concurrents en relevant artificiellement le prix de X ou en réduisant leur production, ce qui pourrait évincer leurs concurrents du marché du produit Y. En raison du risque de verrouillage anticoncurrentiel en aval, cet accord est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Les économies d'échelle générées par l'entreprise commune de production ont peu de chances de compenser les effets restrictifs sur la concurrence, de sorte que cet accord ne satisferait plus que probablement pas aux critères visés à l'article 101, paragraphe 3.

309. Accord de production comme moyen de répartition des marchés

Exemple 4

Situation: les entreprises A et B fabriquent toutes deux les produits X et Y, qui appartiennent à des marchés de produits distincts. La part de marché de l'entreprise A pour le produit X est de 30 %, pour le produit Y, de 10 %. La part de marché de l'entreprise B pour le produit X est de 10 %, pour le produit Y, de 30 %. Pour réaliser des économies d'échelle au niveau de la production, les entreprises A et B concluent un accord de spécialisation réciproque aux termes duquel l'entreprise A ne produira que le produit X et l'entreprise B, le produit Y. Elles ne s'approvisionnent pas l'une chez l'autre pour le produit en question, de sorte que l'entreprise A ne vend que le produit X et l'entreprise B le produit Y. Les parties affirment qu'en se spécialisant de cette manière, elles réalisent des économies de coûts fixes dans une large mesure grâce aux économies d'échelle et qu'en se concentrant sur un seul produit, elles amélioreront leurs technologies de production, ce qui permettra d'améliorer la qualité des produits.

Analyse: 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 de produits X et Y. En outre, l'accord conclu entre les entreprises A et B ne répond pas à la définition d'un accord de spécialisation réciproque au sens du REC applicable aux accords de spécialisation, puisqu'elles ne s'approvisionnent pas l'une chez l'autre (c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'accord pour acheter les produits X et Y aux entreprises B et A respectivement, lesquelles s'engagent à fabriquer et à fournir ces produits). Par conséquent, l'accord de production nécessiterait une appréciation individuelle.

En ce qui concerne ses effets sur la concurrence sur le marché, cet accord de production répartit les marchés des produits X et Y entre les parties. Aussi cet accord restreint-il la concurrence par objet. Les gains d'efficacité allégués sous forme de réduction des coûts fixes et d'amélioration des technologies de production n'étant liés qu'à la répartition des marchés, ils ont peu de chances de compenser les effets restrictifs de l'accord, de sorte que l'accord ne remplirait pas les critères visés 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 fabriquer que le produit X ou Y sans pour autant convenir que l'autre entreprise se concentrera sur la fabrication de l'autre produit.

Exemple 5

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 représentent un facteur de coût important dans la production de 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 de Z, 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 l'État membre X 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 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 et 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, mais, dans le même temps, les deux producteurs souhaitent vivement 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 principaux coûts afférents à la production de Z (c'est-à-dire les coûts de production et les frais de transport).

Analyse: 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 sous l'angle de la concurrence. Toutefois, l'accord prévoit également que les parties se communiquent leurs coûts de production et frais de transport afférents à la production de Z. De plus, les entreprises A et B détiennent, ensemble, une position de force sur un marché relativement concentré portant sur un produit de base homogène. De ce fait, en raison de ce vaste échange d'informations sur un paramètre concurrentiel important en ce qui concerne le produit Z, il est probable que l'accord d'échange entre les entreprises A et B aura des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, car il peut mener à une collusion. Même si l'accord permet de réaliser des gains d'efficacité importants sous la forme de réductions de coûts pour les parties, les restrictions de la concurrence qui en découlent ne sont pas indispensables pour y parvenir. 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 critères visés à l'article 101, paragraphe 3.

4. ACCORDS D'ACHAT

4.1. Introduction

311. Le présent chapitre traite des accords portant sur l'achat groupé de produits par plusieurs entreprises. Ce type d'achat peut être réalisé par l'entremise d'une société contrôlée conjointement, d'une société dans laquelle différentes entreprises détiennent des participations minoritaires, d'une coopérative ou d'une coopérative de coopératives, sur la base d'un accord contractuel, ou au moyen d'une forme de coopération encore plus souple, par exemple un acheteur ou un négociateur représentant un groupe d'acheteurs (collectivement dénommés ci-après «accords d'achat groupé»).
312. Les accords d'achat groupé peuvent se retrouver dans toute une variété de secteurs économiques et peuvent impliquer la mise en commun d'activités d'achat. Ils peuvent consister à mettre en commun les achats réels par l'intermédiaire de l'accord d'achat groupé. Ils peuvent aussi être restreints à la négociation conjointe du prix d'achat, de certains éléments du prix ou d'autres clauses et conditions, tout en laissant aux membres individuels le soin d'effectuer les achats réels, sur la base du prix, des clauses et des conditions négociés conjointement. Il est également possible qu'un accord d'achat groupé implique des activités complémentaires, telles que la distribution conjointe, le contrôle de la qualité et l'entreposage, évitant ainsi des coûts de livraison doubles. En fonction du secteur, l'acheteur peut consommer les produits ou les utiliser en tant qu'intrants pour ses propres activités, par exemple l'énergie ou les fertilisants. Les groupes de preneurs de licence potentiels ont également la possibilité de négocier conjointement des accords de licence pour les brevets essentiels liés à une norme avec des donneurs de licences en vue d'incorporer cette technologie dans leurs produits (ces groupes sont parfois appelés «groupes de négociation de licence»). Dans le secteur de la distribution, les acheteurs peuvent simplement revendre leurs produits, comme les biens de consommation à circulation rapide, l'électronique grand public ou d'autres biens de consommation. Ces derniers groupes d'acheteurs composés de détaillants indépendants et de chaînes ou de groupes de commerce de détail sont généralement appelés «alliances de détaillants»¹⁷⁶.
313. En règle générale, les accords d'achat groupé ont pour ambition de créer une certaine puissance d'achat vis-à-vis des grands fournisseurs que leurs membres ne sauraient obtenir à eux seuls s'ils agissaient séparément et non conjointement. Leur appréciation cible dès lors principalement le marché d'achat sur lequel l'accord d'achat groupé accumule la puissance d'achat de ses membres et négocie avec les fournisseurs ou effectue ses achats auprès de ces derniers. 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 ou des services pour les

¹⁷⁶ 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.

consommateurs. Les entreprises peuvent en outre prendre part à des accords d'achat groupé lorsque ceux-ci leur permettent de prévenir les pénuries ou de remédier aux perturbations de la production de certains produits, évitant de la sorte les interruptions de la chaîne d'approvisionnement. Toutefois, la puissance d'achat peut aussi, dans certains cas, poser des problèmes de concurrence, comme énoncé à la section 4.2.3 ci-dessous.

314. 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, les accords horizontaux entre entreprises concurrentes pratiquant des achats groupés ou les décisions adoptées par une association d'entreprises 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, un complément d'appréciation sera nécessaire pour examiner les accords verticaux pertinents entre l'accord d'achat groupé et un de ses membres et entre l'accord d'achat groupé et les fournisseurs. Cette seconde appréciation s'effectuera selon les règles énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales et dans les lignes directrices sur les restrictions verticales. Les accords verticaux non couverts par le règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales ne sont pas présumés illicites, mais appellent un examen au cas par cas.

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

4.2.1. Principaux problèmes de concurrence

315. Les accords d'achat peuvent avoir des effets restrictifs sur la concurrence sur le ou les marchés d'achat en amont et/ou de vente en aval, tels qu'une augmentation des prix, 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 potentiels.

4.2.2. Restrictions de la concurrence par objet

316. 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 si l'accord d'achat groupé prévoit la négociation et la conclusion collectives d'un accord, au nom de ses membres, avec un fournisseur donné, concernant une condition de transaction ou plus. Il convient de distinguer ces accords des ententes entre acheteurs, c'est-à-dire des accords ou des pratiques concertées entre deux ou plusieurs acheteurs, visant à:
- (a) coordonner leur comportement concurrentiel individuel sur le marché ou à influencer les paramètres pertinents de la concurrence par des pratiques consistant notamment, mais pas uniquement, à fixer ou à coordonner les prix d'achat ou des éléments de ceux-ci (y compris les accords fixant les salaires ou convenant de ne pas payer un certain prix pour un produit) ou d'autres conditions de transaction, à attribuer des quotas d'achat, à répartir des marchés et des fournisseurs, et
 - (b) influencer leur négociation individuelle avec des fournisseurs, ou leurs achats individuels auprès de ces derniers, par exemple en coordonnant leurs stratégies de négociation des prix ou en échangeant sur les états d'avancement de ces négociations avec les fournisseurs.

317. Les ententes entre acheteurs ont pour objet fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur¹⁷⁷, ce qui contrevient à l'article 101, paragraphe 1, point a)¹⁷⁸. Dans une entente d'acheteurs, les membres coordonnent leur comportement entre eux en vue de leur interaction individuelle avec le fournisseur sur le marché d'achat. Si les acheteurs traitent individuellement avec les fournisseurs, ils doivent prendre leurs propres décisions d'achat, indépendamment les uns des autres, sans pour autant dissiper l'incertitude stratégique entre eux au moyen d'accords et de pratiques concertées ni amplifier artificiellement la transparence de leur comportement futur sur le marché. Cela n'est clairement pas le cas lorsque les acheteurs, dans un premier temps, conviennent entre eux du prix d'achat et que, par la suite, chacun d'eux entre individuellement en négociations avec le fournisseur et achète auprès de lui.
318. 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, au nom de ses membres, avec les fournisseurs¹⁷⁹. Cela concerne, en particulier, les échanges entre acheteurs se rapportant aux prix d'achat (prix maximaux, remises minimales et autres aspects des prix) à payer, aux termes et conditions, 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 d'autres paramètres de la concurrence (par exemple le calendrier, la livraison et l'innovation).
319. La liste de facteurs non exhaustive qui suit peut aider les entreprises à déterminer si l'accord auquel elles sont parties avec les autres acheteurs équivaut ou non à une entente entre acheteurs. Ces facteurs doivent être évalués au cas par cas:
- (a) l'accord d'achat groupé a expressément indiqué aux fournisseurs qu'il prévoit une négociation conjointe et qu'il lie ses membres en ce qui concerne les termes et conditions de leurs achats individuels ou qu'il prévoit d'effectuer les achats conjoints en leur nom. Il n'est pas obligatoire pour cela que l'accord d'achat groupé dévoile les identités exactes de ses membres, en particulier s'il s'agit de petites ou moyennes entreprises opérant avec de grands fournisseurs. Toutefois, une connaissance indirecte de l'accord d'achat groupé du côté des fournisseurs, par exemple grâce à des tiers ou à des articles de presse, ne sera probablement pas réputée suffisante¹⁸⁰;
 - (b) les parties à l'accord d'achat groupé ont défini la forme de leur coopération, sa portée et son fonctionnement dans un accord écrit, de manière à ce que sa conformité avec l'article 101, paragraphe 1, puisse être vérifiée ex post et comparée au fonctionnement réel de l'accord d'achat groupé. Néanmoins, un

¹⁷⁷ Arrêt du 7 novembre 2019, *Campine*, T-240/17, EU:T:2019:778, point 297.

¹⁷⁸ Voir 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.

¹⁷⁹ 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.

¹⁸⁰ La confidentialité n'est pas pour autant une nécessité pour la constatation d'une entente entre acheteurs. 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).

accord écrit ne saurait permettre à l'accord d'échapper au contrôle du droit de la concurrence.

320. Une entente entre acheteurs, dans la mesure où elle affecte le commerce entre États membres, constitue de par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celle-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence¹⁸¹. De ce fait, l'appréciation des ententes entre acheteurs, contrairement à celle des accords d'achat groupé, ne requiert ni la définition du ou des marchés en cause, ni l'examen de la position des acheteurs sur le marché d'achat en amont ou de la question de savoir s'ils sont concurrents sur le marché de vente en aval.
321. Les accords d'achat groupé peuvent également conduire à une restriction de la concurrence par objet s'ils sont utilisés pour parvenir à une entente déguisée, c'est-à-dire un accord entre acheteurs fixant les prix, limitant la production ou répartissant les marchés ou les clients sur le ou les marchés de vente en aval.
322. Un accord d'achat groupé conclu par un groupe d'acheteurs dont le but est d'exclure un concurrent potentiel ou existant du même niveau du marché de vente est considéré comme un boycottage collectif et équivaut également à une restriction de la concurrence par objet.

4.2.3. *Effets restrictifs sur la concurrence*

323. Les accords d'achat groupé au moyen desquels les acheteurs interagissent conjointement avec les fournisseurs par l'intermédiaire de l'accord doivent être analysés en fonction de leur contexte juridique et économique, au regard de leurs effets réels et probables sur la concurrence. L'analyse des effets restrictifs sur la concurrence découlant d'un accord d'achat groupé doit couvrir les effets négatifs tant sur le ou les marchés d'achat où l'accord d'achat groupé interagit avec les fournisseurs, que sur le ou les marchés de vente où les parties à l'accord d'achat groupé peuvent se livrer concurrence en tant que vendeurs.
324. En général, toutefois, les accords d'achat groupé sont moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence lorsque les parties ne possèdent pas de pouvoir de marché sur le ou les marchés de vente.
325. Certaines restrictions d'ordre contractuel imposées aux membres d'un accord d'achat groupé peuvent ne pas restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et peuvent même produire des effets positifs sur la concurrence lorsqu'elles se limitent à ce qui est objectivement nécessaire pour garantir le bon fonctionnement de l'accord et l'exercice de sa puissance d'achat vis-à-vis des fournisseurs¹⁸². Cela s'applique, par exemple, à l'interdiction faite aux parties à un accord d'achat groupé de prendre part à d'autres accords concurrentiels dans la mesure où cela pourrait mettre en péril leur fonctionnement et leur puissance d'achat. Inversement, les obligations d'achat exclusif en vertu desquelles les membres d'un accord d'achat groupé sont tenus d'acheter la majorité ou la totalité de leurs besoins par l'intermédiaire de l'accord peuvent avoir des effets négatifs sur la concurrence et nécessiter une appréciation à la lumière des effets globaux de l'accord d'achat groupé.

¹⁸¹ Arrêt du 13 décembre 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, point 37.

¹⁸² Voir arrêt du 15 décembre 1994, Göttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, point 34.

4.2.3.1. Marchés en cause

326. 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 parties négocient avec les fournisseurs ou effectuent leurs achats auprès de ces derniers. Deuxièmement, le ou les marchés de vente, c'est-à-dire le ou les marchés en aval sur lesquels les parties à l'accord d'achat groupé opèrent en tant que vendeurs.
327. La définition des marchés d'achat en cause suit les principes figurant dans la communication sur la définition du marché ainsi que toute orientation future portant sur la définition des marchés en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union; elle est basée sur la notion de substituabilité, afin de déterminer les pressions concurrentielles. La seule différence par rapport à la définition des «marchés de vente» est que la substituabilité doit être définie du point de vue de l'offre, et non de la demande. En d'autres termes, les solutions de remplacement dont disposent les fournisseurs 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 des fournisseurs à une diminution des prix faible, mais durable. Une fois le marché défini, la part de marché détenue est alors calculée comme le pourcentage que les achats des parties représentent par rapport aux ventes totales du ou des produits achetés sur le marché en cause.
328. Si les parties sont également concurrentes 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 doivent être définis en appliquant la méthode exposée dans la communication sur la définition du marché ainsi que toute orientation future portant sur la définition des marchés en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union.

4.2.3.2. Pouvoir de marché

329. Il n'existe pas de seuil absolu au-delà duquel on peut présumer que les parties à 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 parties à l'accord d'achat groupé détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15 %, tant sur le ou les marchés d'achat que sur le ou les marchés de vente. En toute hypothèse, si la part de marché cumulée des parties n'excède pas 15 % tant sur le ou les marchés d'achat que sur le ou les marchés de vente, il est probable que les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, seront remplies.
330. Une part de marché supérieure à ce seuil sur l'un de ces marchés ou sur ces deux marchés n'indique pas automatiquement 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, portant notamment, mais pas uniquement, sur des facteurs tels que la concentration du marché, de même qu'une évaluation des marges commerciales et de l'existence éventuelle d'un pouvoir compensateur de la part de fournisseurs importants.
331. Si les parties à l'accord d'achat groupé possèdent une forte puissance d'achat sur le marché d'achat, elles risquent d'entraver la concurrence en amont, ce qui peut, en fin

de compte, donner également lieu à un préjudice concurrentiel pour les consommateurs plus en aval. Par exemple, une puissance d'achat exercée de manière conjointe peut nuire aux incitations à l'investissement et forcer les fournisseurs à réduire la gamme ou la qualité des produits qu'ils fabriquent. Cela peut produire des effets restrictifs sur la concurrence, tels qu'une réduction de la qualité, une diminution de l'effort dans le domaine de l'innovation ou, en fin de compte, une offre sous-optimale.

332. Le risque qu'un accord d'achat groupé dissuade les investissements ou les innovations profitant aux consommateurs peut être plus important pour les gros acheteurs qui, conjointement, représentent une grande part des achats, en particulier lorsqu'ils traitent avec des petits fournisseurs. Ces fournisseurs sont susceptibles d'être particulièrement vulnérables à une baisse des profits causée par un accord d'achat groupé avec une part de marché considérable sur le ou les marchés d'achat, surtout lorsque de petits fournisseurs ont effectué des investissements spécifiques en vue d'approvisionner les membres d'un accord d'achat groupé. Des effets restrictifs sur la concurrence sont moins susceptibles de survenir si les fournisseurs possèdent un fort pouvoir de vente compensateur (sans qu'il ne soit nécessairement équivalent 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 le ou les marchés de vente en aval.
333. À titre d'exemple, un accord conclu entre les membres d'un accord d'achat groupé qui vise à cesser l'achat de produits auprès de fournisseurs donnés en raison de la non-durabilité desdits produits, alors que l'accord d'achat nourrit l'ambition de se procurer uniquement des produits durables, peut provoquer une restriction de la concurrence en matière de prix et de choix. Au vu de son contenu, de ses objectifs et de son contexte juridique et économique¹⁸³, un tel accord n'a pas, en principe, pour objet d'exclure du marché d'achat les fournisseurs produisant des produits non durables. Dans de telles circonstances, les effets restrictifs sur la concurrence d'un accord d'achat groupé aspirant à n'acheter que des produits durables doivent être appréciés en tenant compte, en particulier, de la nature des produits, de la position des acheteurs sur le marché et de la position des fournisseurs sur le marché. Dans ce contexte, il sera pertinent de répondre à la question de savoir si les fournisseurs concernés servent des clients autres que ceux qui sont parties à l'accord d'achat groupé (y compris les clients sur d'autres marchés) ou s'ils peuvent facilement décider de débiter également la production de produits durables.
334. La puissance d'achat des parties à l'accord d'achat groupé peut aussi être utilisée pour fermer le marché d'achat aux acheteurs concurrents en limitant leur accès aux fournisseurs efficaces et requiert une appréciation des effets restrictifs sur la concurrence de l'accord. Cela est le plus probable si les fournisseurs ne sont qu'en nombre limité et si des barrières empêchent l'entrée du côté de l'offre sur le marché d'achat en amont. Inversement, un accord d'achat groupé conclu par un groupe d'acheteurs dont le but est d'exclure un concurrent existant ou potentiel du même niveau du marché de vente est considéré comme un boycottage collectif et équivaut à une restriction de la concurrence par objet.
335. Si les parties à un accord d'achat groupé sont des concurrents en aval existants ou potentiels, leur incitation à se faire concurrence par les prix sur le ou les marchés de

¹⁸³ Voir section 1.2.4 ci-dessus.

vente en aval peut se trouver considérablement réduite lorsqu'elles se procurent une grande partie de leurs produits conjointement. Premièrement, lorsque les parties disposent ensemble d'un pouvoir de marché considérable sur le ou les marchés de vente (sans que cela ne corresponde nécessairement 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. Deuxièmement, plus la part de marché cumulée des acheteurs sur le marché de vente en aval est élevée, plus le risque se pose de voir cette coordination de l'achat en amont entraîner également 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, que ce soit par l'intermédiaire ou en dehors de l'accord d'achat groupé. Une obligation pour les membres d'un accord d'achat groupé d'acheter la majorité ou la totalité de ce dont ils ont besoin par l'intermédiaire de l'accord nécessite une appréciation des effets restrictifs sur la concurrence. Cette appréciation tient compte, tout particulièrement, de l'étendue de cette obligation, de la part de marché de l'accord d'achat groupé sur le marché de vente et du degré de concentration des fournisseurs sur le marché d'achat ainsi que de la question de savoir si cette obligation est nécessaire pour garantir une position de négociation suffisamment forte de l'accord vis-à-vis des fournisseurs importants.

336. Pour déterminer si les parties à un accord d'achat groupé possèdent une puissance d'achat, il y a lieu d'examiner le nombre et l'intensité des liens (par exemple d'autres accords d'achat) entre les concurrents sur le marché d'achat.
337. Toutefois, si des acheteurs concurrents qui coopèrent ne sont pas présents sur le même marché de vente en cause (par exemple des détaillants opérant sur des marchés géographiques différents et qui ne peuvent être considérés comme des concurrents potentiels), il est moins probable que l'accord d'achat groupé ait des effets restrictifs sur la concurrence sur le marché de vente. En revanche, un tel accord d'achat groupé dont les membres n'opèrent pas sur le même marché de vente est plus susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence si lesdits membres occupent une position sur les marchés d'achat suffisamment importante pour nuire au jeu de la concurrence pour les autres acteurs sur les marchés d'achat (par exemple en entravant considérablement les incitations à l'investissement en amont).

4.2.3.3. Collusion

338. Les accords d'achat groupé peuvent mener à une collusion s'ils facilitent la coordination du comportement des parties sur le marché de vente où ils sont des concurrents existants ou potentiels. Cela peut être tout particulièrement le cas 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 aussi plus vraisemblable si l'accord d'achat groupé comprend un nombre élevé d'entreprises sur le marché de vente et s'étend au-delà de la simple négociation conjointe des termes et conditions de l'achat (par exemple en définissant les volumes d'achat de ses membres), limitant ainsi de manière significative la possibilité pour les parties à l'accord de se livrer concurrence sur le marché de vente.
339. La collusion peut aussi être facilitée si les parties parviennent à mettre en commun une grande partie de leurs coûts grâce à des achats groupés, pour autant que les parties possèdent un pouvoir de marché sur le marché de vente et que le marché présente des caractéristiques propices à une telle coordination.

340. Des effets restrictifs sur la concurrence sont plus probables si les parties à l'accord d'achat groupé partagent une proportion significative de leurs coûts variables sur le marché de vente en cause. Tel est par exemple le cas lorsque des détaillants opérant sur le ou les mêmes marchés de détail en cause achètent conjointement des quantités importantes des produits qu'ils proposent à la revente. Cela peut également 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 biens intermédiaires.
341. 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. Cet échange d'informations 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 ne les communique pas à ses membres en adoptant des mesures d'ordre technique ou pratique visant à protéger leur confidentialité. Qui plus est, la participation d'une entreprise à plusieurs accords d'achat groupé ne devrait en aucun cas mener à des échanges d'information anticoncurrentiels ou à d'autres types de coordination entre les divers accords d'achat.
342. Les effets induits sur la concurrence par l'échange d'informations commercialement sensibles seront appréciés à la lumière des effets globaux de l'accord d'achat groupé, à la condition que ces échanges soient essentiels au fonctionnement dudit accord. La probabilité qu'un échange d'informations dans le cadre d'un accord d'achat groupé produise des effets restrictifs sur la concurrence doit également être appréciée conformément aux orientations figurant au chapitre 6. Si l'échange d'informations ne va pas au-delà du partage de données nécessaire aux fins de l'achat groupé des produits concernés par les parties à l'accord d'achat groupé, même si l'échange d'informations a des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, l'accord a plus de chances de remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, que si l'échange excède ce qui est nécessaire à l'achat groupé.
343. Au cours de la négociation des termes et conditions avec les fournisseurs, un accord d'achat groupé peut menacer les fournisseurs d'abandonner lesdites négociations ou de cesser temporairement l'achat, à moins que de meilleures conditions ou des prix moins élevés ne leur soient proposés. De telles menaces font habituellement partie du processus de négociation et peuvent faire intervenir une action collective entreprise par les acheteurs lorsqu'un accord d'achat groupé mène les négociations. Des fournisseurs importants peuvent avoir recours à des menaces semblables pour mettre un terme aux négociations ou à la fourniture des produits dans le cadre des négociations avec les acheteurs. En règle générale, ces menaces ne constituent pas une restriction de la concurrence par objet, et tout effet négatif résultant de telles menaces collectives ne sera pas apprécié de manière séparée, mais à la lumière des effets globaux de l'accord d'achat groupé. On peut citer comme exemple de menace faite au cours des discussions l'arrêt temporaire par les membres d'une alliance de détaillants des commandes de certains produits, choisis par chacun des membres pour son propre commerce de détail, auprès d'un fournisseur au cours des négociations portant sur les termes et les conditions applicables à leur futur accord de

fourniture¹⁸⁴. Ces arrêts temporaires peuvent conduire à une rupture de stock, dans les magasins des détaillants, des produits choisis individuellement par les membres de l'alliance pendant une période limitée, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'alliance de détaillants et le fournisseur s'entendent sur les termes et les conditions de leurs prochaines fournitures.

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

4.3.1. Gains d'efficience

344. Les accords d'achat groupé peuvent entraîner des gains d'efficience significatifs. Ils peuvent notamment conduire à des réductions de coûts, telles qu'une baisse des coûts d'achat ou une réduction des frais de transaction, de transport et de stockage, ce qui facilite les économies d'échelle. Ils peuvent également déboucher sur des gains d'efficience qualitatifs s'ils incitent les fournisseurs à innover et à lancer des produits nouveaux ou améliorés sur le marché. 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.

4.3.2. Caractère indispensable

345. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience générés par un accord d'achat ne remplissent pas les critères visés à l'article 101, paragraphe 3. 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

346. Les gains d'efficience, tels que les gains d'efficience en matière d'achats liés à la réduction des 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 les effets restrictifs sur la concurrence causés par l'accord d'achat groupé. De ce fait, les réductions de coûts ou autres gains d'efficience qui ne profitent qu'aux parties à l'accord d'achat groupé ne sont pas suffisants. Au lieu de cela, les réductions de coûts doivent être répercutées sur les propres clients des parties, c'est-à-dire les consommateurs. Dans le cas de l'exemple des coûts d'achat plus faibles, cette répercussion peut prendre la forme d'une baisse des prix sur le ou les marchés de vente.

347. 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 commerciale à accroître leur production au moyen de réductions de prix. Cependant, les membres d'un accord d'achat groupé qui ensemble possèdent un pouvoir de marché important sur le ou les marchés de vente peuvent être moins

¹⁸⁴ Les arrêts temporaires des commandes de certains produits auprès des fournisseurs, décidés par les détaillants, devraient être différenciés de ce que l'on appelle le «déréférencement», qui est une mesure par laquelle un détaillant retire définitivement des produits donnés d'un fournisseur de son assortiment et renonce à l'espace associé sur ses étagères.

enclins à répercuter les baisses des coûts variables sur les consommateurs. Qui plus est, les réductions pures des coûts fixes (comme les règlements forfaitaires effectués par les fournisseurs) sont peu susceptibles d'être répercutées sur les consommateurs, car elles n'encouragent pas habituellement 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'efficacité¹⁸⁵. Enfin, des prix de vente plus bas pour les consommateurs sont particulièrement improbables 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, que ce soit par l'intermédiaire ou en dehors 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 incitent à augmenter les prix de vente. Cela s'explique par le fait que la limitation conjointe de l'achat d'intrants peut aussi avoir pour conséquence de restreindre le volume des ventes sur le ou les marchés de vente.

4.3.4. Absence d'élimination de la concurrence

348. Les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent être remplis si les parties se voient donner la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Cette appréciation doit porter à la fois sur les marchés d'achat et sur les marchés de vente des produits.

4.4. Exemples

349. 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. Ces entreprises 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 artisanale. 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 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, des offres que ces entreprises leur font, et du prix qu'elles acceptent finalement de payer par téléphone 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 relativement faible qu'ont les entreprises de recyclage sur le marché d'achat

¹⁸⁵ 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.

pour les déchets d'équipements électroniques, l'accord passé entre elles équivaut à une restriction de la concurrence par objet et ne nécessite aucune définition du marché et aucune appréciation de ses effets potentiels sur le marché.

350. Négociation conjointe par une alliance de détaillants européenne

Exemple 2

Situation: une alliance de détaillants européenne, qui regroupe sept grandes chaînes de magasins au détail, chacune originaire d'un État membre différent, négocie conjointement avec un producteur important de confiseries de marque certains termes et conditions supplémentaires pour leur futur accord de fourniture. L'alliance dispose d'une part de marché n'excédant pas 18 % sur chaque marché d'achat concerné pour les confiseries et chacun de ses membres possède une part de marché située entre 15 et 20 % sur les marchés de détail dans leur État membre respectif. Les négociations portent en particulier sur un rabais supplémentaire accordé par rapport au prix de catalogue habituel du fabricant en échange de certains services de promotion couvrant les sept États membres au sein desquels les membres de l'alliance opèrent sur le marché de vente. Les deux parties mènent des négociations serrées pour obtenir le meilleur accord possible. À un certain moment durant les négociations, l'alliance de détaillants menace et décide par la suite d'arrêter temporairement les commandes de certains produits auprès du 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 il cesse de commander pendant l'impasse des négociations. Au bout du compte, après une nouvelle série de négociations, le fabricant et l'alliance conviennent d'un rabais supplémentaire qui s'appliquera aux achats individuels ultérieurs de ses membres, qui reprendront leurs commandes de toute la gamme de produits du fabricant.

Analyse: 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, certains termes et conditions sur la base desquels les membres achètent individuellement leurs quantités requises. Les chaînes de magasins au détail nationales qui sont membres de l'alliance n'opèrent pas sur les mêmes marchés de vente. Dès lors, l'accord d'achat groupé est moins susceptible de provoquer des effets restrictifs sur la concurrence en aval, dans la mesure où les membres font face à une pression concurrentielle suffisante de la part des détaillants concurrents. Les effets négatifs induits sur la concurrence pour les fabricants en amont par le rabais supplémentaire (par exemple en matière d'innovation des fournisseurs) doivent être appréciés à la lumière des effets globaux de l'accord d'achat groupé. L'arrêt temporaire des commandes ne semble pas nuire aux consommateurs sur le court terme, dans la mesure où ces derniers peuvent se tourner vers des détaillants concurrents auprès desquels ils peuvent se procurer des produits identiques ou substituables, et peut profiter aux consommateurs sur le long terme en entraînant des prix plus faibles.

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

Exemple 3

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 la coopération. Ils possèdent une part de marché cumulée de 23 % à la fois sur le marché d'achat et sur le marché de vente des produits. 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 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:les détaillants ne possèdent que des parts de marché peu élevées tant sur le marché d'achat que sur le marché de vente. En outre, la coopération entraîne certaines économies d'échelle. Même si les détaillants parviennent à mettre en commun une grande partie de leurs coûts, il est peu probable qu'ils atteignent un pouvoir de marché sur le marché de vente en raison de la présence de l'entreprise A et de l'entreprise B, qui, prises isolément, sont toutes deux plus importantes que l'accord d'achat groupé. Il est donc peu probable que les détaillants coordonnent leur comportement et que cela aboutisse à une collusion. En conséquence, l'accord d'achat groupé est peu susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

352. Mise en commun des coûts et pouvoir de marché sur le marché de vente

Exemple 4

Situation:deux chaînes de supermarchés 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:Il est probable que cet accord d'achat donnera 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 petit nombre de concurrents bien plus petits sur ce marché, et l'accord d'achat permet la mise en commun d'une grande partie des coûts. De plus, des entrées sur le marché sont peu probables. Les parties seront encore plus tentées de coordonner leur comportement 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 aussi le risque que, sous l'effet conjugué d'une limitation de la demande par les parties et de la réduction des quantités en résultant, on assiste à une hausse 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. En conséquence, l'accord d'achat est peu susceptible de remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3.

353. Parties opérant sur des marchés géographiques différents

Exemple 5

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. Les parties sont autorisées à acheter d'autres produits de marque similaires en dehors de cette coopération. Par ailleurs, cinq d'entre elles proposent aussi des produits similaires sous leur propre marque. 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. Chacune des parties à l'accord d'achat groupé détient une part de marché comprise entre 20 % et 30 % sur les marchés de vente sur lesquels elle est présente et qui sont des marchés nationaux. Aucune n'opère dans un État membre dans lequel un autre membre du groupement est présent. Les parties ne sont pas des nouveaux arrivants potentiels sur les marchés des autres parties.

Analyse: l'accord d'achat groupé sera en mesure d'entrer en concurrence avec les autres grands acheteurs présents sur le marché d'achat. Les marchés de vente sont beaucoup plus petits (en matière tant de chiffre d'affaires que d'étendue géographique) que le marché d'achat à la dimension de l'Union et, sur ces marchés, certains membres de l'accord peuvent disposer d'un pouvoir de marché. Même si les membres de l'accord d'achat groupé possèdent une part de marché cumulée de plus de 15 % sur le marché d'achat, il est peu probable qu'ils coordonnent leur comportement et s'entendent sur les marchés de vente, dans la mesure où ils ne constituent, les uns pour les autres, des concurrents ni existants ni potentiels sur les marchés en aval. Il est également vraisemblable que ces prix réduits soient répercutés, dans la mesure où les membres font face à une forte concurrence sur les marchés de vente. 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.

354. Échange d'informations

Exemple 6

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 parties pour fabriquer le produit final X. Le coût du produit Z n'est pas un facteur de coût important pour la fabrication du produit X. L'accord d'achat groupé ne concurrence pas les parties sur le marché de vente du produit X. Toutes les informations nécessaires aux achats (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 parties. L'accord d'achat groupé convient des prix d'achat avec les fournisseurs. A, B et C possèdent une part de marché cumulée de 30 % sur chacun des marchés d'achat et de vente en cause. Ils ont six concurrents sur les marchés d'achat et de vente, dont deux qui détiennent une part de marché de 20 %.

Analyse: compte tenu de l'absence d'échange d'informations direct entre les parties, il est improbable que la communication des informations nécessaires pour les achats effectués par l'intermédiaire de l'accord d'achat groupé mène à une collusion. Cet

échange d'informations est dès lors peu susceptible de donner lieu à des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

5. ACCORDS DE COMMERCIALISATION

5.1. Introduction

355. 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.
356. Une catégorie importante de ces accords plus limités est constituée par les accords de distribution. Le règlement d'exemption et les lignes directrices verticales couvrent généralement 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 survient un risque, dans certains cas, que les accords aient pour objet ou pour effet le cloisonnement de marchés au bénéfice des parties, ou qu'ils aboutissent à une collusion. Cela 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 les restrictions verticales contenues dans de tels accords. Cette seconde étape de l'appréciation doit s'appuyer sur les principes définis dans les lignes directrices verticales.
357. L'unique exception au processus en deux étapes mentionné dans le point précédent survient dans le cas des accords de distribution non réciproques entre les 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 contractuels couverts par le règlement d'exemption¹⁸⁶, auxquels les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas. Le point 48 contient des orientations supplémentaires sur la relation générale entre les présentes lignes directrices, le règlement d'exemption et les lignes directrices verticales.
358. 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

¹⁸⁶ Article [...] du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales.

accords de commercialisation combinant différents stades de coopération, il est nécessaire de procéder à l'appréciation, conformément aux points 6 et 7.

359. Des règles spécifiques s'appliquent à la commercialisation de produits agricoles. L'article 101 ne s'applique pas i) à la commercialisation de produits agricoles par l'intermédiaire d'organisations de producteurs reconnues et d'associations d'organisations de producteurs¹⁸⁷ et ii) à certains accords de commercialisation qui ne portent pas sur les prix des ventes conjointes et sont conclus entre agriculteurs et entre leurs associations¹⁸⁸, sous réserve des conditions particulières énoncées dans ces dispositions. En outre, des dispositions spécifiques s'appliquent à la commercialisation du lait cru¹⁸⁹.

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

5.2.1. Principaux problèmes de concurrence

360. Des 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.
361. 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 limitera l'offre.
362. Troisièmement, les accords de commercialisation peuvent devenir un moyen pour les parties de se répartir les marchés ou d'attribuer 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.
363. Enfin, les accords de commercialisation peuvent également conduire à un échange d'informations stratégiques sur des aspects inclus ou exclus du champ d'application de la coopération ou à la mise en commun des coûts – en particulier dans le cas d'accords ne couvrant pas la fixation des prix – ce qui peut conduire à une collusion.

5.2.2. Restrictions de la concurrence par objet

364. 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 donc susceptibles de restreindre la concurrence par objet.
365. 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 ne pas 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

¹⁸⁷ Article 152, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles, tel que modifié par le règlement (UE) 2021/2117 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021.

¹⁸⁸ Article 209 du même règlement.

¹⁸⁹ Article 149 du même règlement.

des commandes. Il est donc probable que de tels accords restreignent la concurrence par objet.

366. 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.
367. 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 pourrait diminuer, ce qui provoque une hausse de leurs prix. Toute partie à l'accord devrait, en principe, 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.
368. Un autre risque spécifique en matière de concurrence posé par les accords de commercialisation entre parties opérant sur des marchés géographiques différents ou à l'égard de catégories de clients différentes est qu'ils peuvent être 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 pour éliminer une concurrence effective ou potentielle entre elles en répartissant délibérément 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 de ne pas pénétrer sur leurs marchés respectifs.

5.2.3. *Effets restrictifs sur la concurrence*

369. Un accord de commercialisation qui n'est pas restrictif par objet peut tout de même produire des effets restrictifs sur la concurrence, qui doivent être appréciés conformément aux éléments mentionnés au point 37. Les précisions suivantes peuvent être ajoutées en ce qui concerne spécifiquement les effets anticoncurrentiels dans les accords de commercialisation.
370. Pour apprécier les éventuels effets restrictifs d'un accord de commercialisation, il convient de définir les relations de concurrence entre les parties sur le ou les marchés de produits et géographiques en cause qui sont directement concernés par la coopération (c'est-à-dire le ou les marchés auxquels appartiennent les produits faisant l'objet de l'accord). Dans un accord de commercialisation, le principal marché en cause est généralement le marché sur lequel les parties à l'accord commercialiseront conjointement les produits contractuels. 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, tout marché voisin éventuel doit aussi être défini. Les marchés voisins peuvent être liés horizontalement ou verticalement au marché sur lequel a lieu la coopération.

371. Dans les cas où ils ne sont pas restrictifs par objet, les accords de commercialisation passés entre concurrents n'auront généralement des effets restrictifs sur la concurrence que si les parties disposent d'un certain pouvoir de marché, qu'il y a lieu d'apprécier en tenant compte également de toute puissance d'achat compensatrice éventuelle. À cet égard, dans le cadre des accords de commercialisation, les parties mettent en commun (une partie de) leurs activités liées au marché, en relation directe avec leurs clients. S'il existe un pouvoir de marché conjoint, il se présente alors, habituellement, un degré pertinent de probabilité que les parties disposent de la capacité d'élever les prix ou de réduire la production, la qualité et la diversité des produits ou l'innovation. La relation directe avec les clients accroît le risque que l'accord ait des effets anticoncurrentiels.
372. Un accord de commercialisation ne doit normalement pas soulever de problèmes de concurrence s'il est objectivement nécessaire pour permettre à une partie de pénétrer sur un marché sur lequel elle n'aurait pu entrer individuellement ou avec un nombre plus limité de parties que celles prenant part effectivement à la coopération, par exemple en raison des coûts que cela implique.
373. Lors de l'appréciation d'un accord de commercialisation réciproque, il faut avant tout s'attacher à savoir si l'accord concerné était objectivement nécessaire pour que les 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 de caractère horizontal. Toutefois, si l'accord réduit la liberté de décision de l'une des parties en ce qui concerne l'entrée sur le marché ou les marchés des autres parties en limitant les incitations à faire de la sorte, il produira probablement des effets restrictifs sur la concurrence. Le même raisonnement vaut pour les accords non réciproques, pour lesquels le risque d'effets restrictifs sur la concurrence est toutefois moindre.

5.2.3.1. Collusion

374. Il est probable qu'un accord de commercialisation en commun qui ne prévoit pas une fixation des prix, une limitation de la production ou un cloisonnement du marché produirait aussi des effets restrictifs sur la concurrence s'il accroît le partage par les parties des coûts variables à un niveau qui est susceptible d'aboutir à une collusion. Ce serait probablement le cas pour un accord de commercialisation en commun si, préalablement à l'accord, une proportion élevée des coûts variables est déjà mise en commun par les parties. Dans une telle situation, l'augmentation supplémentaire de la mise en commun (c'est-à-dire les coûts de commercialisation du produit soumis à l'accord) peut faire pencher la balance vers une collusion. À l'inverse, si l'augmentation est importante, le risque d'une collusion peut être élevé si le niveau initial du partage des coûts est bas.
375. Le degré de probabilité d'une collusion est fonction du pouvoir de marché des parties et des caractéristiques du marché en cause. Le partage de 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. Ce n'est par exemple pas le cas des produits homogènes pour lesquels le facteur coût le plus élevé est la production. Le partage 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 portant uniquement sur la publicité ou la promotion

commune peuvent aussi avoir des effets restrictifs sur la concurrence si ces coûts constituent un facteur coût important.

376. La commercialisation en commun suppose généralement l'échange d'informations commerciales sensibles, concernant notamment la stratégie de mise sur le marché et la tarification. Dans la plupart des accords de commercialisation, un certain niveau d'échange d'informations est nécessaire à la mise en œuvre de l'accord. Il est donc nécessaire de vérifier si l'échange d'informations peut déboucher sur une collusion portant sur les activités menées par les parties dans et hors du cadre de la coopération. Les effets négatifs induits par l'échange d'informations ne seront pas appréciés de manière séparée, mais à la lumière des effets globaux de l'accord.
377. En tout état de cause, les effets vraisemblablement restrictifs sur la concurrence d'un échange d'informations dans le cadre d'accords de commercialisation dépendront des caractéristiques du marché et des données partagées et ils devront être appréciés à la lumière des orientations générales figurant au chapitre 6.

5.2.3.2. Coopération ne soulevant généralement pas de problèmes

378. Tel que déjà mentionné ci-dessus au point 367, les accords de commercialisation passés entre concurrents peuvent généralement avoir des effets restrictifs sur la concurrence si les parties disposent d'un certain pouvoir de marché. Dans la plupart des cas, 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 marché sur lequel 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, sont remplies.
379. 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 l'incidence probable de l'accord de commercialisation en commun sur le marché doit donc être appréciée.

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

5.3.1. Gains d'efficacité

380. Les accords de commercialisation peuvent entraîner des gains d'efficacité significatifs. Les gains d'efficacité à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier si un accord de commercialisation remplit les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, dépendront de la nature de l'activité 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 sauf si cette intégration engendrera des gains d'efficacité substantiels. La distribution en commun peut donc générer des gains d'efficacité importants, découlant d'économies d'échelle ou de gamme, en particulier pour les plus petits producteurs ou les groupes de détaillants indépendants, par exemple dans le cas où ils tireraient parti de nouvelles plateformes de distribution afin de concurrencer les opérateurs mondiaux ou importants. La distribution conjointe peut particulièrement être pertinente pour réaliser des objectifs environnementaux, pour autant que ces objectifs soient certains, quantifiables et documentés. Les accords de commercialisation peuvent aussi concourir à la résilience du marché intérieur et générer des gains d'efficacité profitant au consommateur en réduisant les dépendances et/ou en atténuant les pénuries et les perturbations dans les chaînes d'approvisionnement.

381. En outre, les gains d'efficience ne doivent pas être des économies résultant uniquement de l'élimination de coûts inhérents à la concurrence, mais doivent être consécutifs à l'intégration d'activités économiques. C'est ainsi qu'une réduction des coûts de transport résultant uniquement d'une répartition des clients, mais sans intégration du système logistique, ne peut pas être considérée comme un gain d'efficience au sens de l'article 101, paragraphe 3.

382. Les gains d'efficience doivent être démontrés par les parties à l'accord. À cet égard, l'apport par les parties de capitaux, de technologies ou d'autres actifs importants, peut constituer un élément de preuve important. Les baisses de coût consécutives à la réduction des doubles emplois en matière de ressources et d'installations peuvent également être acceptées. En revanche, si la commercialisation 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*

383. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience générés par un accord de commercialisation ne remplissent pas les critères visés 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.

5.3.3. *Répercussion sur les consommateurs*

384. Les gains d'efficience 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 commercialisation. Cela 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'efficience se répercutent sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence. Si les parties ont une part de marché cumulée inférieure à 15 %, tout porte à croire que tout gain d'efficience démontré généré par l'accord sera répercuté de manière satisfaisante sur les consommateurs.

5.3.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

385. Les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent être remplis si les parties se voient donner la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ceci doit être analysé sur le marché en cause auquel appartiennent les produits visés par la coopération et sur les éventuels marchés secondaires.

5.4. **Groupements de soumissionnaires**

386. 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 privés¹⁹⁰.

¹⁹⁰ La coopération en matière de soumission peut se faire soit par l'intermédiaire de la sous-traitance, lorsque le soumissionnaire officiel accepte, dans le cas où il remporte le marché, 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 au processus d'appel d'offres, accompagnés normalement

387. Aux fins de la présente section, il y a lieu de faire la distinction entre le groupement de soumissionnaires et la manipulation des procédures d'appel d'offres (ou soumission collusoire), qui fait référence aux accords illicites passés entre des opérateurs économiques dans le but de fausser la concurrence dans le cadre des procédures d'adjudication. Cette manipulation des procédures d'appel d'offres est l'une des formes les plus graves de restriction par objet et peut revêtir diverses formes, telles que la fixation préalable du contenu de leurs offres (notamment le prix) afin d'influencer l'issue de la procédure, 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 un certain nombre de procédures. L'objectif de toutes ces pratiques est de permettre à un soumissionnaire prédéterminé de remporter un marché tout en donnant l'impression que la procédure est réellement concurrentielle¹⁹¹. Du point de vue 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 marché¹⁹².
388. 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 plutôt d'un accord secret ou tacite entre les participants potentiels pour coordonner leurs décisions individuelles apparentes en ce qui concerne 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 les cas de sous-traitance. Par exemple, le fait que deux soumissionnaires se sous-traitent mutuellement une partie du marché peut être un indice potentiel 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. Néanmoins, il n'existe pas de présomption générale selon laquelle la sous-traitance par l'adjudicataire à un autre soumissionnaire ayant participé à la même procédure constitue un acte de collusion entre les opérateurs économiques concernés, et les parties en cause peuvent démontrer le contraire¹⁹³.
389. Les accords relatifs à un groupement de soumissionnaires peuvent prévoir un degré considérable d'intégration des ressources et des activités des parties, en particulier lorsque des formes de production conjointe sont incluses dans les activités contractuelles, dans le but de participer à la procédure d'appel d'offres. Concernant les situations dans lesquelles une commercialisation conjointe ne fait office que

d'une entité juridique spécifique aux fins dudit appel d'offres. 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 pour 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.

¹⁹¹ 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).

¹⁹² Arrêt du 14 janvier 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10, point 35.

¹⁹³ 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), point 5.6.

d'accessoire à l'intégration principale des parties dans le processus de production, 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 dans le respect des règles applicables à la coopération en question, à savoir la production conjointe. Dans ce cas, la fixation des prix pour les produits ou services contractuels n'est généralement pas considérée comme une restriction par objet et une appréciation des effets secondaires sera nécessaire (voir ci-dessus, point 216 relatif aux accords de production).

390. Malgré cela, en principe, les accords de groupement qui prévoient, principalement ou exclusivement, une commercialisation conjointe, doivent être considérés comme des accords de commercialisation et donc être appréciés conformément aux principes énoncés dans le présent chapitre.
391. Un accord relatif à un groupement de soumissionnaires pour la présentation d'une offre conjointe (quelle que soit sa qualification juridique) ne restreint pas la concurrence s'il permet aux entreprises en cause de participer à des projets auxquels elles ne pourraient normalement prendre part à titre individuel. Étant donné que les parties aux accords de groupement ne sont donc pas des concurrents potentiels pour la mise en œuvre du projet, il n'y a aucune restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Cela peut être le cas des entreprises qui fournissent des services différents qui sont complémentaires aux fins de la participation à l'appel d'offres. Une autre possibilité est celle où les entreprises impliquées, bien qu'opérant toutes sur les mêmes marchés, ne peuvent exécuter le contrat à elles seules, par exemple en raison de la taille ou de la complexité du marché.
392. L'étude de la question de savoir si les parties peuvent participer individuellement à un appel d'offres, et donc être 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 convient de procéder à une appréciation réaliste pour déterminer si une entreprise sera en mesure d'exécuter le contrat seule, en tenant compte des circonstances précises de la situation, telles que la taille et les compétences de l'entreprise, de même que ses capacités actuelles et futures évaluées à la lumière de l'évolution des exigences contractuelles.
393. Dans les cas des appels d'offres pour lesquels il est possible de soumettre des offres pour certaines parties du marché (lots), les entreprises qui sont capables de soumissionner pour un lot ou plus (mais a priori pas pour l'ensemble de l'appel d'offres) doivent être réputées concurrentes. Dans des situations similaires, la collaboration est souvent justifiée par le fait que la coopération au sein de l'accord de groupement habiliterait les parties à soumissionner pour l'ensemble du marché, ce qui permettrait d'offrir un rabais cumulé pour cet ensemble. Toutefois, cela n'enlève rien au fait que les parties sont en principe concurrentes sur au moins une partie de l'appel d'offres, et les potentiels gains d'efficacité réalisés grâce à une offre conjointe pour l'ensemble de l'appel d'offres doivent être appréciés sur la base des principes de l'article 101, paragraphe 3.
394. S'il est impossible d'exclure que les parties à l'accord de groupement pourraient chacune rivaliser dans le cadre de l'appel d'offres (ou si l'accord de groupement englobe plus de parties que nécessaire), il est possible que l'offre conjointe restreigne la concurrence. Il peut s'agir d'une restriction par objet ou par effet, en fonction du contenu de l'accord et des circonstances spécifiques en l'espèce (voir points 360 à 375 ci-dessus).

395. En toute hypothèse, un accord de groupement entre concurrents peut satisfaire aux critères formulés à l'article 101, paragraphe 3. Généralement parlant, une appréciation spécifique et concrète sera requise et devra reposer sur des éléments divers tels que la position des parties sur le marché en cause, le nombre d'autres participants à l'appel d'offres et la position sur le marché de ces derniers, le contenu de l'accord de groupement, les produits ou services impliqués et les conditions du marché.
396. Pour ce qui est des gains d'efficacité, ils 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 concernés par l'appel d'offres. Qui plus est, tous les autres critères exposés à l'article 101, paragraphe 3, doivent être remplis (caractère indispensable, répercussion sur les consommateurs et absence d'élimination de la concurrence). Dans le cadre des procédures d'appel d'offres, les éléments qui suivent sont souvent reliés entre eux: les gains d'efficacité d'une offre conjointe présentée par l'intermédiaire d'un accord de groupement 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 sur l'appel d'offres ne soit pas éliminée et que d'autres concurrents compétents prennent part à la procédure de soumission.
397. En substance, les critères de l'article 101, paragraphe 3, peuvent être satisfaits si la participation conjointe à l'appel d'offres permet aux parties de soumettre une offre plus compétitive que les offres qu'elles auraient soumises seules (en ce qui concerne les prix et/ou la qualité) et si les avantages en faveur des consommateurs et de l'entité adjudicatrice l'emportent sur les restrictions de la concurrence. Les gains d'efficacité doivent être répercutés sur les consommateurs et ne suffiront pas pour satisfaire aux critères de l'article 101, paragraphe 3, s'ils ne confèrent un avantage qu'aux parties à l'accord de groupement de soumissionnaires visant à présenter une offre conjointe.

5.5. Exemples

398. Commercialisation en commun 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. Par rapport au nouveau segment de demande (les clients institutionnels), elles élaborent une marque commune, un prix commun et des conditions générales communes prévoyant, notamment, un délai maximal de livraison de 24 heures et un calendrier de livraison. Elles mettent sur pied 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 ne réduit 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 d'autres catégories de clients, comme des horaires d'ouverture plus étendus et une couverture géographique plus vaste. Pour garantir la viabilité du projet, il est indispensable que les quatre sociétés 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 prévoit une fixation des prix signifie que l'article 101, paragraphe 1, pourrait s'appliquer. Toutefois, dans la mesure où les parties n'auraient pu être en mesure de pénétrer sur le marché 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 prennent actuellement part à l'accord, l'accord ne poserait aucun problème de concurrence, quelle que soit la restriction en matière de fixation des prix, qui, dans ce cas, peut être considérée comme indispensable pour la promotion de la marque commune et la réussite du projet.

399. Accord de commercialisation entre 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 398, 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 %, le fait que l'accord prévoit une fixation des prix et qu'il aurait pu être mis en œuvre par moins de quatre parties signifie que l'article 101, paragraphe 1, s'applique. L'accord doit donc 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.

400. Plateforme internet commune – 1

Exemple 3

Situation: Plusieurs petits magasins spécialisés à travers un État membre rejoignent une plateforme électronique en ligne pour la promotion, la vente et la livraison de cadeaux sous la forme de paniers de fruits. Il existe de nombreuses plateformes en ligne concurrentes. Moyennant le paiement d'une redevance mensuelle, ils partagent les coûts de fonctionnement de la plateforme et investissent dans la promotion de la marque. Sur le site web, 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. La commande est alors assignée au magasin spécialisé le plus proche de l'adresse de livraison. Le magasin assume seul les frais de composition du panier et de livraison au client. Il perçoit 90 % du prix final, qui est fixé par la plateforme 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 frais de fonctionnement de la plateforme. Mis à part le paiement de la redevance mensuelle, il n'y a aucune autre restriction imposée sur le territoire national aux magasins spécialisés qui souhaitent adhérer à la plateforme. 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 sur la plateforme en ligne sont assurés de recevoir les paniers de fruits le jour même et peuvent déterminer l'heure de réception qui leur convient.

Analyse: Bien que l'accord soit limité par nature, puisqu'il ne couvre que la vente groupée d'un type particulier de produit par l'intermédiaire d'un circuit commercial spécifique (la plateforme en ligne), étant donné qu'il prévoit la 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. L'accord donne 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 compenser les effets restrictifs sur la concurrence découlant de l'accord. Étant donné que les magasins spécialisés prenant part à la coopération peuvent continuer à exercer des activités à titre individuel et se livrer concurrence, tant par l'intermédiaire de leurs magasins que sur l'internet, la restriction engendrée par la fixation des prix pourrait être considérée comme indispensable pour la promotion du produit (étant donné qu'en achetant sur la plateforme en ligne, les consommateurs ignorent à qui ils achètent le panier cadeau et ne veulent pas devoir étudier une multitude de prix différents) et les gains d'efficacité qui en découlent, ainsi que pour l'image de marque commune en ligne. En l'absence d'autres restrictions, l'accord répond aux critères de l'article 101, paragraphe 3. En outre, comme il existe d'autres plateformes en ligne concurrentes et que les parties continuent de se livrer concurrence, par l'intermédiaire de leurs magasins ou de l'internet, la concurrence ne sera pas éliminée.

401. Plateforme internet commune — 2

Exemple 4

Situation: Un certain nombre de petites librairies indépendantes créent une plateforme en ligne électronique qui promeut, vend et livre des livres qui sont disponibles dans leurs magasins. Les librairies couvrent une région conséquente

située à la frontière de plusieurs États membres. Chaque librairie s'acquitte d'une cotisation annuelle destinée à couvrir les coûts d'opération et de promotion de la plateforme. La cotisation est calculée sur la base d'un pourcentage fixe des ventes annuelles de chaque librairie sur la plateforme, jusqu'à un montant maximal. Ce montant maximal est convenu tous les ans et dépend des dépenses de fonctionnement de la plateforme engagées au cours de l'année précédente. Pour la période initiale de trois ans, le pourcentage est fixé à 10 % des ventes annuelles, mais les membres conviennent qu'au fur et à mesure que l'activité se développe, ils seront vraisemblablement en mesure de réduire les contributions. Les librairies acceptent de négocier un accord avec une société de livraison afin d'assurer la livraison des livres commandés en ligne le jour même. En raison du nombre de librairies participant à l'entreprise, la société de livraison est capable de garantir la livraison le jour même. Le prix convenu pour ce service de livraison comprend les coûts d'emballage des articles. Il n'existe aucun accord entre les librairies individuelles portant sur le prix en ligne de leurs livres, que chaque librairie communique à la plateforme seulement, et aucun échange d'informations n'a lieu entre les librairies au sujet des prix ou promotions futurs. En règle générale, le prix des livres sur la plateforme est le même que celui facturé en magasin (plus le montant supplémentaire pour l'affranchissement et l'emballage convenu avec la société de livraison). L'accès à la plateforme est ouvert à tous les magasins indépendants moyennant l'acquiescement de la cotisation annuelle. Plusieurs autres plateformes en ligne similaires proposent un service semblable dans la même région. Aucune plateforme individuelle ne détient plus de 15 % du marché dans une région particulière.

Analyse: Puisque l'accord implique la fixation des frais d'emballage et de livraison des commandes, de même qu'une cotisation calculée sur la base du pourcentage des prix de détail, l'article 101, paragraphe 1, peut être applicable. Les parties apportent la preuve que les avantages issus de l'accord négocié (dont la clause de livraison le jour même) n'auraient pas été conférés à chaque librairie si elles avaient agi individuellement. Par ailleurs, l'accord a mené à une augmentation considérable des ventes de livres, aussi bien en ligne qu'en magasin. Il semble évident que les parties n'auraient pas obtenu ces avantages sans l'accord. Étant donné qu'un certain nombre d'autres plateformes détenant des parts de marché similaires opèrent dans la même région, il n'y a aucune élimination de la concurrence et l'accord ne soulève pas de problèmes de concurrence.

402. Entreprise commune de vente

Exemple 5

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 ultérieure 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.

403. Clause de non-débauchage dans un accord d'externalisation de services

Exemple 6

Situation: Les entreprises A et B sont des prestataires concurrents de services de nettoyage pour locaux commerciaux. Elles disposent chacune d'une part de marché de 15 %. Il existe plusieurs autres concurrents dont la part de marché est comprise entre 10 et 15 %. La société A a pris la décision (unilatérale) de ne cibler à l'avenir que les clients importants étant donné que le fait de s'adresser à la fois à des clients de petite taille et de grande taille nécessite une organisation quelque peu différente du travail. En conséquence, l'entreprise A a décidé de ne plus signer de contrats avec de nouveaux clients de petite taille. De plus, les entreprises A et B passent un accord d'externalisation en vertu duquel l'entreprise B fournira directement des services de nettoyage aux petits clients actuels de l'entreprise A (qui représentent un tiers de sa clientèle). Dans le même temps, A souhaite préserver la relation commerciale établie avec ces petits clients. De ce fait, l'entreprise A conservera ses relations contractuelles avec les petits clients, mais la prestation directe des services de nettoyage sera assurée par l'entreprise B. Pour mettre en œuvre l'accord d'externalisation, l'entreprise A devra nécessairement transmettre à l'entreprise B les identités de ses petits clients faisant l'objet de l'accord. Comme l'entreprise A craint que l'entreprise B essaie de débaucher ces clients en leur proposant des services directs meilleur marché (et en contournant ainsi l'entreprise A), l'entreprise A insiste pour que l'accord d'externalisation renferme une «clause de non-débauchage». Cette clause prévoit que l'entreprise B ne peut prendre contact avec les petits clients relevant des accords d'externalisation dans le but de leur proposer ses services directs. En outre, les entreprises A et B conviennent que l'entreprise B ne peut même pas fournir de services directs à ces clients si l'entreprise B est approchée par ceux-ci. Sans la «clause de non-débauchage», l'entreprise A ne conclurait d'accord d'externalisation ni avec l'entreprise B ni avec aucune autre entreprise.

Analyse: L'accord d'externalisation écarte l'entreprise B en tant que prestataire indépendant de services de nettoyage aux petits clients de l'entreprise A, étant donné que ces derniers ne pourront plus nouer une relation contractuelle directe avec l'entreprise B. L'article 101, paragraphe 1, peut donc s'appliquer. Toutefois, ces clients ne représentent qu'un tiers de la clientèle de l'entreprise A, soit 5 % du marché. Ils pourront toujours se tourner vers les concurrents des entreprises A et B, qui représentent 70 % du marché. L'accord d'externalisation ne permettra donc pas à l'entreprise A d'augmenter avantageusement les prix appliqués aux clients faisant l'objet de l'accord. En outre, l'accord d'externalisation ne débouchera probablement

pas sur une collusion, car les entreprises A et B ne possèdent qu'une part de marché cumulée de 30 % et elles sont confrontées à plusieurs concurrents dont les parts de marché sont semblables aux parts de marché individuelles de l'entreprise A et de l'entreprise B. Qui plus est, le fait que les prestations de services à la fois aux grands et aux petits clients soient quelque peu différentes réduit au minimum le risque d'effets secondaires provoqués par l'accord d'externalisation sur le comportement de l'entreprise A et de l'entreprise B lorsqu'elles se livreront concurrence pour des clients importants. En conséquence, il est peu probable que l'accord d'externalisation ait des effets restrictifs sur la concurrence, et celui-ci peut être exempté au titre de l'article 101, paragraphe 3.

404. Plateforme de distribution de médias

Exemple 7

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 acteurs 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 présentant, d'un point de vue général, un fort potentiel de croissance. 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 taille sur le 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 séparément. Dès lors, les deux télédiffuseurs sont des concurrents potentiels sur le marché grand public naissant de la vidéo à la demande. Qui plus est, l'accord implique la fixation des prix et, en conséquence, l'article 101, paragraphe 1, s'applique. La restriction de la concurrence semble substantielle, car la concurrence par les prix entre les deux télédiffuseurs sera éliminée. De plus, la fixation des prix pour l'acquisition de licences de vidéo à la demande sera coordonnée. Ces restrictions de la concurrence seront appréciables, étant donné les activités et la dimension des entreprises en cause. Concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, les avantages conférés par une gamme accrue d'offres de vidéo à la demande et par la navigation simplifiée à travers les contenus ne semblent pas compenser les effets négatifs pour la concurrence. Tout particulièrement, 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 est peu susceptible de remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3.

405. Groupements de soumissionnaires

Exemple 8

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 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 leurs offres individuelles 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, l'article 101, paragraphe 1, s'applique et la participation conjointe est susceptible de restreindre la concurrence. 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. L'accord de groupement apparaît objectivement nécessaire aux parties en cause pour soumettre des offres réellement compétitives par rapport à celles présentées par les autres participants dans le cadre des procédures d'appel d'offres. La mise en concurrence lors des appels d'offres n'est pas éliminée puisqu'au moins deux autres concurrents appropriés prennent part à la procédure de soumission. Cela implique que les gains d'efficacité découlant de l'offre conjointe pourraient profiter à l'autorité adjudicatrice et, au bout du compte, aux consommateurs. En conséquence, l'accord semble remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3.

6. ÉCHANGE D'INFORMATIONS

6.1. Introduction

406. Le présent chapitre vise à fournir des orientations aux entreprises et aux associations pour l'appréciation sous l'angle de la concurrence des échanges d'informations¹⁹⁴. Ces échanges peuvent prendre diverses formes et survenir dans différents contextes.
407. L'échange d'informations aux fins du présent chapitre comprend l'échange i) de contenus numériques bruts et non organisés qui nécessiteront un traitement pour les

¹⁹⁴ 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.

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 entre concurrents existants ou potentiels¹⁹⁵. Dans le présent chapitre, le terme «information» couvre tous les types de données et d'informations susmentionnés.

408. 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 service, une plateforme, un outil ou un algorithme en ligne), une agence commune (comme, par exemple, un groupement professionnel), un bureau d'études de marché ou par l'intermédiaire de fournisseurs ou de détaillants. Le présent chapitre s'applique aussi bien aux formes directes qu'indirectes d'échanges d'informations.
409. Les échanges d'informations peuvent se produire dans le cadre d'un autre type d'accord de coopération horizontale. La mise en œuvre d'un tel accord de coopération horizontale peut nécessiter l'échange d'informations commercialement sensibles. Il sera nécessaire dans une telle situation de vérifier si l'échange peut déboucher sur une collusion portant sur les activités menées par les parties dans et hors du cadre de la coopération. Les effets négatifs induits par de tels échanges ne seront pas appréciés de manière séparée, mais à la lumière des effets globaux de l'accord de coopération horizontale. Si l'échange d'informations ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire aux fins de la coopération légitime entre les concurrents, même si l'échange a des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, l'accord a plus de chances de remplir les critères visés à l'article 101, paragraphe 3, que si l'échange excède ce qui est nécessaire pour permettre la coopération. Lorsque l'échange d'informations constitue en lui-même l'objectif majeur de la coopération, l'appréciation de l'échange doit suivre les orientations fournies dans le présent chapitre.
410. Les échanges d'informations peuvent également s'inscrire dans 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 concentrations¹⁹⁶. Tout comportement limitant la concurrence qui n'est ni directement associé ni essentiel à la mise en œuvre de l'obtention du contrôle reste assujéti à l'article 101 du TFUE.
411. Les échanges d'informations peuvent aussi découler d'initiatives réglementaires. Même si les entreprises peuvent être incitées à partager certaines informations et données, ou être obligées de le faire, afin de se conformer aux exigences de l'Union ou des gouvernements, l'article 101, paragraphe 1, continue de s'appliquer. En pratique, cela signifie que les parties soumises aux exigences réglementaires ne doivent pas se servir de ces dernières pour contrevenir à l'article 101, paragraphe 1. Les parties devraient limiter la portée des échanges d'informations à ce qui est

¹⁹⁵ Le terme «partage de données» est employé pour décrire l'ensemble des formes et modèles possibles qui sous-tendent l'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 ressources en la matière.

¹⁹⁶ Article 4, paragraphe 1, et article 7, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004. Voir également arrêt du 22 septembre 2021, *Altice Europe/Commission*, T-425/18, non encore publié, EU:T:2021:607, point 239.

nécessaire sur la base du règlement applicable et il se peut qu'elles aient à prendre des mesures de précaution si des informations commercialement sensibles sont échangées.

Un règlement en vigueur dans l'UE peut, par exemple, prévoir des échanges d'informations entre les parties soumises audit règlement de manière à prévenir ou réduire le besoin de recourir à l'expérimentation animale et/ou à économiser sur les coûts de la recherche. Ces échanges sont soumis à l'application de l'article 101, paragraphe 1. Les entreprises participant aux échanges prévus par le règlement ne doivent donc pas transmettre 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 le partage de chiffres individuels ou plus détaillés. Les entreprises peuvent également envisager de mobiliser un prestataire de service tiers indépendant (un «mandataire») qui reçoit des informations individuelles à partir de sources diverses en vertu d'accords de confidentialité et qui, par la suite, les rassemble, les contrôle et les agrège dans un dossier composite rendant impossible la déduction de chiffres individuels.

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

6.2.1. Introduction

412. L'échange d'informations constitue une caractéristique commune de nombreux marchés concurrentiels et peut générer divers types de gains d'efficience. Il peut résoudre les problèmes d'asymétrie de l'information¹⁹⁷, rendant ainsi les marchés plus efficaces. Au cours des dernières années, le partage de données notamment est devenu de plus en plus important et essentiel pour la prise de décision éclairée grâce à l'utilisation de l'analyse des mégadonnées et des techniques d'apprentissage machine¹⁹⁸. De plus, les entreprises peuvent améliorer leur efficience interne en comparant leurs meilleures pratiques respectives. L'échange d'informations peut également leur permettre de réaliser des économies de coûts en réduisant leurs stocks et en leur donnant la possibilité d'acheminer plus rapidement les produits périssables vers les consommateurs ou de faire face à une demande instable, etc. Le partage d'informations du même type ou de nature complémentaire 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.
413. Comme le formule le point 15, un échange d'informations ne peut être apprécié au regard de l'article 101, paragraphe 1, que s'il établit un accord, 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. Tel que l'indique le point 15, 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

¹⁹⁷ La théorie économique sur l'asymétrie de l'information traite de l'étude de décisions dans des transactions où une partie a plus d'informations que l'autre.

¹⁹⁸ La stratégie européenne pour les données encourage elle aussi le partage de données.

éléments¹⁹⁹. 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 marché²⁰⁰. Par ailleurs, il y a lieu de présumer 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 marché²⁰¹.

414. 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 ou anticipé de leurs concurrents ou aux conditions usuelles existantes sur le marché. En revanche, les entreprises devraient éviter les échanges d'informations qui ont pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause. Tel est le cas si les échanges sont de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement qu'un autre concurrent a décidé de tenir lui-même sur ce marché ou envisage d'adopter sur celui-ci²⁰².
415. Dans la présente section sont d'abord exposés les deux problèmes de concurrence liés aux échanges d'informations (section 6.2.2). Ensuite, des orientations supplémentaires sont formulées au sujet de la pertinence de la nature des informations échangées aux fins de l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1 (section 6.2.3), et des caractéristiques des échanges eux-mêmes (section 6.2.4), de même que du marché (section 6.2.5). Deux sections spécifiques portent sur les restrictions de la concurrence par objet (section 6.2.6) et par effet (section 6.2.7).

6.2.2. Principaux problèmes de concurrence liés aux échanges d'informations²⁰³

6.2.2.1. Collusion

416. En améliorant artificiellement la transparence entre les concurrents du marché, l'échange d'informations commercialement sensibles peut faciliter la coordination du comportement concurrentiel des entreprises et avoir des effets restrictifs sur la

¹⁹⁹ Voir arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas et autres*, C-74/14, EU:C:2016:42, points 39 à 40; arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 126.

²⁰⁰ Arrêt du 26 janvier 2017, *Duravit et autres/Commission*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, point 135.

²⁰¹ Arrêt du 10 novembre 2017, *ICAP et autres/Commission*, T-180/15, EU:T:2017:795, point 57; arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands et autres*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 51, et arrêt du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 127.

²⁰² Arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas et autres*, C-74/14, EU:C:2016:42, point 27, et arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands et autres*, C-8/08, EU:C:2009:343, points 32 à 33.

²⁰³ L'utilisation des termes «principaux problèmes de concurrence» signifie que la description des problèmes de concurrence qui suit n'est ni exclusive, ni exhaustive.

concurrence. Cela s'applique en particulier lorsque l'échange constitue le support d'un autre mécanisme anticoncurrentiel²⁰⁴.

417. Un 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 coordination²⁰⁵.
418. L'échange d'informations commercialement sensibles peut également servir de méthode pour accroître la *stabilité interne* d'un accord anticoncurrentiel ou d'une pratique concertée sur le marché. Les échanges d'informations peuvent rendre le marché suffisamment transparent pour permettre aux entreprises parties à une entente de contrôler de façon suffisante si d'autres entreprises s'écartent de la collusion et, partant, de savoir quand elles doivent appliquer des mesures de représailles. Les échanges de données, qu'elles soient actuelles ou plus anciennes, peuvent constituer un tel mécanisme de 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.

Le recours aux algorithmes par les concurrents peut, par exemple, aggraver le risque de collusion sur le marché²⁰⁶. Les algorithmes peuvent habiliter les concurrents à améliorer la transparence sur le marché, à repérer les écarts de prix en temps réel et à rendre les mécanismes de représailles plus efficaces. Par ailleurs, pour que la collusion algorithmique soit possible, outre la conception spécifique des algorithmes, certaines conditions structurelles du marché sont requises, telles qu'une fréquence élevée d'interactions, une puissance d'achat limitée et la présence de produits/services homogènes.

419. Enfin, les échanges d'informations peuvent également servir de méthode pour accroître la *stabilité externe* d'un accord anticoncurrentiel ou d'une pratique concertée sur le marché. 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. Les échanges d'informations, qu'elles soient actuelles ou plus anciennes, peuvent créer un tel mécanisme de contrôle.

²⁰⁴ Arrêt du 26 janvier 2017, *Duravit et autres/Commission*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, point 134; arrêt du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland et autres/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.

²⁰⁵ Voir, par exemple, arrêt du 7 novembre 2019, *Campine et Campine Recycling/Commission*, T-240/17, EU:T:2019:778, point 305.

²⁰⁶ Il y a lieu d'établir la différence entre la collusion algorithmique et ce que l'on appelle la «collusion par codage», qui renvoie à l'application délibérée par les concurrents d'algorithmes communs de coordination comportementale. La collusion par codage constitue typiquement une entente et donc une restriction de la concurrence par objet, indépendamment des conditions du marché et des informations échangées.

6.2.2.2. Éviction anticoncurrentielle

420. 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 lié²⁰⁷.
421. 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 liées dans le cadre du système d'échange. Ce type de verrouillage est possible si l'information concernée revêt une importance stratégique 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 sont d'une importance stratégique, représentent une part majeure du marché et que l'accès aux tiers est entravé²⁰⁸. Les initiatives de ce genre ne facilitent pas non plus l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché.
422. Il ne peut être exclu que des 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 composant 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 une éviction anticoncurrentielle sur le marché en aval en question. De plus, les entreprises utilisant des modalités non transparentes et discriminatoires d'accès aux informations partagées restreignent probablement les tiers dans leur capacité à déceler les tendances des nouveaux produits potentiels sur les marchés liés.

6.2.3. La nature des informations échangées

6.2.3.1. Informations commercialement sensibles

423. L'article 101, paragraphe 1, s'applique si un échange d'informations commercialement sensibles est susceptible d'influencer la stratégie commerciale des concurrents. Tel est le cas si les informations, une fois échangées, dissipent l'incertitude par rapport aux actions futures ou récentes sur le marché d'un concurrent ou plus, que les entreprises impliquées dans l'échange aient obtenu un certain avantage de leur coopération ou non. Il s'agit souvent d'informations qu'il est important pour une entreprise de protéger de sorte à maintenir ou consolider sa position concurrentielle sur le ou les marchés. Les informations relatives à la fixation des prix sont, par exemple, sensibles sur le plan commercial, mais l'article 101, paragraphe 1, s'applique également si l'échange ne produit aucun effet direct sur les prix payés par les utilisateurs finaux²⁰⁹. Le fait que les informations échangées

²⁰⁷ En ce qui concerne les problèmes de verrouillage que peuvent poser des accords verticaux, voir les points [...] des lignes directrices sur les restrictions verticales.

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ 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 et autres*, C-8/08, EU:C:2009:343, point 36.

puissent être incorrectes ou trompeuses en elles-mêmes n'élimine pas le risque qu'elles influencent le comportement des concurrents sur le marché²¹⁰.

424. Les informations qui ont été considérées comme particulièrement sensibles sur le plan commercial et dont l'échange a été qualifié de restriction par objet, comprennent ce qui suit:

*l'échange avec les concurrents au sujet de la fixation des prix et des intentions en la matière d'une entreprise*²¹¹;

*l'échange avec les concurrents au sujet des capacités de production actuelles et futures d'une entreprise*²¹²;

*l'échange avec les concurrents au sujet de la stratégie commerciale envisagée par une entreprise*²¹³;

*l'échange avec les concurrents au sujet des prévisions d'une entreprise relatives à la demande actuelle et future*²¹⁴;

*l'échange avec les concurrents au sujet des ventes futures d'une entreprise*²¹⁵;

*l'échange avec les concurrents au sujet de l'état actuel d'une entreprise et de sa stratégie commerciale*²¹⁶;

*l'échange avec les concurrents au sujet des futures caractéristiques des produits qui seront pertinentes pour les consommateurs*²¹⁷;

*l'échange avec les concurrents d'informations relatives aux positions sur le marché et aux stratégies aux enchères de produits financiers*²¹⁸.

6.2.3.2. Informations publiques

425. Les informations «réellement publiques» sont des informations généralement accessibles dans des conditions identiques (en matière de coûts d'accès) à tous les concurrents et clients²¹⁹. Puisque les informations sont accessibles au public, il se

²¹⁰ Arrêt du 15 décembre 2016, Philips et Philips France/Commission, T-762/14, EU:T:2016:738, point 91.

²¹¹ Voir, notamment, arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, non encore publié, 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 et autres, C-8/08, EU:C:2009:343, point 37.

²¹² Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, non encore publié, 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.

²¹³ Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, non encore publié, EU:T:2020:307, point 98.

²¹⁴ Arrêt du 9 septembre 2015, Samsung SDI et autres/Commission, T-84/13, EU:T:2015:611, point 51.

²¹⁵ Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, non encore publié, EU:T:2020:307, point 96.

²¹⁶ Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, non encore publié, EU:T:2020:307, point 70.

²¹⁷ Décision de la Commission du 8 juillet 2021 dans l'affaire AT.40178 — Émissions des véhicules automobiles, considérants 84, 107 et 124 à 126.

²¹⁸ Décision de la Commission du 20 mai 2021 dans l'affaire AT.40324 — Obligations d'État européennes, considérant 94.

²¹⁹ Cela ne s'oppose pas à ce qu'une base de données soit proposée à moindre prix aux clients qui ont eux-mêmes versé des informations dans celle-ci, étant donné qu'ils auraient eu aussi, ce faisant, à supporter des coûts.

peut qu'elles aient perdu leur nature sensible sur le plan commercial. En général, les échanges d'informations réellement publiques ne sont pas susceptibles de constituer des infractions à l'article 101²²⁰. Le fait que des informations soient réellement publiques peut limiter le degré de probabilité d'une collusion sur le marché, dans la mesure où les entreprises qui ne prennent pas part à la coordination, les concurrents potentiels ainsi que les clients peuvent être à même de limiter les effets restrictifs potentiels sur la concurrence²²¹.

426. Pour qu'une information soit réellement publique, son obtention ne devrait pas être plus onéreuse pour les clients et les entreprises qui ne prennent pas part à l'échange que pour les entreprises qui échangent des informations. Les concurrents ne choisiraient pas, en principe, d'échanger des informations qu'ils peuvent obtenir auprès du marché avec la même facilité, ce qui rend improbables, dans la pratique, les échanges d'informations réellement publiques. À l'inverse, même si les informations échangées entre concurrents relèvent de ce qui est considéré comme «*le domaine public*», elles ne sont pas réellement publiques si les coûts liés à leur collecte découragent d'autres entreprises et clients de chercher à les obtenir²²². Le fait qu'il soit possible d'obtenir les informations sur le marché, par exemple auprès des clients, ne signifie pas nécessairement que ces informations constituent des données du marché aisément accessibles pour les concurrents²²³.

Un exemple typique d'informations réellement publiques est l'affichage par les stations-service de leurs prix actuels aussi bien pour les consommateurs que pour les concurrents proches. En l'absence d'un accord anticoncurrentiel ou d'une pratique concertée, cet affichage profite aux consommateurs, car il facilite la comparaison des stations-service avant qu'ils n'aillent faire leur plein, quand bien même cet affichage permet également aux concurrents de prendre connaissance des prix pratiqués par leurs concurrents proches.

Dans le cas où les propriétaires des stations-service commenceraient à échanger en temps réel et uniquement entre eux des informations relatives aux prix, l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1, différerait vraisemblablement. Les données sur les prix échangées entre les propriétaires ne sont pas réellement publiques puisque l'obtention des mêmes informations par d'autres moyens prendrait beaucoup de temps et entraînerait des frais de transport élevés. Dans les faits, il faudrait constamment prendre la route afin de collecter les prix affichés sur les panneaux des stations-service disséminés dans l'ensemble du pays. Les coûts qui en résulteraient sont susceptibles d'être si élevés que ce n'est que

²²⁰ Arrêt du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line et autres/Commission, T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, recueil de la jurisprudence 2003 II-03275, EU:T:2003:245, point 1154. Tel peut ne pas être le cas si l'échange se produit dans le cadre d'une entente.

²²¹ L'analyse des barrières à l'entrée et de la «puissance d'achat» compensatrice sur le marché serait utile pour déterminer si les entreprises ne participant pas au système d'échange d'informations seraient à même de compromettre les résultats escomptés de la coordination. Toutefois, une plus grande transparence vis-à-vis des consommateurs pourrait soit limiter, soit étendre la portée de la collusion, étant donné qu'elle accroît l'élasticité au niveau des prix de la demande et les avantages d'un comportement déviant mais durcit également les mesures de représailles.

²²² En outre, le fait que les parties à l'échange aient précédemment communiqué les données au public (par exemple par l'intermédiaire d'un quotidien ou de leur site internet) ne signifie pas qu'un échange ultérieur d'informations non publiques ne serait pas contraire à l'article 101, paragraphe 1.

²²³ Voir arrêt du 12 juillet 2001, Tate & Lyle et autres/Commission, T-202/98, T-204/98 et T-207/98, recueil de la jurisprudence 2001 II-02035, EU:T:2001:185, point 60.

par l'échange d'informations que les informations pourraient être obtenues en pratique. En outre, l'échange est systématique et couvre l'ensemble du marché en cause, sur lequel seuls quelques concurrents existent et l'entrée de nouveaux arrivants est peu probable. L'échange est susceptible de créer un climat de certitude mutuelle entre les concurrents quant à leur politique de prix et, partant, de faciliter une collusion.

427. Même si les informations sont disponibles publiquement (comme c'est le cas, par exemple, des informations publiées par les autorités de régulation), un échange d'informations supplémentaires entre les concurrents peut avoir des effets restrictifs sur la concurrence en diminuant encore l'incertitude stratégique sur le marché. Dans ce cas, ce sont ces informations supplémentaires échangées qui pourraient s'avérer critiques pour faire basculer l'équilibre du marché vers une collusion.

Dans un secteur donné, il peut être de notoriété publique que les coûts des fournitures sont en hausse. Au cours de réunions bilatérales ou de réunions du groupement professionnel concerné, les participants peuvent évoquer ce phénomène. Si les concurrents peuvent citer l'augmentation des coûts des fournitures (cette information étant notoire), ils ne peuvent évaluer conjointement la hausse des coûts si cette évaluation dissipe l'incertitude à l'égard des actions futures ou récentes d'un concurrent sur le marché²²⁴. Un concurrent doit définir en toute indépendance la politique qu'il entend adopter sur le marché intérieur. Cela implique que chaque concurrent doit décider par lui-même quelle sera sa réaction face à la montée des coûts des fournitures.

6.2.3.3. Informations et données agrégées/individualisées

428. L'utilité des informations pour les concurrents détermine elle aussi leur nature sensible sur le plan commercial. 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. De la même manière, les données brutes peuvent être moins sensibles sur le plan commercial que les données agrégées, bien qu'elles permettent aux entreprises de réaliser davantage de gains d'efficience en les échangeant. Parallèlement, l'échange d'informations réellement agrégées où la distinction des informations se rapportant à une entreprise donnée est suffisamment compliquée ou incertaine est nettement moins susceptible de restreindre la concurrence que les échanges d'informations propres à des entreprises précises.
429. 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. Plus généralement, à moins qu'il n'ait lieu entre un nombre relativement restreint d'entreprises détenant une part de marché

²²⁴ 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.

suffisamment importante, il est peu probable que l'échange d'informations agrégées entraîne une restriction de la concurrence. Inversement, l'échange d'informations individualisées peut faciliter l'entente sur le marché et l'élaboration de stratégies de représailles, en ce qu'il permet aux entreprises coordonnant leurs agissements de distinguer plus efficacement une entreprise déviante ou un entrant. 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. En effet, les membres d'un oligopole très étroit et stable échangeant des informations agrégées qui constatent sur le marché un prix inférieur à un niveau donné pourraient d'office présumer qu'une entreprise s'est écartée de la collusion et 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.

6.2.3.4. Ancienneté des informations

430. 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 permette une entente sur le marché²²⁵. En principe, plus les informations sont anciennes, moins elles auront tendance à être utiles pour déceler les comportements déviants en temps voulu et, partant, opposer une menace crédible de représailles rapides²²⁶. Cela nécessite néanmoins une appréciation au cas par cas de la pertinence de ces informations²²⁷.
431. 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 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 des contrats conclus dans le secteur concerné lorsque ceux-ci donnent une indication de la fréquence de renégociation des prix. En revanche, l'échange d'informations actuelles peut provoquer des effets restrictifs sur la concurrence, surtout si cet échange sert à accroître artificiellement la transparence entre les entreprises plutôt qu'à l'égard des 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

²²⁵ La collecte de données historiques peut également être utilisée en vue de la transmission de la contribution d'une association sectorielle à un réexamen de la politique publique ou son analyse de celui-ci.

²²⁶ Par exemple, dans des affaires antérieures, la Commission a considéré l'échange de données individuelles 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.

²²⁷ 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'affaire, 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.

choix) dans le but d'affiner leurs décisions commerciales stratégiques de marque, les informations couvrant la période en question seront généralement plus sensibles sur le plan commercial que les données plus anciennes. Les informations recueillies au cours de l'année écoulée ne sont dès lors pas réputées «historiques».

6.2.4. Caractéristiques de l'échange

6.2.4.1. Divulgations unilatérales

432. Une situation dans laquelle une seule entreprise divulgue des informations commercialement sensibles à son/ses concurrent(s) qui les accepte(nt) peut constituer une pratique concertée²²⁸. De telles divulgations pourraient par exemple se produire dans le cadre de publications sur des sites web, de messages (chat), de contacts par courrier électronique ou par téléphone, de participation à un outil algorithmique partagé, ou au cours de réunions, etc. Il est sans importance qu'une seule entreprise informe ses concurrents unilatéralement du comportement qu'elle entend adopter sur le marché ou que toutes les entreprises concernées se communiquent mutuellement leurs considérations et leurs intentions. Lorsqu'une seule entreprise divulgue à ses concurrents des informations commercialement sensibles sur sa future politique commerciale, le degré d'incertitude stratégique sur le fonctionnement à venir du marché est atténué pour tous ses concurrents, ce qui accroît le risque de restreindre la concurrence et de voir apparaître des comportements collusoires²²⁹.

Ainsi, par exemple, le fait d'assister à une réunion²³⁰ durant laquelle une entreprise dévoile à ses concurrents 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 prix²³¹. Dans le même ordre d'idées, le fait d'introduire une règle pour la fixation des prix dans un outil algorithmique partagé (par exemple, prix le plus faible sur la ou les plateformes en ligne ou dans le ou les magasins en cause +5 %, ou prix d'un des concurrents -5 %) est aussi susceptible de tomber sous le coup de l'article 101, paragraphe 1, même en l'absence d'un accord explicite visant à aligner les prix futurs.

Toutefois, l'envoi d'un courrier électronique vers des boîtes personnelles ne veut pas dire en soi que les destinataires devaient avoir nécessairement connaissance de son contenu²³². Cela peut, au regard d'autres indices objectifs et concordants, fonder la présomption que les destinataires avaient connaissance du contenu, pourvu que ces destinataires gardent la possibilité de réfuter cette présomption²³³.

433. Lorsqu'une entreprise reçoit des informations commercialement sensibles d'un concurrent (que ce soit lors d'une réunion, par téléphone, par courrier électronique ou grâce à une participation à un outil algorithmique), elle sera supposée avoir tenu

²²⁸ Voir arrêt du 15 mars 2000, Cimenteries CBR/Commission, T-25/95 et autres, recueil de la jurisprudence 2000 II-00491, EU:T:2000:77, point 1849.

²²⁹ Voir les conclusions de l'avocat général Kokott du 19 février 2009, T-Mobile Netherlands et autres, affaire C-8/08, EU:C:2009:110, point 54.

²³⁰ Voir arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands et autres, C-8/08, EU:C:2009:343, point 59.

²³¹ Voir arrêt du 12 juillet 2001, Tate & Lyle et autres/Commission, T-202/98, T-204/98 et T-207/98, recueil de la jurisprudence 2001 II-02035, EU:T:2001:185, point 54.

²³² Voir arrêt du 21 janvier 2016, Eturas et autres, C-74/14, EU:C:2016:42, points 39 à 40.

²³³ Dans l'arrêt du 21 janvier 2016, Eturas et autres, C-74/14, EU:C:2016:42, point 41, la Cour a énuméré des exemples 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 ne l'a consultée qu'après qu'un certain temps s'est écoulé depuis l'envoi.

compte de ces informations et avoir adapté son comportement sur le marché en conséquence, à moins qu'elle n'ait répondu par une déclaration claire qu'elle ne souhaitait pas recevoir de telles informations²³⁴ ou qu'elle n'ait signalé ces échanges aux entités administratives.

434. Lorsqu'une entreprise fait une annonce unilatérale revêtant un caractère réellement public, par exemple dans une publication sur un site web accessible au public, dans une annonce en public ou dans un quotidien, elle ne constitue généralement pas une pratique concertée au sens de l'article 101, paragraphe 1²³⁵. Toutefois, selon les faits sous-tendant l'affaire en question, la probabilité de constater une pratique concertée ne saurait être exclue. Comme l'explique le point 426, communiquer des informations et des données réellement publiques peut aider les clients à faire des choix éclairés. Ces gains d'efficacité sont cependant moins probables si les informations se rapportent aux intentions futures, qui peuvent ne jamais se concrétiser et n'engagent aucunement l'entreprise vis-à-vis de ses clients²³⁶.

Une annonce publique unilatérale portant sur les intentions futures en matière de fixation des prix, par exemple, ne liera en rien l'entreprise à l'origine de l'annonce à ses clients, mais peut envoyer d'importants signaux à ses concurrents en ce qui concerne la stratégie envisagée de l'entreprise sur le marché. Cela sera tout particulièrement le cas si les informations sont suffisamment spécifiques. De telles annonces ne tendent dès lors pas à apporter des gains d'efficacité au profit des consommateurs, tandis qu'elles peuvent faciliter la collusion.

En outre, les annonces publiques unilatérales sont également susceptibles de laisser transparaître un accord anticoncurrentiel sous-jacent ou une pratique concertée. 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 (en l'absence d'une autre explication convaincante) se rendre coupables d'une violation 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 infraction dépendra de l'ensemble des éléments de preuve disponibles.

6.2.4.2. Échanges d'informations indirects et échanges au sein de relations verticales/horizontales mixtes

435. 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 une plateforme ou un fournisseur tiers d'outil d'optimisation), d'une agence commune (par exemple une association professionnelle), d'un de leurs fournisseurs

²³⁴ Voir arrêt du 21 janvier 2016, Eturas et autres, 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; et arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, point 121.

²³⁵ Voir arrêt du 5 octobre 2020, Casino, Guichard-Perrachon et AMC/Commission, T-249/17, non encore publié, EU:T:2020:458, points 263 à 267.

²³⁶ Voir, par exemple, la décision de la Commission du 7 juillet 2016 dans l'affaire AT.39850 — Container Shipping, considérants 40 à 43.

ou clients²³⁷, ou à travers un algorithme partagé (communément appelés le «tiers»). Le principal problème de concurrence est que l'échange peut 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 en l'espèce, les concurrents et le tiers peuvent être tous deux tenus responsables pour la collusion. Rien dans le libellé de l'article 101, paragraphe 1, n'indique que l'interdiction qui y est énoncée vise uniquement les parties aux accords ou pratiques concertées qui sont actives sur les marchés affectés par ceux-ci²³⁸.

436. 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 sensibilisation des fournisseurs ou destinataires des informations aux échanges entre les autres destinataires ou fournisseurs d'informations et le tiers.

On peut distinguer plusieurs circonstances:

Certains échanges d'informations indirects sont qualifiés d'«accords en étoile». Dans de tels cas, un fournisseur ou fabricant commun fait office de noyau afin de relayer les informations aux divers détaillants, mais il est également probable qu'un détaillant facilite la coordination entre plusieurs fournisseurs ou fabricants. Une plateforme en ligne peut également servir de noyau si elle facilite, coordonne ou applique des pratiques anticoncurrentielles entre les utilisateurs de ses services de plateforme.

Les plateformes en ligne peuvent, par exemple, permettre des échanges d'informations entre les utilisateurs de la plateforme afin de garantir certaines marges ou certains niveaux de prix. Les plateformes peuvent par ailleurs être utilisées pour imposer des restrictions opérationnelles sur le système, empêchant les utilisateurs de la plateforme de proposer des prix plus faibles ou d'autres avantages aux clients finaux. D'autres échanges d'informations indirects peuvent exiger la dépendance entre des concurrents (potentiels) à un algorithme d'optimisation partagé qui prendrait des décisions commerciales sur la base de flux de données commercialement sensibles provenant de concurrents divers, ou la mise en œuvre dans les outils automatisés utiles de fonctionnalités alignées/coordonnées ou de mécanismes d'optimisation. Bien qu'il soit légal de recourir aux données accessibles au public pour alimenter un logiciel algorithmique, l'agrégation d'informations 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.

Une agence commune, comme un groupement professionnel, peut aussi faciliter les échanges entre ses membres.

²³⁷ Si les orientations applicables à l'appréciation des accords de distribution verticaux sont disponibles dans le règlement d'exemption ainsi que dans les lignes directrices y afférentes, les accords de distribution verticaux peuvent, dans certaines circonstances, servir à la collusion horizontale.

²³⁸ Arrêt du 10 novembre 2017, ICAP et autres/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.

437. Une entreprise qui reçoit ou transmet indirectement des informations commercialement sensibles peut être tenue responsable d'une infraction de l'article 101, paragraphe 1. Cela peut être le cas à la condition que l'entreprise qui a reçu ou transmis les informations ait eu connaissance des objectifs anticoncurrentiels poursuivis par ses concurrents et le tiers et qu'elle ait eu l'intention d'y contribuer par son propre comportement. Cela s'appliquerait si l'entreprise a expressément ou tacitement approuvé qu'un fournisseur tiers partage ces informations avec ses concurrents ou si elle avait l'intention, au travers d'un tiers, de divulguer des informations commercialement sensibles à ses concurrents. Qui plus est, la condition serait satisfaite si l'entreprise recevant ou transmettant les informations pouvait raisonnablement prévoir que le tiers partagerait ses informations commerciales avec ses concurrents et si elle était prête à en accepter le risque. En outre, la condition n'est pas satisfaite si le tiers a eu recours aux informations commercialement sensibles de l'entreprise et, sans l'en informer, les a remis à ses concurrents²³⁹.
438. De même, un tiers qui transmet des informations commercialement sensibles peut aussi être tenu responsable d'une telle infraction s'il a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants à l'accord et qu'il avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'il pouvait raisonnablement les prévoir et qu'il était prêt à en accepter le risque²⁴⁰.

6.2.4.3. Fréquence des échanges d'informations

439. Les échanges d'informations fréquents qui facilitent à la fois 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 achats et des ventes peu fréquentes) sont la règle, des échanges d'informations peu fréquents suffiraient normalement 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 indiquant des renégociations fréquentes²⁴¹. 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 caractère agrégé de ces informations²⁴². Du fait de l'importance croissante des données en temps réel pour la capacité des entreprises à livrer une concurrence viable, l'avantage concurrentiel le plus élevé est obtenu grâce à des échanges d'informations automatisés en temps réel.

6.2.4.4. Mesures mises en place pour limiter et/ou contrôler l'utilisation des données

440. Les entreprises qui souhaitent (ou doivent) échanger des informations ont la possibilité de mettre en place des mesures visant à restreindre l'accès aux

²³⁹ Arrêt du 21 juillet 2016, VM Remonts et autres, C-542/14, EU:C:2016:578, point 30; arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C-194/14 P, EU:C:2015:717, point 30.

²⁴⁰ Arrêt du 10 novembre 2017, ICAP et autres/Commission, T-180/15, EU:T:2017:795, point 100.

²⁴¹ Par exemple, des contrats peu fréquents pourraient réduire la possibilité de représailles.

²⁴² 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 et autres, C-8/08, EU:C:2009:343, point 59.

informations et/ou contrôler la manière dont ces informations sont utilisées²⁴³. Ces mesures peuvent empêcher que les informations commercialement sensibles puissent influencer le comportement d'un concurrent.

Les entreprises peuvent, par exemple, mobiliser des «clean teams» 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 à sa gestion commerciale quotidienne et qui sont tenues de respecter des protocoles stricts en matière de confidentialité en ce qui concerne les informations commercialement sensibles. Une «clean team» peut par exemple être mobilisée pour la mise en œuvre d'un autre accord de coopération horizontale, afin de garantir que les informations fournies aux fins d'une telle coopération le sont selon le principe du «besoin d'en connaître» et de manière agrégée.

Les participants à 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 les informations commercialement sensibles d'autres participants. La gestion d'une interconnexion de données peut notamment être confiée à un tiers indépendant assujéti à des règles strictes en matière de confidentialité applicables aux informations reçues de la part des participants à l'interconnexion de données. Les personnes 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.

6.2.4.5. Accès aux informations et données recueillies

441. Dans les situations où les informations échangées sont stratégiques pour la concurrence et où elles portent sur une part importante du marché en cause (sans toutefois poser de risque de collusion), les conditions d'accès auxdites informations constituent un élément crucial pour l'appréciation des potentiels effets de verrouillage. L'échange de telles informations stratégiques peut être autorisé uniquement si les informations sont rendues accessibles de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises opérant sur le marché en cause. Dans le cas où une telle accessibilité ne serait pas assurée, certains des concurrents seraient désavantagés, puisqu'ils disposeraient de moins d'informations, ce qui ne faciliterait pas non plus l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché²⁴⁴.
442. Cela peut particulièrement être le cas dans les initiatives de partage de données, lorsque les données partagées au sein d'une interconnexion de données représentent une part majeure du marché. Lorsque les données partagées forment un atout de taille pour livrer concurrence sur le marché, les concurrents qui se voient refuser l'accès (ou auxquels l'accès est accordé à des conditions moins favorables seulement) peuvent être évincés du marché. L'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1, dépendra d'éléments tels que la nature des données partagées, les conditions de l'accord de partage de données et les exigences en matière d'accès ainsi que la position sur le marché des parties en cause. En partant du principe que l'interconnexion de données n'est pas synonyme de collusion, une certaine forme de

²⁴³ Ces obligations peuvent déjà découler du règlement général sur la protection des données (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1), si des données à caractère personnel sont comprises dans les échanges.

²⁴⁴ Arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, point 60.

participation ouverte ou d'accès ouvert à l'interconnexion limiterait le risque d'un verrouillage anticoncurrentiel. L'appréciation doit considérer que les effets de verrouillage découlant du refus d'accorder l'accès à l'interconnexion de données peuvent être considérables, surtout lorsqu'il existe un degré important de concentration du marché et des données, et doit se pencher sur la question de savoir si les données interconnectées confèrent un avantage concurrentiel majeur pour servir non seulement le marché en cause, mais aussi les marchés voisins.

6.2.5. *Les caractéristiques du marché*

443. La probabilité qu'un échange d'informations débouche sur une collusion ou un verrouillage est fonction des caractéristiques du marché. Les échanges peuvent aussi influencer sur ces caractéristiques. Les caractéristiques du marché pertinentes à cet égard comprennent, entre autres, le niveau de transparence sur un marché donné, le nombre d'entreprises qui y opèrent, l'existence de barrières à l'entrée, la nature homogène du produit ou service concerné par l'échange et de l'entreprise en cause²⁴⁵ et la stabilité des conditions de l'offre et de la demande sur le marché²⁴⁶.
444. Il est plus facile de s'entendre sur les modalités de la coordination et de contrôler les comportements déviants sur un marché où seules quelques entreprises opèrent. Si 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 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, la diffusion et l'échange d'informations entre concurrents peuvent être neutres, voire positifs, pour la nature compétitive du marché²⁴⁷.
445. Un marché très transparent peut faciliter la collusion, en ce qu'il permet aux entreprises de s'entendre sur les modalités de la coordination et accroît la stabilité, tant interne qu'externe, de la collusion²⁴⁸.
446. La probabilité d'une collusion est également plus grande lorsque les conditions de l'offre et de la demande sur le marché sont relativement stables²⁴⁹. 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 la situation actuelle n'est pas suffisamment stable pour rendre une coordination probable²⁵⁰, ou peut nécessiter des échanges plus fréquents afin d'avoir des effets sur la concurrence.

²⁴⁵ Lorsque les entreprises sont homogènes en matière de coûts, de demande, de parts de marché, de gamme de produits, de capacités, etc., elles ont plus de chances de parvenir à s'entendre sur les modalités de la coordination, leurs incitations étant plus alignées les unes sur les autres.

²⁴⁶ Il convient de noter que cela ne constitue pas une liste exhaustive des caractéristiques du marché pertinentes. D'autres caractéristiques du marché peuvent être importantes dans le cadre de certains échanges d'informations.

²⁴⁷ Voir arrêt du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, point 58 et la jurisprudence qui y est mentionnée.

²⁴⁸ Voir aussi le point 452.

²⁴⁹ Voir arrêt du 27 octobre 1994, *Deere/Commission*, T-35/92, EU:T:1994:259, point 78.

²⁵⁰ 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.

447. En outre, sur les marchés où l'innovation est importante, la coordination peut être plus difficile, étant donné que des innovations particulièrement importantes peuvent permettre à une seule entreprise d'obtenir un avantage de taille sur ses concurrents. Pour qu'une collusion soit durable, les réactions des «outsiders», tels que les concurrents existants et potentiels ne prenant pas part à la coordination, et des clients ne devraient pas être de nature à compromettre les résultats escomptés de la collusion. Dans ce contexte, l'existence de barrières à l'entrée accroît la probabilité de la faisabilité et du maintien d'une collusion sur le marché.

6.2.6. Restriction de la concurrence par objet

448. Un échange d'informations sera considéré comme une restriction 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 œuvre²⁵¹. Pour déterminer si un échange constitue une restriction de la concurrence par objet, la Commission accordera une attention particulière au contenu, aux objectifs dudit contenu et au contexte juridique et économique dans lequel se produit cet échange²⁵². 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 question²⁵³.

449. Il ressort clairement des exemples exposés au point 424 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 objet. Afin de déterminer s'il y a une infraction par objet, le critère décisif est la nature des contacts plutôt que leur fréquence²⁵⁴.

Par exemple: un groupe de concurrents craint que leurs produits puissent être soumis à des exigences environnementales toujours plus strictes. 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, dès que les entreprises commencent à se transmettre des informations portant sur l'élaboration de futurs produits, un risque survient que ces échanges puissent influencer le comportement des concurrents sur le marché. Ces partages

²⁵¹ Arrêt du 8 juillet 2020, Infineon Technologies/Commission, T-758/14 RENV, non encore publié, EU:T:2020:307, point 100. Voir également: arrêt du 19 mars 2015, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 122; et arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands et autres, C-8/08, EU:C:2009:343, point 41.

²⁵² 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; et arrêt du 20 novembre 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, point 15 et suivants.

²⁵³ Arrêt du 26 septembre 2018, Philips et Philips France/Commission, C-98/17 P, EU:C:2018:774, point 35.

²⁵⁴ Arrêt du 7 novembre 2019, Campine et Campine Recycling/Commission, T-240/17, EU:T:2019:778, point 308.

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 les choix du consommateur ainsi que la concurrence en ce qui concerne les caractéristiques du produit. Cela sera dès lors considéré comme une restriction de la concurrence par objet.

450. Les échanges d'informations peuvent être considérés comme une entente s'ils ont pour ambition de coordonner les comportements concurrentiels ou d'influencer les paramètres pertinents de la concurrence sur le marché entre deux concurrents ou plus. Un échange d'informations constitue une entente s'il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée entre deux ou plusieurs concurrents visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment, mais pas uniquement, à fixer ou à coordonner des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, y compris au regard des droits de la propriété intellectuelle, à attribuer des quotas de production ou de vente, à répartir des marchés et des clients, notamment en présentant des soumissions concertées lors de marchés publics, à restreindre l'importation ou l'exportation ou à prendre des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents. Les échanges d'informations qui constituent des ententes n'enfreignent pas seulement 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 d'échanges d'informations seront considérés comme s'inscrivant dans le cadre de l'entente.

6.2.7. Effets restrictifs sur la concurrence

451. Un échange d'informations qui ne constitue pas une restriction par objet peut tout de même provoquer des *effets* restrictifs sur la concurrence.

452. Comme indiqué au point 37, il convient d'analyser au cas par cas l'incidence probable, en matière de concurrence, des échanges d'informations, les résultats de cette appréciation étant fonction d'une combinaison d'éléments spécifiques à l'affaire en cause. Dans le cadre de cette appréciation, la Commission comparera les effets réels ou potentiels de l'échange d'informations sur les conditions présentes du marché et la situation qui existerait en l'absence de cet échange d'informations spécifique²⁵⁵. 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 incidence défavorable sensible sur un (ou plusieurs) des paramètres de la concurrence, tels que le prix, la production, la qualité ou la diversité des produits ou encore l'innovation.

453. 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 pertinents²⁵⁶.

454. 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

²⁵⁵ Arrêt du 28 mai 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, point 76.

²⁵⁶ Arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, point 54.

suffisamment importante du marché en cause. Si tel n'est pas le cas, les concurrents ne participant pas à cet échange pourraient limiter les agissements anticoncurrentiels des entreprises concernées.

455. 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 et du type d'échange en cause. Lorsqu'un échange d'informations se produit dans le cadre d'un autre type d'accord de coopération horizontale, tout échange de ce type qui ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire aux fins de la mise en œuvre de celui-ci ne débouche généralement pas sur des effets restrictifs sur la concurrence si la couverture du marché est inférieure aux seuils de parts de marché fixés dans le chapitre pertinent des présentes lignes directrices, dans le règlement d'exemption par catégorie pertinent²⁵⁷ ou dans la *communication de minimis* concernant le type d'accord en question²⁵⁸.
456. 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 que dans les oligopoles moins étroits et 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'efficacité²⁵⁹

457. Un échange d'informations peut déboucher sur des gains d'efficacité, en fonction des caractéristiques du marché. Les entreprises peuvent, par exemple, devenir plus performantes si elles comparent leurs résultats aux meilleures pratiques du secteur. Les échanges d'informations peuvent par ailleurs 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. Ils peuvent profiter aussi bien aux consommateurs qu'aux entreprises en leur donnant un aperçu des qualités relatives des produits, par exemple au travers de la publication de listes de leurs meilleures ventes ou de données comparatives sur les prix. L'échange d'informations présentant un caractère réellement public peut ainsi présenter des avantages pour les consommateurs, en les aidant à poser un choix plus éclairé (tout en voyant leurs frais liés à l'étude de marché diminuer). De même, l'échange d'informations publiques sur les prix actuels des intrants est de nature à réduire les coûts d'étude de marché supportés par les entreprises, diminution dont bénéficieront en principe les consommateurs puisqu'elle permet de réduire les prix finals.

²⁵⁷ Les échanges d'informations qui s'inscrivent dans le cadre d'un accord de R&D, s'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire aux fins de la mise en œuvre de cet accord, peuvent bénéficier de la zone de sécurité de 25 % fixée dans le REC applicable à la R&D. S'agissant du REC applicable aux accords de spécialisation, la zone de sécurité correspondante est de 20 %.

²⁵⁸ Voir la section 1.2.8.

²⁵⁹ L'étude des gains d'efficacité susceptibles de résulter des échanges d'informations n'est ni exclusive, ni exhaustive.

458. L'échange de données relatives aux consommateurs entre des entreprises opérant sur des marchés caractérisés par des informations asymétriques en la matière peut également permettre l'obtention de gains d'efficacité. Par exemple, le fait de suivre les comportements antérieurs des clients en termes d'accidents ou de risques de défaillance de l'emprunteur incite les consommateurs à limiter leur exposition au risque. Cela permet également de détecter les consommateurs pour lesquels le risque est moins élevé et auxquels il conviendrait d'accorder des prix moins élevés. Dans ce contexte, l'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 s'ils décidaient de se tourner vers une autre entreprise. Le secteur bancaire et le secteur des assurances illustrent bien ces gains d'efficacité, car il s'y produit de nombreux échanges d'informations sur les défaillances des consommateurs et les caractéristiques des risques encourus.

6.3.2. *Caractère indispensable*

459. 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 devront démontrer que la nature des informations et le contexte dans lequel l'échange a lieu ne posent pas de risques à la libre concurrence, ces derniers n'étant pas nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués. Qui plus est, l'échange ne devrait 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*

460. Les gains d'efficacité résultant 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 parties 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*

461. Les critères de l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent pas être satisfaits 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

Exemple 1

Situation: Les hôtels de luxe installés dans la capitale du pays A exercent leurs activités au sein d'un oligopole étroit, non complexe et stable, se caractérisant par des structures de coûts largement homogènes et constituant un marché en cause distinct des autres hôtels. Ils échangent directement des informations individuelles sur leurs

taux d'occupation et recettes du moment. Les parties peuvent alors directement déduire des informations échangées leurs prix courants réellement pratiqués.

Analyse: Sauf s'il s'agit d'un moyen déguisé d'échanger des informations sur les intentions futures, cet échange d'informations ne constituerait pas une restriction de concurrence par objet, les hôtels échangeant des données actuelles et non des informations portant sur des prix ou des quantités envisagés. Néanmoins, l'échange d'informations donnerait lieu à des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, car le fait de connaître les prix actuels effectifs d'un concurrent pourrait faciliter une coordination de leur comportement concurrentiel. Cette coordination servirait plus que probablement à contrôler les comportements déviants. Les échanges d'informations accroissent la transparence du marché, car même si les hôtels publient, en principe, leurs listes de prix, ils offrent également diverses remises négociées ou pour réservation rapide, de groupe, etc. En conséquence, les informations supplémentaires qui ne sont pas échangées publiquement entre les hôtels sont sensibles d'un point de vue commercial. Cet échange est susceptible de faciliter une collusion sur le marché, étant donné que les parties concernées forment un oligopole étroit, non complexe et stable impliquant une relation concurrentielle à long terme (interactions répétées). En outre, les structures de coût des hôtels sont largement homogènes. Enfin, ni les consommateurs ni les nouveaux arrivants sur le marché ne peuvent exercer de pression sur le comportement anticoncurrentiel des opérateurs en place, puisque les consommateurs détiennent une puissance d'achat limitée et que les barrières à l'entrée sont élevées. Il est peu probable que, dans ce cas, les parties soient à même de démontrer un quelconque gain d'efficacité découlant de l'échange d'informations qui serait répercuté sur les consommateurs dans une mesure compensant les effets restrictifs sur la concurrence. Les conditions de l'article 101, paragraphe 3, ne seraient donc probablement pas remplies.

Exemple 2

Situation: Trois grandes entreprises détenant une part de marché cumulée de 80 % sur un marché stable, non complexe 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 respectifs. Ces entreprises prétendent chercher de la sorte à comparer leurs résultats avec ceux de leurs concurrents afin d'être plus performantes.

Analyse: Ces échanges d'informations ne constituent en principe pas une restriction de la concurrence par objet. Il convient par conséquent d'évaluer leur incidence sur le marché. En raison de la structure du marché, du fait que l'information échangée concerne une grande part des coûts variables des entreprises, du mode de présentation individualisé des données et de la partie substantielle du marché en cause couverte, ces échanges d'information sont susceptibles de faciliter une collusion et, partant, de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Il est peu probable que les critères de l'article 101, paragraphe 3, soient satisfaits, étant donné que les gains d'efficacité allégués peuvent être obtenus par d'autres moyens moins restrictifs, par exemple par l'intermédiaire de tiers collectant les données, les rendant anonymes et les agrégeant par secteur. 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.

Toutefois, cela serait fort peu probable si cet échange se produisait sur un marché non transparent, fragmenté, instable et complexe.

Exemple 3

Situation: Cinq producteurs de jus de carottes frais en bouteille sont présents sur le marché en cause. La demande pour ce produit est très instable et varie d'un endroit à l'autre selon les moments. Le jus doit être vendu et consommé au plus tard le lendemain de sa production. Les producteurs conviennent de créer une société d'étude de marché indépendante chargée de collecter quotidiennement des informations actuelles sur le jus invendu dans chaque point de vente, informations qu'elle publiera sur son site internet la semaine suivante sous une forme agrégée, en les ventilant par points de vente. Les statistiques publiées permettent aux producteurs et détaillants d'anticiper la demande et de mieux positionner leur produit. Avant que l'échange d'informations ne soit mis en place, les détaillants ont signalé de grandes quantités de jus gaspillé et ont donc réduit la quantité de jus achetée aux producteurs, le marché ne fonctionnait donc pas de manière efficiente. En conséquence, il arrivait fréquemment, à certaines périodes et à certains endroits, que la demande ne soit pas satisfaite. Le système d'échange d'informations, en permettant une meilleure prévision de l'offre, qu'elle soit excédentaire ou qu'il y ait pénurie, a sensiblement réduit les cas dans lesquels la demande des consommateurs ne pouvait être satisfaite et accru la quantité écoulée sur le marché.

Analyse: Bien que le marché soit relativement concentré et que les données échangées soient récentes et revêtent un caractère stratégique, il est très peu probable que cet échange facilite une collusion, la demande sur le marché étant instable. Même si l'échange risque, dans une certaine mesure, de produire des effets restrictifs sur la concurrence, il est probable qu'il débouche sur des gains d'efficience en ce qu'il améliore l'harmonisation de l'offre et de la demande et, partant, réduit le gaspillage. Les informations sont échangées sous une forme publique et agrégée présentant moins de risques anticoncurrentiels que si elles étaient confidentielles et individualisées. L'échange d'informations n'excède donc pas ce qui est nécessaire pour remédier à la défaillance du marché. Il est dès lors probable que cet échange d'informations remplira les critères de l'article 101, paragraphe 3.

Exemple 4

Situation: Plusieurs fabricants de produits essentiels opèrent 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 des données et de modéliser l'offre et 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. Une société de conseil apporterait 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.

Analyse: Les données rassemblées sont commercialement sensibles et, si elles sont échangées entre les producteurs, elles seraient 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. Qui plus est, les producteurs qui ne sont pas membres de l'association professionnelle peuvent être placés dans une situation de désavantage concurrentiel significatif par rapport aux entreprises liées dans le cadre du système d'échange.

De manière à éviter le risque de collusion, plusieurs mesures pourraient être prises. Si un échange d'informations commercialement sensibles entre les producteurs doit absolument aller au-delà des informations 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), cet échange devrait être strictement limité 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 enjeux qui ne sont pas strictement nécessaires à la réalisation des objectifs. Le projet devrait de plus être limité dans le temps afin que les échanges cessent immédiatement dès que le risque de pénuries 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 le projet était ouvert à tous les fabricants produisant le produit en cause, qu'ils soient ou non membres de l'association professionnelle concernée.

7. ACCORDS DE NORMALISATION

7.1. Introduction

462. 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 répondre²⁶⁰. 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 systèmes sont essentielles. Les conditions d'accès à un label de qualité particulier ou les conditions d'agrément par un organisme de contrôle peuvent également être considérées comme des normes 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 montrent tout de même des caractéristiques atypiques, ou moins prononcées, par rapport auxdits accords de normalisation. Des orientations adéquates pour ces normes de durabilité sont donc formulées au chapitre 9.
463. La préparation et la production de normes techniques dans le cadre de l'exécution de prérogatives de puissance publique ne sont pas couvertes par les présentes lignes

²⁶⁰ 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.

directrices²⁶¹. Les organisations européennes de normalisation reconnues au titre du règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne²⁶² 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 102²⁶³. Les normes liées à la prestation de services professionnels, comme les règles d'accès à une profession libérale, ne sont pas couvertes par les présentes lignes directrices.

7.2. Marchés en cause

464. Les accords de normalisation peuvent avoir des répercussions sur quatre marchés, qui seront définis conformément à la communication sur la définition du marché et à toute orientation future relative à la définition des marchés en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union. Premièrement, l'élaboration de normes peut avoir des répercussions sur le(s) marché(s) de produits ou de services auquel (auxquels) se rapporte(nt) la ou les norme(s). 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 cause²⁶⁴. Troisièmement, le marché de l'élaboration de normes peut être touché, s'il existe des organismes ou des accords différents en la matière. 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

465. Les accords de normalisation produisent généralement des effets économiques positifs substantiels²⁶⁵, 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, en principe, 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 et la sécurité, fournissent des informations et garantissent l'interopérabilité et la compatibilité (augmentant ainsi la valeur pour les consommateurs).

466. Les participants à la normalisation ne sont pas nécessairement des concurrents. L'élaboration de normes peut toutefois, dans certains cas spécifiques lorsque les

²⁶¹ Voir arrêt du 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati/Commission*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, point 92.

²⁶² 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.

²⁶³ Voir arrêt du 12 mai 2010, *EMC Development/Commission*, T-432/05, EU:T:2010:189.

²⁶⁴ 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 conforme à ces lignes directrices, voir la décision de la Commission dans l'affaire AT.39985, *Motorola — Respect des brevets essentiels pour la norme GPRS*, considérants 184 à 220.

²⁶⁵ Voir aussi le point 501.

concurrents sont impliqués, produire également des effets restrictifs sur la concurrence en diminuant potentiellement 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 façons, à savoir i) la diminution de la concurrence par les prix, ii) le refus d'accès aux technologies innovantes et iii) l'éviction de certaines entreprises, ou l'exercice de discriminations à leur égard, en les empêchant d'avoir accès effectivement à la norme.

467. Premièrement, si les entreprises devaient se lancer dans des discussions anticoncurrentielles 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 marché²⁶⁶.
468. 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 ou élaborée 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 qu'une technologie particulière soit utilisée exclusivement pour une norme 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.
469. Dans le contexte des normes impliquant des droits de propriété intellectuelle («DPI»)²⁶⁷, on peut distinguer, en résumé, trois grands groupes d'entreprises présentant des intérêts différents en ce qui concerne l'élaboration de normes. Tout d'abord, les entreprises opérant exclusivement en amont qui développent et commercialisent uniquement des technologies. Cela peut aussi inclure les entreprises qui acquièrent des technologies en vue de les concéder sous licence. Les revenus tirés des licences sont leur seule source de revenus et leur motivation est de maximiser leurs redevances. On trouve ensuite les entreprises opérant exclusivement en aval, qui fabriquent uniquement des produits ou qui offrent 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. Enfin, il existe des entreprises intégrées qui développent des technologies protégées par les DPI et vendent des produits pour lesquels une licence leur serait nécessaire. 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

²⁶⁶ En fonction du cercle 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.

²⁶⁷ Aux fins du présent chapitre, on entend par «DPI», notamment, les brevets (à l'exclusion des demandes de brevets non publiées). Toutefois, lorsqu'un autre type quelconque de DPI confère au détenteur de ces droits le contrôle de l'utilisation de la norme, il convient d'appliquer les mêmes principes.

pour la norme relative 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 valoriser leurs DPI autrement que par l'intermédiaire de redevances. En pratique, de nombreuses entreprises utilisent une combinaison de ces modèles commerciaux.

470. 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 d'emblée est susceptible d'accroître la probabilité de l'octroi d'un accès effectif à la norme²⁶⁸, 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 objectifs²⁶⁹, à savoir promouvoir l'innovation et le bien-être des consommateurs, de même qu'affecter efficacement les 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 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 excessives²⁷⁰, 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, comprendre le refus de payer une redevance FRAND ou le recours à des stratégies dilatoires («*hold-out*»).
471. Toutefois, 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 cas²⁷¹.

²⁶⁸ Si cela est également accompagné d'un engagement FRAND. Voir points 482 à 484.

²⁶⁹ Voir également les lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologie, point 7.

²⁷⁰ 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 TFUE 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.

²⁷¹ Voir décision de la Commission dans l'affaire AT.39985 — *Motorola* — Respect des brevets essentiels pour la norme GPRS, considérants 221 à 270.

7.3.2. Restrictions de la concurrence par objet

472. 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 existante²⁷² relèveraient, par exemple, de cette catégorie.
473. Tout accord visant à limiter la concurrence en recourant à la divulgation des conditions de licences les plus restrictives avant l'adoption d'une norme en guise de couverture pour fixer conjointement les prix des produits en aval ou des DPI ou technologies de substitution, constituera une restriction de la concurrence par objet²⁷³.

7.3.3. Effets restrictifs sur la concurrence

7.3.3.1. Accords ne restreignant en principe par la concurrence

474. 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 ou des services 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 marché²⁷⁴, 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.
475. Pour ce qui est des accords d'élaboration de normes risquant de créer un pouvoir de marché, les points 477 à 483 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.
476. 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

²⁷² 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».

²⁷³ Le présent point ne devrait pas empêcher des divulgations ex ante des conditions de concession de licences plus restrictives pour les brevets essentiels liés à une norme par les titulaires individuels de DPI ou d'un taux de redevance accumulé maximal par tous les titulaires de DPI, ainsi que cela est expliqué au point 500. 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.

²⁷⁴ Voir également le chapitre 1 «Introduction». En ce qui concerne les parts de marché, voir également le point 498.

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 477 à 483.

477. 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 respect**²⁷⁵ de la norme et qui **permettent d'accéder** à la norme à des **conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND)** ne limiteront en principe pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.
478. En vue, notamment, d'une **participation non limitée**, les règles de l'organisme d'élaboration de normes devront prévoir que tous les concurrents présents sur le ou les marchés concernés par la norme peuvent participer au processus aboutissant à la sélection de la norme. Les organismes d'élaboration de normes devraient également disposer de 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.
479. 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.
480. En outre, les règles de l'organisme d'élaboration de normes devraient garantir un **accès effectif** à la norme à des **conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires**²⁷⁶.
481. Dans le cas d'une norme intégrant des DPI, **une politique claire et équilibrée en matière de DPI**²⁷⁷, **adaptée au secteur particulier** et aux besoins de l'organisme d'élaboration de normes en question, accroît la probabilité d'un accès effectif à la ou aux normes élaborées par cet organisme pour les acteurs qui les appliquent.
482. 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 équitables, raisonnables et non discriminatoires («engagement FRAND»)²⁷⁸. 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

²⁷⁵ Voir également le point 490 à cet égard.

²⁷⁶ Il convient par exemple d'accorder un accès effectif à la spécification de la norme.

²⁷⁷ Ainsi que cela est indiqué aux points 482 et 483. Voir également la communication de la Commission européenne COM(2017) 712 — Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes.

²⁷⁸ 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.*»

technologie spécifique du processus d'élaboration de normes et, partant, de l'engagement d'offrir une licence, 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 convient 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.

483. En outre, la politique en matière de DPI nécessiterait d'exiger une **divulgaration faite de bonne foi**, par les participants, des DPI qui pourraient être essentiels à la mise en œuvre d'une norme en cours d'élaboration. Cela est pertinent pour i) permettre au secteur de choisir la technologie à inclure dans la norme en connaissance de cause²⁷⁹ et ii) contribuer à la réalisation de l'objectif d'un accès effectif à la norme. Une telle obligation de divulgation pourrait s'appuyer sur des efforts raisonnables en vue du recensement des DPI couverts par la norme éventuelle²⁸⁰ et de la mise à jour de la divulgation au fur et à mesure que la norme évolue. 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)²⁸¹. À l'exception de ce cas, la divulgation générale serait moins à même de permettre au secteur de choisir la technologie en connaissance de cause et de garantir un accès effectif à la norme. 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 redevances, une divulgation des DPI ne serait pas pertinente dans ce contexte.
484. 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

²⁷⁹ 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 «rattachées» à son utilisation. 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).

²⁸⁰ Pour obtenir le résultat recherché, 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.

²⁸¹ Les participants sont invités à compléter leurs informations de divulgation lorsque le numéro de brevet et/ou les numéros de demandes de brevet deviennent accessibles au public.

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 discriminatoires²⁸². Parallèlement, les engagements FRAND permettent aux titulaires d'un DPI de monétiser leurs technologies par l'intermédiaire des redevances FRAND et 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.

485. 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 de concession de licences des participants respectent l'engagement FRAND²⁸³. Les participants devront 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.
486. 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 DPI²⁸⁴. 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 brevetée²⁸⁵. En règle générale, il existe plusieurs méthodes de l'appréciation²⁸⁶, et en pratique, on emploie souvent plus d'une méthode pour rendre compte des lacunes d'une méthode particulière et recouper les résultats²⁸⁷. Il peut être possible de comparer les redevances de licences imposées par l'entreprise en question pour les brevets 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

²⁸² 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 dans son arrêt.

²⁸³ Les organismes d'élaboration de normes ne participent pas aux négociations de concession de licence ni aux accords qui en résultent.

²⁸⁴ 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.

²⁸⁵ Communication de la Commission européenne COM(2017) 712 — Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes, page 7.

²⁸⁶ En principe, les méthodes fondées sur le coût peuvent ne pas être les mieux adaptées, car elles posent 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.

²⁸⁷ 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 Pentheroudakis, Ch., Baron, J. A., «Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases.», Rapport «Science for Policy» du JRC, 2017, EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

post). Cela suppose également que la comparaison puisse être effectuée de manière cohérente et fiable²⁸⁸.

487. 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 ne sont pas le résultat 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.
488. Il convient toutefois de souligner qu'aucune des dispositions des présentes lignes directrices ne préjuge de 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 litiges²⁸⁹.

7.3.3.2. Appréciation des accords de normalisation fondée sur les effets

489. L'appréciation de chaque 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 477 à 483.

(a) Nature volontaire de la norme

490. 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 convenue²⁹⁰. Par exemple, si du fait de l'accord d'élaboration de

²⁸⁸ Voir arrêt du 13 juillet 1989, *Tournier*, C-395/87, EU:C:1989:319, point 38; arrêt du 13 juillet 1989, *Lucazeau et autres/SACEM et autres*, affaires 110/88, 241/88 et 242/88, EU:C:1989:326, point 33.

²⁸⁹ Si les deux parties s'accordent, les différends concernant les conditions FRAND pour les BEN peuvent être soumis à la médiation d'un tiers indépendant, c'est-à-dire 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.

²⁹⁰ 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).*»

normes 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 objet²⁹¹. Dans le même ordre d'idées, des normes ne couvrant que des aspects mineurs ou des parties du produit final sont moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence que des normes plus exhaustives, surtout si la norme n'implique pas de DPI essentiels.

(b) Accès à la norme

491. 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 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 les membres ou les tiers. Toutefois, lorsqu'il existe plusieurs normes concurrentes ou une concurrence effective entre la solution standard et la solution non standard, une limitation de l'accès peut ne pas produire d'effets restrictifs sur la concurrence.
492. Quant aux accords d'élaboration de normes prévoyant des **modèles de divulgation des DPI différents** de ceux visés au point 483, il convient 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 à une norme et, partant, améliorent la transparence pour les parties prenant part à l'élaboration d'une norme ne restreindront pas, en principe, la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

(c) Participation à l'élaboration de la norme

493. Une participation ouverte au processus d'élaboration de la norme limite les risques d'effets restrictifs sur la concurrence, qui auraient pour effet d'empêcher certaines entreprises d'influer sur le choix et l'élaboration de la norme²⁹².
494. 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.
495. 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.

²⁹¹ Voir décision de la Commission dans l'affaire IV/29/151, Philips/Video- Cassetterecorders, considérant 23.
²⁹² 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). Eu égard à ces circonstances, l'accord a donc été considéré comme restreignant la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

496. 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: i) s'il y a concurrence entre plusieurs normes et organismes d'élaboration de normes, ii) si, sans restriction infligée aux participants²⁹³, il aurait été impossible d'adopter la norme ou l'adoption aurait été invraisemblable²⁹⁴, ou iii) 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.

497. 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 cours²⁹⁵. Des procédures reconnues pour la représentation collective des parties prenantes (par exemple les consommateurs) peuvent être envisagées. 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

498. Pour apprécier les effets d'un accord d'élaboration de normes, il convient de tenir compte des parts de marchés des biens, services ou technologies fondés sur cette norme. Il pourrait ne pas toujours être possible de déterminer avec suffisamment de certitude, à un stade précoce, si la norme sera, en pratique, adoptée par une part importante du secteur ou si elle ne sera utilisée que par une partie marginale de celui-ci. 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 pourraient 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)²⁹⁶. 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(s) marché(s) concerné(s) par la norme détiennent des parts de marché élevées ne conduira pas nécessairement à la conclusion que la norme est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence.

(e) Discrimination

499. 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 n'exerçant pas d'activités sur le

²⁹³ 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.

²⁹⁴ Ou si l'adoption de la norme avait été fortement retardée par un processus inefficace, les restrictions initiales éventuelles pourraient être compensées par des gains d'efficacité, devant être considérés à la lumière de l'article 101, paragraphe 3.

²⁹⁵ Voir décision de la Commission du 14 octobre 2009 dans l'affaire 39.416, Classification des navires.

²⁹⁶ Voir point 464.

marché de la production en aval) pourrait conduire à l'éviction de technologies potentiellement plus performantes en amont.

(f) Divulgarion ex ante des taux de redevances

500. 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 accumulé²⁹⁷ 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 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, à titre individuel, 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 normalement pas une restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1²⁹⁸. 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 basée 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'efficacité

501. 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 portant, par exemple, sur les 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'efficacité peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.
502. Pour que les gains d'efficacité se concrétisent dans le cas des accords de normalisation, les informations nécessaires aux fins de l'application de la norme

²⁹⁷ 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 redevance pour la norme. Semblablement au concept de la communauté de brevets, les titulaires de DPI peuvent partager l'ensemble de l'empilement de redevance.

²⁹⁸ 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.

doivent être effectivement disponibles pour les acteurs souhaitant entrer sur le marché²⁹⁹.

503. 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 constitueraient en principe un accord et un marché distincts.
504. Les effets sur l'innovation doivent être analysés au cas par cas. Les normes instaurant une compatibilité à un niveau horizontal entre différentes plateformes technologiques sont considérées comme susceptibles de provoquer des gains d'efficacité.

7.4.2. *Caractère indispensable*

505. 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 ou des conditions générales ne remplissent pas les critères visés à l'article 101, paragraphe 3.
506. L'appréciation de chaque 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 part³⁰⁰.
507. La participation à l'élaboration d'une norme doit en principe être ouverte à tous les concurrents présents sur le ou les marchés concernés par cette norme, sauf si les parties peuvent prouver qu'une telle participation aurait des répercussions négatives importantes³⁰¹. À titre subsidiaire, tous les effets restrictifs découlant de la participation cloisonnée devraient autrement être éliminés ou atténués³⁰². En outre, une restriction infligée aux participants pourrait être compensée par des gains d'efficacité visés à l'article 101, paragraphe 3, si l'adoption de la norme avait été lourdement retardée par un processus ouvert à tous les concurrents.
508. 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

²⁹⁹ 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.*»

³⁰⁰ Dans la décision de la Commission dans l'affaire IV/29/151, *Philips/VCR*, 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 ...*» (considérant 31).

³⁰¹ 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.*»

³⁰² Voir point 477 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.

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 DPI³⁰³ 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 technologies différentes et ne serait pas indispensable pour atteindre les gains d'efficacité constatés.

509. Les restrictions dans un accord de normalisation qui rendent une norme contraignante et obligatoire pour le secteur ne sont, en principe, pas indispensables.
510. 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 substantiels³⁰⁴. 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, notamment, 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

511. 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 un accord de normalisation. Un volet pertinent de l'analyse des répercussions probables sur les consommateurs concerne les procédures utilisées pour garantir la protection des intérêts des utilisateurs de normes et des consommateurs finals. Si 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

512. 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

³⁰³ 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.

³⁰⁴ À cet égard, voir 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.»

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 fait³⁰⁵. Dans ce dernier cas, la concurrence peut être éliminée si des tiers se voient refuser l'accès effectif à la norme.

7.5. Exemples

513. Définition de normes auxquelles les concurrents ne peuvent répondre

Exemple 1

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: 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 critères de l'article 101, paragraphe 3. Les membres de l'organisme de normalisation ont, sans aucune justification objective, défini la norme de telle façon que les produits de leurs concurrents basés sur d'autres solutions technologiques 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.

514. Une norme non contraignante 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 au processus d'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'article 101, paragraphe 1, n'est pas susceptible d'être enfreint. Si les parties s'étaient mises d'accord pour ne fabriquer que des produits conformes à la nouvelle norme, l'accord limiterait le développement technologique, freinerait l'innovation et empêcherait les parties de vendre des produits différents, produisant ainsi vraisemblablement des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

³⁰⁵

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.

515. Accord de normalisation sans divulgation des DIP

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 la 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. En conséquence, il a 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, si 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

516. 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»)³⁰⁶. Ces conditions générales sont couvertes par les présentes lignes directrices à condition qu'elles établissent des conditions types de vente ou d'achat de biens ou de services entre concurrents et consommateurs (et non les conditions de vente ou d'achat entre concurrents) pour des produits de substitution. Lorsque ces conditions générales sont

³⁰⁶ Ces conditions générales peuvent ne couvrir qu'une petite partie des clauses contenues dans le contrat final ou une partie importante de celles-ci.

largement utilisées dans un secteur, les conditions d'achat ou de vente appliquées dans ce dernier peuvent être alignées de facto³⁰⁷. 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.

517. Les conditions générales élaborées à titre individuel par une entreprise pour son propre usage exclusif lorsqu'elle passe un contrat avec ses fournisseurs ou clients ne sont pas des accords horizontaux et ne sont dès lors pas couvertes par les présentes lignes directrices.

8.2. Marchés en cause

518. En ce qui concerne les conditions générales, les effets se font généralement ressentir sur le marché en aval sur lequel les entreprises qui appliquent ces conditions générales se font concurrence en vendant leur produit à leurs clients.

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

8.3.1. Principaux problèmes de concurrence

519. 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 classiques, les conditions générales de vente ne limitent généralement pas l'innovation du produit existant, ni à la qualité ou la diversité des produits.
520. En outre, selon leur contenu, les conditions générales risquent de nuire aux conditions commerciales du produit final. Il existe notamment un risque sérieux de voir les conditions générales relatives au prix limiter la concurrence par les prix.
521. Par ailleurs, si les conditions générales deviennent pratique courante dans le secteur, il pourrait être vital de pouvoir y accéder pour entrer sur le marché. Dans de tels cas, refuser l'accès aux conditions générales risquerait de provoquer une éviction anticoncurrentielle. Tant que les conditions générales restent effectivement ouvertes à quiconque souhaite y avoir accès, il est peu probable qu'elles provoquent une éviction anticoncurrentielle.

8.3.2. Restriction de la concurrence par objet

522. 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.

³⁰⁷ Tel est le cas lorsque des conditions générales (non juridiquement contraignantes) 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.

523. Toutes les conditions générales contenant des dispositions qui influencent directement les prix imposés aux clients (prix conseillés, rabais, etc.) constitueraient une restriction de la concurrence par objet.

8.3.3. Effets restrictifs sur la concurrence

524. L'établissement et l'utilisation de conditions générales doivent être évalués dans le contexte économique adéquat et à la lumière de la situation du marché en cause afin de déterminer si les conditions générales en question sont susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence.

525. Tant que la participation à l'établissement effectif 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 que les conditions générales établies sont **non contraignantes** et **effectivement accessibles** à chacun, de tels accords ne sont pas susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence (en tenant compte des réserves émises aux points 527 à 531).

526. Des conditions générales effectivement accessibles et non contraignantes portant sur la vente de biens de consommation ou de services (dans l'hypothèse où elles n'ont aucun effet sur le prix) n'ont donc généralement aucun effet restrictif sur la concurrence, étant donné qu'il est peu probable qu'elles aient un effet négatif sur la qualité des produits, leur diversité ou l'innovation. Il existe toutefois deux exceptions générales qui nécessiteraient une appréciation plus approfondie.

527. Premièrement, des conditions générales portant sur la vente de biens ou de services de consommation qui définissent le champ d'application du produit 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 résulter en 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 variété 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 pratique des éléments clés du contrat, comme les risques types couverts. Même si l'utilisation des conditions générales n'est pas obligatoire, elles peuvent nuire aux incitations poussant les concurrents à se livrer concurrence en matière de diversification des produits. Il serait possible de surmonter cela en donnant la possibilité aux assureurs d'inclure également les risques autres que les risques types dans leurs contrats d'assurance.

528. Afin de déterminer si les conditions générales pourraient avoir des effets restrictifs en raison d'une limitation du choix de produits, il convient de tenir compte d'éléments 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 que le choix soit plus limité semblera moins grand que s'il n'y a que quelques fournisseurs plus importants³⁰⁸. Les parts de marché des entreprises prenant part à l'établissement des conditions générales peuvent également fournir une certaine indication de la probabilité d'un recours aux conditions générales ou de l'utilisation de celles-ci par

³⁰⁸ 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 moins grande pour ce qui est de la différenciation des produits, on pourrait en déduire que le même type de conditions générales élaborées pour un produit proche ne produira pas davantage d'effets restrictifs sur la concurrence.

une grande partie du marché. À cet égard, toutefois, il convient d'examiner non seulement si les conditions générales élaborées 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 les conditions générales sont exhaustives, moins elles devraient avoir pour effet, globalement, de limiter la diversité des produits). En outre, s'il n'aurait pas été possible, en l'absence d'élaboration de conditions générales, 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.

529. Deuxièmement, même si les conditions générales ne définissent pas le champ d'application réel du produit final, elles peuvent constituer un volet essentiel de la transaction avec le client pour d'autres raisons. Un exemple serait 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.). Comme il leur est difficile de porter une appréciation claire sur tous ces éléments, les clients seront enclins à privilégier des pratiques répandues, et les conditions générales concernant ces éléments pourraient se muer en une norme de facto, que les entreprises devraient respecter pour pouvoir vendre sur le marché. Sans être contraignantes, ces conditions générales deviendraient cependant une norme de fait dont les effets sont très proches de ceux d'une norme contraignante et qui doivent être analysés en conséquence.
530. Si l'utilisation de conditions générales est contraignante, il convient d'apprécier leur impact sur la qualité des produits, leur diversité et l'innovation (notamment si les conditions générales sont contraignantes sur l'ensemble du marché).
531. En outre, si les conditions générales (contraignantes ou non) devaient contenir des clauses susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence en ce qui concerne les prix (par exemple, des clauses définissant le type de remises à accorder), elles seraient susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

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

8.4.1. Gains d'efficacité

532. Le recours à des conditions générales peut entraîner des avantages économiques, tels que permettre aux clients de comparer plus aisément les conditions offertes et de pouvoir se tourner plus facilement vers une autre entreprise. Les conditions générales peuvent aussi entraîner des gains d'efficacité 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'efficacité peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.
533. Plus le nombre de concurrents présents sur le marché est élevé, plus le gain d'efficacité tenant en une comparaison plus aisée des conditions proposées sera important.

8.4.2. Caractère indispensable

534. Les restrictions qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité pouvant être générés par des conditions générales ne remplissent pas les

critères visés à l'article 101, paragraphe 3. En règle générale, il n'est pas justifié de rendre des conditions générales contraignantes et obligatoires pour le secteur. Il n'est toutefois pas exclu que rendre des conditions générales contraignantes soit, dans certains cas particuliers, indispensable à la réalisation des gains d'efficience générés.

8.4.3. Répercussion sur les consommateurs

535. Le risque d'effets restrictifs sur la concurrence et la probabilité de gains d'efficience sont proportionnels aux parts de marché des entreprises 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 donnant à penser que des gains d'efficience seront répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence.
536. 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 découlant des clauses énoncées dans les conditions générales, 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

537. 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 qu'une partie limitée du produit ou du service, la concurrence n'est pas susceptible de disparaître.

8.5. Exemples

538. Conditions générales non contraignantes et ouvertes s'appliquant à des contrats avec des utilisateurs finaux

Exemple 1

Situation: Un groupement de distributeurs d'électricité instaure des conditions générales non contraignantes pour la fourniture d'électricité à des utilisateurs finaux. L'instauration de ces conditions générales s'effectue 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 sur aucun aspect lié aux prix, elles ne contiennent 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: Ces conditions générales ne sont pas susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Même si elles sont devenues courantes dans le secteur, elles ne semblent avoir aucun impact négatif appréciable sur les prix, la qualité des produits ou leur variété.

539. 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 contraignantes 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 (comme 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: Ces conditions générales ne sont pas susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Il ne devrait normalement y avoir 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.

540. 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 contraignantes 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 à des 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 une base non discriminatoire.

Analyse: Ces conditions d'assurance types portent sur la composition du produit final. Si les conditions du marché et d'autres facteurs montraient qu'il pourrait y avoir un risque de restriction de la diversité des produits en raison du fait que les entreprises d'assurance utilisent ces conditions types, il est probable qu'un tel risque serait compensé par des gains d'efficacité, tels que le fait de faciliter, pour les consommateurs, la comparaison entre les conditions offertes 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, le changement 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 pourrait, dans certains cas, augmenter la probabilité que les gains d'efficacité qui ne profitent pas automatiquement aux consommateurs soient néanmoins 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 critères énoncés à l'article 101, paragraphe 3, soient remplis.

9. ACCORDS DE DURABILITÉ

9.1. Introduction

541. Le présent chapitre se concentre sur l'appréciation des accords passés entre concurrents poursuivant au moins un objectif de développement durable («accords de durabilité»).
542. Le développement durable est un principe clé du traité sur l'Union européenne de même qu'un objectif prioritaire pour les politiques de l'Union³⁰⁹. La Commission s'est engagée à concrétiser les objectifs de développement durable des Nations unies³¹⁰. 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 ressources³¹¹.
543. 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)³¹². La notion d'objectif 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), l'élimination de la pollution, la limitation de l'utilisation des ressources naturelles, le respect des droits de l'homme, 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.³¹³

³⁰⁹ Article 3 du TUE.

³¹⁰ Le Programme de développement durable à l'horizon 2030, adopté par l'ensemble des États membres des Nations unies en 2015.

³¹¹ 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.

³¹² Voir, par exemple, la résolution 66/288 de l'ONU adoptée par l'Assemblée générale le 27 juillet 2012.

³¹³ Le Programme de développement durable à l'horizon 2030 de l'ONU recense 17 objectifs de développement durable (y compris, par exemple, 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

544. 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.
545. 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. De telles défaillances du marché peuvent être atténuées ou résolues grâce à des actions collectives, par exemple via des politiques publiques, des règlements spécifiques au secteur ou des accords de coopération conclus entre les entreprises qui favorisent la production ou la consommation durables.
546. 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») et 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 devenir essentiels s'il subsiste des défaillances résiduelles du marché qui ne sont pas pleinement abordées par les politiques publiques et les réglementations.
547. Les objectifs de développement durable peuvent être poursuivis au moyen de divers types d'accords de coopération, y compris ceux mentionnés dans les chapitres précédents des présentes lignes directrices. Les accords qui œuvrent à la réalisation des objectifs de développement durable ne constituent pas un type distinct d'accords de coopération. Le terme «accord de durabilité» employé dans les présentes lignes directrices renvoie généralement à tout type d'accord de coopération horizontale qui nourrit l'ambition réelle de réaliser un objectif de développement durable ou plus, indépendamment de la forme de coopération. Lorsqu'un accord de durabilité concerne un type de coopération décrit dans l'un des chapitres précédents des présentes lignes directrices, son appréciation sera régie par les principes et les considérations exposés dans ces chapitres, sans oublier de tenir compte de l'objectif de développement durable spécifique poursuivi.
548. Les accords de durabilité ne posent des problèmes de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, que s'ils restreignent sérieusement la concurrence sous la forme de restrictions par objet ou s'ils produisent des effets négatifs appréciables sur la concurrence en violation de l'article 101, paragraphe 1. Lorsque les accords de durabilité contreviennent à l'article 101, paragraphe 1, ils peuvent tout de même être justifiés par l'article 101, paragraphe 3, si les quatre conditions de cette disposition sont satisfaites. Des lignes directrices détaillées pour l'appréciation desdites conditions sont formulées dans les lignes directrices de la Commission concernant

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 privilégiant un accès universel, financièrement abordable et équitable; 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).

l'application de l'article 101, paragraphe 3³¹⁴. Les accords qui restreignent la concurrence ne sauraient être exemptés de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, pour la seule raison qu'ils sont nécessaires à la poursuite de l'objectif de développement durable³¹⁵. Malgré cela, les restrictions auxiliaires à un accord de durabilité qui est conforme à l'article 101, paragraphe 1, ne relèveront pas non plus du champ d'application de cette disposition³¹⁶.

549. Le présent chapitre renferme des orientations supplémentaires pour l'appréciation de ces conditions, en précisant particulièrement dans quelles situations les avantages en matière de durabilité peuvent être considérés comme des gains d'efficacité qualitatifs ou quantitatifs dans l'appréciation au titre de l'article 101, paragraphe 3.
550. Le présent chapitre est structuré de la manière suivante: La section 9.2 formule des exemples d'accords de durabilité qui ne sont pas susceptibles de soulever des problèmes de concurrence, du fait qu'ils ne restreignent pas la concurrence par objet et qu'ils ne produisent aucun effet appréciable sur la concurrence et tombent dès lors en dehors du champ d'application 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 typiques qui fixent des normes en la matière. La section 9.4 cible les aspects particuliers de l'appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 3. La section 9.5 étudie les conséquences de la participation des autorités publiques dans la conclusion des accords de durabilité. Enfin, la section 9.7 apporte une appréciation des exemples hypothétiques d'accords de durabilité.

9.2. Accords de durabilité ne soulevant pas de problèmes de concurrence

551. Tous les accords de durabilité passés entre concurrents ne tombent pas sous le coup de l'article 101. Lorsque ces accords ne bouleversent pas 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 exemples qui suivent sont illustratifs et non exhaustifs.
552. Premièrement, les accords qui ne portent pas sur l'activité économique des concurrents, mais sur leur comportement d'entreprise interne, ne relèvent généralement pas du champ d'application de l'article 101. Les concurrents peuvent chercher à accroître la réputation générale du secteur en ce qui concerne le respect de l'environnement et, à cette fin, s'accorder pour adopter par exemple des mesures visant à éliminer les produits en plastique à usage unique dans les locaux de leurs

³¹⁴ 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).

³¹⁵ Le TFUE prévoit expressément des exceptions à l'application des règles de concurrence aux fins uniques de la poursuite d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2, du traité et de la réalisation des objectifs de la politique agricole commune au titre de l'article 42 du traité. Voir également les affaires dans lesquelles la Cour de justice a reconnu que les restrictions inhérentes aux objectifs légitimes poursuivis par certaines professions peuvent échapper à l'interdiction visée à l'article 101, paragraphe 1, si les effets restrictifs sur la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs (voir arrêt du 19 février 2002, Wouters et autres, C-309/99, EU:C:2002:98; et arrêt du 16 juillet 2006, Meca-Medina et Majcen/Commission, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

³¹⁶ Voir la section 1.2.6 ci-dessus.

entreprises, à ne pas dépasser une température ambiante définie dans les bâtiments ou à limiter le nombre d'impressions par jour.

553. Deuxièmement, les accords relatifs à la création d'une base de données renfermant des informations sur les fournisseurs qui disposent d'une chaîne de valeur durable, ont recours à des procédés de production durables et fournissent des intrants durables, ou sur les distributeurs qui vendent les produits de manière durable, sans qu'ils imposent aux parties d'acheter auprès de ces fournisseurs ou de vendre à ces distributeurs, ne soulèveront en général pas de problèmes de concurrence au sens de l'article 101.
554. Troisièmement, 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 de l'empreinte environnementale de leurs habitudes de consommation, sans que ces campagnes ne constituent une promotion commune de produits spécifiques, sont de manière générale également incapables de poser des problèmes de concurrence au sens de l'article 101.

9.3. Appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 1

9.3.1. Principes

555. Lorsque les accords de durabilité touchent un paramètre de la concurrence ou plus, il se peut qu'ils doivent être appréciés au regard de l'article 101, paragraphe 1.
556. Les accords de durabilité correspondant à un des types d'accord de coopération abordés dans les chapitres précédents des présentes lignes directrices seront appréciés au regard de l'article 101, paragraphe 1, tel que décrit dans lesdits chapitres. À titre d'exemple, un accord passé entre concurrents pour la mise au point conjointe d'une technologie de production permettant de réduire la consommation énergétique doit être apprécié selon les principes formulés au chapitre 2 (accords de R&D). Un accord prévoyant le partage d'infrastructures en vue de réduire l'empreinte environnementale d'un procédé de production doit être apprécié selon les principes exposés au chapitre 3 (accords de production).
557. Un accord entre concurrents visant à se procurer conjointement des produits dont l'empreinte environnementale est limitée comme des intrants nécessaires à leur production, ou à acheter uniquement auprès de fournisseurs se conformant à certains principes de durabilité, doit être apprécié dans le respect des principes énoncés dans le chapitre 4 (accords d'achat)³¹⁷.
558. De même, les accords de durabilité qui prennent la forme d'accords de R&D ou de spécialisation sont couverts par les règlements d'exemption par catégorie respectifs, pour autant que les conditions d'exemption prévues dans lesdits règlements soient satisfaites.
559. On peut garder à l'esprit que l'accord poursuit réellement un objectif de développement durable au moment de déterminer si la restriction en question est une restriction par objet ou par effet au sens de l'article 101, paragraphe 1³¹⁸.

³¹⁷ Voir la section 4.2.3.2 ci-dessus.

³¹⁸ Afin d'apprécier si un accord entre entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour la concurrence pour être considéré comme une restriction de la concurrence «*par objet*» au sens de l'article 101, paragraphe 1, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il

560. À cet égard, lorsque les parties soutiennent qu'un accord qui semble viser la fixation des prix, la répartition du marché ou des clients, la limitation de la production ou de l'innovation, poursuit en vérité un objectif de développement durable, lesdites parties seront tenues d'avancer tous les faits et éléments de preuve démontrant que l'accord œuvre réellement à la réalisation de cet objectif et ne sert pas à dissimuler une restriction par objet de la concurrence. S'il ressort des éléments de preuve que l'accord poursuit effectivement un véritable objectif de développement durable, ses effets sur la concurrence devront être appréciés³¹⁹.

9.3.2. Accords de normalisation en matière de durabilité

9.3.2.1. Définitions et caractéristiques

561. 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 combustibles fossiles tels que le pétrole et le charbon, les plastiques) et les procédés (comme le brûlage de gaz aux torchères) non durables par des alternatives durables. Les concurrents peuvent en outre vouloir s'accorder sur les matériaux d'emballage de sorte à faciliter le recyclage ou sur les tailles d'emballage (et donc la composition du produit) en vue de réduire les déchets. Par ailleurs, il se peut que les concurrents veuillent convenir de n'acheter des intrants pour la production que si les produits concernés sont fabriqués d'une manière durable. Pareillement, les concurrents sont susceptibles de désirer s'harmoniser en ce qui concerne certaines conditions améliorant le bien-être animal (par exemple des normes convenues visant à accorder davantage d'espace aux animaux). 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».

562. Les accords de normalisation en matière de durabilité précisent les exigences que les producteurs, commerçants, fabricants, détaillants ou prestataires de services opérant sur la chaîne d'approvisionnement sont susceptibles de devoir respecter en ce qui concerne une large gamme potentielle d'indicateurs de durabilité, tels que les incidences environnementales de la production³²⁰. 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 méthodes de production 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 établis unilatéralement par les entreprises aux normes dirigées par une organisation de la société civile en passant par les initiatives pluripartites impliquant des entreprises actives sur l'ensemble de la chaîne de valeur³²¹. Les présentes lignes

visé à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Voir arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 53.

³¹⁹ En principe, les éléments de preuve étayant la poursuite d'un objectif de développement durable doivent être tels qu'ils justifient un doute raisonnable quant à l'objet anticoncurrentiel de l'accord. En revanche, la poursuite de l'objectif de développement durable ne devrait faire l'ombre d'aucun doute. Voir, par analogie, arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, points 107 à 108.

³²⁰ Voir, par exemple, le Forum des Nations unies sur les normes de durabilité, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>

³²¹ 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

directrices n'abordent que les normes de durabilité élaborées par les concurrents ou auxquelles les concurrents prennent part, y compris les marques ou labels de qualité.

563. Les accords de normalisation en matière de durabilité présentent des similitudes avec les accords de normalisation abordés au chapitre 7. Toutefois, ils montrent aussi des caractéristiques atypiques, ou plus prononcées, par rapport auxdits accords de normalisation.
564. Premièrement, l'adoption d'une norme de durabilité peut souvent déboucher sur la création d'un label, d'un logo ou d'une marque écologiques pour les produits qui respectent certaines exigences minimales. Le recours à un tel label, logo ou à une telle marque oblige en principe les parties ayant adopté la norme à s'y conformer. Ces entreprises peuvent se servir du label/logo/de la marque tant qu'elles remplissent les conditions de durabilité, car elles perdront le droit d'utiliser ce label/logo/cette marque si elles ne respectent plus ces conditions.
565. 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 commerce existants en vue de la mise en conformité. 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.
566. Troisièmement, contrairement aux normes techniques, qui garantissent l'interopérabilité et stimulent la concurrence entre les technologies d'entreprises diverses dans le processus d'élaboration des normes, les enjeux d'interopérabilité et de compatibilité entre les technologies ne sont généralement pas pertinents pour les normes de durabilité.
567. 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 prescrivent souvent un objectif à atteindre sans imposer des technologies ou des méthodes de production spécifiques. Les entités adoptant des normes de durabilité peuvent s'engager à réaliser l'objectif tout en restant libres de décider de l'utilisation d'une technologie ou d'un procédé de production particuliers aux fins de leur engagement.

9.3.2.2. Principaux problèmes de concurrence

568. Les accords de normalisation en matière de durabilité ont souvent des retombées positives sur la concurrence. Ils contribuent au développement durable et, dès lors, peuvent permettre l'élaboration de nouveaux produits ou marchés, accroître la qualité des produits ou améliorer 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.
569. Pourtant, dans certaines circonstances, les normes de durabilité peuvent aussi restreindre la concurrence. Cela peut se produire de trois principales façons: la

coordination des prix, l'exclusion d'autres normes et l'exclusion de certains concurrents ou la discrimination envers ces derniers³²².

9.3.2.3. Restriction par objet

570. Les normes de durabilité qui ne poursuivent pas réellement un objectif de développement durable, mais dissimulent 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.

571. 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 via des prix de vente plus élevés restreint la concurrence par objet. De même, un accord conclu entre les parties à la norme de durabilité qui vise à exercer une pression sur des tiers pour qu'ils s'abstiennent de commercialiser des produits non conformes à ladite norme restreint la concurrence par objet.

9.3.2.4. Effets restrictifs sur la concurrence

(a) Zone de sécurité indirecte

572. Lorsqu'un accord ne peut être qualifié de restriction par objet, il ne peut enfreindre l'article 101, paragraphe 1, que s'il produit des effets négatifs appréciables sur la concurrence. Néanmoins, les accords de normalisation en matière de durabilité ne sont pas à même de produire des retombées négatives appréciables sur la concurrence et ne relèveront pas de l'article 101, paragraphe 1, si les conditions cumulatives qui suivent sont satisfaites:

Premièrement, la procédure d'élaboration de la norme de durabilité est transparente et l'ensemble des concurrents intéressés peut prendre part au processus débouchant sur la sélection de la norme³²³.

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 dernière³²⁴.

Troisièmement, les entreprises impliquées doivent rester libres d'adopter pour elles-mêmes une norme de durabilité plus stricte que celle convenue avec les autres parties à l'accord (par exemple elles peuvent décider de recourir à des intrants plus durables que ne l'exige la norme pour leur produit final).

Quatrièmement, les parties à la norme de durabilité ne doivent pas échanger d'informations commercialement sensibles qui ne sont pas essentielles à l'élaboration, à l'adoption ou à la modification de la norme.

Cinquièmement, l'accès effectif et non discriminatoire au résultat de la procédure de normalisation doit être garanti. Cela doit englober l'accès effectif et non discriminatoire aux exigences et aux conditions préalables à l'obtention du label convenu ou à l'adoption de la norme à une étape ultérieure par les entreprises n'ayant pas participé au processus d'élaboration de la norme.

³²² Voir les points 467 à 470.

³²³ Voir point 479.

³²⁴ En d'autres termes, les entreprises qui opèrent dans le secteur et qui ne désirent pas se conformer à la norme doivent rester libres et ne 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.

Sixièmement, la norme de durabilité ne doit pas déboucher sur une augmentation considérable du prix ou à une restriction conséquente de la diversité des produits disponibles sur le marché³²⁵.

Septièmement, il devrait exister un mécanisme ou un système de suivi afin de veiller à ce que les entreprises adoptant la norme de durabilité en respectent bien les exigences.

573. Ces conditions garantissent que la norme de durabilité n'évince pas d'autres normes innovantes et qu'elle n'exclut ou ne discrimine pas d'autres entreprises, de même qu'elles assurent un accès effectif à la norme. La condition interdisant tout échange inutile d'informations commercialement sensibles veille à ce que la procédure d'établissement de normes ne soit pas utilisée pour faciliter la collusion ou limiter la concurrence entre les parties. Tel que le souligne le point 565 ci-dessus, les normes de durabilité peuvent souvent entraîner une hausse des prix. Cependant, lorsque la norme est adoptée par des entreprises qui représentent une part du marché considérable, des économies d'échelle significatives peuvent être réalisées, ce qui permet aux entreprises de maintenir le niveau de prix antérieur ou d'appliquer une augmentation de prix négligeable seulement.
574. Le non-respect d'une de ces conditions ou plus ne donne pas lieu à une présomption selon laquelle l'accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Toutefois, si certaines de ces conditions ne sont pas satisfaites, il sera nécessaire d'apprécier tout particulièrement si, et dans quelle mesure, l'accord est à même de mener (ou mène réellement) à des effets négatifs appréciables sur la concurrence. Divers modèles peuvent exister pour les efforts de normalisation, et les entreprises sont 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 au point 572 ci-dessus.
- (b) Nécessité d'apprécier les effets de l'accord
575. Pour apprécier les effets d'une norme de durabilité, il convient de tenir compte de la couverture du marché des produits intégrant la norme. Les normes de durabilité peuvent ne pas provoquer d'effets anticoncurrentiels appréciables, car il existe une concurrence suffisante livrée par d'autres labels/normes de durabilité et/ou par des produits fabriqués et distribués de manière conventionnelle (autrement dit en dehors des labels/normes). La part du marché que l'accord en cause couvre est susceptible de ne pas suffire pour fausser la concurrence à un degré appréciable, en raison de la concurrence véritable de la part d'autres labels et/ou produits fabriqués et distribués conventionnellement. Même si la couverture du marché de l'accord est importante, les effets restrictifs sur la concurrence potentielle peuvent encore être suffisants, surtout dans les cas où l'accord de durabilité se limite à l'établissement d'un label, laissant aux entreprises impliquées la liberté d'opérer en dehors du label également. Si tel est le cas, les consommateurs auront la possibilité de choisir d'acheter des produits portant le label, ou des produits, vraisemblablement fabriqués par les mêmes

³²⁵ La politique de la concurrence se préoccupe des augmentations de prix découlant d'une restriction de la concurrence, et non des hausses de prix qui illustrent simplement l'amélioration de la qualité des produits. Toutefois, il est en pratique très compliqué d'établir une distinction entre les augmentations de prix résultant purement d'une meilleure qualité et celles qui sont aussi dues à la restriction de la concurrence. Ainsi, si l'envolée des prix ou la réduction de la qualité ne sont pas négligeables, les effets de l'accord devront être appréciés.

entreprises, qui ne se conforment pas au label, rendant de ce fait la restriction de la concurrence peu probable³²⁶. Dans les situations où un accord de normalisation 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, les parties à l'accord peuvent chercher à faire valoir l'article 101, paragraphe 3.

9.4. Appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 3

576. Tout accord de durabilité contrevenant à l'article 101, paragraphe 1, peut être exempté au titre de l'article 101, paragraphe 3, si les parties à l'accord prouvent que les quatre conditions cumulatives de cette disposition sont satisfaites.

9.4.1. Gains d'efficience

577. La première condition prévue à l'article 101, paragraphe 3, veut que l'accord en cause 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, comme 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 innovations³²⁷. Cela permet donc de prendre en considération, en tant que gains d'efficience, un large spectre d'avantages de durabilité découlant du recours à des intrants, des technologies, des procédés de production spécifiques.

578. Par exemple, les accords de durabilité peuvent produire des gains d'efficience tels que l'emploi de technologies de production ou de distribution plus propres, une pollution moindre, des meilleures conditions de production et de distribution, des infrastructures ou chaînes d'approvisionnement plus résilientes, des produits de meilleure qualité, etc. Grâce aux accords, il est en outre possible d'éviter les perturbations dans la chaîne d'approvisionnement, de réduire le temps de lancement des produits durables sur le marché et d'améliorer le choix du consommateur en facilitant la comparaison des produits. Ces gains d'efficience peuvent contribuer à un marché intérieur résilient.

579. Ils devront être justifiés et ne sauraient être simplement présumés³²⁸. Ils doivent également être objectifs, concrets et vérifiables. À titre d'exemple, si le gain d'efficience allégué est l'amélioration du produit, les parties sont tenues de démontrer les caractéristiques exactes de ladite amélioration. Si l'avantage allégué est, par exemple, le recul de la contamination des eaux, les parties doivent expliquer comment, précisément, l'accord contribue à ce recul et communiquer une quantification estimée de l'avantage allégué³²⁹.

³²⁶ Les accords conclus entre concurrents qui ne contiennent aucune restriction par objet peuvent aussi bénéficier de la zone de sécurité prévue par la communication de minimis à la condition, si l'accord est conclu entre concurrents, que la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause concernés par ledit accord. Voir la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis) (JO C 291 du 30.8.2014, p. 13).

³²⁷ Voir également les points 48 à 72 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

³²⁸ Voir également les points 50 à 58 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

³²⁹ 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

9.4.2. *Caractère indispensable*

580. Aux fins des présentes lignes directrices, il convient d'évaluer la troisième condition au titre de l'article 101, paragraphe 3, à savoir celle du caractère indispensable, avant la deuxième condition, celle de la partie équitable du consommateur. La raison derrière cela est que l'analyse de la partie équitable du consommateur ne doit pas comprendre les effets des potentielles restrictions ne remplissant pas la condition du caractère indispensable et étant donc interdites par l'article 101³³⁰.
581. En vertu de la troisième condition de l'article 101, paragraphe 3, l'accord restrictif doit s'abstenir d'imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des avantages procurés par l'accord. De manière à satisfaire à cette condition, les parties à l'accord doivent 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 réaliser³³¹.
582. 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 ces avantages, le marché récompensera les bonnes décisions et punira les mauvaises. Lorsqu'il existe une demande pour des produits durables, les accords de coopération ne sont pas indispensables pour l'obtention des avantages en matière de durabilité eux-mêmes. En revanche, ils peuvent être indispensables pour réaliser l'objectif de durabilité d'une manière plus rentable.
583. La politique et les règlements publics luttent souvent contre les externalités négatives. En règle générale, ils nourrissent cette ambition en imposant des règles et en exigeant des actions collectives, ce qui garantit des résultats efficaces sur le marché tenant compte des implications de durabilité des actions individuelles³³². Dès lors, lorsque le droit de l'Union ou national exige des entreprises qu'elles répondent à des objectifs concrets en matière de durabilité, les accords de coopération et les restrictions qu'ils sont susceptibles de provoquer ne sauraient être réputés indispensables à la réalisation de l'objectif. Cela s'explique par le fait que le législateur a déjà décrété que chaque entreprise est tenue, seule, d'atteindre l'objectif³³³. Dans ces circonstances, les accords de coopération peuvent être indispensables uniquement pour réaliser l'objectif d'une manière plus rentable.
584. D'autres situations peuvent voir le jour dans lesquelles, en raison de défaillances du marché, les avantages en matière de durabilité ne peuvent être conférés s'ils sont laissés à la libre interaction des forces du marché, ou peuvent être obtenus de manière plus rentable si les entreprises coopèrent. À titre d'exemple, un accord de

performance environnementale des produits et des organisations sur l'ensemble du cycle de vie (JO L 471 du 30.12.2021, p. 1).

³³⁰ Voir en particulier le point 39 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

³³¹ Voir en particulier les points 73 à 82 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

³³² Par exemple, les règlements environnementaux y œuvrent via les taxations, les interdictions ou les subventions.

³³³ 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 en particulier libérera ces quotas, ce qui débouche 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»).

durabilité peut s'avérer nécessaire pour éviter le parasitisme des investissements requis pour promouvoir un produit durable et éduquer les consommateurs (surmonter les «désavantages du premier à agir»).

585. Dans ce contexte, un accord restrictif est aussi susceptible d'être utile 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 du label. De même, les restrictions peuvent se révéler indispensables pour faire converger les incitations des parties et assurer que celles-ci vont axer leurs efforts sur la mise en œuvre de l'accord³³⁴. Si l'accord oblige les parties à ne pas opérer en dehors du label ou de la norme, ces dernières devront prouver en quoi le simple fait d'instaurer un label ou une norme ne suffira pas à obtenir les gains d'efficience. En règle générale, 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, une norme de durabilité plus stricte que la norme convenue conjointement.
586. Un accord peut également être nécessaire 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 même ou sur les conséquences de son utilisation, à mettre objectivement en balance les bénéfices futurs qu'ils obtiendront grâce à un accord et le préjudice immédiat qu'ils subissent à cause dudit accord, et que, de ce fait, ils sont amenés à surestimer l'importance de l'effet immédiat. À titre d'exemple, les consommateurs sont susceptibles de ne pas pouvoir apprécier les bénéfices futurs qui prendront la forme d'une qualité et d'une innovation améliorées, si l'effet immédiat se traduit par une hausse du prix du produit.
587. En règle générale, les obligations imposées par les accords de durabilité ne devraient pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif de l'accord.

9.4.3. Répercussion sur les consommateurs

588. 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 utilisateurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'accord³³⁵. 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, neutre³³⁶. En conséquence, les avantages en matière de durabilité résultant des accords doivent être associés aux consommateurs des produits couverts par ces accords.
589. Dans de nombreux cas, il peut être manifeste que soit les avantages en matière de durabilité ne sont pas liés aux consommateurs sur le marché en cause, soit ils ne suffiraient pas à compenser le préjudice causé sur ledit marché. Inversement, il peut survenir des situations dans lesquelles le préjudice concurrentiel est clairement insignifiant par rapport aux bénéfices potentiels, rendant l'appréciation détaillée

³³⁴ Voir en particulier le point 80 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3.

³³⁵ 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.

³³⁶ Voir point 85 des lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3, et également arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, point 72.

superflue. Toutefois, une appréciation détaillée ne peut être évitée dans certains autres cas.

9.4.3.1. Avantages individuels de la valeur d'usage

590. Les profits pour le consommateur proviennent généralement de la consommation ou de l'utilisation des produits couverts par l'accord soumis à l'appréciation. Ces profits 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 découlent de la consommation de tout autre produit. Ces profits 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 avec le produit concerné.
591. 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 par des matériaux plus durables dans toute une gamme de produits 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 la hausse du prix (en raison de l'utilisation convenue de matériaux durables plus coûteux) ou par la réduction du choix (en raison de la non-utilisation convenue d'un produit qui n'est pas durable). Si les profits sont assez importants pour contrebalancer le préjudice causé par l'augmentation du prix ou la réduction du choix, ils compenseront les consommateurs lésés par le même accord et satisferont donc à la deuxième condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3.
592. Dans les exemples qui précèdent, outre les avantages individuels de la valeur d'usage, les accords en question peuvent être assortis d'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 dont la société peut jouir aujourd'hui ou à l'avenir, 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 section 9.4.3.3).
593. Les accords œuvrant 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 proposer du détergent liquide concentré dans des bouteilles de taille réduite peut entraîner une baisse des coûts des matériaux, du transport et du stockage. Réciproquement, les accords visant à partager les infrastructures ou les services de distribution et de transport avec les concurrents peuvent permettre aux parties de réaliser des économies et donc de vendre le produit final à un prix plus faible. En effet, le préjudice de ces accords peut se traduire par un choix restreint pour les consommateurs, mais le profit tiré d'un prix réduit est susceptible de compenser ledit préjudice, et peut-être même de compenser la qualité

moins des services ou des produits³³⁷. 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

594. Les profits que le consommateur retire des accords de durabilité peuvent comprendre non seulement les profits directs découlant de l'utilisation d'un produit durable, mais également les profits indirects résultant de l'appréciation par le consommateur de l'incidence de sa consommation durable sur les autres. Plus particulièrement, certains consommateurs peuvent accorder plus de valeur à la consommation d'un produit durable qu'à la consommation d'un produit non durable, car le premier est à l'origine d'une incidence négative moindre sur les autres par rapport au dernier.
595. Par exemple, les consommateurs peuvent choisir un liquide de lavage précis non pas parce qu'il lave mieux, mais parce qu'il contamine moins l'eau. Pareillement, les consommateurs peuvent être prêts à déboursier davantage pour des meubles fabriqués à partir de bois provenant de forêts durablement cultivées et exploitées, non pas en raison de la meilleure qualité des meubles, mais parce que les consommateurs souhaitent mettre fin à la déforestation et à la perte d'habitats naturels. Dans le même ordre d'idées, les conducteurs peuvent se porter sur 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.
596. Dans ces circonstances, l'expérience d'utilisation du produit par les consommateurs n'est pas directement optimisée. Néanmoins, les consommateurs sont prêts à payer plus cher pour un produit durable ou à limiter leur choix de consommation en se privant de la version non durable du produit, 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 personnelle/individuelle de l'incidence sur les autres, y compris sur les non-utilisateurs en dehors du marché en cause.
597. Les consommateurs disposés à payer davantage pour ces produits les perçoivent comme étant d'une meilleure qualité, précisément en raison des avantages qui profitent aux autres. Dès lors, d'un point de vue économique, ces avantages qualitatifs indirects ne diffèrent pas des avantages classiques d'amélioration de la qualité, qui augmentent la valeur d'usage directe d'un produit, comme étudié ci-dessus dans la section 9.4.3.1. Étudier la disposition des consommateurs à payer, à travers des sondages effectués auprès des consommateurs par exemple, peut permettre de mesurer ces avantages indirects de la valeur de non-usage.
598. Il est possible de déceler un écart entre ce que les consommateurs affirment être leurs préférences et ce que leur comportement d'achat laisse entrevoir. Cela peut révéler que les préférences énoncées sous-estiment ou, au contraire, surestiment les préférences réelles. Pour atténuer ces biais liés aux choix hypothétiques proposés dans les sondages, ces derniers doivent fournir un contexte utile et adéquat. En outre, il peut être nécessaire que les questions posées tiennent compte des normes

³³⁷ 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.

sociétales, des connaissances et des habitudes du consommateur ou des attentes vis-à-vis du comportement des autres.

599. 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 apporter des preuves convaincantes démontrant les véritables préférences des consommateurs. Les parties à l'accord devraient éviter de superposer leurs propres préférences aux consommateurs.

600. Dans le cadre de l'appréciation de la disposition des consommateurs à payer, il est superflu d'apprécier la disposition de chaque consommateur sur le marché en cause. Aux fins de l'enquête, il suffit que l'appréciation repose sur une fraction représentative de l'ensemble des consommateurs sur le marché en cause³³⁸.

9.4.3.3. Avantages collectifs

601. 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 action collective, 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'un groupe plus large dans la société³³⁹. 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 liés au recours à cette technologie respectueuse de l'environnement se matérialisent, un accord dont l'ambition est d'éliminer progressivement la technologie polluante peut être requis. Ces avantages sont appelés «avantages collectifs», car ils surviennent indépendamment de l'appréciation individuelle du produit par le consommateur et peuvent objectivement se répercuter sur les consommateurs sur le marché en cause si ces derniers font partie d'un groupe plus large de bénéficiaires.

602. Bien que la mise en balance des effets négatifs et des avantages découlant 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 obtenus sur des marchés séparés peuvent être pris en considération, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle qui bénéficie des gains d'efficacité soient substantiellement les mêmes³⁴⁰.

³³⁸ Arrêt du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, point 72.

³³⁹ La défaillance du marché dans ces situations réside généralement dans le fait que la consommation non durable produit des externalités négatives sur autrui. Ces externalités (telles que les émissions) ne sont pas totalement internalisées par les acheteurs individuels et sont donc excessives. De la même manière, la défaillance du marché peut également prendre la forme d'externalités positives résultant de la consommation durable que les consommateurs exercent les uns sur les autres. Ces externalités sont insuffisantes sur le marché libre, essentiellement pour la même raison.

³⁴⁰ 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 la décision de la Commission du 23 mai 2013 dans l'affaire AT.39595 — *Air Canada/United Airlines/Lufthansa* («STAR Alliance»).

603. Par analogie, lorsque les consommateurs sur le marché en cause se croisent de façon substantielle avec les 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 inclus, s'ils sont suffisamment importants pour compenser le préjudice que les consommateurs subissent sur le marché en cause³⁴¹.
604. 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 les bénéficiaires (les citoyens) peut être établi, les avantages en matière de durabilité découlant d'un air plus propre sont en principe utiles à l'appréciation et peuvent être pris en considération s'ils sont suffisamment importants pour compenser le préjudice que les consommateurs subissent sur le marché en cause. Inversement, les consommateurs peuvent acheter des vêtements en coton durable dont la culture requiert un usage moindre de substances chimiques et d'eau. Ces bénéfices environnementaux pourraient, en principe, être pris en considération comme étant des avantages collectifs. Pourtant, un croisement considérable entre les consommateurs achetant les vêtements et les bénéficiaires de ces bénéfices environnementaux est invraisemblable, car ces bénéfices 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. Dans la mesure où les consommateurs sont disposés à payer davantage si leurs vêtements sont fabriqués à partir de coton cultivé de manière durable, les bénéfices environnementaux locaux peuvent compter pour des avantages individuels à valeur nulle pour les consommateurs des vêtements (voir la section 9.4.3.2).
605. 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 producteurs de machines à laver sur dix s'accordent pour renoncer aux variantes plus polluantes, l'accord sera alors peu susceptible de pouvoir empêcher le parasitisme et donc de réduire suffisamment la pollution, car les consommateurs intéressés pourront toujours se procurer les variantes polluantes auprès d'un ou plusieurs des fournisseurs restants³⁴².
606. Pour que les avantages collectifs soient pris en considération, les parties devraient 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 survenir;
 - (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 partie; et

³⁴¹ 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.

³⁴² Dans cet exemple toutefois, ce n'est pas que l'avantage éventuel de l'accord qui se retrouve limité en raison d'une couverture insuffisante, mais également le préjudice concurrentiel potentiel (pour essentiellement les mêmes raisons).

(d) de démontrer quelle part des avantages collectifs qui voient ou verront probablement le jour en dehors du marché en cause se répercute sur les consommateurs du produit vendu sur ledit marché.

607. Les éléments de preuve étayant l'existence d'avantages collectifs qui reposent sur des rapports d'autorités publiques ou sur des rapports préparés par des organisations universitaires reconnues peuvent être particulièrement utiles aux fins de l'appréciation.

608. Lorsque les données permettant une analyse quantitative des avantages en cause ne sont pas disponibles, il doit être possible de prévoir un effet positif sur les consommateurs clairement reconnaissable et non un effet marginal. L'expérience actuelle en ce qui concerne la mesure et la quantification des avantages collectifs reste sporadique. La Commission sera en mesure d'apporter des orientations complémentaires sur cette question après avoir accumulé une expérience en la matière en traitant des affaires concrètes, ce qui permettra la mise au point de méthodes d'appréciation.

9.4.3.4. Un ou tous les types d'avantages

609. Dans chaque cas, les parties à l'accord de durabilité sont libres d'apporter des éléments de preuve et des arguments pour soutenir les allégations relatives à l'un ou à l'ensemble des trois types d'avantages pour le consommateur. Le choix des parties peut dépendre de la spécificité du cas 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 formulées à l'article 101, paragraphe 3, alors que dans d'autres cas, les avantages individuels de la valeur de non-usage ou les avantages collectifs suffiront. Dans d'autres cas encore, une combinaison de deux types d'avantages, ou les trois types peut être possible.

9.4.4. *Absence d'élimination de la concurrence*

610. 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, la condition garantit que, peu importe l'étendue des avantages, un certain degré de concurrence résiduelle subsistera toujours sur le marché concerné par l'accord.

611. Cette dernière condition peut être remplie quand bien même l'accord responsable de la restriction de la concurrence couvre l'industrie dans son intégralité, tant que les parties à l'accord continuent de se livrer une concurrence vigoureuse sur au moins un aspect crucial de la concurrence. Par exemple, si l'accord élimine la concurrence en ce qui concerne la qualité ou la diversité, mais que la concurrence sur les prix est aussi un paramètre essentiel de la concurrence dans l'industrie en cause et qu'elle n'est aucunement restreinte, cette condition peut tout de même être satisfaite.

612. 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.

613. 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 entre eux ne sera pas éliminée s'ils continuent de rivaliser sur les prix et/ou la qualité du produit final.

614. Enfin, l'élimination de la concurrence pendant une période limitée, qui n'a aucune incidence sur le développement de la concurrence après cette période, ne constituera 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 durable de substitution sur le marché et afin de sensibiliser le consommateur aux propriétés du nouveau produit, remplira la dernière condition relative à la concurrence.

9.5. Participation des autorités publiques

615. La participation des autorités gouvernementales ou locales au processus de conclusion des accords de durabilité, ou le fait que ces autorités aient connaissance de ces accords, n'est pas en soi une raison de considérer ces accords comme compatibles avec les règles de concurrence. Une telle participation ou connaissance de la part des autorités publiques ne décharge pas les parties à l'accord de durabilité de leur responsabilité pour l'infraction à l'article 101, paragraphe 1. Pareillement, si les actions des autorités publiques se limitent à inciter ou à faciliter l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel autonome par les entreprises, ces dernières restent assujetties à l'article 101, paragraphe 1³⁴³.
616. Néanmoins, les parties à un accord de durabilité restreignant la concurrence ne seront pas tenues pour responsables des infractions au droit de la concurrence si elles ont été contraintes ou obligées par les autorités publiques de conclure l'accord ou si les autorités publiques renforcent les effets dudit accord³⁴⁴.

9.6. Exemples

617. Accord profitant de la zone de sécurité indirecte

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. 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. Collectivement, ils se sont accordés pour limiter

³⁴³ Arrêt du 9 septembre 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, point 56.

³⁴⁴ Arrêt du 12 décembre 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, point 38; arrêt du 5 décembre 2006, Cipolla et autres, C-94/04, EU:C:2006:758, point 47.

l'excès à 3 % au maximum afin de garantir que les boîtes de céréales restent faciles à utiliser et ont rendu leur décision publique. Les producteurs 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 un élément ayant une incidence sur le prix du produit, mais ils procèdent en toute transparence, permettant à chacun d'adopter l'approche convenue sans imposer de le faire. Aucun échange d'informations sensibles n'a lieu et le respect de la décision est facile à contrôler. En outre, les producteurs de céréales restent libres de rendre leur propre emballage encore plus compact s'ils le souhaitent. Par ailleurs, l'accord visant à limiter l'excès d'emballage produit un effet très faible sur le prix des céréales pour petit-déjeuner, voire les fait baisser, n'affecte pas la concurrence entre les producteurs 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 très limitée (compte tenu de l'incidence apparemment limitée de la stratégie de «surdimensionnement» des boîtes). L'accord satisfait donc aux conditions de zone de sécurité et ne tombe dès lors pas sous le coup de l'article 101, paragraphe 1. 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.

618. Accord sans effet appréciable sur la concurrence

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 concernés proviennent de fermes au sein desquelles des conditions minimales en matière d'utilisation sans danger des pesticides sont respectées. Ces entreprises restent libres de commercialiser des fruits également sous d'autres labels. 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 pour les fruits vendus sous le label dans l'UE vont désormais de 2,6 % pour les ananas à 14,7 % pour les mangues. Les mêmes commerçants opérant en dehors du label ainsi que d'autres commerçants non parties à l'accord fournissent le reste du marché.

Analyse: Le prix plus élevé des fruits commercialisés sous le label FTF peut donner lieu à une appréciation des effets de l'accord. Pour autant, compte tenu des modestes parts de marché occupées par les produits couverts par l'accord sur les différents

marchés de l'Union, 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 la participation au label FTF est volontaire et non exclusive et que la licence d'utilisation du label ne dépend que du respect de certaines conditions minimales, les accords portant mise en œuvre et attribution de licence du label sont peu susceptibles de produire des effets négatifs appréciables. Les accords ne tombent donc pas sous le coup de l'article 101, paragraphe 1. 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».

619. 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 3

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 facto 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.

620. Accord qui restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et qui ne remplit pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

Exemple 4

Situation: Tous les grands fabricants de meubles sur un marché précis conviennent d'introduire un label «arbre vert» pour les meubles fabriqués à partir de bois provenant de forêts cultivées durablement. Actuellement, la loi n'impose aucune norme de durabilité pour le bois. Les parties ont convenu d'appliquer la nouvelle norme, qui exige qu'au moins 30 % du bois utilisé pour la fabrication des meubles proviennent de forêts cultivées durablement, dans un délai de trois ans. Passé ce délai, tous les meubles produits par les parties à l'accord devront être conformes à la norme convenue et porteront le label «arbre vert». Les parties restent libres de fabriquer des meubles conformes (même) à des normes plus strictes sous d'autres labels. Certains des producteurs font déjà cela. La norme de durabilité convenue ralentit sans pour autant arrêter la réduction des zones forestières et la dégradation de leur biodiversité. Pour cette raison, les organisations non gouvernementales ont critiqué le label qui en fait selon elles «trop peu, trop tard».

Les producteurs de meubles qui ont signé l'accord disposent d'une part de marché cumulée de 85 %. À l'heure actuelle, les meubles fabriqués à partir de bois provenant de forêts cultivées et exploitées non durablement comptent pour environ 80 % des ventes totales des parties. Des fabricants plus petits vendant leurs meubles sous d'autres labels de durabilité détiennent les 15 % restants du marché. Les études commandées par les fabricants de meubles auprès de consultants tiers estiment que la mise en conformité avec la norme du label «arbre vert» augmentera le coût du bois de 40 % en moyenne, provoquant à son tour une hausse du coût de fabrication des meubles, dont le bois est le principal intrant, de 20 % en moyenne. Les coûts de production représentent en moyenne 60 % du prix final, les 40 % restants étant les coûts de distribution. On peut s'attendre à ce que l'augmentation du prix final des meubles soit en moyenne de 12 %.

Une étude publiée séparément révèle qu'en moyenne, les consommateurs sont prêts à payer 5 % plus cher pour des meubles fabriqués dans le respect de la norme «arbre vert» que pour des meubles en bois non durables. Cette étude s'appuie sur un sondage effectué auprès des consommateurs les questionnant sur leur disposition à payer pour des meubles fabriqués à partir de bois conforme à la norme du label «arbre vert» et sur une expérimentation des choix impliquant diverses options d'achat de meubles de normes et de prix différents.

Analyse: Compte tenu de la couverture du marché de l'accord et de l'envolée considérable des prix, l'accord est susceptible d'enfreindre l'article 101, paragraphe 1. Les potentiels gains d'efficience qui prennent la forme d'une amélioration de la durabilité de la culture et de l'exploitation des forêts sont peu susceptibles de déboucher sur des avantages pour les consommateurs compensant l'augmentation de prix attendue: l'ampleur de la disposition des consommateurs à payer révèle qu'en moyenne, les consommateurs attribuent beaucoup moins de valeur aux conditions de durabilité améliorées (à 5 % du prix final) que l'augmentation de prix escomptée de 12 %. Par ailleurs, il semble invraisemblable que l'accord soit indispensable pour rehausser les normes de durabilité de la culture des forêts. Cela transparaît dans le fait que certaines des parties à l'accord et d'autres fabricants de meubles utilisent déjà des normes et labels plus stricts. En d'autres termes, la raison pour laquelle l'accord est nécessaire pour rehausser les normes de durabilité et pour laquelle l'action individuelle de chaque fabricant de meubles ne lui permettrait pas de rehausser les normes d'une façon similaire, voire d'une meilleure façon (en raison de la pression concurrentielle), n'est pas claire. L'accord ne remplit donc pas au moins deux des conditions de l'article 101,

paragraphe 3, et ne saurait donc bénéficier de l'exemption à l'interdiction prévue par l'article 101, paragraphe 1.

621. 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

Les fabricants de machines à laver produisent actuellement une gamme de machines, des modèles les plus récents, techniquement plus avancés, 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 d'une machine à laver des catégories F à H, le prix de la machine passera 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 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, 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 au profit des consommateurs, 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 utilisateurs 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 tomber sous le coup 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 collectif, iii) les consommateurs sur le marché en cause bénéficient des avantages économiques individuels 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 pour lesquels la concurrence peut être livrée, et est effectivement livrée.