

Autorité
de la concurrence



**Avis du 25 juin 2010
sur la révision des règles européennes
applicables aux accords de coopération horizontale**

N.B. : Les principales observations présentées par l’Autorité de la concurrence en réponse à la consultation publique organisée par la Commission européenne sont synthétisées en début d’avis en français et en anglais.

The gist of the Autorité’s observations in response to the public consultation launched by the European Commission is summarized in the opening section of the opinion, in French and in English.

SYNTHÈSE

1. L'Autorité salue favorablement le maintien des deux règlements d'exemption par catégorie et des lignes directrices relatifs aux accords de coopération horizontale dans la forme qui a été soumise à consultation publique. Ces textes, axés sur une évaluation économique de ce type d'accords, assurent aussi davantage de pédagogie, ce qui était nécessaire dans un contexte de mise en œuvre décentralisée (par les autorités nationales de concurrence et les juridictions de droit commun) des règles européennes de concurrence.
2. Les développements sur les échanges d'informations sont extrêmement utiles. La jurisprudence et la pratique décisionnelle en Europe sur ce sujet sont suffisamment mûres pour être synthétisées et systématisées dans des lignes directrices, qui auront vocation à servir de guide d'analyse pour les entreprises, mais aussi pour les autorités nationales de concurrence et pour les juges. L'Autorité salue notamment l'approche exposée par la Commission en ce qui concerne le caractère restrictif de concurrence, mais aussi les gains d'efficacité susceptibles d'être générés par les échanges d'informations.
3. L'Autorité accueille aussi favorablement les approfondissements apportés aux accords de normalisation. Notamment, la création d'une « zone de sécurité » est de nature à contribuer à renforcer la concurrence et la prévisibilité pour les acteurs sur les marchés concernés.

EXECUTIVE SUMMARY

1. *The Autorité welcomes the renewal of the two block exemption regulations and of the guidelines concerning horizontal cooperation agreements as proposed by the public consultation. These texts, focused on an economic assessment of horizontal cooperation agreements, are more didactical, which is a pre-requisite to match the revamped decentralized enforcement system of the EU competition rules (by National Competition Authorities and national judges).*
2. *The new consideration given to information exchanges is extremely useful. The case law and the decisional practice in Europe are ripen enough in order to be summarized and systematized in guidelines, that will be an assessment guide for undertakings, as well as for National Competition Authorities and for judges. The Autorité specially welcomes the Commission's assessment both for finding a restriction of competition and for taking into account the likely efficiency gains derived from information exchanges.*
3. *The Autorité also welcomes the new guidance concerning standardisation agreements. Notably, the creation of a "safe harbour" is likely to be a driver to enhance competition on the markets concerned and to bring more predictability to undertakings.*

INTRODUCTION

Le 4 mai 2010, la Commission européenne (ci-après la « Commission ») a invité les tiers intéressés à soumettre leurs éventuelles observations sur trois projets de texte – deux règlements et des lignes directrices – destinés à moderniser le régime d’application des règles de concurrence aux accords de coopération horizontale.

A l’heure actuelle, deux catégories d’accords de coopération horizontale – les accords de recherche et développement en commun et les accords de spécialisation et de production en commun – font l’objet d’un régime spécifique issu des règlements (CE) n° 2658/2000 du 29 novembre 2000 sur l’application de l’article 81, paragraphe 3, du traité CE [devenu l’article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE)] à des catégories d’accords de spécialisation¹ et n° 2659/2000 du 29 novembre 2000 sur l’application de cette même disposition à des catégories d’accords de recherche et développement. Ces règlements sont complétés par des lignes directrices du 6 janvier 2001 de portée plus générale, dans lesquelles la Commission expose les principes qui guident son analyse des accords de coopération.

Ces règlements arrivant à échéance le 31 décembre 2010, la Commission se propose de les moderniser pour y intégrer davantage d’analyse économique, ainsi que l’expérience acquise durant la dernière décennie. Elle envisage aussi de les adapter au système de mise en œuvre du droit européen de la concurrence mis en place par le règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus les articles 101 et 102 TFUE)². Cette décentralisation se traduit par la mise en œuvre de ces règles par une multiplicité d’acteurs, dont font partie les autorités nationales de concurrence et les juges nationaux. La modernisation des règlements et des lignes directrices concourt donc à assurer l’interprétation et l’application convergentes du droit européen de la concurrence, sous le contrôle de la Commission et de la Cour de justice de l’Union européenne.

Dans le cadre du présent avis, l’Autorité de la concurrence (ci-après « l’Autorité »)³ formulera une série d’observations générales sur le nouveau régime proposé (1), puis des observations plus spécifiques sur deux importantes innovations du projet de lignes directrices : l’inclusion d’une analyse d’ensemble des échanges d’informations (2) et d’une synthèse approfondissant l’analyse concurrentielle des accords de standardisation (3).

¹ JOUE n° L 304 du 5 décembre 2000, p. 3.

² JOUE n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

³ Par convention, le terme « Autorité » désigne dans le présent avis le Conseil de la concurrence, devenu l’Autorité de la concurrence depuis le 2 mars 2009.

1. L'AUTORITE SALUE L'APPROCHE GENERALE DE LA COMMISSION, QUI A FAIT SES PREUVES

La Commission envisage de conserver l'architecture du régime actuel et de maintenir son analyse des accords horizontaux, en continuant d'asseoir leur appréciation sur le pouvoir de marché des entreprises parties à l'accord. L'Autorité est favorable à cette approche économique, qui a fonctionné de façon très satisfaisante au cours de la dernière décennie et est désormais éprouvée.

Dans le même temps, le projet de lignes directrices présente l'approche de la Commission sous une forme plus claire, didactique et praticable tant pour les autorités nationales de concurrence que pour les entreprises sur lesquelles reposent la responsabilité d'« auto-évaluer » en amont la licéité de leurs pratiques commerciales. Cette évolution est bienvenue.

Sur le fond, l'Autorité constate que la mise en commun des coûts revêt une importance accrue et transversale dans l'analyse des accords horizontaux, dans la mesure où ce facteur peut faciliter substantiellement un équilibre collusif⁴. Cela étant, la mise en commun des coûts est aussi souvent associée, en pratique comme en théorie, à la réalisation de gains d'efficacité, dans la mesure où elle peut contribuer à abaisser les prix de production ou les coûts de distribution et à permettre la pénétration sur le marché de produits nouveaux ou plus innovants. L'appréciation concurrentielle de cette mise en commun ne peut pas être conduite indépendamment du contexte économique dans lequel elle est mise en œuvre, et notamment du degré de concentration du marché et de la position des parties sur celui-ci.

En conséquence, il serait justifié de rappeler de façon plus pédagogique que la mise en commun des coûts, même à un degré important, ne conduit pas de manière systématique à la production d'effets collusifs restrictifs de concurrence et que son impact concurrentiel doit être apprécié en tenant compte du contexte et des facteurs économiques propres à chaque accord.

⁴ Voir par exemple projet de lignes directrices, point 34.

2. LA MATURE DE L'ANALYSE CONCURRENTIELLE DES ECHANGES D'INFORMATIONS JUSTIFIE SON INTEGRATION DANS LE PROJET DE LIGNES DIRECTRICES

Comme cela avait déjà été amorcé par les lignes directrices du 26 septembre 2008 sur l'application de l'article 81 du traité CE au transport maritime⁵, le projet de lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale présente une synthèse d'analyse des échanges d'informations au regard de l'article 101 TFUE.

L'Autorité accueille très favorablement ces nouveaux développements. Ils sont sur le plan des principes largement souhaitables (2.1). En outre, ils reflètent de manière équilibrée l'impact concurrentiel que ces échanges peuvent avoir (2.2). Enfin, ils mettent en évidence de façon concrète les gains d'efficacité que ces échanges peuvent engendrer (2.3).

2.1. LA SYNTHÈSE DE L'APPROCHE EUROPEENNE DES ECHANGES D'INFORMATIONS EST UN FACTEUR DE TRANSPARENCE BIENVENU

L'appréciation de la licéité des échanges d'informations au regard des règles de concurrence est une question complexe sur laquelle l'Autorité a été fréquemment consultée pour avis au cours de la dernière décennie⁶. Plus largement, un grand nombre de décisions appréciant des échanges d'informations au regard de l'article 101 TFUE ont été prises au niveau national⁷.

L'ensemble de ces prises de position des autorités nationales de concurrence, qui sont convergentes dans leurs grandes lignes avec la jurisprudence et la pratique décisionnelle européennes, a permis d'examiner un large éventail d'échanges d'informations au regard des règles de concurrence et plus particulièrement de l'article 101 TFUE. L'Autorité considère, comme la Commission, que les standards d'analyse concurrentielle qui ont été appliqués aux échanges d'informations entre concurrents sont désormais suffisamment mûrs et concordants pour pouvoir être systématisés dans des lignes directrices.

L'Autorité salue donc cette initiative, qui devrait contribuer, d'une part, à renforcer la sécurité juridique des entreprises et, d'autre part, à fournir à l'ensemble des autorités du Réseau européen de concurrence (REC) un guide d'analyse commun, qui devrait également être utile aux juges de droit commun.

⁵ JOUE n° C 245 du 26 septembre 2008, p. 2, points 38 et s.

⁶ Voir pour des exemples récents avis n° 06-A-18 du Conseil de la concurrence du 5 octobre 2006 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, avis n° 10-D-05 de l'Autorité de concurrence du 23 février 2010 relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture et avis n° 10-A-11 de l'Autorité de la concurrence du 7 juin 2010 relatif au conseil interprofessionnel de l'optique.

⁷ Voir par exemple pour le cas de la France, les décisions et avis de l'Autorité de la concurrence cités aux notes 6, 15, 16 et 17.

2.2. LA GRILLE D'ANALYSE ENVISAGEE REFLETE LA DIVERSITE D'IMPACT QUE LES ECHANGES D'INFORMATIONS PEUVENT AVOIR SUR LA CONCURRENCE

Dans son projet de lignes directrices, la Commission envisage de distinguer trois cas de figure.

Premièrement, elle signale que les échanges d'informations qui sont le support d'ententes plus larges ne peuvent être appréciés indépendamment des pratiques collusoires qu'elles facilitent⁸ (comme des cartels).

Deuxièmement, elle souligne que les échanges entre concurrents sur les prix ou les quantités envisagés (ce qui comprend des informations récentes permettant d'anticiper des comportements stratégiques futurs) sont des pratiques restrictives de concurrence par objet⁹. De fait, des échanges d'informations entre concurrents sur des données aussi stratégiques tendent par nature à réduire l'incertitude entre eux¹⁰ et favorisent la mise en place d'un équilibre collusif, qu'il vise un alignement des prix ou une stabilisation des parts de marché.

Troisièmement, elle approfondit le cas des échanges d'informations entre concurrents concernant des données récentes ou passées susceptibles d'être restrictifs de concurrence eu égard à leurs effets, potentiels ou actuels, qui aboutissent à ajouter au degré de transparence préexistant sur le marché¹¹. Ces effets, actuels ou potentiels, sont selon le texte directement dépendants d'une série d'indicateurs à analyser impérativement au cas par cas : le degré de concentration du marché considéré, son degré de couverture, ainsi que la nature des informations échangées et les caractéristiques de l'échange.

L'Autorité soutient pleinement cette approche. Sa propre pratique décisionnelle, qui a fait l'objet de plusieurs synthèses pédagogiques récentes¹², illustre que les échanges d'informations ne peuvent en aucun cas être considérés comme des infractions *per se* et qu'une approche « graduée », fondée sur une analyse des mérites de chaque cas, est nécessaire pour tracer une ligne de partage robuste et convaincante entre les échanges d'informations entraînant une restriction de concurrence sensible et ceux qui sont neutres pour la concurrence, voire pro-concurrentiels, comme le souligne d'ailleurs la Commission¹³.

Cette approche est conforme à la jurisprudence européenne et, notamment à l'arrêt « *John Deere* » de la Cour de justice¹⁴, sur lequel l'Autorité s'est appuyée à plusieurs reprises pour sanctionner des échanges d'informations restrictifs de concurrence portant

⁸ Voir projet de lignes directrices, point 59.

⁹ *Ibid.*, point 68.

¹⁰ Voir CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands et al.*, C-8/08, non encore publié, points 43.

¹¹ Voir projet de lignes directrices, point 69.

¹² L'Autorité a notamment publié une note de synthèse intitulée « *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence* » en vue de sa participation à la table ronde organisée par le comité de la concurrence de l'OCDE les 17 et 18 octobre 2007 relative aux pratiques facilitatrices dans le cadre d'oligopoles (document disponible à l'adresse internet suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ocde_cp_10_2007.pdf) ; voir également Autorité de la concurrence, « *Etude thématique : Les échanges d'informations* », Rapport annuel pour 2009, La documentation française, à paraître.

¹³ Voir projet de lignes directrices, point 58.

¹⁴ CJCE, 28 mai 1998, *John Deere contre Commission*, C-7/95P, Rec. p. I-3111.

sur des données récentes¹⁵. C'est par exemple dans ce cadre que l'Autorité a sanctionné un échange non public d'informations à la périodicité rapprochée (échanges mensuels) entre l'ensemble des trois opérateurs présents sur le marché de la téléphonie mobile en France (oligopole restreint), portant sur le nombre de ventes brutes et de résiliations d'abonnements (informations commerciales récentes, stratégiques et non-publiques)¹⁶. Cette même approche a conduit l'Autorité à constater l'absence de caractère restrictif de concurrence d'échanges portant sur des informations passées et agrégées sur des marchés peu concentrés, comme l'illustre son récent avis sur la réalisation d'enquêtes statistiques dans le secteur des supports de culture¹⁷.

2.3. LA POSSIBILITE DE JUSTIFIER DE TELS ACCORDS AU MOYEN DE GAINS D'EFFICACITE REPERCUTES SUR LES CONSOMMATEURS EST ILLUSTRÉE PAR DES EXEMPLES CONCRETS

Si les échanges d'informations peuvent avoir des effets restrictifs de concurrence en augmentant artificiellement le degré de transparence sur les marchés, ils peuvent aussi générer des gains d'efficacité. La littérature économique souligne qu'ils peuvent rendre les marchés plus fluides, notamment en permettant de mieux ajuster l'offre à la demande, mais aussi d'améliorer le fonctionnement interne des entreprises par exemple par des méthodes d'étalonnage, ou encore d'améliorer l'information des consommateurs.

De tels gains d'efficacité doivent être mis en balance avec les effets restrictifs de concurrence existants afin de permettre de porter un jugement global sur la compatibilité des échanges d'informations avec la concurrence. L'Autorité soutient donc l'approche développée par la Commission, qui présente de façon très fouillée et illustrée d'exemples les gains d'efficacité que les échanges d'informations sont susceptibles de produire¹⁸, et met en exergue que les autres conditions d'exemption – répercussions sur les consommateurs, nécessité de la restriction et absence d'élimination de la concurrence – doivent être également satisfaites.

¹⁵ Voir par exemple décision n° 05-D-64 du Conseil de la concurrence du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens.

¹⁶ Décision n° 05-D-65 du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile ; l'analyse concurrentielle de l'échange d'informations en cause dans cette affaire a été définitivement confirmée par la Cour de cassation par un jugement du 7 avril 2010.

¹⁷ Voir avis n° 10-D-05 de l'Autorité de concurrence du 23 février 2010 relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture, points 56 et s.

¹⁸ Voir projet de lignes directrices, points 88 à 97.

3. LA « ZONE DE SECURITE » ENVISAGEE POUR LES ACCORDS DE NORMALISATION PERMETTRA DE RENFORCER LA CONCURRENCE, NOTAMMENT SUR LES MARCHES EN PLEINE EVOLUTION

La seconde évolution majeure figurant dans le projet de lignes directrices réside dans l'approfondissement de la méthode suivie pour analyser l'impact concurrentiel des accords de normalisation, et notamment des accords de standardisation incluant des droits de propriété intellectuelle.

Le projet de lignes directrices souligne que ces accords ont généralement un effet économique positif¹⁹. Il identifie toutefois un risque concurrentiel subséquent à l'adoption d'un standard - son appropriation par un détenteur de brevets pour imposer des conditions d'octroi de licence déraisonnables aux utilisateurs du standard²⁰. Il relève néanmoins qu'une série de mesures peut être mise en œuvre par les organismes de standardisation en vue de prévenir ce risque d'atteinte à la concurrence²¹. Ces conditions, telles qu'elles sont présentées dans le projet de lignes directrices, incluent notamment l'adoption d'une politique générale qui vise à ce que les entreprises détenant des brevets essentiels qui pourraient être inclus dans un standard en divulguent en amont l'existence à l'organisme de standardisation²².

Le projet crée ainsi une « zone de sécurité », à l'image des régimes spécifiques applicables aux accords de spécialisation et de recherche et développement, grâce à laquelle les accords de standardisation pourront être présumés non-restrictifs de concurrence dans la mesure où ces conditions seront respectées. L'Autorité est favorable à cette position pour plusieurs raisons.

Premièrement, les accords de standardisation présentent un fort potentiel pro-concurrentiel, notamment en assurant une meilleure diffusion des connaissances techniques et en permettant l'émergence de produits innovants. Ceci justifie qu'une logique de « *safe harbour* » puisse leur être appliquée.

Deuxièmement, le non-respect des conditions précitées ne préjuge pas du caractère restrictif de concurrence des accords de standardisation, ces derniers devant alors faire l'objet d'une analyse au cas par cas. Ainsi, à l'exception des hypothèses dans lesquelles des accords de coopération serviraient de support à une pratique d'entente plus large, l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE devrait conduire à apprécier les effets restrictifs de concurrence, actuels ou potentiels, de telles pratiques.

Troisièmement, l'ensemble des mesures de sauvegarde détaillées par la Commission poursuit une finalité clairement pro-concurrentielle. Les conditions posées par le projet de texte paraissent en effet de nature à préserver la neutralité de l'organisme de standardisation ou du standard lui-même et, ainsi, à éviter que ne se développent des pratiques discriminatoires en leur sein²³. C'est en particulier le cas pour l'obligation de divulgation des brevets essentiels, qui permettra à l'organisme de standardisation de

¹⁹ Voir projet de lignes directrices, point 258.

²⁰ *Ibid*, point 262.

²¹ *Ibid*, points 276 à 286.

²² *Ibid*, point 281.

²³ Voir par exemple pour les pré-requis essentiels que sont la participation ouverte à un organisme de standardisation, l'absence de caractère contraignant pour l'utilisation de la norme, ou encore la concession de licence à des conditions justes, raisonnables et non-discriminatoires (*FRAND*), la décision de la Commission européenne du 14 octobre 2009 dans l'affaire « *Ship classification* » (COMP./39.416), non encore publiée.

faire un choix éclairé au moment d'adopter un standard, et ainsi d'assurer une meilleure maîtrise des coûts d'innovation, qui pourra ultimement bénéficier aux consommateurs.

Quatrièmement, la création de cette « zone de sécurité » bénéficiera aux entreprises, en leur précisant, de manière transparente, les conditions dans lesquelles elles pourront être certaines qu'un accord de standardisation ne nuira pas à la concurrence. Elle contribuera ainsi à assurer un plus fort degré de prévisibilité et de concurrence sur les marchés de l'innovation et des produits aval.

CONCLUSION

L'Autorité estime que la réforme des règles européennes de concurrence applicables aux accords de coopération horizontale envisagée par la Commission est bienvenue dans son principe et dans ses modalités. Elle s'inscrit dans la continuité de méthodes d'analyse concurrentielle éprouvées, et complète utilement la réforme des textes relatifs aux restrictions verticales²⁴ intervenue cette année.

Les innovations de fond figurant dans les projets de texte, notamment celles concernant les échanges d'information entre concurrents, doivent être saluées. L'Autorité soutient le guide d'analyse exposé par le projet de lignes directrices à ce sujet, qui rejoint sa propre approche telle qu'elle se dégage d'une pratique décisionnelle et consultative étoffée. Au vu de cette expérience, l'Autorité estime que l'approche « graduée » envisagée par la Commission, qui réserve une part prépondérante à une analyse au cas par cas menée en fonction du contexte dans lequel les pratiques s'inscrivent, afin notamment en vue prendre en compte d'éventuels gains d'efficacité, est particulièrement appropriée.

²⁴ Voir règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 21 avril 2010 concernant l'application du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE n° L 102 du 23 avril 2010, p. 2 ; lignes directrices de la Commission du 19 mai 2010 sur les restrictions verticales, JOUE n° C 130 du 19 mai 2010, p. 1 ; règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JOUE n° L 129 du 28 mai 2010, p. 52 ; Lignes directrices supplémentaires de la Commission du 28 mai 2010 sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, JOUE n° C 138 du 28 mai 2010, p. 16.