



**LE MARCHÉ COMMUN DE L'AFRIQUE ORIENTALE ET AUSTRALE,
COMESA**



**LIGNES DIRECTRICES DU COMESA SUR LES
PRATIQUES COMMERCIALES
RESTRICTIVES**

2 AVRIL 2019

**ÉLABORÉES CONFORMÉMENT AUX PRESCRITS DU
RÈGLEMENT DU COMESA RELATIF À LA CONCURRENCE
ET DES RÈGLES DE CONCURRENCE DU COMESA, DE 2004**

CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Les présentes Lignes Directrices ont pour objectif de fournir des orientations sur l'application de l'Article 16 du Règlement du COMESA Relatif à la Concurrence de 2004 (« le Règlement ») qui traite des accords entre entreprises, des décisions par les associations d'entreprises et des pratiques concertées. Ces Lignes Directrices ne constituent en aucun cas un avis juridique et ne sauraient en aucune façon être considérées comme une déclaration de droit relative au Règlement. Les parties prenantes sont invitées à demander un avis juridique si elles ont des doutes sur un éventuel comportement susceptible d'enfreindre le Règlement.

INTERPRÉTATION

Dans les présentes Lignes Directrices, tout mot ou expression auquel un sens a été attribué dans le Règlement a la même signification que dans ledit Règlement, à moins que le contexte n'indique un sens différent.

CITATION

Les présentes Lignes Directrices peuvent être citées sous le titre : « Les Lignes Directrices du COMESA sur les Pratiques Commerciales Restrictives, de 2019 ».

Table des Matières

CLAUDE DE NON-RESPONSABILITÉ	2
INTERPRÉTATION	2
CITATION	2
DÉFINITIONS	4
SECTION 1 - PRÉAMBULE	5
SECTION 2 - OBJECTIF ET PORTÉE DES LIGNES DIRECTRICES	5
SECTION 3 - ORIENTATION GÉNÉRALE SUR LES ACCORDS VERTICAUX ET HORIZONTAUX	6
SECTION 4 - DÉFINITION DU MARCHÉ	7
SECTION 5 - ÉVALUATION DE LA COMPATIBILITÉ D'UNE PRATIQUE COMMERCIALE AVEC L'ARTICLE 16, PARAGRAPHE 1, DU RÈGLEMENT	8
Qu'est-ce qui constitue un Accord, une Décision ou une Pratique Concertée	8
Qu'est-ce qui constituent des répercussions sur les échanges entre États Membres ?.....	10
Qu'est-ce qui constitue un « objet ou un effet » ?	11
Qu'est-ce qui constitue « exécutée dans le Marché Commun » ?.....	12
SECTION 6 - FACTEURS PERTINENTS POUR L'ÉVALUATION CONFORMÉMENT AUX PRESCRITS DE L'ARTICLE 16, PARAGRAPHE 4, DU RÈGLEMENT	13
Procédure d'évaluation globale	13
Que signifie « contribuer à améliorer la production ou la distribution des biens et des services ou à promouvoir le progrès technique ou économique » ?	14
En quoi consiste « la perception d'une part équitable du profit découlant de l'accord pour les consommateurs »?	15
Indispensabilité	16
SECTION 7 - FACTEURS PERTINENTS POUR L'ÉVALUATION CONFORMÉMENT AUX PRESCRITS DE L'ARTICLE 20 DU RÈGLEMENT	17
Demande d'autorisation d'accords	17
Procédure d'évaluation globale.....	18
Forme de la notification et Procédure de soumission.....	19
Informations confidentielles	20
Recours.....	21
SECTION 8 - PRATIQUES COMMERCIALES HORIZONTALES	21
Effets positifs et négatifs des pratiques commerciales horizontales	21
Restrictions par objet	21
Effets restrictifs sur la concurrence.....	21
Sphère de sécurité ou Zone de sécurité.....	22
L'appréciation des accords horizontaux au regard des règles de concurrence	23
Analyse des formes spécifiques de restrictions horizontales.....	23
Accords d'échange de renseignements.....	23
Accords de recherche et de développement (R&D)	24
Accords d'achat.....	25
Accords de commercialisation	25
SECTION 9 - PRATIQUES COMMERCIALES VERTICALES	26
Effets positifs et négatifs des pratiques commerciales verticales	26
Procédure d'évaluation globale des pratiques commerciales verticales	26
Sphère de sécurité ou Zone de sécurité.....	27
Approvisionnement exclusif	30
Accords de franchise	30
SECTION 10 - DISPOSITIONS DIVERSES	31
Pénalités et Amendes générales	31
Révision des Lignes Directrices	31

DÉFINITIONS

Dans les présentes Lignes Directrices, à moins que le contexte n'en dispose autrement, l'on entend par :

- « **Anticoncurrentiel** » : un comportement qui limite considérablement la concurrence entre les États Membres et n'est pas exempté conformément à la loi ou autorisée aux termes du Règlement ;
- « **Accord** » : un contrat, accord ou entente ayant force exécutoire ou pas ;
- « **Conseil des Commissaires** » : le Conseil des Commissaires tel qu'établi par l'Article 12 du Règlement du COMESA Relatif à la Concurrence ;
- « **Commission** » : la Commission de la Concurrence du COMESA telle qu'instituée aux termes de l'Article 6 du Règlement du COMESA Relatif à la Concurrence ;
- « **Commissaire** » : un membre du Conseil des Commissaires ;
- « **Marché Commun** » : le Marché Commun de l'Afrique Orientale et Australe (COMESA) établi par l'Article 1 du Traité ;
- « **Concurrence** » : la lutte ou la lutte potentielle qui oppose deux ou plusieurs personnes ou organisations engagées dans la production, la distribution, la fourniture, l'achat ou la consommation de produits et de services sur un marché donné et qui donne lieu à une plus grande efficacité, à une croissance économique plus élevée, à une augmentation des possibilités d'emploi, à une baisse des prix et à un meilleur choix pour les consommateurs ;
- « **Pratique concertée** » : une action planifiée et faite à l'unisson par une entreprise ou une combinaison d'entreprises et qui est anticoncurrentielle ;
- « **Consommateur** » : toute personne -
 - a) qui achète ou se propose d'acheter des produits autrement que dans le but de les revendre, mais non, toutefois, une personne qui achète des produits pour le but de les utiliser dans la production et la fabrication d'autres produits ou articles destinés à la vente ; et
 - b) à qui un service est rendu.
- « **Biens** » : lorsque ce terme se réfère à des produits particuliers, il inclut tous les autres produits qui, raisonnablement, peuvent leur être substitués, compte tenu de la pratique commerciale ordinaire et des contraintes géographiques, techniques et temporelles ;
- « **Marché** » : un marché dans le Marché Commun et, lorsque le terme est employé relativement à des produits ou services, il inclut un marché pour ces produits ou services et d'autres produits ou services qui peuvent leur être substitués ou sont en compétition avec eux ;
- « **Fusion** » : une fusion telle que définie à l'Article 23 du présent Règlement ;
- « **Etat Membre** » : un État Membre du Marché Commun ;
- « **Personne** » : une personne physique ou morale.

- « **Comportement parallèle** » : un comportement similaire mais indépendant des acteurs du marché opérant sur le même marché ;
- « **Services** » : la vente de produits lorsque les produits sont vendus conjointement avec la prestation d'un service ;
- « **Commerce** » : toute transaction commerciale, industrie, profession ou occupation touchant à la fourniture ou l'acquisition de produits ou de services ;
- « **Traité** » : le Traité portant création du Marché Commun de l'Afrique Orientale et Australe ;
- « **Entreprise** » : toute personne publique ou privée, impliquée dans la production ou le commerce de produits ou la fourniture de services.

SECTION 1 - PRÉAMBULE

1. Le Règlement du COMESA Relatif à la Concurrence de 2004 (« le Règlement ») interdit certaines pratiques commerciales restrictives comme étant incompatibles avec les objectifs du Marché Commun. conformément aux prescrits de l'Article 2 du Règlement, l'objectif principal du Règlement « ... *est de promouvoir et d'encourager la concurrence en empêchant les pratiques commerciales restrictives et d'autres limitations qui découragent le fonctionnement efficace du marché ainsi que d'accroître le bien-être des consommateurs dans le Marché Commun, et de protéger les consommateurs contre les comportements nuisibles des acteurs du marché* ».
2. En outre, le Règlement s'applique à toutes les activités économiques, qu'elles soient menées par des personnes privées ou publiques, au sein du Marché Commun ou ayant un effet au sein de celui-ci, à l'exception des activités qui sont exclues en vertu de l'Article 4 du Règlement.
3. Les présentes Lignes Directrices précisent la manière dont la Commission exercera ses pouvoirs lorsqu'elle évalue des accords entre entreprises, des décisions par les associations d'entreprises et des pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre les États Membres et qui peuvent restreindre sensiblement la concurrence par leur objet ou par leur effet
4. Les Lignes Directrices énoncent certains des facteurs pertinents que la Commission prendra en considération pour déterminer si une pratique commerciale est anticoncurrentielle et interdite en vertu du Règlement. Les Lignes Directrices fournissent des orientations sur la manière dont certaines pratiques, bien que de nature anticoncurrentielle, pourraient être autorisées pour une période bien définie en tenant compte des facteurs énoncés à l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement.

SECTION 2 - OBJECTIF ET PORTÉE DES LIGNES DIRECTRICES

5. Les présentes Lignes Directrices s'appliquent aux pratiques commerciales anticoncurrentielles visées à l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement. L'objectif des Lignes Directrices est d'apporter clarté, prévisibilité et transparence en ce qui concerne le cadre analytique général de la Commission dans la détermination des cas d'accords verticaux et horizontaux. Les Lignes Directrices visent également à aider les entreprises à procéder à leur propre évaluation de leurs pratiques verticales et horizontales au regard des dispositions de l'Article 16, paragraphes 1 et 4, du Règlement.

6. L'application de ces Lignes Directrices sera spécifique à chaque cas, c'est-à-dire que la Commission examinera les circonstances de chaque cas en analysant l'objet ou les effets ou les conséquences probables de chaque pratique commerciale sur la concurrence et le bien-être des consommateurs.

SECTION 3 - ORIENTATION GÉNÉRALE SUR LES ACCORDS VERTICAUX ET HORIZONTAUX

7. L'Article 16, paragraphe 1, du Règlement interdit « *tous les accords entre entreprises, décisions prises par les associations d'entreprises et pratiques concertées qui :*
- a) *peuvent influencer sur le commerce entre les États Membres ; et*
 - b) *ont pour objectif ou effet la prévention, la limitation ou la distorsion de la concurrence dans le Marché Commun ».*
8. Cet article est complété par l'Article 16, paragraphe 2, du Règlement qui définit comme suit la portée géographique du Règlement : L'Article 16, paragraphe 1, « *ne s'applique que si l'accord, la décision ou la pratique concertée est, ou est destinée à être exécuté au sein du Marché Commun ».*
9. Le critère permettant d'établir si un accord a été « exécuté » sera interprété comme ayant été mis en œuvre dans le Marché Commun, et ce, au cas par cas. Parmi les facteurs que la Commission peut prendre en considération pour déterminer si une pratique commerciale a été exécutée dans le Marché Commun, on peut citer les suivants :
- a) si la pratique commerciale a lieu dans le Marché Commun, par exemple en établissant des ventes directes des produits concernés à des acheteurs établis dans le Marché Commun, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et de l'usine de production, et du lieu où l'accord a été conclu ;
 - b) si la pratique commerciale implique des sociétés établies dans le Marché Commun ; ou
 - c) si la pratique commerciale vise, ou est destinée à viser, les clients du Marché Commun.
10. En application de l'Article 16, paragraphe 3, du Règlement, tout accord ou décision interdit en vertu de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement est nul si toutes les exigences de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement ne sont pas réunies. L'Article 16, paragraphe 4, du Règlement est libellé comme suit :
- « *Les dispositions de paragraphe 1 peuvent, toutefois, être déclarées inapplicables dans le cas de :*
- a) *tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises ;*
 - b) *toute décision par les associations d'entreprises ;*
 - c) *toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées ;*
- qui contribuent à l'amélioration de la production ou de la distribution de produits ou à la promotion du progrès technique ou économique, en donnant aux consommateurs une part juste de l'avantage qui en résulte et qui :*
- a) *n'imposent aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ; et*
 - b) *ne donnent pas à de telles entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence dans le cas d'un marché substantiel pour les produits ou services en question ».*
11. Il existe donc quatre critères cumulatifs pour qu'une pratique commerciale puisse bénéficier de la dérogation prévue à l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement :

- a) si la pratique crée des gains d'efficience, c'est-à-dire si elle contribue à améliorer la production ou la distribution des biens et des services ou à promouvoir le progrès technique ou économique ;
 - b) si les consommateurs perçoivent une part équitable du profit découlant de l'accord ;
 - c) si la pratique est indispensable à la création de gains d'efficience ; et
 - d) si la pratique n'élimine pas la concurrence sur un marché substantiel pour les produits ou services en question.
12. Lorsqu'une des quatre exigences visées à l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement n'est pas remplie, un accord, une décision ou une pratique concertée relevant de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement, est nul. Les exigences sont cumulatives, ce qui signifie qu'elles doivent toutes être réunies pour que la pratique anticoncurrentielle soit autorisée. Lorsque les quatre exigences cumulatives sont réunies, l'accord est susceptible de créer des avantages publics.
13. La charge de la preuve qu'une pratique commerciale remplit les quatre exigences cumulatives incombe aux entreprises qui revendiquent des justifications au titre de l'Article 16, paragraphe 4. La Commission doit être convaincue que les demandes présentées justifient la pratique de manière adéquate.
14. Le Règlement fournit une liste des pratiques commerciales interdites qui constituent une restriction par objet pouvant relever du champ d'application de l'Article 16, paragraphe 1, mais qui, selon la Commission, ne peuvent pas, de par leur nature même, satisfaire aux exigences cumulatives de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement. Quant aux restrictions par objet, la présomption de préjudice est fondée sur la gravité des restrictions et sur l'expérience qui montre que ces pratiques sont susceptibles d'engendrer des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs du Marché Commun.
15. Les pratiques énumérées à l'Article 19 sont traitées séparément des dispositions de l'Article 16 et sont considérées comme des infractions en soi. Pour écarter tout doute, les infractions dites « *per se* » [en soi] sont celles pour lesquelles il suffit d'établir la pratique, sans qu'il soit nécessaire d'en établir les effets. Ces pratiques comprennent :
- a) *accords fixant les prix entre des personnes qui sont engagées dans le commerce de vente de produits et services, accords qui gênent ou empêchent la vente, la fourniture ou l'achat de produits ou de services entre des personnes, ou limitent ou restreignent les conditions de vente, de fourniture ou d'achat entre des personnes qui sont engagées dans la vente de produits ou services achetés ;*
 - b) *soumissions collusoires et truquage de soumissions ;*
 - c) *accords de partage des marchés ou des clients ;*
 - d) *répartition par quota en ce qui concerne les ventes et la production ;*
 - e) *action collective pour faire respecter les accords ;*
 - f) *refus concertés de fournir des produits ou services à des acheteurs potentiels ; ou d'acheter des produits ou services auprès d'un fournisseur potentiel ; ou*
 - g) *refus collectifs de donner accès à un accord ou à une association qui est d'une importance cruciale à la concurrence.*
16. Ces pratiques ne peuvent pas bénéficier de la dérogation prévue à l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement.

SECTION 4 - DÉFINITION DU MARCHÉ

17. L'évaluation de la compatibilité de toute pratique commerciale avec l'Article 16 du Règlement exige que la Commission détermine le marché en cause sur lequel s'exerce le jeu de la concurrence et l'évaluation du préjudice causé à la concurrence doit être

réalisée. La définition du marché permet d'évaluer le pouvoir de marché des entreprises en question. Elle fournit le cadre pour le calcul des parts de marché. Elle permet de déterminer s'il existe des concurrents capables de contraindre le comportement des entreprises sur le marché.

18. La définition du marché en cause est une étape importante dans l'évaluation de la concurrence. Pour plus de clarté sur l'évaluation du marché en cause par la Commission, veuillez-vous référer aux Lignes Directrices de la Commission sur la Définition du Marché.

SECTION 5 - ÉVALUATION DE LA COMPATIBILITÉ D'UNE PRATIQUE COMMERCIALE AVEC L'ARTICLE 16, PARAGRAPHE 1, DU RÈGLEMENT

Qu'est-ce qui constitue un Accord, une Décision ou une Pratique Concertée

19. Lors de l'évaluation de la compatibilité d'une pratique commerciale avec l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement, la première étape consiste à déterminer si cette pratique commerciale peut être désignée comme un accord, une décision ou une pratique concertée.
20. Par définition, un **accord** peut être oral ou écrit et ne doit pas nécessairement être juridiquement contraignant. Le critère de définition d'un « accord » au sens de l'Article 16 du Règlement est l'existence d'une concordance de volontés entre les parties. Parmi les exemples des accords, on peut citer les contrats juridiquement exécutoires, le *gentleman's agreement* [accord informel ou tacite ou un accord basé sur la parole donnée] et les accords oraux. L'Article 1 du Règlement prévoit en outre que le terme « **accord** » « *comprend un contrat, accord ou entente ayant force exécutoire ou pas* ». L'Article 16, paragraphe 1, est applicable à la fois aux accords horizontaux (c'est-à-dire entre des entreprises rivales opérant au même niveau du marché) et aux accords verticaux (c'est-à-dire entre des entreprises opérant à des niveaux différents du marché).
21. **La pratique concertée** est définie à l'Article 1^{er} du Règlement comme « *une action planifiée et faite à l'unisson par une entreprise ou une combinaison d'entreprises et qui est anticoncurrentielle* ». La Commission considère qu'une « pratique concertée » comprend la coordination entre entreprises qui, sans atteindre le stade où un « accord » tel que défini ci-dessus a été conclu, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. En d'autres termes, il doit y avoir :-
 - a) un consensus mental entre les parties, qui ne doit pas nécessairement être verbal et peut découler d'un contact direct ou indirect entre les parties ; et
 - b) une substitution intentionnelle de la coopération à la concurrence.
22. Une pratique concertée se distingue d'un comportement parallèle qui ne résulte que de décisions unilatérales adoptées indépendamment par des entreprises en réponse aux exigences du marché. Des éléments tels que l'existence de contacts directs ou indirects et la structure du marché sont donc importants pour distinguer les pratiques concertées des comportements parallèles. Si une pratique commerciale restrictive contient des éléments à la fois d'un accord et d'une pratique concertée, la Commission aura le droit de la qualifier « d'accord ou de pratique concertée » sans faire de distinction entre les deux notions.
23. **Les décisions par les associations d'entreprises** comprennent les décisions ou recommandations contraignantes et non contraignantes adoptées par des associations professionnelles et d'autres groupes d'entreprises établis. La notion d'association

regroupe des entreprises de même type général qui se chargent de représenter et de défendre leurs intérêts communs vis-à-vis d'autres opérateurs économiques, d'organismes publics et du public en général. Selon la jurisprudence de l'UE, il n'est pas nécessaire qu'une association exerce une activité économique pour qu'elle soit visée par le Règlement ; les organismes professionnels ont été considérés comme des associations. Le concept d'association a également été appliqué aux associations professionnelles, constituant ainsi une instance pour les concurrents d'un secteur particulier pour examiner des questions présentant un intérêt mutuel et coordonner leur activité, par exemple une coopérative agricole.

24. **Une entreprise** est définie à l'Article 1^{er} du Règlement comme toute personne publique ou privée, impliquée dans la production ou le commerce de produits ou la fourniture de services. Toute entité économique exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, constitue une entreprise au sens de l'Article 1^{er} du Règlement.
25. L'Article 16, paragraphe 1, ne s'applique pas aux accords entre deux ou plusieurs entreprises qui forment une seule entité économique¹ et tout accord entre elles ne relèvera pas de l'Article 16, paragraphe 1. Les différentes entités juridiques appartenant à une même unité économique unique ne sont pas considérées comme des entreprises indépendantes. Pour déterminer si une filiale est indépendante de sa société mère ou fait partie de la même unité économique que celle-ci, la Commission examinera si la société mère peut exercer, et exerce effectivement, une influence déterminante sur la filiale, de sorte que celle-ci ne jouit pas d'une « véritable autonomie » dans la détermination de sa position commerciale sur le marché. Parmi les facteurs que la Commission pourrait tenir compte dans son évaluation, on peut citer :
 - a) la participation de la société mère dans la filiale ;
 - b) le fait que la société mère contrôle ou non le conseil d'administration de la filiale ;
et
 - c) si la filiale se conforme aux directives de la société mère concernant les activités de vente et de marketing et les questions d'investissement.
26. Les accords passés entre des entreprises appartenant à la même unité économique ne relèvent pas du champ d'application de l'Article 16 du Règlement.
27. L'évaluation d'une pratique commerciale en vertu de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement pour déterminer si elle entraînerait ou est susceptible d'entraîner des effets anticoncurrentiels doit être réalisée dans le contexte juridique et économique réel² dans lequel s'exercerait le jeu de la concurrence à défaut de la pratique commerciale et des restrictions individuelles, c'est-à-dire le contrefactuel des circonstances prévalant sur le marché en cause. L'évaluation doit tenir compte de l'affaiblissement de la concurrence existante ou potentielle ainsi que d'autres facteurs tels que la manière dont l'accord affecte la concurrence intermarques et la concurrence intramarque, et la mesure dans laquelle il l'altère.
28. Le principe général qui sous-tend l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement est que chaque entreprise doit déterminer de manière indépendante sa politique sur le marché. L'Article 16, paragraphe 1 du Règlement interdit la coordination ou la collusion entre les

¹ En droit des sociétés, les sociétés appartenant au même groupe et ayant le statut de société mère et de filiale peuvent avoir des personnalités juridiques distinctes ; toutefois, elles sont considérées comme formant une seule entité économique aux fins du droit de la concurrence, en particulier lorsque la filiale ne jouit pas d'une indépendance existante lorsqu'elle détermine son propre comportement sur le marché.

² Par contexte juridique, il faut entendre un examen de la pratique commerciale au regard du cadre juridique applicable. Le contexte économique signifie l'examen de la pratique commerciale dans le contexte de la situation du marché en termes de structure, de concentration, etc.

entreprises sur le marché. Toute pratique commerciale qui crée ou augmente de manière significative la certitude quant à la politique respective des entreprises sur le marché tend à entrer dans le champ

d'application l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement. La définition des accords, des décisions par les associations d'entreprises et des pratiques concertées fixe des limites du comportement coordonné des entreprises de l'Article 16 du comportement unilatéral de l'Article 18.

29. Les accords, décisions et pratiques concertées décrits à l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement au sujet desquels les parties cherchent à appliquer l'Article 16, paragraphe 4, doivent être notifiés à la Commission conformément aux prescrits de l'Article 20 du Règlement.

Qu'est-ce qui constituent des répercussions sur les échanges entre États Membres ?

30. Le deuxième aspect consiste à vérifier si une pratique commerciale **est susceptible d'influer sur les échanges entre États Membres** au sens de l'Article 16, paragraphe 1, point a), du Règlement. La pratique commerciale peut avoir une influence significative, directe ou indirecte, existante ou potentielle, sur le schéma des échanges entre les États Membres. Les pratiques qui n'affectent pas sensiblement le commerce entre États Membres n'entrent pas dans le champ d'application du Règlement.
31. La capacité objective d'une pratique commerciale donnée d'affecter la configuration des échanges entre États Membres suffit pour qu'elle entre dans le champ d'application du Règlement, même à défaut d'effet réel ou existant. Toutefois, des effets purement spéculatifs ne suffisent pas pour qu'une pratique commerciale entre dans le champ d'application du Règlement. Les effets existants ou potentiels requis sur le commerce entre États Membres peuvent se produire sur le marché de produits directement lié (effets directs) ou sur un marché de produits indirectement lié (effets indirects), tels que les marchés en aval ou en amont.
32. L'évaluation doit être effectuée sur la base de facteurs objectifs tels que la nature de la pratique commerciale, la nature des produits ou des services, la position sur le marché des entreprises concernées. En outre, l'évaluation doit tenir compte du contexte juridique et factuel de la pratique commerciale. L'intention d'affecter le commerce entre États Membres n'est pas requise, bien qu'elle constitue un facteur pertinent à tenir en considération lorsque cette intention est établie.
33. L'exigence selon laquelle il doit y avoir un effet sur le commerce « entre États Membres » suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités transfrontalières impliquant au moins deux États Membres. Il n'est pas nécessaire que la pratique commerciale affecte le commerce entre l'ensemble d'un État Membre ou l'ensemble d'un autre État Membre. Il doit être possible d'envisager avec un degré de probabilité suffisant, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, que la pratique peut avoir une influence directe ou indirecte, existante ou potentielle, sur la structure des échanges entre États Membres. L'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances du marché ; plus la position des parties sur le marché est forte, plus la pratique est susceptible d'affecter le commerce entre États Membres.
34. Les pratiques commerciales concernant les importations et les exportations ou s'étendant à plusieurs États Membres sont présumées affecter le commerce entre États Membres ; en outre, les pratiques dans un seul État Membre peuvent aussi affecter le commerce entre États Membres. Par exemple, une interdiction d'exportation imposée

par un fournisseur à un distributeur qui empêche ce dernier de réimporter dans l'État Membre pourrait avoir un effet sur le commerce entre États Membres. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il existe un écart important entre les prix sur les différents territoires, lorsque cet écart ne peut être réduit par les droits de douane et les coûts de transport et lorsque des volumes importants d'un produit peuvent être exportés du pays tiers vers l'État Membre.

35. Les pratiques commerciales qui affectent l'établissement peuvent également être considérées comme affectant le commerce entre États Membres. Par établissement, on entend une situation où des entreprises présentes dans un État Membre cherchent à créer des agences, des succursales ou des filiales dans un autre État Membre. La jurisprudence constante de l'UE a établi que la notion de commerce englobe également les cas où les accords ou pratiques affectent la structure concurrentielle du marché, c'est-à-dire lorsque les accords et pratiques affectent la structure concurrentielle du Marché Commun en éliminant ou en menaçant d'éliminer des concurrents ; ou lorsque les accords et pratiques affectent la structure concurrentielle du Marché Commun par la mise en place de barrières à l'entrée ou à l'expansion.

Qu'est-ce qui constitue un « objet ou un effet » ?

36. Le troisième aspect consiste à vérifier si les pratiques commerciales **ont pour objectif ou effet la prévention, la limitation ou la distorsion de la concurrence dans le Marché Commun**, comme le prévoit l'Article 16, paragraphe 1, point b), du Règlement. Cette disposition doit être lue de manière disjonctive. Il n'est pas nécessaire que la Commission prouve les effets restrictifs existants ou concrets d'une pratique commerciale une fois qu'elle a établi que celle-ci a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence au sein du Marché Commun. À cet égard, les effets anticoncurrentiels des pratiques commerciales restrictives par objet sont présumés.
37. La notion de « restriction de concurrence par objet » se réfère à certaines formes de coordination entre entreprises qui peuvent être considérées, de par leur nature même, comme étant préjudiciables au bon fonctionnement d'une concurrence normale. L'examen des effets d'une atteinte à la concurrence n'est pas nécessaire pour évaluer les pratiques commerciales qui restreignent le jeu de la concurrence par leur objet. La notion « d'objet » ne renvoie pas à l'intention subjective des parties mais s'apprécie sur la base du sens objectif et des buts de la pratique commerciale considérée dans son contexte juridique et économique. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de prouver l'intention subjective des parties d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, la preuve de l'existence d'une telle intention est un facteur pertinent à prendre en considération.
38. Si une pratique ne constitue pas une restriction par objet, il est nécessaire d'examiner si elle engendre des effets restrictifs sur la concurrence. Ces pratiques peuvent être ou non anticoncurrentielles. Il est nécessaire de prouver que la pratique commerciale en question affecte la concurrence existante ou potentielle, à tel point que des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la variété ou la qualité des biens et services sur le marché en cause peuvent être attendus avec un degré de probabilité raisonnable.
39. L'évaluation individuelle des effets probables découlant d'une pratique commerciale doit être réalisée dans le contexte juridique et économique réel. Des effets anticoncurrentiels sont susceptibles de se produire lorsque les parties, individuellement ou conjointement, ont ou obtiennent un certain degré de pouvoir de marché et que la pratique crée, maintient ou renforce ce pouvoir de marché ou permet aux parties d'exploiter ce pouvoir de marché, par exemple en verrouillant le marché. Il est nécessaire de définir le marché

en cause et d'évaluer la concurrence sur ce marché (c'est-à-dire la nature des produits ; la position des parties sur le marché ; les positions de leurs fournisseurs, clients, concurrents et concurrents potentiels ; les barrières à l'entrée ; le niveau des prix). Toutefois, il est parfois possible de démontrer directement les effets anticoncurrentiels en évaluant le comportement des parties sur le marché.

40. Pour que les pratiques commerciales soient interdites en vertu de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement, elles doivent être susceptibles de restreindre de manière significative la concurrence dans le Marché Commun par leur objet ou par leur effet. La notion de « caractère sensible » se rapporte à la position des entreprises concernées sur le marché des produits en question. Les accords passés entre des parties qui ne détiennent pas de parts de marché importantes ne tombent pas sous le coup de l'Article 16, paragraphe 1, en raison de leur effet probablement négligeable sur la concurrence. La Commission examinera normalement « l'effet sensible ou appréciable » sur la concurrence en tenant compte des seuils de parts de marché tels que décrits dans les sections suivantes. Ces seuils de part de marché fournissent des orientations aux entreprises pour leur permettre d'évaluer elles-mêmes si leur pratique est susceptible d'avoir « un effet sensible ou appréciable » sur la concurrence. Toutefois, bien que les parts de marché soient utiles pour indiquer la position des entreprises sur le marché, elles ne sont pas concluantes. L'examen de la question visant à savoir si un accord restreint sensiblement la concurrence dépend en fin de compte du contexte économique et juridique général de l'accord en question.
41. La charge de la preuve qu'un accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence dans le Marché Commun incombe en premier lieu à la Commission ou à toute autre personne faisant une telle allégation. Ce n'est que lorsqu'il est démontré à suffisance de droit qu'un accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence dans le Marché Commun qu'il incombe aux parties concernées de démontrer que les exigences de l'Article 16, paragraphe 4, sont réunies (sauf pour les pratiques énumérées à l'Article 19, paragraphe 3, pour lesquelles il n'existe pas de dérogation en vertu de l'Article 16, paragraphe 4).
42. Lorsqu'il est démontré que l'accord a pour objet de restreindre la concurrence, il incombe aux parties à l'accord de le défendre et d'établir qu'il remplit les critères de l'Article 16, paragraphe 4. Toutefois, lorsqu'il n'est pas établi que l'accord a pour objet de restreindre la concurrence, il incombe à la Commission ou à toute autre personne invoquant l'infraction de prouver que l'accord ou la pratique a pour effet de restreindre la concurrence. Ce n'est que lorsque cela est établi que la charge de la preuve incombe aux parties pour le défendre en vertu de l'Article 16, paragraphe 4.
43. En fin de compte, la charge de la preuve en vertu de l'Article 16, paragraphe 4, pour expliquer que les gains d'efficacité de la pratique commerciale particulière satisfont à l'Article 16, paragraphe 4, incombe aux entreprises concernées ; la preuve s'établit en fonction de la prépondérance des probabilités.

Qu'est-ce qui constitue « exécutée dans le Marché Commun » ?

44. Le quatrième aspect consiste à examiner la portée géographique du Règlement, telle que déterminée par l'Article 16, paragraphe 2, du Règlement, qui prévoit que l'Article 16, paragraphe 1, « *ne s'applique que si l'accord, la décision ou la pratique concertée est, ou est destiné à être exécuté au sein du Marché Commun* ». Une pratique commerciale sera interprétée comme ayant été mise en œuvre dans le Marché Commun au cas par cas. Parmi les facteurs que la Commission peut prendre en considération pour déterminer si une pratique commerciale a été exécutée dans le Marché Commun, on peut citer les suivants :

- a. si la pratique commerciale a lieu dans le Marché Commun, par exemple en établissant des ventes directes des produits concernés à des acheteurs établis dans le Marché Commun, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et de l'usine de production, et du lieu où l'accord a été conclu ;
 - b. si la pratique commerciale implique des sociétés établies dans le Marché Commun ; ou
 - c. si la pratique commerciale vise, ou est destinée à viser, les clients du Marché Commun.
45. Si les ventes indirectes³ sont susceptibles d'avoir un effet dans le Marché Commun, à défaut de ventes directes à des acheteurs situés dans le Marché Commun, on ne peut pas considérer qu'un accord a été exécuté dans le Marché Commun.
46. Une fois qu'il est établi qu'une pratique commerciale a été exécutée, ou qu'elle est destinée à l'être, au sein du Marché Commun, la Commission est compétente pour faire appliquer le Règlement à l'encontre de toute entreprise impliquée dans une telle pratique commerciale, même si cette entreprise n'est pas établie au sein du Marché Commun.

SECTION 6 - FACTEURS PERTINENTS POUR L'ÉVALUATION CONFORMÉMENT AUX PRESCRITS DE L'ARTICLE 16, PARAGRAPHE 4, DU RÈGLEMENT

Procédure d'évaluation globale

47. La Commission peut, à la demande des Parties, examiner si un accord, une décision ou une pratique concertée anticoncurrentiels qui enfreignent l'Article 16, paragraphe 1, peuvent être autorisés en vertu de l'Article 16, paragraphe 4. L'Article 16, paragraphe 4, du Règlement n'entre en ligne de compte que si une pratique commerciale relève du champ d'application de l'Article 16, paragraphe 1. De telles pratiques sont interdites et nulles si les quatre exigences cumulatives de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement ne sont pas réunies. La charge de la preuve que les exigences de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement sont réunies incombe à l'entreprise concernée.
48. L'évaluation au titre de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement en ce qui concerne les gains d'efficience créés par une pratique commerciale est normalement réalisée à l'intérieur du ou des marchés de produits et géographiques en cause où la pratique commerciale produit ses effets anticoncurrentiels. Les gains d'efficience réalisés sur un marché différent mais lié (par exemple, un marché en aval ou en amont) peuvent également être pris en compte, à condition que ces gains d'efficience soient bénéfiques pour les consommateurs qui sont affectés par les effets anticoncurrentiels de la pratique commerciale.
49. L'évaluation en vertu de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement est également effectuée dans le contexte juridique et économique réel dans lequel la pratique commerciale se déroule à un moment donné. L'évaluation d'une pratique commerciale donnée peut donc changer lorsque les circonstances du marché évoluent, c'est-à-dire que l'autorisation accordée cesse dans un cas particulier si les conditions du marché ne remplissent plus les exigences de l'Article 16, paragraphe 4. Les exigences de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement sont les suivantes :

³ Il y a ventes indirectes lorsque des entreprises situées dans le Marché Commun vendent des biens à des entreprises situées en dehors du Marché Commun, qui incorporent ensuite ces biens dans la fabrication de produits finis qui sont ensuite vendus dans le Marché Commun.

- a) si la pratique crée des gains d'efficacité, c'est-à-dire si elle contribue à améliorer la production ou la distribution des biens et des services ou à promouvoir le progrès technique ou économique ;
- b) si les consommateurs perçoivent une part équitable du profit résultant de l'accord ;
- c) si la pratique impose des restrictions qui sont indispensables pour créer des gains d'efficacité ; et
- d) si la pratique n'élimine pas la concurrence sur un marché substantiel pour les produits ou services en question.

Que signifie « contribuer à améliorer la production ou la distribution des biens et des services ou à promouvoir le progrès technique ou économique » ?

- 50. En vertu de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement, une pratique qui relève du champ d'application de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement doit « *contribuer à améliorer la production ou la distribution des biens et des services ou à promouvoir le progrès technique ou économique* » pour être autorisée. L'avantage produit par un accord doit avoir une valeur objective pour une partie substantielle du Marché Commun et ne doit pas nécessairement être un avantage privé pour les parties elles-mêmes.
- 51. La jurisprudence de l'UE a établi qu'il existe généralement deux critères acceptables pour déterminer « la partie substantielle » du Marché Commun : le critère territorial et l'approche du relativisme économique. En ce qui concerne le critère territorial, par exemple, la taille du marché géographique défini en question peut être substantielle par rapport à la taille du Marché Commun ou en comparaison avec celle-ci. Dans le cadre du relativisme économique, la taille de l'activité ou des opérations économiques d'un secteur particulier ou de l'ensemble de l'industrie dans un seul État Membre peut être considérée comme constituant une partie substantielle du Marché Commun. Par exemple, le volume du trafic dans un port et son importance par rapport à l'ensemble des opérations d'importation et d'exportation maritimes dans un État Membre peuvent être considérés comme constituant une partie substantielle du Marché Commun.⁴
- 52. Les notions de contribution à « *l'amélioration de la production ou de la distribution de produits ou à la promotion du progrès technique ou économique* » peuvent se chevaucher et ne pas toujours être satisfaites toutes en même temps. Par exemple, les accords de recherche et de développement entraîneraient *les progrès technique et économique* tandis que les accords verticaux entre fournisseurs et distributeurs pourraient être considérés comme *améliorant la distribution*.
- 53. L'évaluation est réalisée de manière objective et pas nécessairement du point de vue des parties. Les économies de coût qui découlent de l'exercice d'une position de force sur le marché ne sont pas prises en compte si elles ne bénéficieront qu'à des entreprises ; il doit être démontré que les économies de coût sont répercutées sur le consommateur. Seuls les avantages liés à la pratique sont pris en compte pour évaluer si les effets proconcurrentiels d'une pratique l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels.
- 54. Les gains d'efficacité peuvent être soit statiques, c'est-à-dire se traduisant par une réduction des coûts en utilisant les technologies existantes, soit dynamiques, c'est-à-dire découlant de gains en matière d'innovation. L'analyse de la concurrence porte davantage sur les gains d'efficacité dynamiques en tant que moteurs de la croissance

⁴ Voir par exemple les affaires européennes ; affaire C-179/90 *Mercati convenzionali porto di Genova SpA contre Siderugica Gabrielli SpA* [1991], paragraphe 15.

économique. Les gains d'efficience peuvent également prendre la forme de réductions de coûts grâce à une technologie de production supérieure ou peuvent être qualitatifs dans le cas d'une amélioration de la qualité des produits ou des services offerts sur le marché.

55. Les entreprises concernées doivent démontrer les éléments suivants :
- a) Les gains d'efficience sont de nature objective et ne sont pas simplement des réductions de coûts découlant de l'exercice d'une position de force sur le marché (par exemple, la capacité d'augmenter les prix ou d'exclure des concurrents ; la réduction des coûts de publicité ; un meilleur accès pour le placement de produits, etc.)
Les gains d'efficience peuvent être des gains de coûts tels que :
 - i) les synergies découlant d'une intégration d'actifs ou de technologies ;
 - ii) des économies d'échelle ;
 - iii) les économies de coûts découlant de la fabrication de différents produits sur la base d'un même intrant ;
 - iv) la réduction des coûts grâce à une meilleure planification de la production ;
 - v) une meilleure utilisation des capacités.Il peut également s'agir de gains d'efficience qualitatifs, tels que des avancées technologiques ou des synergies qui permettent de mettre sur le marché plus rapidement ou à moindre coût de nouveaux produits, des produits de meilleure qualité ou des produits améliorés présentant des caractéristiques nouvelles ;
 - b) Il existe un lien direct de cause à effet entre la pratique et les gains d'efficience. Les effets indirects liés à une prétendue utilisation de bénéfices accrus ne sont généralement pas suffisants ;
 - c) Les gains d'efficience se sont déjà matérialisés ou sont susceptibles de se matérialiser. Les entreprises doivent décrire précisément comment et quand les gains d'efficience seraient réalisés ; et
 - d) L'ampleur des gains d'efficience l'emporte sur les effets anticoncurrentiels de la pratique. Les entreprises concernées doivent procéder à une estimation des gains d'efficience et expliquer le raisonnement qui sous-tend leur estimation et démontrer en outre comment les gains d'efficience l'emportent sur les effets anticoncurrentiels éventuels.

En quoi consiste « la perception d'une part équitable du profit découlant de l'accord pour les consommateurs » ?

56. En application de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement, une pratique qui relève du champ d'application de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement doit « *donner aux consommateurs une part juste de l'avantage qui en résulte* » pour être autorisée. En d'autres termes, les consommateurs doivent obtenir une partie équitable du profit créée par la pratique. La politique de la concurrence étant axée sur le bien-être des consommateurs, les avantages qui en découlent doivent revenir aux consommateurs pour que la pratique puisse bénéficier des dispositions de l'Article 16, paragraphe 4. Les gains d'efficience engendrés par la pratique commerciale restrictive sur le marché en cause doivent être suffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels qu'elle entraîne, c'est-à-dire qu'il ne doit pas y avoir de référence croisée des avantages entre des marchés non liés.
57. Le terme « consommateurs » est défini à l'Article 1^{er} du Règlement comme s'étendant à « toute personne qui achète ou se propose d'acheter des produits autrement que dans le but de les revendre, mais non, toutefois, une personne qui achète des produits pour le but de les utiliser dans la production et la fabrication d'autres produits ou articles destinés à la vente ; et à qui un service est rendu ». En d'autres termes, les utilisateurs

finals du produit fini doivent bénéficier directement ou indirectement des gains d'efficience créés, et pas seulement les fabricants ou les grossistes.

58. Les gains d'efficience créés par une pratique commerciale doivent être répercutés sur les consommateurs dans la mesure nécessaire, au moins pour les compenser de tout effet négatif engendré par la pratique en question. Lorsque les effets positifs de la pratique commerciale sont comparés aux inconvénients, l'impact global sur les consommateurs des produits au sein du marché concerné doit être positif. Il n'est pas nécessaire que chaque consommateur individuel bénéficie d'une part équitable des avantages qui en découlent, à condition que l'impact global sur tous les consommateurs, considérés ensemble comme un groupe, soit positif.
59. L'évaluation de la probabilité que les gains d'efficience soient répercutés sur les consommateurs doit être réalisée dans le contexte juridique et économique réel. Si les gains d'efficience consistent en des économies de coûts, l'évaluation doit tenir compte des caractéristiques et de la structure du marché (notamment le degré de concurrence qui subsiste sur le marché), de la nature et de l'ampleur des gains d'efficience, de l'élasticité de la demande et de l'ampleur de la restriction de la concurrence. Si les gains d'efficience sont qualitatifs, l'évaluation implique donc de procéder à un jugement de valeur plutôt que de comparer deux montants d'argent.
60. L'Article 16, paragraphe 4, du Règlement prévoit une échelle mobile. Il est probable que les consommateurs obtiendront une part équitable des profits si les effets restrictifs sont limités et les économies de coûts substantielles. En revanche, il est peu probable que les consommateurs obtiendront une part équitable des avantages si les effets restrictifs sont substantiels alors que les économies de coûts sont limitées. S'il y a un décalage entre la création des effets négatifs et la répercussion des avantages sur les consommateurs, il faut en tenir compte dans l'évaluation en réduisant la valeur attribuée aux gains d'efficience qui ne seront réalisés qu'à l'avenir.

Indispensabilité

61. Conformément aux prescrits de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement, pour qu'une pratique commerciale relevant de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement soit autorisée, elle ne doit pas « *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs* ». En d'autres termes, les restrictions doivent être indispensables, c'est-à-dire que la pratique commerciale ne doit pas imposer de restrictions lorsqu'il existe d'autres moyens moins anticoncurrentiels d'obtenir les mêmes gains d'efficience.
62. L'évaluation doit porter sur la question de savoir si, compte tenu de la nature de l'accord et des caractéristiques du marché, un scénario moins restrictif n'était pas envisageable pour atteindre des gains d'efficience similaires. Les accords restrictifs doivent donc être raisonnablement nécessaires à la réalisation des gains d'efficience et les restrictions doivent également être raisonnablement nécessaires à la réalisation des gains d'efficience.
63. Les entreprises concernées doivent démontrer que tant la pratique commerciale que toutes les restrictions individuelles sont raisonnablement nécessaires pour réaliser les gains d'efficience. Le test comporte deux volets :
 - a) *Primo*, il convient d'évaluer si la pratique commerciale permet d'exercer l'activité économique de manière plus efficace, de sorte que la pratique commerciale génère des gains d'efficience plus importants qu'en son absence. Il ne doit pas y avoir d'autres moyens réalistes, économiquement réalisables et sensiblement moins restrictifs de réaliser les gains d'efficience ;

- b) *Secundo*, une fois qu'il a été établi qu'une pratique est nécessaire, il faut encore évaluer si les restrictions individuelles sont elles-mêmes indispensables pour que leur absence élimine ou réduise sensiblement les gains d'efficacité ou la probabilité qu'ils se matérialisent. L'évaluation doit être réalisée dans les limites du marché en cause auquel la pratique se rapporte.
64. Plus la restriction est restrictive, plus le critère est strict. En outre, l'évaluation est réalisée dans le contexte juridique et économique réel de la pratique commerciale, en tenant compte de facteurs tels que la structure du marché, les risques économiques et les incitations des parties à répercuter les gains d'efficacité.

Absence d'élimination de la concurrence sur un marché substantiel des biens ou des services

65. En application de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement, une pratique qui relève du champ d'application de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement ne doit pas « *donner à de telles entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence dans le cas d'un marché substantiel pour les produits ou services en question* » pour être autorisée. Cette condition accorde la priorité à la protection du processus concurrentiel sur les gains d'efficacité potentiels favorables à la concurrence. La rivalité entre les acteurs du marché est reconnue comme le principal moteur de l'efficacité économique. L'affaiblissement de la concurrence peut ne pas être sain pour les gains d'efficacité dynamiques à long terme qui sont le moteur de la croissance économique.
66. La question de déterminer si l'élimination de la concurrence sur le marché en cause dépend du degré de pression ou contrainte concurrentielle existant sur les parties à un accord. Plus l'affaiblissement de la concurrence occasionné par la pratique commerciale est important, plus la probabilité que la concurrence soit éliminée pour une partie substantielle du marché est élevée. L'évaluation de la probabilité d'élimination de la concurrence doit suivre une procédure similaire à celle décrite dans les Lignes Directrices sur l'Évaluation d'Abus d'une Position Dominante.
67. Afin d'évaluer la dernière exigence de l'Article 16, paragraphe 4, il est nécessaire d'effectuer une analyse détaillée du marché et des sources de concurrence existante et potentielle. Outre les parts de marché, l'évaluation doit tenir compte de l'historique de la concurrence, des barrières à l'entrée et de la possibilité pour les entreprises concurrentes d'entrer sur le marché.

SECTION 7 - FACTEURS PERTINENTS POUR L'ÉVALUATION CONFORMÉMENT AUX PRESCRITS DE L'ARTICLE 20 DU RÈGLEMENT

Demande d'autorisation d'accords

68. En vertu de l'Article 20, les parties peuvent demander à la Commission de les autoriser à conclure un contrat, un accord ou une entente ou/et d'y donner effet même s'ils sont anticoncurrentiels, si la Commission détermine qu'il y a des avantages publics dépassant le préjudice anticoncurrentiel causé par le contrat, l'accord ou l'entente. Si elle est accordée, l'autorisation est valable pour une période déterminée à l'issue de laquelle elle cesse d'être en vigueur. Si les parties souhaitent demander une autorisation pour une autre période, elles peuvent présenter une nouvelle demande pour la période définie.
69. À la réception d'une telle demande, la Commission déterminera si l'Accord satisfait au critère de l'Article 16, paragraphe 1, lu conjointement avec l'Article 16, paragraphe 4, tel

que décrit dans les sections ci-dessus. En outre, lors de l'examen de la Demande d'Autorisation, la Commission tiendra compte des avantages publics découlant de l'accord.

Procédure d'évaluation globale

70. L'Article 20 prévoit que la Commission peut accepter les demandes des parties de conclure et/ou de donner effet à des contrats. Cela signifie que les parties peuvent s'adresser à la Commission avant de conclure des accords, afin d'obtenir les conseils de la Commission. Cela peut être particulièrement utile pour les parties qui envisagent de passer des accords horizontaux, étant donné le risque que ces accords deviennent des ententes, accords collusoires ou connivences.
71. Conformément aux prescrits de la Règle 34, paragraphe 2, des Règles de Concurrence du COMESA, les accords, décisions et pratiques concertées ne doivent pas être notifiés à la Commission dans les circonstances suivantes :
- a) *[lorsque] n'y participent que des entreprises ressortissant à un seul État Membre et que ces accords, décisions ou pratiques ne concernent ni l'importation ni l'exportation entre États Membres ;*
 - b) *[lorsque] n'y participent que deux entreprises et que ces accords ont seulement pour effet de :*
 - c) *limiter la liberté d'une partie au contrat dans la détermination des prix ou des conditions commerciales auxquelles les produits qu'elle a obtenus de l'autre partie au contrat peut être revendus ; ou*
 - d) *imposer des restrictions à l'exercice des droits du représentant ou de l'utilisateur des droits de propriété industrielle – en particulier les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les conceptions ou les marques déposées - ou de la personne qui est, en vertu d'un contrat, habilitée à accorder le droit d'employer un procédé de fabrication ou des connaissances touchant à l'utilisation et l'application de processus industriels ;*
 - e) *[lorsque] leur objet exclusif est :*
 - i. *l'élaboration ou l'application uniforme de normes ou types ; ou*
 - ii. *une recherche-développement conjointe ;*
 - iii. *la spécialisation dans la fabrication de produits, y compris les accords nécessaires pour la réaliser ;*
 - *lorsque les produits sur lesquels porte la spécialisation ne représentent pas, dans une partie substantielle du Marché Commun, plus de 15 % du volume du commerce des produits identiques ou de ceux qui sont considérés par les consommateurs comme étant semblables en raison de leurs caractéristiques, prix et utilisation.*
72. Dans le cadre de l'évaluation des accords, la Commission se conformera aux dispositions de l'Article 16 concernant l'appréciation des accords. À ce titre, les parties peuvent soumettre les justifications d'efficacité prévues par l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement, pour défendre les clauses restrictives contenues dans leurs accords.
73. Comme pour la procédure prévue à l'Article 16, la charge de justifier les clauses restrictives contenues dans les accords incombe aux parties, et la Commission doit être convaincue que les caractéristiques proconcurrentielles de la pratique commerciale l'emportent sur le préjudice anticoncurrentiel.
74. L'avantage de ce processus de notification est que les parties ne se verront pas infliger des sanctions en vertu du Règlement. Si la Commission constate que les accords ne sont pas compatibles avec le Règlement, elle conseillera aux parties de supprimer ou

de modifier les dispositions contestées afin que l'accord soit compatible avec le Règlement.

75. Conformément aux prescrits de l'Article 20, paragraphe 1, point a), du Règlement, « pendant que l'autorisation reste en vigueur, aucune partie au contrat, à l'accord ou à l'entente n'enfreint les Articles applicables du présent Règlement en les concluant ou en leur donnant effet ».
76. La décision de la Commission sur un accord est sans préjudice des droits des demandeurs dans le cadre de toute action de tiers, c'est-à-dire que la demande d'autorisation des parties ne doit pas être interprétée comme un aveu de violation du Règlement pouvant être utilisé par des tiers qui veulent engager une action civile contre les parties.

Forme de la notification et Procédure de soumission

77. En application des prescrits de la Règle 61, les parties qui sollicitent une autorisation doivent s'adresser à la Commission sur le Formulaire prescrit, en soumettant le Formulaire de demande d'exemption/d'autorisation 7, accompagné des pièces justificatives nécessaires, et en s'acquittant des frais d'administration en vigueur. Une demande sera considérée comme « complète » à la date à laquelle la Commission reçoit toutes les informations et les pièces justificatives requises par le Formulaire 7 et après avoir reçu les frais d'administration en vigueur dans leur intégralité. Dès réception du dossier de demande complet, le Greffier fait attribuer un numéro de dossier au dossier de demande.
78. Les notifications doivent être soumises soit par voie électronique à l'adresse communiquée par la Commission en joignant ou en offrant la possibilité d'accéder électroniquement au/le Formulaire et toutes les pièces justificatives en format PDF et y compris les adresses électroniques de chaque partie constituant les parties notifiantes ou en soumettant une version électronique du Formulaire et toutes les pièces justificatives. La demande sera jugée comme ayant été soumise dès réception de cette demande électronique par la Commission. *Une copie papier du Formulaire 7 et de toutes les pièces justificatives doit être envoyée à la Commission dans les sept (7) jours qui suivent.* S'il y a des divergences entre les deux formats de notification, la version papier de la demande fera foi.
79. Dans un délai de sept (7) jours ouvrables suivant la réception de la demande, la Commission publie sur son site Internet des brefs détails de la demande, à savoir : le nom, l'adresse, la date de la demande et le numéro du dossier du demandeur ainsi qu'une brève description de l'objet.
80. Conformément aux prescrits de la Règle 40, la Commission transmet aux autorités compétentes des États Membres concernés une copie de la demande ainsi que des copies des documents les plus importants déposés, en les invitant à soumettre leur point de vue sur la demande déposée.
81. Conformément aux prescrits de la Règle 61, paragraphe 5, un projet de rapport est soumis au Directeur dans les trente (30) jours suivant la réception de la demande. Le Directeur examine le rapport dans un délai de 7 jours et élabore un projet de décision. Le projet de décision est envoyé au demandeur et à toutes les autres personnes qui ont exprimé un intérêt dans la demande avec une invitation à indiquer au Directeur si une audience publique des parties intéressées est nécessaire avant la finalisation de la décision.

82. Si le demandeur ou une partie intéressée en fait la demande, une audience publique peut se tenir au siège de la Commission ou en tout lieu que le Directeur peut désigner et le demandeur et les parties intéressées ont le droit de participer à l'audience et de présenter des arguments additionnels au Directeur pour ou contre le projet de décision.
83. Conformément aux prescrits de la Règle 29, en menant ses audiences et en formulant des recommandations ou/et des déterminations, la Commission accordera à l'entreprise ou aux entreprises qui font l'objet de la procédure l'occasion d'être entendues. Les recommandations ou/et décisions sont fondées uniquement sur des questions au sujet desquelles les parties concernées ont été capables de faire des commentaires. Les droits de la défense des parties concernées sont entièrement respectés au cours de la procédure. Elles ont droit d'accès au dossier, sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises quant à la protection de leurs secrets commerciaux. Cet intérêt légitime ne peut pas constituer un obstacle à la divulgation et l'utilisation des renseignements nécessaires pour prouver une infraction. Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles et aux documents internes de la Commission ou/et du Conseil des Commissaires.
84. Si les demandeurs ne demandent pas la tenue d'une audience, le Directeur ratifie son projet de décision et envoie la confirmation formelle au demandeur dans un délai de quinze (15) jours suivant l'expédition du projet de décision au demandeur et aux autres parties intéressées, Si une audience publique est tenue, le Directeur prend une décision finale dans un délai de sept (7) jours suivant l'audience et copie est envoyée au demandeur et à toutes les parties intéressées qui ont participé à l'audience publique.
85. La décision du Directeur est publiée de manière à assurer la plus large diffusion possible dans le Marché Commun.

Informations confidentielles

86. Les demandeurs peuvent demander que tout document ou information soumis soit traité de manière confidentielle en soumettant une demande de confidentialité motivée dans le Formulaire de Demande de Confidentialité numéro 2. Les parties peuvent consulter la Commission avant la notification d'une telle demande. Si la Commission détermine que la divulgation de ces informations ou documents ou de parties de ceux-ci entraînerait probablement la divulgation de secrets d'affaires, la destruction ou une diminution sensible de la valeur commerciale de toute information ou causerait un préjudice grave, elle confirmera dans un délai raisonnable à la partie notifiante que la Commission traitera ces informations ou documents comme confidentiels et ne les divulguera pas publiquement. Dans la mesure où la Commission fait référence à des informations confidentielles dans ses décisions, elle respectera le caractère confidentiel de ces informations en les expurgeant.
87. Les demandeurs ne doivent pas faire de demandes générales de traitement confidentiel de la demande, car la Commission rejettera probablement ces demandes. Les demandeurs doivent formuler des requêtes relatives à des documents spécifiques ou à des informations identifiées contenues dans des documents, et fournir les motifs de leur demande. Ces raisons doivent être détaillées, notamment en démontrant la nature et l'importance du préjudice qui découlerait de la divulgation publique afin de convaincre la Commission de l'importance d'un traitement confidentiel.
88. La Commission ne divulguera des informations ou des documents désignés comme confidentiels à un État Membre ou à une autorité d'un État Membre ou de toute autre nation que si cet État Membre ou cette autorité est tenu de respecter la confidentialité de ces renseignements ou documents en vertu de sa législation nationale. La

Commission fait en sorte que l'État Membre ou l'autorité d'un État Membre confirme que les informations seront traitées de manière confidentielle.

Recours

89. Toute personne lésée par la décision de la Commission aura le droit de faire appel à la Commission selon les modalités prévues dans les Règles pertinentes. Un recours auprès de la Commission doit être formé dans les 60 jours suivant la réception de la notification de la décision. La procédure d'appel sera orientée par la Règle de la Commission de la Concurrence du COMESA (Procédure de la Commission d'Appel).

SECTION 8 - PRATIQUES COMMERCIALES HORIZONTALES

Effets positifs et négatifs des pratiques commerciales horizontales

90. Les pratiques commerciales horizontales sont des pratiques commerciales conclues entre deux ou plusieurs entreprises, dont chacune opère au même niveau de la chaîne de production ou de distribution.

Restrictions par objet

91. L'Article 19, paragraphe 3, du Règlement dresse une liste des pratiques commerciales qui constituent des pratiques commerciales restrictives par objet. Les restrictions de la concurrence *par objet* sont celles qui, de par leur nature même, sont susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'Article 16, paragraphe 1. Ces pratiques commerciales ne bénéficieront pas des procédures d'autorisation prévues à l'Article 20. Il n'est pas nécessaire d'examiner les effets existants ou potentiels d'un accord sur le marché une fois que son objet anticoncurrentiel a été établi.
92. Pour évaluer si un accord comporte un objet anticoncurrentiel, il faut tenir compte du contenu de l'accord, des objectifs qu'il cherche à atteindre et du contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrit. Par ailleurs, bien que l'intention des parties ne soit pas un facteur nécessaire pour déterminer si un accord comporte un objet anticoncurrentiel, la Commission peut néanmoins tenir compte de cet aspect dans son analyse.

Effets restrictifs sur la concurrence

93. Si un accord horizontal ne restreint pas la concurrence par objet, il faut examiner s'il a des effets restrictifs sensibles sur la concurrence. Il faut tenir compte des effets existants et potentiels. En d'autres termes, l'accord doit au moins être susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels.
94. Pour qu'un accord ait des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'Article 16, paragraphe 1, il doit avoir, ou être susceptible d'avoir, une incidence négative sensible sur au moins un des paramètres de la concurrence sur le marché, tels que le prix, la production, la qualité du produit, la variété du produit ou l'innovation. Les accords peuvent avoir de tels effets en réduisant sensiblement la concurrence entre les parties à l'accord ou entre l'une d'entre elles et des tiers. Cela signifie que l'accord doit réduire l'indépendance décisionnelle des parties, soit en raison d'obligations contenues dans l'accord qui réglementent le comportement sur le marché d'au moins une des parties ; soit en influençant le comportement d'au moins une des parties en provoquant une modification de ses incitations.

95. L'évaluation de la question de savoir si un accord horizontal a des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'Article 16, paragraphe 1, doit être réalisée par rapport au contexte juridique et économique réel dans lequel la concurrence s'exercerait à défaut de l'accord avec toutes ses allégations de restrictions (c'est-à-dire à défaut de l'accord tel qu'il est (s'il est déjà exécuté) ou tel qu'il est envisagé (s'il n'est pas encore mis en œuvre) au moment de l'évaluation). Par conséquent, afin de prouver les effets restrictifs existants ou potentiels sur la concurrence, il est nécessaire de tenir en compte la concurrence entre les parties et la concurrence provenant des tiers, notamment la concurrence existante ou potentielle qui aurait existé à défaut de l'accord. Cette comparaison ne tient pas compte des gains d'efficacité potentiels générés par l'accord, car ceux-ci ne seront appréciés qu'au regard de l'Article 16, paragraphe 4.
96. Des effets restrictifs sur la concurrence à l'intérieur du marché en cause sont susceptibles d'apparaître lorsqu'on peut s'attendre, avec un degré raisonnable de probabilité, à ce que, grâce à l'accord, les parties soient en mesure d'augmenter les prix, de manière rentable, ou de réduire la production, la qualité des produits, la variété des produits ou l'innovation. Cela dépendra de plusieurs facteurs tels que la nature et le contenu de l'accord, la mesure dans laquelle les parties, individuellement ou conjointement, possèdent ou obtiennent un certain degré de pouvoir de marché, et la mesure dans laquelle l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir de marché ou permet aux parties d'exploiter ce pouvoir de marché.
97. Les accords horizontaux peuvent être favorables à la concurrence et créer des gains d'efficacité économique substantiels, notamment par la combinaison d'activités, de savoir-faire ou d'actifs complémentaires, par exemple la recherche et le développement (« R&D ») et la production et/ou la commercialisation de ses résultats. Deux facteurs sont à prendre en compte dans l'évaluation de la coopération : premièrement, le point de départ de la coopération et, deuxièmement, le degré d'intégration des différentes fonctions qui sont ainsi combinées.
98. L'analyse des accords de coopération horizontale présente certains éléments communs avec l'analyse des fusions [ou concentrations] horizontales en ce qui concerne les effets restrictifs potentiels, notamment en ce qui concerne les entreprises en coparticipation. Il n'y a souvent qu'une fine frontière entre les entreprises en coparticipation de plein exercice qui relèvent du Règlement sur les Fusions et les entreprises en coparticipation qui ne sont pas de plein exercice et qui sont évaluées en vertu de l'Article 16. Leurs effets peuvent donc être assez similaires.

Sphère de sécurité ou Zone de sécurité

99. La Commission estime que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États Membres ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'Article 16, paragraphe 1 : si la part de marché cumulée détenue par l'ensemble des parties à l'accord n'est supérieure à 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque des marchés en cause affectés (accords entre concurrents) ; ou au-delà du seuil de part de marché de 10 %, un examen individuel est nécessaire pour déterminer d'abord si la pratique commerciale horizontale relève de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement et, dans l'affirmative, si les dispositions de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement sont réunies.
100. Lorsque, sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords de vente de biens ou de services passés par différents fournisseurs ou distributeurs (effet cumulatif de verrouillage de réseaux parallèles d'accords ayant un effet similaire sur le marché), les seuils de parts de marché sont ramenés à 5 %. Les

fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'atteint pas 5 % ne sont en règle générale pas considérés comme contribuant d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage du marché. Un effet cumulatif de verrouillage n'existera vraisemblablement pas si moins de 30 % du marché en cause est couvert par des (réseaux parallèles d') accords ayant des effets similaires.

101. La Commission estime également que les accords ne restreignent pas le jeu de la concurrence si, pendant deux années consécutives, les parts de marché ne dépassent pas de plus de 2 points de pourcentage les seuils de 10 % et de 5 % (respectivement, comme indiqué dans les paragraphes précédents).
102. Toutefois, les pratiques restrictives par objet énumérées à l'Article 19, paragraphe 3, sont interdites, quelles que soient les parts de marché cumulées détenues par les parties concernées.

L'appréciation des accords horizontaux au regard des règles de concurrence

103. Afin d'évaluer les pratiques commerciales horizontales en vertu de l'Article 16, paragraphe 1, la Commission tiendra compte, entre autres, des facteurs suivants :
 - a) La nature et le contenu d'un accord : il s'agit de facteurs tels que le domaine et l'objectif de la coopération, la relation concurrentielle entre les parties et la mesure dans laquelle elles combinent leurs activités.
 - b) Le pouvoir de marché des parties : le pouvoir de marché est la capacité de pratiquer de manière rentable pendant une durée significative (plutôt que transitoire) des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir de manière rentable pendant une durée significative la production en termes de quantité, qualité et diversité des produits ou en termes d'innovation à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu de la concurrence.
 - c) Autres caractéristiques du marché : en fonction de la position des parties sur le marché et de la concentration sur le marché, d'autres facteurs tels que la stabilité des parts de marché dans le temps, les barrières à l'entrée et la probabilité d'entrée sur le marché, ainsi que la puissance compensatrice des acheteurs/fournisseurs doivent également être pris en considération.

Analyse des formes spécifiques de restrictions horizontales

Accords d'échange de renseignements

104. Les accords d'échange de renseignements sont des pratiques commerciales par lesquelles deux ou plusieurs entreprises échangent des informations sur le marché. Les échanges d'informations peuvent être indépendants ou accessoires à une autre pratique commerciale. L'évaluation des échanges de renseignements qui font partie d'une autre pratique commerciale sera réalisée dans le cadre de l'évaluation de la principale pratique commerciale horizontale elle-même. Dans ce cas, il est donc nécessaire d'évaluer (a) si l'échange d'informations est accessoire à un autre accord et (b) si l'échange d'informations est raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'accord principal.
105. L'échange de renseignements est une pratique très répandue et peut générer des gains d'efficacité. Par exemple, il peut résoudre des asymétries d'information ou aider les entreprises à améliorer leur efficacité interne par le biais de l'évaluation comparative. L'échange peut également aider les consommateurs à réduire les coûts de recherche ou favoriser les investissements.

106. Toutefois, l'échange d'informations sur le marché peut également faciliter la coordination et réduire l'indépendance des acteurs du marché. Il peut également entraîner un verrouillage du marché si certains acteurs n'ont pas accès aux renseignements indispensables pour être compétitifs sur le marché. L'évaluation dépendra des caractéristiques du marché en cause et du type de renseignements échangés. Premièrement, en ce qui concerne les caractéristiques du marché, plus un marché est transparent, homogène, stable et concentré, plus il est probable qu'un échange de renseignements sera restrictif.
107. Deuxièmement, en ce qui concerne le type de renseignements échangés, l'échange de données stratégiques, telles que des renseignements sur les prix et les quantités, tend à réduire l'incertitude sur le marché et est plus susceptible d'être restrictif. Cela est tout particulièrement le cas lorsque les informations échangées sont individualisées et se rapportent à la stratégie future des entreprises. En revanche, l'échange de données agrégées de l'industrie (ce qui rend difficile l'identification des informations spécifiques aux entreprises), d'informations historiques (datant de plusieurs fois la durée moyenne des contrats dans le secteur) et d'informations véritablement publiques (faciles à recueillir sur le marché) est moins susceptible d'être restrictif pour la concurrence.

Accords de recherche et de développement (R&D)

108. Les accords de recherche et de développement (« accords de R&D ») sont des accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises coopèrent pour mener des recherches, développer un produit et, parfois, mettre ce produit sur le marché.
109. La plupart des accords de R&D ne relèvent pas du champ d'application de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement. Les accords de R&D entre non-concurrents ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence. De la même manière, les accords de R&D purs qui n'entraînent pas de commercialisation conjointe et sont loin de la commercialisation de produits ne risquent pas non plus de poser des problèmes de concurrence, à moins qu'ils ne réduisent le nombre de pôles de R&D indépendants restants.
110. Les accords de R&D qui comportent une exploitation conjointe doivent être examinés de plus près. Les accords de R&D visant à développer un produit entièrement nouveau ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence.
111. L'évaluation d'autres accords de R&D doit tenir compte de la position des parties, des répercussions sur les marchés existants et sur les marchés de l'innovation, ainsi que de la nécessité pour les parties de coopérer pour réaliser l'innovation prévue. Les accords de R&D peuvent entraîner une restriction de la concurrence si l'accord n'est pas nécessaire pour mettre sur le marché l'innovation envisagée et si les parties occupent une position de force sur le marché sur certains des marchés en cause.

Accords de production

112. Les accords de production sont des accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises conviennent soit de produire conjointement, soit de se spécialiser, l'une des parties sous-traitant la production à l'autre.
113. Les accords de production peuvent conduire à des synergies, des économies d'échelle et des réductions de coûts.
114. Les accords de production peuvent déboucher sur une coordination entre les parties et, en particulier, à un alignement en termes de prix et d'intrants en raison d'un degré élevé

des coûts partagés. Les accords de production peuvent également entraîner l'exclusion des tiers du marché sur un marché en aval lié. Les accords de production qui entraînent également une commercialisation conjointe comportent des risques plus élevés de perte ou d'affaiblissement de la concurrence.

115. Il est peu probable que les accords de production posent des problèmes de concurrence si les parties n'occupent pas une position de force sur le marché sur les marchés en cause. Par ailleurs, les accords de production ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence lorsqu'ils sont nécessaires pour mettre sur le marché, de manière plus efficace, un nouveau produit.

Accords d'achat

116. Les accords d'achat sont des accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises achètent conjointement un intrant.
117. Les accords d'achat débouchent généralement sur une baisse du prix des intrants ou à une amélioration de leur qualité en raison des gains d'efficacité liés aux achats de gros volumes (coûts de transaction plus faibles ; capacité des fournisseurs à assurer des niveaux de production plus élevés et plus efficaces, etc.)
118. Les accords d'achat peuvent engendrer des effets restrictifs sur la concurrence tant sur le marché des achats que sur celui des ventes en aval. Sur le marché en amont, les accords d'achat peuvent contraindre les fournisseurs à réduire la qualité ou la gamme de leurs produits si les parties détiennent un degré de pouvoir de marché important. Sur le marché en aval, les accords d'achat peuvent exclure des concurrents ou entraîner une collusion en raison d'un degré élevé des coûts partagés.
119. Toutefois, en l'absence d'une position de force sur le marché, les accords conjoints d'achat favorisent généralement le jeu de la concurrence, car ils peuvent entraîner des gains d'efficacité qui seront répercutés sur les consommateurs. En outre, si les parties ne sont pas présentes sur le même marché en aval, il est peu probable qu'une entente d'achat en commun pose des problèmes de concurrence.

Accords de commercialisation

120. Les accords de commercialisation sont des accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises coopèrent pour vendre, distribuer ou promouvoir des produits interchangeables. Les ententes de commercialisation peuvent être limitées à certains aspects de la vente, de la distribution et de la promotion ou porter sur tous les aspects, y compris la détermination du prix.
121. Les accords de commercialisation peuvent entraîner des gains d'efficacité dans la distribution des produits.
122. Les accords de commercialisation peuvent également entraîner des effets anticoncurrentiels. En particulier, les accords de commercialisation peuvent entraîner ou faciliter la fixation des prix, le cloisonnement des marchés et la limitation de la production.
123. Pour évaluer les accords de commercialisation, il faut tenir compte du contenu de l'accord et du degré de coopération. Les accords de commercialisation sont considérés comme étant globalement pro concurrentiels si les parties n'auraient pas pu entrer sur le marché individuellement. Les accords de commercialisation sont également

considérés comme ne posant pas de problèmes de concurrence importants si les parties ne détiennent pas de pouvoir de marché significatif.

SECTION 9 - PRATIQUES COMMERCIALES VERTICALES

Effets positifs et négatifs des pratiques commerciales verticales

124. Les pratiques commerciales verticales sont des pratiques commerciales passées entre deux ou plusieurs entreprises, dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution. Les pratiques commerciales verticales peuvent entraîner des gains d'efficacité importants, notamment lorsque le fournisseur ne détient pas de pouvoir de marché significatif.
125. Les restrictions verticales peuvent résoudre le problème de parasitisme ou du resquillage ou de profiteurs. Il y a parasitisme ou resquillage lorsque certains distributeurs profitent des efforts déployés par un autre distributeur pour commercialiser et faire de la publicité pour les produits. Des restrictions verticales telles que la distribution exclusive seraient acceptables pour résoudre ce problème. Toutefois, elles ne sont acceptables que dans des circonstances limitées et le contexte de la pratique commerciale doit être pris en compte, par exemple l'investissement doit être spécifique et propre à la relation en question, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être utilisées pour approvisionner d'autres clients après la résiliation du contrat, etc.
126. Une restriction verticale sous la forme d'un prix de revente maximum imposé peut résoudre le problème de la double marginalisation. En fixant un prix de revente maximum, les fabricants peuvent s'assurer que leurs produits ne subissent pas l'externalité négative occasionnée par les prix très élevés pratiqués par le détaillant. Les restrictions verticales peuvent également récompenser les investissements réalisés par le fournisseur ou les distributeurs. Elles peuvent aussi aider les fournisseurs à pénétrer un nouveau produit ou un nouveau marché géographique.
127. Les pratiques commerciales verticales peuvent également avoir des effets restrictifs sur la concurrence : en premier lieu, les pratiques commerciales verticales tendent à réduire la concurrence intramarque, c'est-à-dire la concurrence entre les distributeurs d'un fournisseur. Il est généralement admis que les restrictions de la concurrence intramarque sont moins graves que les restrictions de la concurrence intermarques (c'est-à-dire la concurrence entre les fournisseurs), à condition que la concurrence intermarques reste vive ou féroce. Toutefois, les restrictions de la concurrence intramarque deviennent plus graves lorsque le fournisseur acquiert une position de force sur le marché plus importante.
128. Deuxièmement, les pratiques commerciales verticales peuvent également restreindre directement la concurrence intermarques en augmentant la transparence du marché et en créant des barrières à l'entrée.
129. Troisièmement, les pratiques commerciales verticales peuvent créer des obstacles à l'intégration du marché.

Procédure d'évaluation globale des pratiques commerciales verticales

130. Afin d'évaluer les pratiques commerciales verticales conformément aux prescrits de l'Article 16 du Règlement, la Commission peut se fonder sur des éléments tels que les suivants :

- a) La nature de l'accord en examinant les restrictions spécifiques imposées par l'accord, la durée et le pourcentage des ventes réelles sur le marché en cause affecté par la restriction ;
- b) La position des parties sur le marché, qui permet de comprendre le degré de puissance de marché. Plus les parts de marché sont élevées, par exemple, plus il est probable que les parties occupent une position de force sur le marché ;
- c) La position des concurrents sur le marché, par exemple, plus les concurrents sont forts, plus ils sont nombreux et plus leur pouvoir disciplinaire sur les parties est important, moins les parties risquent d'exercer une position de force sur le marché et de verrouiller le marché ;
- d) La position des acheteurs sur le marché, par exemple, plus le pouvoir compensateur du côté de l'offre du marché est important, plus l'influence de sa demande sera marquée et donc plus son pouvoir disciplinaire sur les parties à un accord est important ;
- e) Les barrières à l'entrée, qui déterminent la mesure dans laquelle les parties à un accord en place peuvent augmenter les prix au-delà du niveau concurrentiel sans attirer de nouvelles entrées ou l'expansion des concurrents existants ;
- f) La nature du marché : par exemple, si le marché est parvenu à maturité, l'innovation ne change pas beaucoup et la demande est relativement stable et, dans une certaine mesure, orientée à la baisse, il est plus vulnérable aux effets négatifs des accords verticaux que les marchés dynamiques ;
- g) Le niveau du commerce, c'est-à-dire que les effets négatifs des restrictions verticales dépendent de la nature du marché, à savoir s'il s'agit de produits intermédiaires ou finis. Les acheteurs des produits intermédiaires (intrants) sont bien informés des caractéristiques des produits et ne sont donc pas dépendants de marques, de sorte que les effets négatifs des restrictions verticales sont moins ressentis que sur le marché des produits finis ;
- h) La nature du produit, c'est-à-dire les effets des restrictions verticales varient en fonction du type de produit : que le produit soit homogène ou hétérogène, qu'il soit cher ou moins cher, qu'il soit facilement accessible ou qu'il constitue un achat relativement ponctuel ou répété. Les restrictions verticales sont plus susceptibles d'avoir des effets négatifs sur les marchés de produits hétérogènes et moins chers et sur les achats uniques ;
- i) La taille de la partie du marché affectée, la durée des restrictions verticales et le pouvoir de marché du fournisseur et des distributeurs sont les facteurs supplémentaires qui seront pris en considération.

Sphère de sécurité ou Zone de sécurité

- 131. Les pratiques commerciales qui ne sont pas susceptibles de restreindre sensiblement la concurrence par leur objet ou par leur effet dans le Marché Commun ne relèvent pas du champ d'application de l'Article 16, paragraphe 1, du Règlement. Par ailleurs, en l'absence de puissance significative des parties sur le marché, il est plus probable qu'une pratique commerciale soit autorisée conformément aux prescrits de l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement.
- 132. La Commission estime que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États Membres ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'Article 16, paragraphe 1, si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord n'est pas supérieure à 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont pas des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés (accords entre non-concurrents). Pour les accords dont le seuil de part de marché est supérieur à 15 %, un examen individuel est nécessaire pour déterminer si les dispositions de l'Article 16, paragraphe 4, sont réunies.

133. Lorsque, sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords de vente de biens ou de services contractés par différents fournisseurs ou distributeurs (effet cumulatif de verrouillage de réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires sur le marché), le seuil de part de marché est abaissé à 5 %. Les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'atteint pas 5 % ne sont en règle générale pas considérés comme contribuant d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage du marché. Un effet cumulatif de verrouillage n'existera vraisemblablement pas si moins de 30 % du marché en cause est couvert par des (réseaux parallèles d') accords ayant des effets similaires.
134. La Commission estime également que les accords ne restreignent pas le jeu de la concurrence si, pendant deux années consécutives, les parts de marché ne dépassent pas de plus de 2 points de pourcentage les seuils de 15% et de 5 % (respectivement, comme indiqué dans les paragraphes précédents).

Analyse d'une sélection de pratiques commerciales verticales

Imposition du prix de revente

135. L'imposition du prix de revente est la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur 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 à la suite de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle.
136. L'imposition du prix de revente augmente la transparence des prix sur le marché, ce qui peut faciliter la collusion et éliminer la concurrence sur les prix à l'intérieur d'une marque. Toutefois, le régime de prix de revente imposés peut entraîner des gains d'efficience lorsqu'il est introduit pour faciliter le lancement d'un nouveau produit ou pour organiser une campagne de prix bas à court terme. Dans de tels cas, l'imposition du prix de revente peut bénéficier de la dérogation prévue à l'Article 16, paragraphe 4, du Règlement.
137. Pour évaluer les effets du régime de prix de revente imposés sur le marché, il est essentiel d'évaluer la position du fournisseur. Plus la position du fournisseur est forte, plus le risque est grand que le prix recommandé soit un prix de convergence conduisant ainsi à un prix de référence uniforme pour une partie substantielle du marché. Cela est particulièrement le cas si le fournisseur occupe une position de force sur le marché à la fois sur le marché en amont et en aval.

Monomarquisme

138. Le monomarquisme désigne les accords verticaux en vertu desquels l'acheteur est tenu de s'approvisionner pour la totalité ou la plupart de ses besoins pour un produit donné auprès d'un seul fournisseur.
139. Les accords de monomarquisme peuvent avoir des effets restrictifs sur la concurrence. Ils peuvent notamment entraîner l'éviction des fournisseurs concurrents en leur refusant l'accès à des partenaires commerciaux incontournables, en atténuant la concurrence et en facilitant la collusion. Plus la partie du marché affectée est importante et plus la durée de l'obligation de monomarquisme est longue, plus le monomarquisme peut avoir des effets restrictifs sur la concurrence. L'effet anticoncurrentiel s'observera plus vraisemblablement au niveau du commerce de détail qu'au niveau intermédiaire.

140. Lors de l'évaluation des effets du monomarquisme sur la concurrence, la Commission examinera la position des parties sur le marché par rapport à leurs concurrents afin de déterminer l'effet d'éviction anticoncurrentiel, le pouvoir compensateur, afin de déterminer le pouvoir des acheteurs de discipliner les parties et le niveau des échanges. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont moins élevés sur le marché des produits intermédiaires car les acheteurs d'intrants reposent moins sur la marque.

Distribution exclusive

141. Par distribution exclusive, on entend les accords verticaux par lesquels le fournisseur accepte de vendre un produit donné à un seul distributeur sur un territoire donné ou à un groupe particulier de clients.
142. La distribution exclusive peut avoir un effet anticoncurrentiel si le fournisseur occupe une position de force sur le marché susceptible de réduire ou d'éliminer la concurrence intramarque, de déboucher sur un cloisonnement du marché, de faciliter la discrimination par les prix, d'atténuer la concurrence et de faciliter la collusion dans un scénario où de nombreux fournisseurs participent à la distribution exclusive de produits substituables. En l'absence de pouvoir de marché, l'affaiblissement de la concurrence intramarque est généralement compensé par la concurrence intermarques existante. En outre, la distribution exclusive est moins problématique au niveau du commerce de gros et lorsque le marché est dynamique.
143. Les restrictions territoriales peuvent aider en encourageant le distributeur à concentrer ses efforts sur le territoire qui lui est attribué. Toutefois, le fait d'empêcher les distributeurs de répondre aux demandes non sollicitées de clients établis en dehors des territoires qui leur ont été attribués (ce que l'on appelle les « ventes passives ») entrave la mise en place du Marché Commun en recréant contractuellement les frontières nationales. Ainsi, une restriction des ventes passives et des importations parallèles peut entraver les échanges entre États Membres et enfreindre l'Article 16, paragraphe 1, point a), du Règlement.
144. L'évaluation pratique des effets de la distribution exclusive portera sur la position des parties sur le marché par rapport à leurs concurrents afin de déterminer si l'affaiblissement de la concurrence intramarque peut entraîner des risques pour la concurrence ; les barrières à l'entrée qui peuvent entraver la création de nouveaux distributeurs ou l'entrée d'autres distributeurs ; la puissance d'achat qui peut risquer d'entraîner une possibilité de collusion entre des acheteurs importants et le fournisseur ; et la maturité du marché et le niveau des échanges, entre autres facteurs.

Distribution sélective

145. Par distribution sélective, on entend les accords verticaux par lesquels le fournisseur désigne des distributeurs agréés sur la base de critères de sélection prédéfinis. La restriction imposée par la distribution sélective est double : des restrictions sur le nombre de distributeurs autorisés et une restriction sur la possibilité de revente à des distributeurs non autorisés.
146. La distribution sélective peut étouffer la concurrence intramarque, atténuer la concurrence, faciliter la collusion entre fournisseurs et acheteurs et précipiter le verrouillage du marché. Le risque d'incidence anticoncurrentielle est plus grand lorsque le fournisseur occupe une position de force sur le marché importante, de sorte que la concurrence intermarques est également affaiblie. En revanche, en l'absence de pouvoir de marché, l'affaiblissement de la concurrence intramarque est généralement compensé par la concurrence intermarques existante. En outre, l'éviction des

fournisseurs concurrents n'existera vraisemblablement pas, à moins que la distribution sélective ne soit combinée à des obligations de monomarquisme.

147. L'évaluation de la distribution sélective tiendra compte de la sélection purement qualitative de la distribution, qui est fondée sur un savoir-faire et une formation spécifiques du distributeur, comme l'exigent certains types de produits, plutôt que d'une sélection quantitative qui restreint le nombre de distributeurs en fonction d'exigences de ventes minimales. La Distribution Sélective Qualitative ne pose pas souvent de problèmes de concurrence tant que les critères de sélection sont suffisamment objectifs et que les conditions ne dépassent pas ce qui est objectivement acceptable. La position sur le marché du fournisseur et de ses concurrents est essentielle dans le processus d'évaluation pour déterminer l'affaiblissement de la concurrence intramarque. Le nombre de réseaux de distribution sélectionnés disponibles sur le marché est également un facteur important pour déterminer la nature anticoncurrentielle de l'accord de distribution. L'évaluation des barrières à l'entrée est également essentielle en cas de fermeture du marché aux distributeurs non agréés. La justification des gains d'efficacité par l'entreprise ou les entreprises doit également faire l'objet d'une analyse critique afin de déterminer si les mêmes gains d'efficacité pourraient être obtenus à un coût comparable par d'autres moyens de distribution.

Approvisionnement exclusif

148. Par approvisionnement exclusif, on entend les accords verticaux par lesquels le fournisseur accepte de vendre un produit particulier à un seul acheteur, soit en général, soit pour un usage particulier.
149. L'approvisionnement peut avoir des effets restrictifs sur la concurrence. Il peut notamment entraîner l'éviction d'acheteurs concurrents. La durée et la partie du marché affectée sont donc des facteurs importants à prendre en considération, de même que les barrières à l'entrée et le pouvoir compensateur des fournisseurs. L'évaluation de l'éviction anticoncurrentielle en matière d'approvisionnement exclusif tiendra compte du pouvoir de marché de l'acheteur sur le marché d'achat en amont, de la durée et de l'étendue de l'application de l'obligation. La position des acheteurs concurrents sur le marché en amont est également importante pour déterminer le risque de fermeture du marché. Les barrières à l'entrée au niveau des fournisseurs sont essentielles pour déterminer dans quelle mesure des fournisseurs alternatifs peuvent pénétrer sur le marché.
150. Par ailleurs, il est essentiel d'évaluer le pouvoir compensateur du fournisseur, car des fournisseurs importants peuvent ne pas succomber à l'éventualité de ne plus avoir accès aux acheteurs alternatifs. Le verrouillage devient dans ce cas un problème lorsqu'il y a des fournisseurs faibles et des acheteurs forts. Des facteurs supplémentaires tels que le niveau des échanges et la nature du produit doivent également être pris en compte, car le risque de verrouillage est en effet moins élevé sur le marché des produits intermédiaires et des produits homogènes.

Accords de franchise

151. Le franchisage est un modèle commercial fondé sur une relation contractuelle entre deux partenaires commerciaux où les deux parties contribuent à la production et/ou à la distribution d'un produit ou d'un service. L'accord est passé entre un franchiseur et un franchisé, le franchiseur autorisant le franchisé à utiliser son brevet, sa marque, son réseau de distribution, son savoir-faire technique et commercial, etc. Le franchisé est tenu de verser une redevance au franchiseur, comme indiqué dans le permis. La

Commission ne reconnaîtra un accord comme constituant un accord de franchise que lorsqu'elle sera convaincue qu'il y a un transfert substantiel de savoir-faire et une assistance continue à la partie contractante. Il s'agit de distinguer les accords de franchise de la distribution exclusive.

152. Les accords de franchise sont un exemple de coordination verticale où le franchiseur contrôle les décisions en matière de prix, de qualité, de distribution, de choix et de source des intrants, etc. Ces accords peuvent également restreindre les incitations et exercer des liens et des raccordements avec le franchisé. Par exemple, pour assurer l'homogénéité de la présentation des produits ou des services aux consommateurs, les accords de franchise peuvent contenir des clauses relatives au prix minimum de revente imposé qui limite la concurrence intramarque, au territoire exclusif qui limite à nouveau la concurrence intramarque, à l'exclusivité qui limite la concurrence intermarque, à la pratique des ventes liées et groupées, au refus d'accorder une licence de droit de propriété intellectuelle (DPI), etc. Les gains d'efficacité qui découlent des accords de franchise comportent l'entrée de nouveaux produits/entreprises sur le marché et une participation accrue des entreprises émergentes dans la distribution des biens et des services en utilisant l'accès aux réseaux de distribution [... sont nombreux].
153. Au cours de l'analyse des demandes d'autorisation d'accords de franchise, la Commission prendra en considération la structure et la dynamique du marché et le niveau de concurrence inter-marques exercée par d'autres franchises ou vendeurs de produits/services substituables. La Commission examinera également les conditions d'entrée des vendeurs ou franchisés potentiels sur le marché en cause. La Commission examinera en outre les effets à long terme de l'accord, car ces accords, bien qu'ils semblent anticoncurrentiels à court terme, peuvent entraîner des gains d'efficacité dynamiques à long terme grâce à l'accroissement des investissements dans la propriété intellectuelle.

SECTION 10 - DISPOSITIONS DIVERSES

Pénalités et Amendes générales

154. En application de l'Article 8, paragraphe 5, du Règlement, toute personne qui enfreint ou ne respecte pas une disposition du présent Règlement ou toute Règle qui en découle, ou toute directive ou ordonnance légalement prise, ou toute exigence légalement imposée aux termes du présent Règlement ou de toute Règle, pour lesquels aucune pénalité n'est prévue, il est déterminé que ladite personne a contrevenu au Règlement et ladite personne est passible, conformément à cette détermination, d'une amende (d'un montant que les Règles fixent) ou/et de toute autre pénalité qui peut être établie.

Révision des Lignes Directrices

155. Les présentes Lignes Directrices peuvent être révisées de temps à autre pour tenir compte de l'évolution des circonstances du marché et de la législation régissant leur application.