

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 7 : Les comportements collusifs entre entreprises : les ententes anticoncurrentielles

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : L'entente anticoncurrentielle.....	p. 2
§ 1 : Un concours de volonté.....	p. 3
A - L'accord.....	p. 3
1. L'accord horizontal.....	p. 4
2. L'accord vertical.....	p. 5
B - Les pratiques concertées.....	p. 8
1. Définition des pratiques concertées.....	p. 8
2. Manifestation des pratiques concertées : les réunions anticoncurrentielles.....	p. 9
a) En droit européen.....	p. 9
b) En droit français.....	p. 11
3. Objet des pratiques concertées : les échanges d'informations.....	p. 14
4. La décision d'association d'entreprises.....	p. 16
§ 2 : Une entente portant atteinte à la concurrence.....	p. 17
A - L'atteinte à la concurrence.....	p. 17
1. L'objet anticoncurrentiel.....	p. 17
2. L'effet anticoncurrentiel.....	p. 20
B - La sensibilité de l'atteinte.....	p. 20
Section 2 : Le rachat de l'entente par le jeu de la règle de raison.....	p. 24
Section 3. L'exemption de l'entente anticoncurrentielle.....	p. 26
§ 1. Les exemptions individuelles.....	p. 27
§ 2. Les exemptions catégorielles.....	p. 28
A. L'exemption catégorielle des accords verticaux.....	p. 28
B. L'exemption catégorielle des accords de transfert de technologie.....	p. 30

Les ententes anticoncurrentielles sont prohibées par les articles [L. 420-1](#) du Code de commerce et 101 § 1 du TFUE (Section 1). La loi n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes a introduit une nouvelle variété d'entente prohibée *per se* : l'entente sur le marché de la réservation de véhicules avec conducteur. Selon l'article L. 420-2-2 (mieux aurait valu intégrer cette disposition à la suite de l'article L. 420-1) :

« Sont prohibés les accords, les pratiques concertées et les pratiques unilatérales ayant pour objet ou pour effet d'interdire ou de limiter substantiellement la possibilité pour une entreprise qui exécute des prestations de transport public particulier de personnes ou des services occasionnels de transport collectif de personnes effectués au moyen de véhicules légers :

1° De recourir simultanément à plusieurs intermédiaires ou acteurs de mise en relation avec des clients en vue de la réalisation de ces prestations ;

2° Sans préjudice de l'article L. 3142-5 du code des transports, de commercialiser sans intermédiaire les services de transport qu'elle exécute ;

3° De faire la promotion, au moyen de signes extérieurs sur le véhicule, d'une ou plusieurs offres de transport, y compris celles qu'elle commercialise sans intermédiaire. »

Contrairement aux abus de position dominante, la délimitation du marché pertinent n'est pas forcément automatique.

Exemple

La Cour d'appel de Paris rappelle ainsi qu'« *il résulte de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et de la jurisprudence tant nationales que de l'Union que, lorsque les pratiques en cause sont examinées au titre de la prohibition des ententes ou des pratiques concertées, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur a été suffisamment identifié pour permettre de qualifier les pratiques observées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en place* » (CA Paris, 19 juillet 2018, n° 16/01270, pt. 287. V. ADLC, déc. n° [18-D-15](#), 26 juillet 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de médicaments vétérinaires).

Les ententes anticoncurrentielles sont nulles (art. [L. 420-3](#) du Code de commerce et 101 § 2 TFUE), d'une nullité absolue qui peut être demandée par toute personne qui y a intérêt, et dont le juge national tire les conséquences. Il lui revient notamment de définir son étendue soit à l'égard de l'ensemble du contrat ou à l'égard des conventions qui sont liées à l'accord litigieux. Il lui appartient encore d'allouer des dommages et intérêts à la victime, qui peut être une partie à l'acte illicite (CJCE, 20 sept. 2001, aff. [C-453/99](#), *Courage* : JCP E 2002, I, 1289, n° 26).

Néanmoins, se côtoient les mauvaises ententes et les bonnes ententes, ces dernières pouvant être « rachetées » par application de la règle de raison (Section 2) ou exemptées (Section 3).

Section 1 : L'entente anticoncurrentielle

L'article 101 § 1 du TFUE pose le principe d'interdiction des ententes anticoncurrentielles sans en donner vraiment la définition. Le texte dispose que sont interdits :

« Tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. »

Il ajoute ensuite une liste non exhaustive d'exemples de comportements restrictifs : fixation de prix d'achat ou de vente, répartition de marché, contrôle de production...

De son côté, l'article [L. 420-1](#) du Code de commerce prohibe : *« lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions... »*

Exemple

Comme l'explique par exemple le Tribunal de l'Union européenne, la question de l'existence d'un accord entre entreprises et celle du caractère restrictif de cet accord sont distinctes et doivent donc être examinées séparément (TPICE, 27 sept. 2006, aff. [T-168/01](#), GlaxoSmithKline).

L'entente anticoncurrentielle repose donc sur deux éléments : un concours de volonté entre au moins deux entreprises (§ 1) et une atteinte à la concurrence (§ 2).

§ 1 : Un concours de volonté

« Toutes les ententes supposent un concours de volontés quelle que soit la forme de cet accord, même s'il ne se formalise pas réellement » (Rapport de la Commission de la concurrence pour 1980, p. 223). La caractérisation d'une entente commande donc d'identifier au moins deux parties à celle-ci, deux entreprises (v. Leçon 6). Le droit européen, sur lequel nous nous fonderons, distingue trois catégories d'ententes : les accords (A), les pratiques concertées (B) et les décisions d'association d'entreprises (C). Les deux premières peuvent se cumuler ou être alternatives donnant lieu à ce que l'on appelle des infractions uniques et complexes car résultant d'un « plan d'ensemble » en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence (CJCE, 7 janv. 2004, aff. jointes. [C-204/00 P](#), [C-205/00P](#), [C-211/00P](#), [C-213/00P](#), [C-217/00P](#) et [C-219/00 P](#), Aalborg Portland e. a. c/ Commission – 6 déc. 2012, aff. [C-441/11 P](#), Commission c/ Verhuizingen Coppens – ADLC, déc. n° [11-D-17](#), 8 déc. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives). Comme le rappelle récemment le Tribunal de l'UE, « trois éléments sont déterminants aux fins de conclure à la participation d'une entreprise à une infraction unique et continue. Le premier concerne l'existence même de l'infraction unique et continue. Les différents comportements en cause doivent relever d'un "plan d'ensemble" disposant d'un objectif unique. Les deuxième et troisième éléments concernent l'imputabilité de l'infraction unique et continue à une entreprise » (Trib. UE, 24 septembre 2019, aff. [T-105/17](#), HSBC Holding plc, HSBC Bank plc et HSBC France c/ Commission, pt. 208 : *Europe* 2019, comm. n° 436, obs. L. Idot ; *L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence* 2019, n° 10, p. 6, obs. E. Dieny). Dans ces conditions, l'autorité n'a pas à qualifier l'infraction exclusivement au regard de l'une ou de l'autre de ces formes de comportement illicite. Néanmoins, elle devra établir la participation de chaque entreprise sur la période donnée ou sur une partie de celle-ci seulement (Trib. UE, 30 nov. 2011, aff. [T-208/06](#), Quin Barlo). Une entreprise peut être responsable des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre d'une infraction unique et continue. L'arrêt HSBC ([T-105/17](#), pt. 198 s.) est de loin le plus clair sur ce point en distinguant deux cas de figure.

- Soit l'entreprise a participé à une infraction unique et complexe par des comportements qui lui sont propres et qui visent à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, d'une part, et elle a eu connaissance des comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou elle pouvait raisonnablement les prévoir et elle était prête à en accepter le risque d'autre part ;
- Soit une entreprise n'a directement participé qu'à une partie des comportements anticoncurrentiels composant l'infraction unique et continue, mais a eu connaissance de l'ensemble des autres comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par les autres participants à l'entente dans la poursuite des mêmes objectifs, ou a pu raisonnablement les prévoir et avoir été prête à en accepter le risque.

Dans ces deux hypothèses, la Commission peut lui imputer l'infraction dans son ensemble.

Remarque

Le facilitateur d'entente, c'est-à-dire un opérateur se situant sur un autre marché et participant, en connaissance de cause, à l'entente, peut être condamné au même titre que les parties (V. CJUE, 22 oct. 2015, aff. [C-194/14P](#), AC-Treuhand. - Trib. UE, 10 nov. 2017, aff. [T-180/15](#), Icap. - V. Selinsky, « La notion de facilitateur d'entente et ses conséquences », *RLC* 54/2016, p. 26).

A - L'accord

L'accord repose sur un plan, une stratégie précise (ADLC, Rapport pour 2013, p. 125). Les autorités le définissent comme la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée (CJCE, 8 juill. 1999, aff. 49/92 P, Commission c/ Anic : *RTD eur.* 2000, p. 347 – Comm. CE., 7 juin 2000, Acides aminés : JOCE n° L 152, 7 juin 2001, p. 24), la volonté de déterminer les lignes d'action ou d'abstention réciproques sur le marché (Comm. CE., 21 oct. 1998, Conduites précalorifiques : JOCE n° L 24, 30 janv. 1999 ; *RTD eur.* 2000, p. 346). Plus précisément, la Commission a défini l'accord dans ces termes :

« il y a accord lorsque les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial individuel en déterminant les lignes de leur action ou de leur non-action sur le marché. L'accord ne doit pas nécessairement être établi de façon formelle ou par écrit, et aucune sanction contractuelle ou mesure de contrainte n'est requise. L'accord peut être exprès ou ressortir implicitement du comportement des parties » (Comm. CE., déc. n° [2003/207/CE](#), 24 juill. 2002 : *Gaz industriels et médicaux*, JOUE n° L 84, 1^{er} avr. 2003, p. 1 ; *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. 130, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *Europe* 2003, comm. n° 216, obs. L. Idot).

Le plan repose bien souvent sur la conclusion d'accords exprès qui peuvent s'insérer dans des structures juridiques existantes de type coopératives, GIE...

L'accord peut être horizontal (conclu entre concurrents) ou vertical (conclu entre opérateurs situés à des stades différents du processus économique, comme un fournisseur et ses distributeurs).

1. L'accord horizontal

Des concurrents peuvent mettre en place un accord formalisé portant sur la stabilisation de leurs parts de marché.

Exemple

Pour la jurisprudence constante, *« pour qu'il y ait accord, au sens de l'article 101 du traité, il suffit que les entreprise en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée »* (TPICE, 20 avr. 1999, aff. jointes [T-305/94 à T-307/94](#), [T-313/94 à T-316/94](#), [T-325/94](#), [T-328/94](#), [T-329/94](#) et [T-335/94](#), Limburgse Vinyl Maatschappij – ADLC, déc. n° [12-D-09](#), 13 mars 2012 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires).

Chacun des membres consent à ne pas concurrencer les autres de façon à ce que les parts respectives ne bougent pas. L'accord peut notamment porter sur les prix, les quotas ou une répartition de clientèle (ADLC, déc. n° [18-D-15](#), 26 juillet 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de médicaments vétérinaires).

La preuve repose sur des documents écrits, des mentions retranscrites sur des PV de « *Pacification du marché* » ou de « *Yalta des parts de marché* » (Cons. conc., déc. n° [05-D-65](#), 30 nov. 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile). Dans la mesure où ces cartels sont secrets, les preuves sont difficiles à rapporter.

Aussi, recourt-on à la technique du faisceau d'indices :

Exemple

« l'interdiction de participer à des pratiques et à des accords anticoncurrentiels ainsi que les sanctions que les contrevenants peuvent encourir étant notoires, il est usuel que les activités que ces pratiques et ces accords comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, le plus souvent dans un pays tiers, et que la documentation y afférente soit réduite au minimum.

Même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, telles que les comptes rendus d'une réunion, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions.

Dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence. » (CJCE, 7 janvier 2004, [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](#), Aalborg Portland e.a./Commission).

Les déclarations peuvent constituer des indices importants. Mais leur valeur probante dépend des circonstances.

Exemple

Dans un arrêt du 12 juillet 2011, le Tribunal a indiqué « Quant aux déclarations, une valeur probante particulièrement élevée peut par ailleurs être reconnue à celles qui, premièrement, sont fiables, deuxièmement, sont faites au nom d'une entreprise, troisièmement, proviennent d'une personne tenue de l'obligation professionnelle d'agir dans l'intérêt de cette entreprise, quatrièmement, vont à l'encontre des intérêts du déclarant, cinquièmement, proviennent d'un témoin direct des circonstances qu'elles rapportent et, sixièmement, ont été fournies par écrit, de manière délibérée et après mûre réflexion. » (TPICE, 12 juillet 2011, aff. [T-112/07](#), Hitachi e.a./Commission).

2. L'accord vertical

Les ententes verticales se rencontrent à l'intérieur des réseaux de distribution, aménageant la relation entre un fournisseur et ses distributeurs. La difficulté provient de la nécessaire démonstration de l'adhésion, expresse ou tacite, du distributeur (CJCE, 11 janv. 1990, aff. [C-277/87](#), Sandoz) à une pratique qui semble, à première vue, unilatérale.

La Commission décidait de façon traditionnelle que tout comportement du fournisseur dans le cadre d'un réseau contractualisé de distributeurs était présumé s'insérer automatiquement dans les relations contractuelles et donc avoir fait l'objet d'une acceptation « *par anticipation* » des distributeurs.

Exemple

Elle expose ainsi dans l'affaire Volkswagen que « l'agrément au sein du réseau de concessionnaires se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique de distribution poursuivie par le constructeur. C'est pour cette raison que les circulaires constituent un élément des accords de Volkswagen AG avec ses concessionnaires contractuels, car elles doivent être considérées comme participant de relations d'affaires suivies, sur la base d'un accord général existant (le contrat de concession) » (Comm. CE., déc. n° 2001/711/CE, 29 juin 2001, Volkswagen : JOCE n° L 262, 2 oct. 2001, p. 14). Sa position est parfaitement claire dans ses observations dans la même espèce devant le TPICE : « selon les arrêts AEG, Ford, BMW et Volkswagen, il n'est pas nécessaire, du moins dans le cas de systèmes de distribution sélective comme celui de l'espèce, de chercher l'acquiescement à une invitation du concédant dans le comportement que le concessionnaire adopte dans le contexte de cette invitation (par exemple après l'avoir reçue). Cet acquiescement devrait être considéré comme acquis par principe, du simple fait que le concessionnaire est entré dans le réseau de distribution. Il serait donc réputé accordé au préalable par le concessionnaire ».

Le TPICE rompt avec cette pratique en jugeant que ne peuvent être considérés comme acceptés que les éléments compris dans le contrat au moment de sa signature, les éléments ultérieurement modifiés devant alors faire l'objet d'une acceptation expresse.

La CJCE a confirmé cette orientation dans son arrêt Bayer de 2004 (CJCE, 6 janv. 2004, aff. jointes. C-2/01 et C-3/01 : Europe 2004, comm. n° 84, obs. L. Idot ; RTD eur. 2005, p. 169), dans lequel elle a jugé que : « pour qu'un accord au sens de l'article 81 § 1 du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas, comme en l'espèce, à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes ». Et la Cour de poursuivre que « le seul fait qu'il existe concomitamment un accord, neutre en soi, et une mesure restrictive de concurrence imposée de manière unilatérale n'équivaut pas à un accord interdit par ladite disposition. Partant, le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes, ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord ».

La CJCE retient donc une conception restrictive de la notion d'accord.

La preuve d'un tel accord «doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord» (Trib. UE, 26 octobre 2000, Bayer/Commission, aff. T-41/96) La démonstration de l'accord de volontés peut ainsi se faire par tout moyen, étant rappelé que le Tribunal considère qu'il n'est pas nécessaire, en présence de preuves documentaires ou contractuelles, de procéder à l'examen de preuves additionnelles de nature comportementale. Sur ce point, la Cour de justice a qualifié de «preuves documentaires directes» des éléments suffisamment explicites, tels que des contrats, des notes internes, des déclarations, des comptes rendus de réunion, des projets d'ordre du jour ou encore des notes prises lors de réunions (ADLC, déc. n° 21-D-20, 22 juill. 2021, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lunettes et montures de lunettes. - ADLC, déc. n° 19-D-17, 30 juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique, pt. 136).

Comme l'expose le Conseil, en se fondant sur la jurisprudence européenne, « en présence d'une invitation d'un fabricant à respecter des prix « conseillés », l'accord de volonté des distributeurs peut être démontré par une concentration anormale des prix pratiqués par les revendeurs mais aussi par la signature d'un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs » (Cons conc., déc. n° 05-D-66, 5 déc. 2005, relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public : RTD com. 2006, p. 325, obs. E. Claudel).

En l'absence de toute preuve directe de l'adhésion (ex : signature), l'autorité retient une approche comportementale qui repose sur trois conditions cumulatives ou faisceau à trois branches (Cons. conc., déc. n° 02-D-42, 28 juin 2002, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public). V. depuis, Cons. Conc., déc. n° 05-D-70, 19 déc. 2005 : *RLC* n° 6/2006, p. 123, conf. Par CA Paris, 29 mai 2007 et Cass. com., 8 avr. 2008 – Cons. conc., déc. n° 06-D-37, 7 déc. 2006. Cons. conc., déc. n° 07-D-03, 24 janv. 2007. - ADLC, déc. n° 21-D-20, 22 juill. 2021, op. cit.) pouvant être démontrées par tous moyens (Rapport pour 2011, p. 168) :

- l'évocation des prix de vente au détail, par exemple, lors des négociations commerciales ou encore lors de la diffusion d'un document général aux distributeurs précisant les prix conseillés et les dates de disponibilité des produits. Cette évocation correspond à « l'invitation à l'entente » selon la terminologie européenne. Elle s'entend par tout procédé par lequel le fournisseur fait connaître à son distributeur les prix auxquels il souhaite que son produit soit vendu au consommateur, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu de négociation préalable. La jurisprudence nationale interprète de manière extrêmement large la notion d'évocation des prix, en incluant toutes les formes de communication susceptibles d'être utilisées pour diffuser auprès de ses distributeurs des prix de vente conseillés. Ainsi, une évocation des prix par un fournisseur n'implique pas nécessairement que les prix aient été négociés avec les distributeurs, ni même discutés oralement. Elle peut également avoir lieu de manière plus générale, à l'occasion d'un événement médiatique comme une conférence de presse dont l'objectif est précisément d'inviter des journalistes à relayer des informations auprès des consommateurs ou des professionnels d'un secteur. Par conséquent, au regard de la jurisprudence, rien ne s'oppose à ce qu'une annonce d'un prix de détail par un fournisseur faite à l'occasion d'une conférence de presse de lancement d'un produit puisse être retenue comme l'un des éléments constitutifs d'une pratique de prix imposés (V. ADLC, déc. n° 15-D-18, 1^{er} décembre 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des jeux vidéos. - Rapport pour 2015, p. 149) ;
- un système de contrôle des prix par le fournisseur assorti de représailles le cas échéant, comme par exemple des retards de livraison (ADLC, déc. n° 24-D-07 du 17 juillet 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des vins sous IGP Côtes de Gascogne). L'instrument de surveillance des prix peut reposer sur l'offre publicitaire du distributeur de rembourser 10 fois la différence si le consommateur trouve moins cher chez un concurrent (Cons. conc., déc. n° 07-D-50, 20 déc. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets : *RLC* n° 15/2008, p. 20, obs. S. Cholet, conf. en partie par CA Paris, 28 janv. 2009 : *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. n° 83, obs. G. Decocq) ;
- et le respect de ces prix de façon significative par les distributeurs. Ce dernier élément peut être démontré par des déclarations ou des pièces, mais aussi par des relevés de prix de détail. Dans ce cas, un taux de respect des prix égal ou supérieur à 80 % suffit à démontrer l'application significative des prix par les distributeurs. En dessous de ce seuil, l'analyse doit être étayée par d'autres éléments (Cons. conc., déc. n° 06-D-04, 13 mars 2006, « Pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe », *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 83, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RLC* n° 8/2006, p.30, obs. M. Dumarcay ; *Concurrences* n° 2/2006, p. 82, obs. E. Claudel ; *Gaz. Pal.* 30 juin / 1^{er} juill. 2006, p. 19 – Cons. conc., déc. n° 07-D-50 : op. cit.) Il n'est pas nécessaire que l'ensemble des distributeurs ait adhéré à l'entente pour que celle-ci soit reconnue ; il suffit qu'une part importante ou qu'un nombre significatif ou suffisant de distributeurs ait acquiescé (Rapport du Conseil de la concurrence pour 2006, p. 124). « Les fournisseurs prenant une part prépondérante dans la constitution de l'entente en diffusant des prix minimums conseillés et en veillant à ce qu'ils soient respectés par ces distributeurs », point n'est besoin de mettre en cause chacun des distributeurs au stade de la notification des griefs (Cons. conc., déc. n° 05-D-66 : op. cit. – déc. n° 06-D-04 bis : op. cit. Pour une analyse critique, v. V. Sélinisky, « Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux » : op. cit. L'auteur estime que ce principe pose « un vrai problème quant à la réalité de « l'accord anticoncurrentiel »).

Remarque

Madame Sélinsky observe que ces conditions semblent relever de l'essence même des relations de distribution : la première apparaît on ne peut plus normal, la seconde peut s'expliquer par la volonté de suivi du fournisseur et la dernière tient sans doute à ce qu'il s'agit de justes prix, tels qu'ils résultent de l'analyse du marché par le fournisseur (« Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux » : RLC 6/2006, p. 123).

Le mode de preuve du "faisceau à trois branches", ne constitue toutefois qu'un des modes de preuve utilisés afin de démontrer l'existence d'une entente verticale sur les prix (ADLC, déc. n° 24-D-09 du 29 octobre 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du matériel électrique basse tension). En particulier, la jurisprudence, notamment européenne, n'exige pas que soit établie l'existence d'un système de contrôle a posteriori et de sanctions (CJUE, 6 janvier 2004, aff. C- 02/01 P et C-03/01 P, Bayer). De son côté, la cour d'appel de Paris a d'appelé que « si le mode de preuve le plus généralement utilisé du concours de volontés en matière d'entente verticale sur les prix s'articule autour de la réunion de trois indices, qualifiée de « faisceau à trois branches » (diffusion de prix, mise en œuvre d'une police des prix et application significative des prix diffusés), la preuve de ce concours de volontés peut également résulter d'autres indices, documentaires ou comportementaux, permettant d'établir, d'une part, l'invitation du fabricant, et d'autre part, l'acquiescement des distributeurs à la pratique litigieuse » (CA Paris, 6 octobre 2022, Apple, n° 20/08582). De la même manière, la CJUE a rappelé en termes généraux dans l'arrêt Super Bock Bebidas que l'existence d'un accord, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, portant sur des prix minimaux de revente peut être établie non seulement au moyen de preuves directes, mais également sur la base de coïncidences et d'indices concordants, « dès lors qu'il peut en être inféré qu'un fournisseur a invité ses distributeurs à suivre de tels prix et que ces derniers ont, en pratique, respecté les prix indiqués par le fournisseur » (CJUE, 29 juin 2023, aff. C-211/22, Super Bock).

B - Les pratiques concertées

Les pratiques concertées ou actions concertées sont une forme d'entente et sont visées à l'article 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du Code de commerce.

Les auteurs s'accordent pour relever le caractère flou de la notion qui n'est toutefois que le pendant de sa malléabilité. Cette notion permet en effet de saisir les formes les plus souples de collusion.

Exemple

Comme l'expose la Cour de justice, « s'agissant de la notion de "pratique concertée", il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'article 81, paragraphe 1, CE distingue cette notion notamment de celle d'« accord » et de "décision d'association d'entreprises" dans le seul dessein d'appréhender différentes formes de collusion entre entreprises qui, du point de vue subjectif, partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent » (CJUE, 22 octobre 2015, aff. C-194/14 P, Treuhand).

1. Définition des pratiques concertées

La définition de la pratique concertée puise son origine dans l'affaire des matières colorantes de 1972.

La Cour y indique que « si l'article 85 distingue la notion de pratique concertée de celle de l'accord entre entreprises ou de décisions d'associations d'entreprises c'est dans le dessein d'appréhender sous les interdictions de cet article une forme de coopération entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de concurrence ; par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants » (CJCE, 14 juill. 1972, aff. jointes. 48, 49, 51 à 57/69, Imperial Chemical Industries Ltd c/ Commission : RTD eur. 1977, p. 776 ; Clunet 1973, p. 924, obs. B. Goldman ; CDE 1973, p. 50, obs. M.P. Piriou, comm. E. Colmant ; Rev. Marché commun 1973, p. 17 ; CJCE, 16 déc. 1975, aff. jointes. 40 à 48, 50, 54, 56, 113 et 114-93, Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA et autres c/ Commission : Clunet 1977, p. 216, obs. R. Kovar).

Plus récemment, le Tribunal de première instance a jugé que :

« Constitue une pratique concertée interdite par l'article 81, § 1, du Traité, toute prise de contact directe ou indirecte entre opérateurs économiques de nature à dévoiler à un concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, lorsqu'une telle prise de contact a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché. Pour établir une pratique concertée, il n'est donc pas nécessaire de démontrer qu'un opérateur économique s'est formellement engagé, à l'égard d'un ou de plusieurs autres, à adopter tel ou tel comportement ou que les concurrents ont fixé en commun leur comportement futur sur le marché. Il suffit que, à travers sa déclaration d'intention, l'opérateur économique ait éliminé ou, à tout le moins substantiellement réduit l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché » (TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Ciment).

Le principe inhérent aux règles de concurrence réside dans le fait que tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle. Rien ne leur interdit de s'adapter intelligemment aux comportements constatés ou à attendre des concurrents ; mais cette adaptation ne doit pas être artificielle en ce sens qu'elle résulterait de prises de contact avec les concurrents. C'est une forme très souple de collusion. Comme l'expose récemment l'Autorité française, « un comportement peut relever de l'article 101 § 1 TFUE en tant que pratique concertée, même si les parties ne se sont pas entendues sur un plan commun définissant leur action sur le marché, mais adoptent ou se rallient néanmoins à des mécanismes collusoires qui facilitent la coordination de leurs politiques commerciales » (ADLC, déc. n° 14-D-19, 18 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps). Les entreprises substituent « sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence » (ADLC, déc. n° 24-D-06 du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton, pt. 327).

2. Manifestation des pratiques concertées : les réunions anticoncurrentielles

La pratique concertée, en ce qu'elle vise ces prises de contact, directes ou indirectes, est donc une notion éminemment souple. Elle n'exige aucun engagement de part et d'autre, ni même de plan commun (TPICE, 8 juill. 2008, aff. T-54/03, Lafarge SA c/ Commission : Europe 2008, comm. n° 333, obs. L. Idot). Les parties s'informent simplement de leurs intentions, échantent des renseignements relatifs à leur comportement sur le marché. L'information doit cependant être réciproque. Elle se fera le plus souvent lors de réunions.

On le devine, la preuve est très difficile à rapporter comme le rappelle l'Autorité en 2024 : il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que « [l']interdiction de participer à des pratiques et à des accords anticoncurrentiels ainsi que les sanctions que les contrevenants peuvent encourir étant notoires, il est usuel que les activités que ces pratiques et ces accords comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, le plus souvent dans un pays tiers, et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, telles que les comptes rendus d'une réunion, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions. Dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence » (ADLC, déc. n° 24-D-06, op. cit. pt. 330). La preuve des accords et pratiques concertées peut résulter soit de preuves se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction, qui peuvent être tirés d'un ou plusieurs documents ou déclarations et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant. Preuves documentaires et déclarations, notamment dans les demandes de clémence, sont des éléments importants visant à prouver ces prises de contact.

a) En droit européen

En droit européen, la participation à une seule réunion anticoncurrentielle suffit à caractériser la pratique concertée.

Exemple

CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV c/Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. – Trib. UE, 12 déc. 2014, aff. [T-558/08](#), Eni) : par sa participation à la réunion, l'entreprise a « *dû nécessairement prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché* » (TPICE, 12 juill. 2001, aff. jointes. [T-202](#), [204](#) et [207/98](#), Tate & Lyle, British Sugar et Napier Brown : *RTD eur.* 2002, p. 344. – Comm. CE., déc. n° 2003/207/CE : op. cit.).

L'acceptation de l'information est présumée de la présence de l'entreprise à la réunion. De ce fait, on a bien une adhésion à l'entente. Si l'objet anticoncurrentiel des réunions est établi, alors les autorités présument le comportement conforme sur le marché. Ce sera alors aux entreprises concernées de prouver que la concertation n'a pas influencé leur comportement sur le marché sans toutefois que cet élément soit suffisant. Leur passivité n'est pas un argument convainquant.

Exemple

Comme le dit la Cour de justice, « *lorsqu'il s'agit (...) d'accords et de pratiques concertées ayant un objet anticoncurrentiel, il résulte de la jurisprudence de la Cour que la Commission doit démontrer, afin de pouvoir conclure à la participation d'une entreprise à l'infraction et à sa responsabilité pour tous les différents éléments qu'elle comporte, que l'entreprise concernée a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque. À cet égard, la Cour a notamment jugé que **les modes passifs de participation à l'infraction, telle que la présence d'une entreprise à des réunions au cours desquelles des accords ayant un objet anticoncurrentiel ont été conclus, sans s'y être manifestement opposée, traduisent une complicité qui est de nature à engager sa responsabilité dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE, dès lors que l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux entités administratives, a pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et de compromettre sa découverte*** » (CJUE, 22 octobre 2015, aff. [C-194/14 P](#), Treuhand).

L'entreprise peut rapporter la preuve contraire de son adhésion à la pratique concertée en démontrant qu'elle s'est **ouvertement distanciée de la concertation illicite**.

Exemple

TPICE, 17 déc. 1991, aff. T-7/89, Hercules Chemicals/Commission, point 232. – 10 mars 1992, aff. T-12/89, Solvay/Commission, point 98. – 6 avr. 1995, aff. T141/89, Tréfileurope/Commission, points 85 et 86. – Comm. CE, 7 juin 2000, Acides aminés : op. cit – CJCE, 16 nov. 2000, aff. C-291/98 P, Sarrío : *RTD eur.* 2002, p. 346 ; *Europe* 2001, comm. n° 30, obs. L. Idot – Trib. UE, 12 déc. 2014, aff. T-558/08, Eni.

L'appréciation se fait de manière restrictive.

Exemple

TPICE, 5 déc. 2006, aff. T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV : *Petites affiches* 26 fév. 2007, n° 41, p. 16 ; RLC n° 11/2007, p. 26 – CJUE, 19 mars 2009, aff. C-510/06 P, Archer Daniels Midland/Commission. – Trib. UE, 2 fév. 2012, aff. [T-83/08](#), Denki Kagaku Kogyo Kabushiki Kaisha e.a./Commission.

Le fait que l'entreprise ne donne pas suite aux résultats des réunions n'est pas suffisant, pas plus que d'avoir gardé le silence pendant la réunion litigieuse (TPICE, 5 déc. 2006, aff. T-303/02 : op. cit. – Trib. UE, 2 fév. 2012, aff. T-83/08, op. cit.). Peu importe qu'elle n'ait pas mis en œuvre les mesures convenues (CJCE, 15 oct. 2002, aff. jtes. [C-238/99 P](#), [C-244/99 P](#), [C-245/99 P](#), [C-247/99 P](#), [C-250/99 P](#) à [C-254/99 P](#), Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et autres : Contrats, conc., consom. 2003, comm. n° 60, obs. S. Poillot-Peruzzetto). Le principe apparaît on ne peut plus clairement dans l'affaire des graphites (TPICE, 15 juin 2005, aff. Jtes [T-71/03](#), [T-74/03](#), [T-87/03](#) et [T-91/03](#), [T-7/89](#), Tokai Carbon : Rec. CJCE II 2005, p. 1711, point 232). On peut en effet lire que, « *selon une jurisprudence bien établie, dès lors qu'une entreprise participe, même sans y prendre une part active, à des réunions entre entreprises ayant un objet anticoncurrentiel et qu'elle ne se distancie pas publiquement du contenu de celles-ci, donnant ainsi à penser aux autres participants qu'elle souscrit aux résultats des réunions et qu'elle s'y conformera, il peut être considéré comme établi qu'elle participe à l'entente résultant desdites réunions* ».

Elle doit ainsi prouver que « *sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle a indiqué à ses concurrents qu'elle participait à celle-ci dans une optique différente de la leur* ».

Exemple

CJCE, 7 janv. 2004, aff. jtes. C-204/00 P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P et C-219/00 P, Aalborg Portland e. a. c/ Commission. – 14 juill. 2005, aff. C-57/02 P, Acerinox. – 14 juill. 2005, aff. Jtes C-65/02 P et C-73/02 P, ThyssenKrupp Stainless GmbH (TKS) et ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA (AST). – V. depuis, TPICE, 5 déc. 2006, aff. T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV : *Petites affiches* 26 fév. 2007, n° 41, p. 16 ; RLC n° 11/2007, p. 26.

Cette distanciation publique peut être établie par la production de procès-verbaux et de comptes rendus des réunions qui feraient état d'une déclaration en ce sens de l'entreprise. Il peut encore s'agir d'un courrier adressé aux concurrents précisant qu'elle ne souhaite pas être associée à l'entente. Les termes doivent être fermes et clairs, de sorte que les autres participants à l'entente comprennent bien l'intention de l'entreprise concernée (CJUE, 19 mars 2009, aff. C-510/06 P, op. cit.). Ces éléments sont en pratique plutôt rares et quand bien même existeraient-il, le juge se montre très exigeant.

Exemple

Ainsi, appliquant ce principe dans son arrêt Comap SA (CJUE, 3 mai 2012, aff. [C- 290/11 P](#), Comap SA), la Cour de justice a considéré que la formulation utilisée par le PDG de Comap dans sa lettre au président de la FNAS (organisme d'accueil de l'entente) était de nature trop générale pour qu'il soit conclu à une distanciation publique et que cette lettre avait seulement été adressée au président de la FNAS et non aux participants. Finalement, les exigences du juge ne sont pas bien loin des conditions requises pour admettre la clémence. Le Conseil de la concurrence a d'ailleurs précisé dans son rapport pour 2006 que « *la dénonciation de l'entente aux autorités publiques, après la réunion à objet anticoncurrentiel, paraît être la seule forme imparable de la distanciation de l'entreprise* », ce qui sous-entend bien que les autres éléments que pourrait rapporter l'entreprise peuvent être contestés par l'autorité.

b) En droit français

Exemple

L'ADLC distingue deux cas de figure clairement exposés dans la décision n° 10-D-05 du 27 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires dans le département des Deux-Sèvres :

« deux situations doivent être distinguées quant à la preuve d'un accord de volontés résultant de la participation à des réunions à objet anticoncurrentiel : celle dans laquelle la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une association professionnelle et celle dans laquelle l'entente est mise au point au cours de réunions informelles, de nature le plus souvent occulte et secrète, auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes. Dans le premier cas, le standard de preuve est plus exigeant et le seul fait d'avoir participé à une réunion tenue dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle dont l'ordre du jour aurait dans les faits évolué vers un objet anticoncurrentiel ne suffit pas à caractériser l'adhésion de l'entreprise à l'entente dont la preuve doit être apportée par d'autres éléments. Dans le second cas, le standard de preuve est le même que celui adopté par le juge communautaire en ce sens qu'une entreprise doit s'abstenir rigoureusement de participer à toute prise de contact directe ou indirecte, ayant pour objet ou pour effet d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel ou de dévoiler à un tel concurrent le comportement qu'on envisage de tenir soi-même sur le marché (...). La participation - même passive - à une seule réunion suffit en effet à conforter le mécanisme de l'entente : d'une part, elle renseigne sur le comportement commercial que les autres acteurs ont décidé d'adopter sur le marché, alors que l'autonomie qu'exige la concurrence entre entreprises suppose que ces dernières restent dans l'incertitude sur la stratégie de leurs compétiteurs et d'autre part, elle permet aux participants les plus actifs de s'assurer que le jeu collusif ne sera pas perturbé si personne ne s'y oppose ».

Ainsi, « du moins s'agissant de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle » (Cons. conc., déc. n° 06-D-03 bis), l'ADLC ne se satisfait pas de la seule présence de l'entreprise aux réunions ; elle requiert des preuves supplémentaires de la volonté infractionnelle (Cons. conc., déc. n° 05-D-03, 10 fév. 2005, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'eau de Javel : RLC n° 3/2005, p. 27, obs. V. Sélinisky). Dans l'affaire des Boulangers de la Marne (Cons. conc., déc. n° 04-D-07, 11 mars 2004 : Contrats, conc., consom. 2004, comm. n° 81, obs. M. Malaurie-Vignal. V. aussi, Cons. Conc., déc. n° 05-D-27, 15 juin 2005, Secteur du thon blanc), le Conseil de la concurrence avait ainsi souligné que la simple participation à une seule réunion n'établissait pas la volonté illicite dans la mesure où il est possible d'admettre que le participant n'avait nullement l'intention de prendre part à une démarche anticoncurrentielle. Bien souvent en effet, il ne connaît même pas l'ordre du jour ! La « volonté infractionnelle » est prouvée soit lorsque l'entreprise a participé à une seule réunion dont l'objet est anticoncurrentiel et qu'il est également établi qu'elle a adhéré à cet objet, notamment par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion, soit lorsque l'entreprise a participé à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel (Cons. conc., déc. n° 06-D-03 bis, 9 mars 2006, Pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation : RLDA n° 4/2006, p. 40 ; RLC n° 8/2006, p. 23, comm. VS ; Gazette du Palais 30 juin / 1^{er} juill. 2006, p. 18 ; Contrats, conc., consom. mai 2006, comm. n° 89, obs. M. Malaurie-Vignal (accords entre 137 entreprises (et fédérations professionnelles) situées à des niveaux différents de la chaîne de distribution (fabricant, grossistes, installateurs) visant à freiner la progression des grandes surfaces de bricolage en boycottant ces dernières au profit de la filière traditionnelle constituée de la chaîne fabricant-grossiste-installateur). La Cour d'appel de Paris suit cette position : CA Paris, 29 janv. 2008 : RLC n° 15/2008, p. 18, obs. V. Sélinisky). Le principe a été appliqué dans l'affaire des portes (Cons. conc., déc. n° 06-D-09, 11 avr. 2006, Secteur de la fabrication des portes : RLC n° 8/2006, p. 30, obs. S. Cholet ; RLC n° 8/2006, p. 77, note E. Barbier de la Serre) où le Conseil a décidé que « dès lors qu'est rapportée la preuve que des entreprises concurrentes ont pris des contacts et se sont réunies à plusieurs reprises, à l'occasion de réunions professionnelles, afin d'échanger des informations sur les prix qu'elles entendaient pratiquer, l'infraction d'entente qui leur est reprochée est suffisamment caractérisée ». Qu'en est-il cependant pour les réunions ayant des objets différents ? Le principe ne s'applique plus et le Conseil devient ainsi moins sévère que la jurisprudence européenne.

En revanche, lorsque les réunions se déroulent en dehors du cadre statutaire d'une organisation professionnelle, et sont de l'initiative des entreprises concurrentes, l'Autorité rejoint la jurisprudence européenne : « la participation à une seule de ces réunions - même si elle est passive - suffit en effet à conforter le mécanisme de l'entente : d'une part, elle renseigne sur le comportement commercial que les autres acteurs

ont décidé d'adopter sur le marché, alors que l'autonomie qu'exige la concurrence entre entreprises suppose que ces dernières restent dans l'incertitude sur la stratégie de leurs compétiteurs, d'autre part elle permet aux participants plus actifs d'escompter que l'absence d'opposition de l'entreprise ne viendra pas perturber le jeu collusif » (ADLC, déc. n° [11-D-17](#), 8 déc. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives – Déc. n° 12-D-09, 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires – Déc. n° 14-D-19, op. cit. – Déc. 14-D-20, 22 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France – Déc. n° 15-D-03, 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais). La Cour de cassation a apporté un bémol à cette jurisprudence dans son arrêt du 8 novembre 2016 en retenant que « si la preuve d'une distanciation publique peut permettre de renverser la présomption du caractère illicite de la participation d'une entreprise à une réunion anticoncurrentielle, l'absence d'une telle distanciation ne peut, dans le cas d'une entente se poursuivant dans le temps et se caractérisant par une succession de réunions collusoires, être le seul élément retenu pour établir qu'une entreprise a continué de participer à l'infraction, lorsque cette entreprise a cessé, pendant une période significative, de participer à ces réunions » (n° [14-28234](#)).

Remarque

Il existe ainsi une présomption du lien de causalité entre la concertation et le comportement des entreprises sur le marché, même si la concertation n'est fondée que sur une seule réunion et que l'entreprise s'est contentée de recevoir les informations des concurrents (v. ADLC, déc. n° [14-D-20](#), 22 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France).

Le parallélisme de comportements est présumé résulter d'une concertation.

Exemple

Les entreprises ont alors la charge de démontrer que le phénomène s'explique par d'autres justifications (CJCE, 28 mars 1984, aff. jointes. [C-29/83](#) et [C-30/83](#), Compagnie royale asturienne des mines c/ Commission), comme la poursuite de leur intérêt individuel ou la structure du marché. Le fait que le marché soit oligopolistique peut ainsi expliquer que les entreprises se comportent de manière similaire. La situation est alors qualifiée « d'équilibre non collusif ». Pour le Conseil, « un tel équilibre s'établit au sein d'un oligopole lorsque chacun de ses membres peut adopter une ligne de conduite qui maximise son profit par une anticipation correcte du comportement des autres, équilibre qui peut se maintenir si aucun des acteurs n'a intérêt à changer unilatéralement sa stratégie. Mais cet équilibre ne peut s'établir et perdurer que si le marché fonctionne sur un mode suffisamment stable et transparent pour que chaque opérateur puisse correctement prévoir le comportement de ses concurrents et vérifier la validité de sa prévision. Dans le cas contraire, avec une information imparfaite et une modification des règles du jeu, les concurrents doivent échanger des informations pour pouvoir choisir la bonne stratégie. L'équilibre devient alors collusif » (Cons. conc., déc. n° [04-D-43](#), 8 sept. 2004, relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires).

C'est à l'entreprise de renverser cette présomption en prouvant que la concertation n'a en rien influencé son propre comportement sur le marché (ADLC, déc. n° 14-D-19, op. cit. § 854. – déc. n° 14-D-20, op. cit. – déc. n° 15-D-03, op. cit.).

Des données relatives aux prix pratiqués par l'entreprise en cause ne suffisent pas, en tant que telles, à renverser cette présomption. Dans le même sens, l'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise aux réunions ou encore sa participation de courte durée à celles-ci ne jouent aucunement sur l'existence de sa responsabilité mais sur son étendue et donc sur le niveau de sanction.

Exemple

Il revient à l'entreprise de démontrer qu'elle s'est distanciée publiquement du contenu de la concertation : *« une entreprise doit s'abstenir rigoureusement de participer à des prises de contact, directes ou indirectes, avec ses concurrents en vue d'échanger sur leurs politiques commerciales et notamment sur le prix des biens ou des services qu'elles offrent sur le marché?. Ce type de réunion n'appelle qu'une réponse de la part des entreprises : refuser d'y participer ou, si la bonne foi du participant est surprise, se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support »* (ADLC, déc. n° 14-D-20, op .cit.).

Lorsqu'aucune participation à une réunion concurrentielle n'est démontrée, le parallélisme de comportement *« peut constituer un indice de concertation mais cette simple constatation n'est pas en elle-même suffisante pour établir ou même présumer l'existence d'une pratique prohibée »* (ADLC, déc. n° 15-D-04, 26 mars 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la boulangerie artisanale). Dans cette espèce, la participation de certains meuniers à la concertation n'a pas été établie. L'Autorité a relevé que la similitude de comportements des autres meuniers mis en cause ne permettait pas à elle seule de rapporter la preuve de leur participation à l'entente. En effet, l'évolution des cours du blé en 2007 avait perturbé le fonctionnement normal du marché et avait donné aux meuniers mis en cause les indications suffisantes pour qu'ils modifient leurs comportements, les cours du blé étant l'un des déterminants essentiels du prix de la farine. Par ailleurs, le marché de la commercialisation aux boulangeries artisanales de la farine de blé tendre est un marché suffisamment transparent pour que les multiples offreurs puissent pratiquer une veille concurrentielle permanente. Dans ces conditions, l'Autorité a considéré que l'application de hausses de prix similaires à des dates proches, dans le contexte particulier de la volatilité des cours du blé en 2007, pouvait résulter de stratégies individuelles et ne démontrait pas à elle seule la participation des meuniers concernés à l'entente.

3. Objet des pratiques concertées : les échanges d'informations

Les échanges d'informations font l'objet d'une attention particulière des autorités, renouvelée avec les nouveaux moyens de communication (sur l'entente algorithmique, v. H. Villey Desmeserets et E. Pinon, « L'appréhension des échanges d'informations entre concurrents par les autorités de concurrence à l'épreuve de la dématérialisation des moyens de communication », *RLC* n° 68/2018, p. 21). Ils peuvent constituer un accord, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises ayant pour objet, en particulier, la fixation des prix ou des quantités. Ils 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. Ils sont alors considérés comme s'inscrivant dans le cadre de l'entente.

La qualification des échanges d'information se fait à l'aune de l'analyse de la transparence du marché. En organisant en effet une transparence du marché par cet échange, les opérateurs peuvent tomber sous le coup du droit des ententes.

Sur un marché concurrentiel, la transparence ne lève pas l'incertitude sur le comportement des opérateurs, eu égard au grand nombre d'entre eux. En s'adaptant aux comportements constatés ou à escompter de leurs concurrents, ils conservent leur autonomie décisionnelle dans la mesure où il y a toujours cette incertitude.

L'« exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, mais s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché. Elle s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte entre concurrents, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, ce qui facilite une collusion sur celui-ci. Un échange d'informations peut donc constituer une pratique concertée

s'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion, c'est-à-dire si les données échangées présentent un caractère stratégique. En conséquence, l'échange de données stratégiques entre concurrents équivaut à une concertation, en ce qu'il diminue l'indépendance de comportement des concurrents sur le marché et leur incitation à se livrer concurrence » (point 61 des [lignes directrices sur les accords de coopération commerciale](#)).

Le TPICE l'a parfaitement résumé dans l'affaire des tracteurs anglais.

Exemple

Il souligne ainsi que, « en principe, la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations dont il dispose pour adapter son comportement sur le marché n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents » (TPICE, 27 oct. 1994, aff. T-35/92, John Deere c/ Commission conf. par, CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95 P, John Deere c/ Commission).

Sur un marché oligopolistique, il existe une interdépendance entre les entreprises. Chacune a conscience que son comportement sur le marché affectera sensiblement celui de ses concurrents. Par conséquent, chaque entreprise tiendra expressément compte des éventuelles réactions des autres acteurs. Tout dépend ensuite du degré de transparence du marché. Si celle-ci est importante, comme dans le cas d'informations publiques, la concurrence sera limitée puisqu'un alignement quasi simultané sur le comportement des autres sera effectué.

Exemple

Par exemple, chacun des membres de l'oligopole n'a aucun intérêt à mener une politique tarifaire agressive dans la mesure où elle sera perçue et suivie par les autres très rapidement. L'équilibre s'explique ici par la structure du marché et sa transparence sans qu'aucune concertation ne soit constatée. En revanche, sur un marché sur lequel la transparence est faible, une concurrence par les prix devient possible (Cons. conc., déc. n° [03-D-17](#), 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes).

L'hypothèse est contrecarrée si les entreprises organisent une transparence du marché artificielle en s'échangeant des informations.

Exemple

Sur la différence d'appréciation du degré de transparence du marché, v. l'affaire des carburants sur autoroute, Cons. conc., déc. n° [03-D-17](#) : op. cit., censurée par CA Paris, 9 déc. 2003).

L'échange d'informations n'est pas condamné *per se*. Certaines pratiques d'échange d'informations peuvent d'ailleurs avoir un effet proconcurrentiel. Pour la Commission européenne, un tel échange « peut générer divers types de gains d'efficacité. Il peut résoudre les problèmes d'asymétrie de l'information, rendant ainsi les marchés plus efficaces. De plus, les entreprises peuvent améliorer leur efficacité interne en comparant leurs meilleures pratiques respectives. L'échange d'informations peut également leur permettre de réaliser des économies de coûts en réduisant 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. Il peut également bénéficier directement aux consommateurs, en réduisant leurs coûts de recherche et en améliorant le choix » (point 57 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale).

A l'inverse, d'autres peuvent être restrictifs de concurrence. Tout échange d'informations ayant pour objectif de restreindre la concurrence sur le marché sera considéré comme une restriction de concurrence par objet (Cass. com., 29 juin 2007, Téléphonie mobile. V. Trib. UE, 17 déc. 2014, aff. T-72/09, Pilkington Group Ltd - CJUE, 19 mars 2015, aff. [C-286/13 P](#), Dole Food company). Pour déterminer si un échange d'informations constitue une restriction de concurrence par objet, les autorités accordent une attention particulière au contexte juridique et économique dans lequel se produit cet échange. A cet effet, elles examinent si celui-ci est susceptible, de par sa nature même, de restreindre la concurrence (v. Comm. UE, Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, pt. 72).

Exemple

Dans ce dessein, plusieurs conditions sont vérifiées (Cons. conc., déc. n° 03-D-17 censurée par CA Paris, 9 déc. 2003 – Déc. n° 05-D-64, 25 nov. 2005, Palaces confirmée par CA Paris, 26 sept. 2006 (JCP G 2006, II, 10204, note A.-L. Sibony) – Déc. n° 05-D-65, 30 nov. 2005, Téléphonie mobile, confirmée par CA Paris, 12 déc. 2006, censuré par Cass. com., 29 juin 2007, et sur renvoi CA Paris, 11 mars 2009 – V. aussi Cons. conc. avis n° 06-A-18, 5 oct. 2006, Projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse. – déc. n° 09-D-05, 2 fév. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire) :

- En premier lieu, il doit s'agir en droit français, d'un marché oligopolistique fermé en raison de barrières à l'entrée, le droit européen exigeant uniquement que l'offre n'ait pas un caractère atomisé (CJCE, 2 oct. 2003, aff. [C-194/99 P](#), Thyssen Stahl c/ Commission : *Rec. CJCE* I 2003, p. 10821).
- En second lieu, l'échange doit être régulier et réciproque et porter sur des informations précises, individualisées, non publiques et stratégiques (Trib. UE, 11 juillet 2019, aff/ [T-530/15](#), Huhtamäki Oyj, et Huhtamäki Flexible Packaging Germany GmbH & Co.KG c/ Commission).
- Enfin, il doit être de nature à supprimer ou atténuer l'incertitude quant aux comportements futurs des concurrents.

Remarque

La pratique condamne parfois cette qualification de restriction par objet dans la mesure où « l'absence d'analyse des effets par l'autorité de contrôle ne lui permet pas d'évaluer l'incidence des pratiques et par conséquent le dommage. Le contrôle par le juge de la proportionnalité de la sanction au dommage à l'économie devient alors quasi impossible » (Ch. Vilmar et Ch. Vilmar, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », *JCP E* 2011, 1052, point 34).

En savoir plus : Conseils de lecture

- ADLC, Les échanges d'informations, Etude thématique, Rapport pour 2009.
- OCDE, *Informations Exchanges Between Competitors under Competition Law, Policy Roundtables*, 2010.
- D. Lescop, « Les échanges d'informations entre non-concurrents », *D.* 2009, p. 187.
- Ch. Vilmar et Ch. Vilmar, « Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales », *JCP E* 2011, 1052.

4. La décision d'association d'entreprises

Les décisions d'association d'entreprises sont aussi une forme d'entente. Il s'agit d'organisations regroupant des entreprises – et qui n'ont pas elles-mêmes forcément la qualité d'entreprise – qui peuvent influencer par leur décision sur l'activité économique de leurs membres ou sur le marché.

Exemple

Par exemple, par le dénigrement d'une profession venant en concurrence avec l'activité des membres. V. ADLC, déc. n° [12-D-19](#), 26 sept. 2012 relative à des pratiques dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents (dénigrement non reconnu faute de cible identifiée et en raison de l'objectivité et de la contrôlabilité du discours reprenant en fait les positions des autorités administratives compétentes).

Entrent dans cette catégorie les décisions des ordres professionnels (v. Comm. CE, déc. n° 2005/8/CE, 24 juin 2005, Ordre des architectes belges : JOUE n° L 4, 6 janv. 2005 ; *Europe* 2005, comm. n° 94, obs. L. Idot). Un ordre professionnel ne peut diffuser un barème d'honoraires minimaux.

Exemple

Cass. com., 20 fév. 2007 (Conseil national de l'ordre des chirurgiens dentistes) : *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. n° 153, obs. G. Decocq – ADLC, déc. n° [13-D-14](#), 11 juin 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de relations entre des vétérinaires et les sociétés protectrices des animaux (SPA) en région Alsace - CJUE, 23 nov. 2017, aff. [C-427/16](#) et [C-428/16](#), CHEZ Elektro Bulgaria AD, de l'Eurovision, des salons professionnels, des fédérations sportives (TPICE, 26 janv. 2005, aff. [T-193/02](#), FIFA : *Rev. Lamy*

dr. des affaires mars 2005, p. 18, note A. Durand ; Europe 2005, comm. n° 93, obs. L. Idot). Le Règlement FIFA gouvernant l'activité des agents des joueurs est une décision d'association d'entreprises), agricoles (TPICE, 13 déc. 2006, aff. jointes T-217/03 et T-245/03, FNCBV : Petites affiches 26 fév. 2007, n° 41, p. 18 ; RLC n° 11/2007, p. 24. Condamnation de diverses organisations agricoles françaises pour avoir fixé un prix minimal d'achat et limité l'importation de viande bovine en réaction à la crise de la vache folle)...

Ces décisions peuvent avoir un caractère anticoncurrentiel.

En droit français, ces comportements sont le fait d'organisme selon le terme employé par l'article [L. 462-4](#).

§ 2 : Une entente portant atteinte à la concurrence

Tous les accords entre entreprises ne sont pas sanctionnables. Il faut établir une atteinte à la concurrence qui sera démontrée à partir de l'examen de l'objet et/ou des effets de l'entente sur le marché en cause (§1). Pendant longtemps, le droit communautaire, inspiré des thèses ordo-libérales, considérait que toute restriction à la liberté d'action des parties était restrictive de concurrence. C'était retenir une vision extensive de l'article 101 § 1. Dès 1966 et l'arrêt Société Technique minière, la CJCE a abandonné cette approche en jugeant que *« le paragraphe 1 de l'article 85 [101] repose sur une appréciation économique des répercussions d'un accord et ne saurait donc être interprété comme instituant quelque préjugé que ce soit à l'encontre d'une catégorie d'accord déterminé par sa nature juridique »* (CJCE, 30 juin 1966, aff. 56-65, Société Technique Minière C/ Maschinenbau Ulm). La restriction de la liberté commerciale ne saurait à elle seule caractériser une restriction de concurrence, ce qui ouvre alors le champ à l'analyse économique. Dans le même sens, seule une atteinte sensible à la concurrence est prise en compte (§ 2).

A - L'atteinte à la concurrence

Les articles 101, § 1 du TFUE et [L. 420-1](#) du Code de commerce posent une condition alternative : l'entente doit avoir pour objet ou pour effet d'entraver la concurrence. Dès lors que les clauses litigieuses ne présentent pas un *« degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence »*, il convient d'examiner les effets de l'accord.

Exemple

V. Cons. conc., Etude thématique Objet, effet et intention anticoncurrentiels : Rapport pour 2003, p. 55. CJUE, 11 sept. 2014, aff. [C-67/13 P](#), Cartes bancaires. - 19 mars 2015, off. [C-286/13 P](#), Dole Food Company : Europe 2015, comm. n° 188, obs. L. Idot ; Concurrences n° 2/2015, p. 81, obs. M. Béhar-Touchais - CJUE, 20 janv. 2016, aff. [C-373/14 P](#), Toshiba : RLC 58/2017, p. 18, note A. Lacresse et D. Ferré.

S'établit ainsi un ordre de priorité.

1. L'objet anticoncurrentiel

L'objet anticoncurrentiel suffit à l'application du droit de la concurrence : *« il n'est pas nécessaire que [l'entente] ait eu pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence, il suffit (...) simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à un tel résultat »*. Il importe peu que les parties aient agi sans intention subjective de restreindre la concurrence et se soient concertées pour des motifs parmi lesquels certains étaient légitimes (CJCE, 20 nov. 2008, aff. [C-209/07](#), Beef Industry Development Society et Barry Brothers. - [Comm. UE, déc. 8 juillet 2021, C\(2021\) 4955 final](#) relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE (aff. AT.40178 – Emissions des véhicules automobiles : *Contrats, conc. consom.* 2022, comm. n° 14, obs. D. Bosco). Si l'objet anticoncurrentiel est établi, les éléments relatifs aux gains d'efficience ne pourront être invoqués par les mis en cause que dans le but d'obtenir une exemption au titre du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE.

Certaines ententes ont un objet anticoncurrentiel par nature,

Exemple

tels des accords ou pratiques concertées portant sur les prix (V. par exemple, ADLC, déc. n° 11-D-17, 8 déc. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives - Déc. n° 15-D-18, 1^{er} décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jeux vidéos), à la hausse comme à la baisse (Comm. UE, 8 février 2017, communiqué n° IP/17/245), de répartition géographiques de marché entre entreprises concurrentes (ADLC, déc. n° 19-D-15, 8 juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution en gros de produits et matériels de boulangerie-pâtisserie) ou des échanges d'informations entre concurrents (par exemple, ADLC, déc. n° 14-D-19, 18 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps. – déc. n° 14-D-20, 22 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint), de données individualisées concernant les prix futurs ou quantités envisagés ou bien encore un accord visant à retarder la commercialisation d'un produit (pour un générique, V. Trib. UE, 8 septembre 2016, aff. T-460/13, Sun Pharmaceutical Industries).

Dans ses lignes directrices concernant l'application de l'article 101, § 3 CE, la Commission retient au point 21 que :

« Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché. Cette présomption repose sur la gravité de la restriction et sur l'expérience qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence. »

Ainsi, *« aux fins de l'application de l'article 85 (101), paragraphe 1, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence »* (CJCE, 13 juill. 1966, aff. C-56 et 58/64, Consten SARL et Grundig : Rec. CJCE 1966, p. 429 – CJUE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV).

Exemple

Par exemple, le fait de ne pas avoir appliqué les clauses litigieuses – interdiction d'exporter et de revendre – est indifférent sur la qualification de la pratique dès lors que ces clauses ont un objet anticoncurrentiel (CJCE, 31 mars 1993, aff. jointes, C-89-85, C-104-85, C-114-85, C-116-85, C-117-85, C-125-85, C-126-85, C-127-85, C-128-85 et C-129-85, Ahlström Osakeyhtiö – 6 oct. 2009, aff. C-501/06 P, GlaxoSmithKline).

Les effets anticoncurrentiels de la pratique pourront en revanche jouer un rôle dans la fixation de l'amende.

Afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être considéré comme une restriction de concurrence par objet, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également 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 question (CJUE, 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., aff. C-228/18 : ADUE 2020, obs. L. Arcelin, à paraître. - ADLC, déc. n° 21-D-20, 22 juill. 2021, op. cit.).

On comprend ainsi que l'appréciation de la restriction repose sur plusieurs facteurs, notamment la teneur de l'accord et ses buts objectifs (Trib. UE, 28 mars 2019, aff. T-433/16, Pometon SpA c/ Commission - Trib. UE, 24 septembre 2019, aff. T-105/17, HSBC Holding plc, HSBC Bank plc et HSBC France c/ Commission). Il peut également s'avérer nécessaire d'examiner le contexte juridique et économique dans lequel il est appliqué (CJCE, 8 novembre 1983, IAZ International Belgium e.a./Commission, C-96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82 ; 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07 ; CJCE, 6 oct. 2009, aff. jointes C-506/01 P..., GlaxoSmithKline ; CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-67/13 P, Cartes bancaires ; CA Paris, 20 nov. 2014, Farines).

Cependant, l'établissement de l'existence d'une restriction de la concurrence par objet ne saurait, sous couvert notamment de l'examen du contexte économique et juridique de l'accord en cause, conduire à apprécier les effets de cet accord, sous peine de faire perdre son effet utile à la distinction entre objet

et effet restrictif de concurrence établie à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (CJUE, 27 juin 2024, aff. C-176/19 P, Commission c/ Servier, Europe 2024, comm.n° 309 et n° 310, obs. L. Idot).

Toujours est-il que le juge appelle à une appréciation restrictive de la notion de restriction de concurrence par objet qui doit s'apprécier par référence à un degré suffisant de nocivité (CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-67/13 P, op. cit - Cass. com., 29 janvier 2020, n° 18-10967 : RJDA 5/2020, p. 331, note A. Marie).

Ainsi faudra-t-il regarder les circonstances spécifiques de l'accord car il arrive que les modalités concrètes de mise en œuvre d'un accord révèlent une restriction par objet alors que celle-ci n'était pas expressément prévue dans l'accord (point 22 des Lignes directrices sur l'application de l'article 101 § 3). En revanche, nul besoin de démontrer que l'accord comporte des inconvénients pour les consommateurs finals (Concl. Avocat Général Trstenjak, 30 juin 2009, aff. jointes. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P).

Cette restriction par objet peut malgré tout faire l'objet d'une exemption individuelle sur la base de l'article 101 § 3 TFUE ou L. 420-4 du Code de commerce.

Les restrictions par l'objet doivent être distinguées des « restrictions caractérisées » (CJUE, 29 juin 2023, aff. C-211-22, Super Bock Bebidas SA, AN, BQ c/ Commission; CJCE, 20 nov. 2008, aff. C-209/07, Competition Authority c/ Beef Industry development society (BIDS) : *Contrats, conc., consom.* 2009, comm.. n° 16, obs. G. Decocq). On retrouve ces restrictions caractérisées en droit européen dans la liste des clauses noires empêchant l'exemption catégorielle et dans la communication sur les accords d'importance mineure de 2014, et en droit français, à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce écartant l'application du seuil de sensibilité en présence d'un accord contenant une de ces restrictions caractérisées.

Exemple

L'affaire Super Bock apporte des précisions sur les liens entre les qualifications de restrictions caractérisées du règlement d'exemption et de restrictions par objet de l'article 101 § 1.

Super Bock est un fournisseur de bière et d'autres boissons. Les accords conclus avec ses distributeurs indépendants comportaient une fixation de prix minimum de revente, ce qui a été porté devant l'autorité portugaise de la concurrence. L'arrêt rendu par la Cour de justice, sur question préjudicielle, apporte des précisions qui soulèvent peut-être plus de questions qu'elles n'en résolvent.

A la question de savoir si « l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que la constatation qu'un accord vertical de fixation de prix minimaux de revente constitue une « restriction de concurrence par objet » peut être effectuée sans examiner préalablement si cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence ou s'il peut être présumé qu'un tel accord présente, en lui-même, un tel degré de nocivité », la Cour répond par la négative. Pour déterminer s'il s'agit d'un accord restrictif de concurrence par objet, la juridiction de renvoi devra vérifier si cet accord présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence (pt. 37) en analysant alors « la teneur de ses dispositions, (les) objectifs qu'il vise à atteindre ainsi (que le) contexte économique et juridique dans lequel il s'insère » (pt. 35). Dans l'examen du contexte juridique figure la qualification de l'accord ou de la clause de « restriction caractérisée » au sens du règlement d'exemption des accords verticaux. Mais point de confusion entre les deux !

« l'article 4, sous a), du règlement n° 2790/1999, lu à la lumière de son considérant 10, ainsi que l'article 4, sous a), du règlement n° 330/2010, lu à la lumière de son considérant 10, ont pour seul objet d'exclure certaines restrictions verticales du champ de l'exemption par catégorie. Cette exemption, énoncée à l'article 2 de chacun de ces règlements, lu à la lumière de leur considérant 5 respectif, bénéficie à des accords verticaux présumés comme n'étant pas nocifs pour la concurrence.

En revanche, lesdites dispositions des règlements n°s 2790/1999 et 330/2010 ne contiennent pas d'indication sur la qualification desdites restrictions en tant que restriction « par objet » ou « par effet ». En outre, ainsi que la Commission l'a fait observer dans ses observations écrites devant la Cour, les notions de « restriction caractérisée » et de « restriction par objet » ne sont pas conceptuellement interchangeables et ne coïncident pas nécessairement. Il convient donc de procéder à un examen, au cas par cas, des restrictions exclues de ladite exemption, au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. » (pt. 40 et 41).

La juridiction de renvoi doit par conséquent vérifier qu'un accord non exempté parce qu'il contenait une restriction caractérisée, est également restrictif de concurrence par objet en procédant au test de nocivité. Dit autrement, il n'y a pas de présomption de nocivité attachée à la qualification de restriction caractérisée et d'absence d'exemption.

Remarque

Caractère anticoncurrentiel d'un bail commercial ?

Des contrats de bail commercial conclus entre des propriétaires de différents centres commerciaux et un distributeur exploitant plusieurs magasins de grande surface comprenaient une clause octroyant à ce dernier le droit de s'opposer à la location d'espaces commerciaux à des tiers. La clause était-elle anticoncurrentielle ? Telle était la question posée à la Cour de justice. Dans son arrêt du 26 novembre 2015 (off. [C-345/14](#), Maxima Latvia c/ Concurrences padome), elle a considéré que la seule présence de cette clause n'impliquait pas que le contrat de bail avait "pour objet" de restreindre la concurrence. Même si elle avait potentiellement pour effet de restreindre l'accès des concurrents du distributeur aux centres commerciaux, cet effet, à le supposer établi, n'impliquait pas de manière manifeste que les contrats en cause restreignaient le jeu de la concurrence sur le marché local du commerce de détail alimentaire.

En revanche, de tels contrats peuvent avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence s'il apparaît, après une analyse approfondie du contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent, ainsi que des spécificités du marché de référence, qu'ils contribuent de manière significative à un éventuel cloisonnement de ce marché. L'analyse du contexte revient ici à examiner les conditions d'accès au marché, à savoir si dans les zones de chalandise où se situent les centres commerciaux en cause, il existe des possibilités pour un concurrent de s'y implanter, notamment en s'installant dans des locaux d'autres centres commerciaux situés dans ces zones ou d'autres locaux en dehors des centres commerciaux. Est alors pris en compte la disponibilité et l'accessibilité du foncier commercial dans ces zones ainsi que l'existence de barrières économiques, administratives ou réglementaires s'opposant à l'entrée de nouveaux concurrents.

2. L'effet anticoncurrentiel

L'absence d'objet anticoncurrentiel implique de vérifier si la pratique n'en comporte pas moins des effets restrictifs.

Comme l'expose la Commission dans ses lignes directrices sur l'application de l'article 101, § 3, « *si un accord n'a pas pour objet de restreindre le jeu de la concurrence, il convient de voir s'il a des effets restreignant la concurrence, en tenant compte des effets actuels et potentiels. En d'autres termes, l'accord doit être susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels. Dans le cas des restrictions par effet, il n'y a pas présomption d'effets anticoncurrentiels. Pour qu'un accord soit restrictif par ses effets, il doit affecter la concurrence réelle ou potentielle à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité qu'il aura sur le marché en cause des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité ou qualité des produits et services* ».

Bien évidemment, les effets restrictifs actuels sur la concurrence permettent de qualifier la pratique d'anticoncurrentielle. Mais les autorités prennent en compte également les effets simplement potentiels (Cons. conc., déc. n° [09-D-10](#), 27 fév. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent). La rédaction de l'article L. 420-1 du Code de commerce est sur ce point plus explicite que celle de l'article 101, § 1. En effet, le texte français prohibe les ententes qui ont pour objet ou qui « peuvent avoir pour effet » de restreindre la concurrence, là où l'article 101, § 1, vise seulement les pratiques qui ont pour objet ou « pour effet ». La différence est cependant formelle, les autorités européennes appréhendant aussi bien les effets actuels que potentiels.

B - La sensibilité de l'atteinte

Les autorités européennes comme françaises tiennent compte de l'intensité de l'atteinte à la concurrence au stade de la qualification de l'entente et uniquement de celle-ci aujourd'hui.

Remarque

La Cour de cassation avait un temps admis la condition d'effet sensible à la fois pour les ententes et les abus de position dominante (Cass. com., 10 mars 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 202).

La justification semble à rechercher dans une meilleure gestion des dossiers plutôt que dans une logique économique. En effet, le Conseil expose dans son rapport pour 2003, « *seul un dysfonctionnement sérieux de la concurrence, une affectation non insignifiante de la concurrence, justifie l'intervention des autorités de concurrence, afin de leur permettre de se concentrer sur les atteintes les plus graves* ».

La Commission européenne a très tôt souhaité écarter l'application de l'article 101, paragraphe 1, du Traité CE, aux accords d'importance mineure ou "*de minimis*" qui n'apportaient à la concurrence qu'une atteinte proportionnellement très faible au regard du volume des échanges communautaires portant sur les produits en cause (Comm. CE, déc. n° 68/318/CEE, 17 juill. 1968, S.O.C.E.M.A.S. : JOCE n° L 201, 12 août 1968, p. 4 – Déc. n° 69/152/CEE, 5 mai 1969, Convention Chauffourniers : JOCE n° L 122, 22 mai 1969, p. 8. La Cour de justice a suivi cette analyse : CJCE, 9 juill. 1969, aff. 5/69, F. Völk c/ SPRL Ets J. Vervaecke). Elle a ensuite consacré cette pratique dans plusieurs communications (Communications Comm. CE du 27 mai 1970 : JOCE n° C 64, 2 juin 1970 – 19 déc. 1977 : JOCE n° C 313, 29 déc. 1977 – 3 déc. 1986 : JOCE n° C 231, 12 sept. 1986 – n° 97/C/372/04, 15 oct. 1997 : JOCE n° C 372, 9 déc. 1997, p. 13 – Communication Comm. CE concernant les Accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 § 1 du Traité instituant la CE (de minimis) : JOCE n° C 368/13, 22 déc. 2001, p. 13 ; *Europe* 2002, comm. n° 61, obs. L. dot ; *Cah. dr. entreprise* 3/2002, p. 28, obs. J.-L. Respaud), remplacées par celle du 25 juin 2014 (L. Arcelin Lécuyer, « Nouvelle Communication de minimis : des précisions plus que des nouveautés », obs. *AJCA* oct. 2014, p. 284).

Des seuils sont définis en dessous desquels il est considéré que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre Etats membres n'ont pas d'effet sensible sur la concurrence et ne justifient pas de poursuites. Ainsi, l'article 101, § 1, ne joue pas pour des ententes dont les parts de marché cumulées des membres concurrents ne dépassent pas 10 % (ententes horizontales) et pour les ententes dont les parts de marché de chacun des membres non concurrents ne dépassent pas 15 % (ententes verticales). Néanmoins, la communication ne lie pas les autorités et juridictions nationales qui peuvent alors appliquer l'article 101, § 1, TFUE à un accord entre entreprises qui est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission dans sa communication de minimis, dès lors que cet accord constitue une restriction sensible de la concurrence au sens de cette disposition (CJUE, 13 déc. 2012, aff. [C-226/11](#), Expedia INC : D. 2013, p. 473, note C. Vincent ; *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. n° 41, obs. G. Decocq ; *Europe* 2013, comm. n° 88, obs. L. Idot ; *RTD com.* 2013, p. 518, obs. E. Claudel ; *RTD eur.* 2013, p. 839, obs. J.-B. Blaise).

La communication de 2001 donnait une liste de clauses noires : si l'accord contient l'une de ces clauses, il tombe sous le coup de l'article 101, § 1, même si les seuils ne sont pas atteints. Pour les accords horizontaux, il s'agit :

- de la fixation des prix de vente des produits,
- de la limitation de la production ou des ventes (quotas) et
- de la répartition des marchés ou des clients.

Pour les accords verticaux, il s'agit :

- de l'imposition de prix fixe ou minimal à l'acheteur,
- de la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services, sauf sous certaines conditions,
- de la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui sont des détaillants sur un marché, sans préjudice de la possible interdiction à un membre d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé,
- de la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective,
- de la restriction convenue entre un fournisseur de composants et un acheteur incorporant ces composants, limitant la possibilité pour le fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces

détachées à des utilisateurs finals ou à des réparateurs ou à des prestataires de services non désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens.

La Commission de 2014 clarifie ses développements sur les restrictions par objet. Plutôt que de dresser, comme dans la Communication de 2001, la liste des restrictions caractérisées, elle adopte une approche plus synthétique basée en grande partie sur la jurisprudence de la Cour de justice (CJUE, 13 déc. 2012, aff. [C-226/11](#), Expedia). Pour les accords entre concurrents, l'Autorité reprend le principe qu'un accord de fixation des prix, limitant la production ou les ventes, ou bien visant la répartition des marchés ou des clients n'entre pas dans la « zone de sécurité » (pt. 13). La version 2014 précise que cette dernière ne profite pas aux accords contenant des restrictions caractérisées énumérées dans l'un des Règlements d'exemption actuels ou à venir et qui sont considérées comme des restrictions par objet. La zone de sécurité s'applique en revanche aux accords non couverts par un Règlement d'exemption ou encore à ceux qui, bien que couverts, contiennent une clause « grise » comme par exemple une clause de non concurrence visée à l'art. 5 du règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales (pt. 14).

De façon très pédagogique, la Commission joint à sa notice un document de travail présentant les restrictions de concurrence qui sont considérées comme des restrictions par objet associées aux « restrictions caractérisées » (pt. 1). Par nature, elles sont susceptibles de restreindre la concurrence si bien qu'il n'est pas nécessaire de vérifier si elles ont ou peuvent avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché (pt. 1). Ces restrictions tombent automatiquement dans le champ d'application du paragraphe 1 de l'article 101, ce qui n'empêche pas les parties d'invoquer le bénéfice du paragraphe 3. La Commission observe toutefois que les restrictions par objet remplissent rarement les quatre conditions exigées par ce texte. Le document de travail dresse ensuite la liste des restrictions par objet relevées par la jurisprudence européenne en distinguant selon qu'elles sont issues d'un accord entre concurrents ou entre non concurrents.

Dans le premier cas (pt. 2), la Commission renvoie sans surprise aux accords de prix, de partage de marché et de restrictions de la production en isolant certaines hypothèses dans lesquelles l'accord peut être inclus dans la « zone de sécurité » (par exemple, une fixation commune des prix dans le cadre d'un accord de spécialisation ou de R&D couvert respectivement par les Règlements n° 1218/2010 ou n° 1217/2010). L'Autorité se penche également sur les offres de couverture, les boycotts collectifs, les échanges d'informations sur les prix et quantités futurs et les restrictions en matière de recherche & développement. Dans le second cas (pt. 3), la Commission se concentre sur les restrictions de vente aux acheteurs, aux distributeurs, aux fournisseurs et sur les restrictions relatives aux prix de revente.

Ce document ne préjuge pas de nouvelles restrictions par objet relevées par la Commission et qui ne figureraient pas dans le texte. Il se veut par ailleurs évolutif en ce sens qu'il sera régulièrement mis à jour des nouvelles jurisprudences.

Exemple

En droit français, le Conseil de la concurrence s'est longtemps montré « rebelle » à l'utilisation de ces seuils de sensibilité (Cons. conc., déc. n° [93-D-49](#), 16 nov. 1993, Marché de la distribution du matériel et des fournitures dentaires : *BOCC* 1994, p. 21 – 95-D-26, 11 avr. 1995, Secteur des carbonates : *BOCC* 1995, p. 217 ; *Rec. ADCC*, n° 632, comm. V. Sélinisky – 95-D-62, 26 sept. 1995, Secteur des consoles et des logiciels de jeux vidéo électroniques : *BOCC* 1995, p. 472 ; *Rec. ADCC*, n° 655, comm. V. Sélinisky).

La Cour d'appel de Paris (CA Paris, 7 juill. 1995 : *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. n° 164, obs. L. Vogel) et la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 4 mai 1993 : *JCP G* 1993, II, 22111, note M.-Ch. Boutard-Labarde ; *Contrats, conc., consom.* 1993, comm. n° 110, obs. L. Vogel ; D. 1994, somm. p. 220, obs. Y. Serra ; G. de Monteynard, *Réflexions sur l'application par la Cour de cassation de la notion de seuil de sensibilité en droit de la concurrence* : Rapport de la Cour de cassation, p. 225) au contraire, n'ont pas hésité à apprécier l'effet sensible de la pratique au stade de l'incrimination ou de la qualification, et le Conseil s'est finalement incliné à partir de 1997. Dans son rapport pour 1997, le Conseil énonce en effet que cette condition de sensibilité est « un élément de la qualification des pratiques, et suppose donc d'examiner les effets concrets ou potentiels des pratiques en cause ».

Le législateur a lui aussi tardé à introduire le seuil de sensibilité en droit interne. L'article 26 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit avait prévu la création d'une « procédure accélérée pour l'examen, par le Conseil de la concurrence, des affaires inférieures à un seuil déterminé »,

ce qui a été expressément posé par l'ordonnance du 25 mars 2004 et figure désormais à l'article [L. 464-6-1](#) du Code de commerce :

« L'Autorité de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :

a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;

b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause. »

Comme en droit européen, certaines clauses ou pratiques excluent l'application de la règle de minimis même si les contrevenants ont une faible part de marché (art. [L. 464-6-2](#)).

Exemple

Ainsi, le Conseil a refusé de faire jouer cette règle à des fournisseurs ayant 1 % de parts de marché dans la mesure où les pratiques reprochées étaient des pratiques de prix imposés. Elles sont sanctionnables indépendamment de la part de marché du fournisseur (Cons. conc., déc. n° [05-D-06](#), 23 fév. 2005, Saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International, LVMH Fashion Group et LVMH Fashion Group France : *RLC* n° 3/2005, p. 28).

L'effet cumulatif est depuis longtemps pris en compte. Il existe un effet cumulatif de verrouillage lorsque 30 % au moins du marché en cause est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires. La Communication européenne rabaisse alors les seuils à 5 %, que ce soit pour les accords entre concurrents ou pour les accords entre non concurrents (point 10 de la Communication de minimis de 2014).

Section 2 : Le rachat de l'entente par le jeu de la règle de raison

Il a été reproché à l'article 101, paragraphe 3, du Traité CE, comme à l'article [L. 420-4](#) du Code de commerce, de mettre en œuvre une procédure très lourde (v. notamment, D. Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004, n° 831, p. 376 – J.-B. Blaise, « L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence » in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle*. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p. 85). Pour y remédier, les autorités de la concurrence se sont inspirées du droit américain qui a défaut de dispositions relative à des exemptions, a dégagé la théorie de la rule of reason, traduite par l'expression règle de raison.

Exemple

CJCE, 8 juin 1982, aff. [C-258/78](#), *Nungesser* : *Rec. CJCE* 1982, p. 2015 – 6 oct. 1982, aff. [C-262/81](#), *Coditel* : *Rec. CJCE* 1982, p. 3381.

Il s'agit bien d'appliquer l'article 101, paragraphe 1, et en droit interne, les articles [L. 420-1](#) et [L. 420-2](#) mais de considérer que la pratique litigieuse n'a pas d'effet restrictif sur la concurrence. On fait un bilan concurrentiel au stade de ces dispositions ; s'il est négatif, l'accord pourra cependant être racheté sur la base d'un bilan économique fait au § 3 de l'article 101 ou à l'article [L. 420-4](#). Ce bilan économique tient compte de tous les objectifs autres que ceux de l'efficacité économique, comme par exemple l'emploi, l'environnement...

Progressivement, la méthode a été écartée en droit européen afin de ne pas faire perdre au § 3 de l'article 101 son « effet utile » dans la mesure où lui aussi met en balance les effets pro et anticoncurrentiels d'une restriction (TPICE, 18 sept. 2001, aff. [T-112/99](#), *Métropole télévision (TPS)* : *RTD eur.* 2002, p. 354 ; *JCP E* 2002, I, 1289, n° 27 – 23 oct. 2003, aff. T-65/98, *Van den Bergh* : *Europe* 2003, comm. n° 403, obs. L. Idot, *RTD eur.* 2005, p. 200. V. cependant, CJCE, 19 fév. 2002, aff. [C-309/99](#), *Wouters* : *Rec. CJCE* I 2002, p. 1577 ; *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. n° 64, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2003, p. 337 ; L. Idot, « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu... », *Europe* 2002, chron. n° 6). L'article 101 repose uniquement sur un bilan concurrentiel : les effets négatifs sont vus dans le § 1, les effets positifs dans le § 3. Cette position a été consacrée dans la communication sur l'application de l'article 101 § 3 de 2004. Le point 11 expose ainsi que : « L'appréciation au regard de l'article 81 s'effectue donc en deux étapes. La première consiste à déterminer si un accord entre entreprises, qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, a un objet anticoncurrentiel ou des effets anticoncurrentiels réels ou potentiels. La seconde étape, qui n'a lieu d'être que s'il est avéré qu'un accord restreint le jeu de la concurrence, consiste à déterminer les effets proconcurrentiels produits par cet accord et à voir si ces effets proconcurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. La mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81, paragraphe 3. » En conséquence, l'application de l'article 101 repose uniquement sur une analyse concurrentielle et des objectifs d'intérêt général ne peuvent plus être pris en compte.

Remarque**Restrictions accessoires.**

Les restrictions accessoires sont des restrictions imposées aux parties à un accord ne faisant pas l'objet premier de cet accord, mais étant directement liées et nécessaires à la réalisation des objectifs qu'il prévoit. Il pourrait par exemple s'agir de clause de non concurrence ou d'exclusivité. Pour les lignes directrices de 2004, « *la notion de restriction accessoire couvre toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée* ». L'analyse s'opère dans le cadre du § 1, ce qui a conduit parfois à confondre règle de raison et restrictions accessoires : « *L'application de la notion de restriction accessoire n'implique pas la mise en balance des effets proconcurrentiels et des effets anticoncurrentiels, cette analyse ne pouvant être faite que dans le cadre spécifique de l'article 81, paragraphe 3* ». Trois conditions sont requises : la restriction doit être liée directement à la réalisation d'une opération principale (lien évident entre les deux) ; la restriction doit être objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale : l'appréciation se fait de manière abstraite, non pas par rapport à la situation de la concurrence sur le marché, mais par rapport à un type d'opération (Par exemple, appréciation du caractère objectif d'une clause de non concurrence par rapport aux opérations de cessions d'entreprises) ; la restriction doit être proportionnée à l'opération principale : si elle est excessive, elle doit être appréciée dans le cadre du § 3.

L'Autorité française rejoint la Commission européenne.

Exemple

Dans l'affaire n° [10-D-28](#), l'autorité souligne – très rapidement – « *dès lors que l'accord en cause comportait un objet restrictif de la concurrence ainsi qu'il est démontré ci-dessous, les arguments tendant à démontrer qu'il poursuivait un objectif pro-concurrentiel ne seront pas examinés au regard de l'article 81, paragraphe 1, CE et de l'article L. 420-1 du code de commerce, mais à la lumière de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article L. 420-4 du code de commerce* » (20 sept. 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement).

Section 3. L'exemption de l'entente anticoncurrentielle

Le droit européen (art. 101, § 3, TCE) et le droit français (art. L. 420-4, C. com.) prévoient un système de rachat de l'entente. Sous réserve de remplir les conditions requises, l'entente échappe à la condamnation, est exemptée.

Les textes interne et européen diffèrent quelque peu. En premier lieu, les exemptions peuvent s'appliquer en droit français aussi bien aux ententes qu'aux abus de position dominante. Il demeure qu'en pratique, l'autorité française n'applique ce texte qu'aux ententes. En second lieu, l'article L. 420-4 I 1° ajoute la justification par la conformité à la loi ou au règlement pris pour son application (Cons. conc., déc. n° 03-D-03, 16 janvier 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances. – déc. n° 03-D-04, 16 janvier 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau d'Albertville en matière d'assurances. – ADLC, déc. n° 13-D-23, 30 déc. 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion par voie électronique des informations économiques et juridiques des entreprises). Là encore, la différence n'est que formelle puisque les instances européennes écartent la responsabilité des membres d'une entente lorsque celle-ci est imposée par la loi (CJCE, 9 septembre 2003, aff. C-198/01, CIF: Europe 2003, comm. n° 366, obs. L. Idot. V. Pour les jurys d'examen à la profession d'avocat : CJCE (ord), 17 février 2005, aff. C-250/03, Giorgio Emanuele Mauri : Europe 2005, comm. n° 137, obs. L. Idot). Le droit français connaît également un système d'exemption par catégorie, l'article L. 420-4 II disposant que « certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence ». A ce jour, deux décrets seulement ont été pris en vertu de ce texte : le décret n° 96-499 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole et le décret n° 96-500 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant les mesures d'adaptation aux situations de crise.

Les modifications des règles procédurales en droit européen ont eu des répercussions sur le mécanisme d'exemption. En effet, le règlement n° 1/2003 qui a modifié la mise en œuvre du droit de la concurrence européen a substitué au système d'autorisation de l'accord un système d'exception légale. Cela ne va pas sans modifier le paysage décisionnel, en particulier en ce qui concerne ce que l'on appelait les exemptions individuelles.

Le système antérieur à 2004 était fortement imprégné par la tradition allemande et reposait sur une déclaration de l'accord à la Commission : la notification. La procédure à suivre pour que l'accord soit exempté imposait aux parties de notifier leur accord à la Commission. Elles devaient remplir un document – le formulaire A/B – qu'elles renvoyaient avec les pièces nécessaires, à l'autorité communautaire. C'était donc une procédure préalable, a priori.

La Commission délivrait soit une attestation négative, soit une exemption individuelle de l'accord. L'attestation négative signifiait que l'accord n'entrait pas dans les prévisions de l'article 101, § 1 ; il ne répondait pas aux conditions d'application de cet article c'est-à-dire qu'il ne restreignait pas la concurrence ou/et n'affectait pas le commerce entre Etats membres. La Commission remettait alors aux entreprises qui lui avaient notifié leur accord une attestation négative sous la forme d'une décision formelle ou bien de manière informelle par une lettre administrative de compatibilité. Il en allait différemment de l'exemption individuelle. Dans ce cas, il y avait bien restriction de la concurrence et affectation du commerce entre Etats membres. Seulement, cet accord n'était pas totalement noir et pouvait être racheté.

La Commission s'est rapidement vue engorgée de demandes d'exemption. Un palliatif a été trouvé dans les exemptions par catégorie. Un accord respectant les conditions formulées dans un règlement d'exemption catégorielle était présumé licite. Fort appréciable, le système n'a cependant pas été suffisant.

Aussi, lors de la réforme de la procédure par le Règlement n° 1/2003, le système de notification préalable a-t-il été abandonné. Puisqu'il n'y a plus de notification préalable de l'accord, les décisions qui s'en suivaient disparaissent par la même occasion : il n'y a plus de décision d'exemption individuelle ni de décision d'attestation négative. Pendant longtemps, seule la Commission européenne avait compétence pour exempter

des accords sur la base de l'article 101, § 3. Le Règlement CE n° 1/2003 a modifié cette compétence puisque depuis le 1er janvier 2004, les autorités de la concurrence et les juridictions des Etats membres peuvent aussi appliquer cette disposition. On a ainsi une application décentralisée de l'article 101 du TFUE. Cela justifiait l'intervention de la Commission européenne qui devait guider les juges nationaux. Ce fut chose faite avec les Lignes directrices du 27 avril 2004 pour l'application de l'article 101, § 3 du traité.

Cela a des répercussions sur les entreprises : en effet, dans le système en vigueur avant mai 2004, les entreprises pouvaient toujours s'assurer de la validité de leur accord au regard du droit de la concurrence en le notifiant à la Commission. Dorénavant, l'appréciation repose seulement sur les entreprises et leurs conseils juridiques.

Deux types d'exemption existent : les exemptions individuelles qui doivent répondre aux conditions mentionnées par les textes sus-visés (§ 1) et les exemptions catégorielles envisagées par des règlements européens (§ 2).

§ 1. Les exemptions individuelles

L'application de l'article 101, § 3, TFUE ou de l'article L. 420-4 du Code de commerce conduit à procéder à un bilan économique. Il s'agit de mettre en balance les inconvénients de l'atteinte à la concurrence et les avantages résultant de l'entente. Si ces derniers l'emportent, l'entente peut être exemptée. Si la preuve de la violation de l'article 101, § 1, doit être faite par celui qui l'allègue (autorité ou partie), c'est à l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'exemption de prouver que l'accord remplit bien les quatre conditions cumulatives, à savoir :

- il faut tout d'abord un progrès économique : la forme de celui-ci est variable. Le droit interne indique expressément que ce progrès peut consister en la création ou dans le maintien d'emplois. Il peut par ailleurs s'agir de l'amélioration de la qualité (Sur la qualité technique : Comm. CE., déc. n° 2003/570/CE, 30 avr. 2003, O2 UK Ltd/T-Mobile UK Ltd : JOUE n° L 200, 7 août 2003 ; Europe 2003, comm. n° 328, obs. L. Idot) et de la quantité des produits ou des services, de la création d'un nouveau produit qui nécessite la coopération entre entreprises (Comm. CE., déc. n° 2003/300/CE, 8 oct. 2002, IFPI « Simulcast » : JOUE n° L 107, 30 avr. 2003 ; Europe 2003, comm. n° 217, obs. L. Idot ; Contrats, conc., consom. 2003, comm. n° 131, obs. S. Poillot-Peruzzetto), de l'émergence d'un nouvel opérateur (Comm. CE., déc. n° 1999/242/CE, 3 mars 1999, TPS : JOCE n° L 90, 2 fév. 1999, p. 6), de la protection de certaines formes de distribution et même la préservation de l'environnement. Les lignes directrices de 2004 évoquent des gains d'efficacité. La démarche est assez précise. *« Tous les gains d'efficacité allégués doivent donc être justifiés, afin que les points suivants puissent être vérifiés: a) nature des gains d'efficacité allégués; b) lien entre l'accord et les gains d'efficacité; c) probabilité et importance de chaque gain d'efficacité allégué; et d) modalités et date de réalisation de chaque gain d'efficacité allégué »*. Il existe différents gains d'efficacité. La Commission explique qu' *« une distinction est établie entre les gains d'efficacité réalisés sur les coûts et les gains d'efficacité de nature qualitative, qui créent de la valeur sous forme de produits nouveaux ou meilleurs, d'une plus grande variété de produits, etc »*. En revanche, *« le maintien d'entreprises déficitaires ne saurait être assimilé à un objectif de progrès économique »* (Cons. conc., déc. n° 95-D-77, 5 déc. 1995, Marché du miel), ce que le Conseil rappelle encore dans sa décision Secteur de l'eau de Javel de 2005 (Déc. n° 05-D-03, 10 fév. 2005. 10 fév. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'eau de javel: RLC n° 3/2005, p. 27, obs. V. Sélinisky) : *« l'argument tiré de la nécessité et de la survie des entreprises en cause ne peut justifier l'entente »*.
- Il faut ensuite que l'utilisateur du produit ou service en cause tire profit de l'atteinte à la concurrence : il ne s'agit pas forcément du consommateur et le profit n'est pas simplement d'ordre pécuniaire. Il peut s'agir ainsi de l'augmentation de l'offre et du développement de nouveaux services basés sur l'usage d'une nouvelle technologie (Comm. CE., déc. n° 1999/242/CE : op. cit). Si la pratique litigieuse est un accord de distribution, on peut envisager un avantage tiré d'une amélioration de l'approvisionnement.
- Il faut encore que l'atteinte à la concurrence soit indispensable pour réaliser ce progrès économique dont profitent les utilisateurs. Cette condition n'apparaît pas dans le texte de l'article L. 420-4. Néanmoins,

l'autorité française la vérifie. Cette exigence répond à l'idée de bilan économique : les avantages de l'accord doivent être supérieurs à ces inconvénients.

- Il faut enfin que l'entente n'élimine pas la concurrence sur une partie substantielle du marché des produits ou services en cause.

§ 2. Les exemptions catégorielles

Si un accord entre dans les prévisions d'une exemption catégorielle, il est présumé licite. Cette présomption de licéité est temporaire, l'exemption étant limitée dans le temps, et simple, la Commission pouvant retirer le bénéfice de l'application du règlement.

Du point de vue procédural, l'article 101, § 3 permet à la Commission, sur habilitation du Conseil, d'adopter des Règlements d'exemption par catégorie. Plusieurs règlements du Conseil viennent actuellement habiliter la Commission à prendre des règlements d'exemption catégorielle :

- le Règlement n° 19/65 du 2 mars 1965 vise les catégories d'accords verticaux ou de pratiques concertées ayant le même objet auxquels ne participent que deux entreprises.
- Le Règlement n° 2821/71 du 20 décembre 1971 concerne les catégories d'accords qui ont pour objet soit l'application de normes et de types, soit la recherche et le développement, soit la spécialisation.
- Le Règlement n° 1534/91 du 31 mai 1991 est relatif aux catégories d'accords dans le secteur des assurances qui ont pour objet une coopération sur les tarifs de prime de risque fondés sur des statistiques collectives ou sur le nombre de sinistres, l'établissement de conditions types d'assurance, la couverture en commun de certains types de risques, le règlement des sinistres, la vérification et l'acceptation d'équipements de sécurité, les registres concernant les risques aggravés et les systèmes d'information s'y rapportant.
- Le règlement n° 479/92 du 25 février 1992 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (« consortia »).

Nous allons nous concentrer sur deux exemptions catégorielles : celle des accords verticaux (A) et celle des accords de transfert de technologie (B).

A. L'exemption catégorielle des accords verticaux

Jusqu'en 1999, la Commission avait une **approche catégorielle**. Dans cet esprit, et sur la base du Règlement n° 19/65, elle avait élaboré un règlement d'exemption pour les accords de distribution exclusive (Rgl. CEE n° 1983/83, 22 juin 1983), un autre pour les accords d'achat exclusif (Rgl. CEE n° 1984/83, 22 juin 1983), un autre pour les accords de distribution et de service vente et après-vente de véhicules automobiles (Rgl. CEE n° 123/85, 12 décembre 1984 ; remplacé par Rgl. CEE n° 1475/95, 28 juin 1995 ; remplacé par Rgl. CEE n° 1400/2002, 31 juillet 2002 dont l'application provisoire et partielle est dorénavant prévue par le règlement no 461/2010 du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile) et un autre pour les accords de franchise (Rgl. n° 4087/88/CEE, 30 novembre 1988).

En 1999, la Commission européenne a changé d'optique pour adopter une **approche plus globale**. Ainsi, un nouveau Règlement général est venu se substituer aux règlements précités et fixe un cadre applicable à tous les accords de distribution (sauf la distribution automobile) : **Règlement n° 2790/1999/CE du 22 décembre 1999** relatif aux accords verticaux (JOCE n° L 336, 29 déc. 1999, p. 21 ; C. Halimi-Dechelette, « La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence », *Contrats, conc., consom.* 2000, chron. n° 6, p. 4). Ce règlement a révélé une nouvelle approche des restrictions verticales. Les anciens textes étaient souvent critiqués en raison d'un formalisme trop lourd et d'une insuffisance de prise en considération des données économiques. Pour répondre à ces critiques, le règlement de 1999 supprime l'exigence de clauses blanches asphyxiant les contrats, et donne au pouvoir de marché des parties une nouvelle place : l'exemption s'appliquait lorsque la part de marché détenue par le fournisseur ou par l'acheteur lorsqu'il s'agit d'un contrat de

fourniture exclusive, et les entreprises qui lui sont liées, ne dépassait pas 30 %. En deçà de 30 %, l'exemption générale s'applique automatiquement. On présume que la restriction verticale est valide. Au dessus de ce seuil, il y a pouvoir de marché. Mais ce n'est pas pour autant que l'accord est illégal : il ne pourra faire l'objet d'une exemption générale, mais il pourra peut-être bénéficier d'une exemption individuelle. Pour calculer ces 30 %, on prend pour base la valeur des ventes réalisées pendant l'année civile sur le marché pertinent des biens ou services considérés comme substituables par le consommateur (art. 7).

Dix ans plus tard, ce texte fut remplacé par le **Règlement UE n° 330/2010 du 20 avril 2010** concernant l'application de l'article 101 § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JOUE n° L 102, 23 avr. 2010, p. 1. V. avis ADLC, 28 sept. 2009 sur la révision du Règlement n° 2790/1999/CE) agrémenté de Lignes directrices publiées le 10 mai 2010. Le règlement de 2020 s'inscrit dans la logique de celui de 1999. Ainsi un seuil de 30 % est-il toujours déterminant. Mais il tient davantage compte de la puissance d'achat en visant dorénavant la part de marché détenue par l'acheteur : ce dernier détient un pouvoir de marché s'il possède plus de 30 % de parts de marché sur celui sur lequel il achète ses biens ou services contractuels (art. 3).

Enfin, un dernier règlement a été adopté en 2022 remplaçant le précédent. Le **Règlement n° 2022/720 du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées** a été publié au JOUE le 11 mai 2022, assortie de lignes directrices conséquentes. Il reprend le critère des parts de marché et la liste de clauses noires et grises, en affinant selon les types de distribution et surtout la vente par internet.

Si la condition des parts de marché est remplie, encore faut-il que l'accord n'ait pas pour objet certaines restrictions. **Six restrictions**, mentionnées à l'article 4 du règlement, excluent automatiquement l'exemption générale.

- Selon l'article 4 a), l'exemption est écartée pour les accords fixant des prix de revente : l'accord ne peut prévoir des prix de vente fixes ou minimum qui entraverait la liberté de détermination du prix par le distributeur. Est ainsi maintenu la présomption d'objet anticoncurrentiel pour les prix imposés malgré l'abondante littérature économique consacrant l'idée d'effets pro-concurrentiels de la pratique, littérature prenant appui notamment sur la jurisprudence américaine Leegin (Cour suprême des Etats-Unis, 28 juin 2007, Leegin creative leather products, inc. V. PSKS, 551 U.S. 877. La Cour a invité les Circuits Courts à ne plus juger que les pratiques de prix imposés étaient des pratiques anticoncurrentielles per se mais à ne les condamner que lorsque le plaignant démontre leurs effets anticoncurrentiels). En revanche, la fixation de prix maximum ou conseillé est autorisée, à condition qu'elle ne cache pas un prix imposé déguisé.
- L'article 4 b) exclut, sauf exceptions, l'exemption pour des accords exclusifs comportant des limitations territoriales ou de clientèle. Le but est d'éviter le cloisonnement des marchés et promouvoir au contraire, l'intégration des marchés.
- L'article 4 c) exclut, sauf exceptions, l'exemption dès lors que l'accord sélectif contient une « restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, les membres du système de distribution sélective peuvent vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels ».
- L'article 4 d) écarte l'exemption pour des accords les limitations aux livraisons croisées entre distributeurs du même réseau.
- « *Le fait de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals ou à des réparateurs, à des grossistes ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens* est quant à elle prohibée par l'article 4 f).

Certaines clauses de l'accord peuvent être prohibées sans pour autant entraîner une condamnation de tout l'accord (clauses grises visées à l'article 5). Ces obligations peuvent ne pas être exemptée ; mais sa présence ne s'opposera pas à l'exemption du reste de l'accord.

Sont condamnées :

- a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ;

- b) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services ;
- c) toute obligation directe ou indirecte imposant aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés (cela vise l'interdiction du multimarquisme) ;
- d) toute obligation directe ou indirecte interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables par le biais de services d'intermédiation en ligne concurrents.

Les obligations de non concurrence à l'expiration de l'accord ne sont pas exemptables, sauf pour les biens ou services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels, si cette obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, qu'elle est limitée aux lieux où l'acheteur était installé. L'expression « locaux et terrains » doit être entendue dans un sens strict et non comme signifiant « l'ensemble du territoire » sur lequel le franchisé a opéré (CJUE, ord. 7 fév. 2013, aff. [C-117/12](#), La retoucherie de Manuela : *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. n° 83, obs. G. Decocq ; Europe 2013, comm. n° 177, obs. L. Idot) et limitée à un an (article 5 b).

Remarque

Il faut noter que l'exemption générale peut être retirée même si l'accord remplit ces diverses conditions, si la Commission relève un effet cumulatif des accords. On remarque une accumulation d'accords verticaux sur un marché donné et cette accumulation va en fait aggraver les effets anticoncurrentiels. C'est le cas des systèmes de distribution sélective. La Commission pourra donc décider de retirer l'exemption générale – sans effet rétroactif – à certains réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents lorsque ces réseaux parallèles couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. Dans ce cas là, la Commission procède par voie de règlement – suspendu pour une durée d'au moins 6 mois pour que les entreprises puissent s'adapter – et l'accord sera soumis au droit commun : les entreprises pourront demander une exemption individuelle.

B. L'exemption catégorielle des accords de transfert de technologie

Sur la base du Règlement n° 19/65, la Commission européenne a adopté le 21 mars 2014 un nouveau Règlement d'exemption des accords de concession de licence de droits sur technologie conclus entre deux entreprises aux fins de production de produits contractuels (**Règlement n° 316/2014/UE** relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords de transfert de technologie, qui remplace le Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie) complété par des Lignes Directrices parues le même jour.

Les accords de transfert de technologie portent sur la concession de licences de droits sur technologie. La Commission reconnaît leur nature a priori pro-concurrentielle : *« Ils améliorent généralement l'efficacité économique et favorisent la concurrence, dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter de la concurrence sur les marchés de produits. »* (Considérant n° 4).

Néanmoins, il convient selon la logique des Règlements généraux, de tenir compte du pouvoir de marché des entreprises en cause (art. 3), même si les marchés et parts de marché sont très difficiles à établir dans un secteur par essence évolutif (V. en ce sens, E. Diény, licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées : RLC 40/2014, p. 17). Lorsqu'elles sont concurrentes, l'exemption s'applique à condition que la part de marché cumulée qu'elles détiennent n'excède pas 20 % sur le ou les marchés en cause. En l'absence de concurrence entre elles, le seuil passe à 30 % sur le ou les marchés en cause.

Le champ d'application du Règlement de 2014 est plus restrictif que celui de 2004. Comme par le passé, il ne couvre que les accords de transfert de technologie entre un donneur de licence et un preneur de licence par lesquels le donneur de licence autorise le preneur de licence et/ou son ou ses sous-traitants à exploiter

les droits sur technologie concédés, éventuellement après avoir poursuivi des activités de recherche et de développement, aux fins de la production de biens ou de services. En revanche, il ne doit pas s'appliquer à la concession de licences dans le contexte des accords de recherche et de développement qui relèvent du règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission, ni à la concession de licences dans le contexte des accords de spécialisation qui sont concernés par le règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission. Pareillement, il ne joue pas pour les pools de brevets.

« Il ne doit pas non plus s'appliquer aux accords visant le regroupement de technologies, c'est-à-dire aux accords ayant pour objet de regrouper des technologies en vue de les concéder sous licence à des tiers, ni aux accords par lesquels les technologies regroupées sont concédées sous licence à ces tiers. » (considérant n° 7). Eu égard à la nature souvent pro-concurrentielle des regroupements de brevets, leur création et la concession de licences à partir de ceux-ci bénéficient désormais d'un régime sécurisé dans les lignes directrices (pt. 261). Des développements assez novateurs sont ajoutés concernant la normalisation, thème qui soulève de plus en plus de questionnement.

Remarque

L'Autorité de la concurrence s'est auto-saisie pour rendre un avis sur la question suivante : Les processus de normalisation et de certification sont-ils pro-concurrentiels (Communiqué du 21 janvier 2014). L'AFEC de son côté, a organisé une conférence en octobre 2014 sur la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence dont l'une des interventions portait sur le sujet suivant : « Les processus de normalisation, théâtre de pratiques anticoncurrentielles ».

La Commission souligne ainsi au point 246 de ses Lignes directrices que : « Les regroupements de technologies peuvent également avoir pour effet, notamment lorsqu'ils couvrent une norme industrielle ou créent une norme industrielle de fait, de réduire l'innovation en excluant d'autres technologies du marché. L'existence de la norme et d'un regroupement de technologies qui y est lié peut rendre plus difficile la pénétration sur le marché de technologies nouvelles et améliorées. » S'agissant le plus souvent d'accords multipartites, ils ne peuvent être visés par le Règlement d'exemption.

Enfin, contrairement au règlement de 2004, celui de 2014 ne doit pas davantage s'appliquer aux accords dont l'objet est la reproduction et la distribution pures et simples de produits logiciels protégés par des droits d'auteur, étant donné que les accords de ce type ne portent pas sur la concession sous licence d'une technologie devant servir pour des activités de production, mais s'apparentent davantage à des accords de distribution relevant par conséquent du règlement n° 330/2010.

L'exemption ne peut être accordée que si l'accord ne comporte pas de restrictions caractérisées envisagées à l'article 4. Lorsque les entreprises sont concurrentes, il s'agit de :

- a) la restriction de la capacité d'une partie à l'accord de déterminer ses prix de vente à des tiers ;
- b) la limitation de la production, exception faite de la limitation de la production de produits contractuels imposée au preneur de licence dans un accord non réciproque ou imposée à l'un seulement des preneurs de licence dans un accord réciproque ;
- c) la répartition des marchés ou des clients, sauf exceptions à savoir :
 - i) de l'obligation imposée au donneur de licence et/ou au preneur de licence, dans un accord non réciproque, de ne pas produire à partir des droits sur technologie concédés sur le territoire exclusif réservé à d'autre partie et/ou de ne pas vendre, activement et/ou passivement, sur le territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif réservé à l'autre partie ;
 - ii) de la restriction, dans un accord non réciproque, des ventes actives par le preneur de licence sur le territoire exclusif ou au groupe d'acheteurs exclusif attribués par le donneur de licence à un autre preneur de licence, à condition que ce dernier n'ait pas été une entreprise concurrente du donneur de licence au moment de la conclusion de son propre accord de licence ;
 - iii) de l'obligation imposée au preneur de licence de ne produire les produits contractuels que pour son propre usage, à condition qu'il puisse vendre librement, active ment et passivement, les produits contractuels en tant que pièces de rechange pour ses propres produits ;
 - iv) de l'obligation imposée au preneur de licence dans un accord non réciproque de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé, lorsque la licence a été concédée en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur ;

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

Lorsque les entreprises ne sont pas concurrentes, il s'agit de :

- a) la restriction de la capacité d'une partie de déterminer ses prix de vente à des tiers, sans préjudice de la possibilité d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal imposé à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle ;
- b) des restrictions concernant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le preneur de licence peut vendre passivement les produits contractuels, sauf exceptions à savoir :
 - i) de la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif qui est réservé au donneur de licence ;
 - ii) de l'obligation de ne produire les produits contractuels que pour son propre usage, à condition que le preneur de licence puisse vendre librement, activement et passivement, les produits contractuels en tant que pièces de rechange pour ses propres produits ;
 - iii) de l'obligation de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé, lorsque la licence a été concédée en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur ;
 - iv) de la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un preneur de licence qui opère en tant que grossiste sur le marché ;
 - v) de la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés ;
- c) la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les preneurs de licence membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.

Certaines clauses ne peuvent pas être exemptées sans faire tomber toutefois l'entier accord. Selon l'article 5, constituent des restrictions exclues :

Pour les entreprises concurrentes :

- a) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur de licence de concéder une licence exclusive au donneur de licence ou à un tiers désigné par celui-ci ou de leur céder l'intégralité ou une partie des droits sur les améliorations que le preneur de licence aura lui-même apportées à la technologie concédée ou sur les nouvelles applications qu'il en aura faites ;
- b) toute obligation directe ou indirecte imposée à une partie de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle que l'autre partie détient dans l'Union, sans préjudice de la possibilité, dans le cas d'une licence exclusive, de résilier l'accord de transfert de technologie si le preneur de licence met en cause la validité de l'un des droits sur technologie concédés, quel qu'il soit (clauses de non-contestation).

Pour les entreprises non concurrentes, les obligations directes ou indirectes limitant la capacité du preneur de licence d'exploiter ses propres droits sur technologie ou la capacité de l'une des parties à l'accord d'effectuer de la recherche-développement, sauf si cette dernière restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers.

En savoir plus : Autres exemptions catégorielles

Concernant les accords horizontaux, deux règlements d'exemption sont actuellement pris en vertu du Règlement n° 2821/71 : les Règlements n° 2023/1066 et 2023/1067 ont été adoptés le 1^{er} juin 2023 révisant respectivement les règlements n° 1217/2010 du 14 décembre 2010 relatif aux accords de recherche et de développement et n° 1218/2010 du 14 décembre 2010 relatif aux accords de spécialisation, accompagnés, comme à l'habitude, de Lignes directrices très fournies et très utiles, d'être toilettés. Ils suivent les mêmes principes gouverneurs que dans le règlement (UE) n° 2022/720, à savoir la primauté donnée au pouvoir de marché et l'interdiction des restrictions caractérisées, définies par leur objet.

Le règlement n° 358/2003 du 27 février 2003 d'exemption en matière d'assurances puis le Règlement n° 267/2010 du 24 mars 2010 ont été pris sur le fondement du Règlement n° 1534/91. La « nouvelle approche » est là encore consacrée. Ce règlement a expiré en 2017 et n'a pas été renouvelé.

Dans le secteur des transports, trois modes font l'objet d'exemptions catégorielles.

Dans le domaine maritime, le règlement n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 81 et 82 du traité CE aux transports maritimes exemptait les conférences maritimes autorisant les compagnies maritimes membres de telles conférences à fixer les prix et les autres conditions de transport. Ce règlement a été abrogé par le règlement n° [1419/2006](#) du Conseil du 25 septembre 2006 dans la mesure où il ne satisfaisait aux conditions de l'article 81, § 3. La Commission a parallèlement publié un règlement applicable aux consortiums maritimes qui sont des accords de coopérations opérationnelle (sans fixation des prix) en 2009 (Règlement n° [906/2009](#) du 28 sept. 2009) applicable initialement jusqu'au 25 avril 2015, mais prolongé d'abord jusqu'en avril 2020 puis jusqu'en avril 2024 (Règlement (UE) 2020/436 du 24 mars 2020 modifiant le règlement (CE) n° 906/2009 en ce qui concerne sa durée d'application).

Dans le domaine aérien, le Règlement n° 1459/2006 du 28 septembre 2006 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet les consultations tarifaires pour le transport de passagers sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports, pris en application du Règlement n° 3976/87 du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens, fixait des exemptions par catégorie d'accords de façon transitoire, les dernières s'arrêtant au 31 octobre 2007. Le Règlement n° [487/2009](#) du 25 mai 2009 est venu poser les bases de nouvelles règles en la matière.

Enfin, dans le domaine ferroviaire et routier et pour les voies navigables, les règles sont fixées par le règlement n° [169/2009](#) du 26 février 2009.