

Projet de guide

Echanges d'informations sur les marchés et les prix

L'ABC est régulièrement interrogée à propos des informations de marché que les associations professionnelles¹ peuvent échanger avec leurs membres ou sur les outils que celles-ci ainsi que certains prestataires de services peuvent mettre à disposition de leurs membres/clients, notamment pour les aider à déterminer leurs prix.

Ce guide a pour objet de fournir des indications sur ce qui est ou n'est pas possible à ce propos. Des distinctions seront faites entre les relevés périodiques des marchés (données sur le passé), les comparaisons de prix, les informations plus prospectives sur l'évolution des marchés et les outils pour aider les entreprises à déterminer leurs prix.

Ce guide vise uniquement les informations communiquées par les associations professionnelles et par les entreprises actives sur le marché de la fourniture d'informations de marché. Ce guide ne concerne pas l'échange direct d'informations entre concurrents, et certainement pas si ces informations sont échangées dans le cadre d'une entente². Ce guide ne traite pas non plus de l'échange d'informations effectué dans le cadre strict d'un accord de coopération horizontale bénéficiant d'une exemption par catégorie ou d'une exemption individuelle en application de l'article IV.1 (3) du CDE ou 101 (1) du TFUE³.

A. Principes

Les échanges d'informations constituent une caractéristique commune de nombreux marchés concurrentiels et peuvent générer différents types de gains d'efficacité. Les entreprises peuvent améliorer leur efficacité interne en comparant leurs meilleures pratiques respectives. L'échange d'informations peut également bénéficier directement aux consommateurs en réduisant leurs coûts de recherche et en augmentant leur choix.

Cependant, les échanges d'informations de marché peuvent également avoir des effets restrictifs sur le jeu de la concurrence, en particulier lorsqu'ils sont de nature à permettre aux entreprises de connaître les stratégies commerciales de leurs concurrents. Les répercussions des échanges d'informations sur la concurrence sont fonction des caractéristiques du marché sur lequel ils se produisent et du type d'informations échangées.

¹ Fédérations d'entreprises et fédérations de professions libérales.

² Pour une décision d'interdiction, voir l'arrêt dans l'affaire C-3/06 P, 8 février 2007, *Groupe Danone*. Voir aussi la décision du Conseil de la concurrence n° 2008-I/O-13, 4 avril 2008, *Bayer e.a.*

³ Les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale* (Pb 2011 C/11/1) (ci-après les « *Lignes directrices* »), n°. 88.

De plus, l'échange d'informations entre concurrents peut constituer un accord, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises ayant pour objet la fixation, en particulier, des prix ou des quantités. Ce type d'échanges d'informations sera normalement considéré comme un cartel et sanctionné par des amendes.

Le principe général qui régit l'évaluation des échanges d'information repose sur l'appréciation du risque que la mise à disposition de ces informations commercialement sensibles permette ou non à des entreprises de coordonner leurs comportements de manière à limiter les risques commerciaux d'une concurrence normale, en diminuant l'incertitude stratégique ou l'incertitude sur le fonctionnement à venir du marché en cause⁴.

Une distinction doit être faite entre l'alignement non autorisé des comportements et la prise en compte intelligente du comportement des concurrents sur le marché. Pour faire cette distinction, il faut identifier les informations que les concurrents ont normalement à leur disposition sur un marché spécifique.

La diffusion d'informations déjà publiées ailleurs ou qui reposent exclusivement sur des données déjà connues dans le marché ne crée pas de problème en droit de la concurrence. Ceci s'applique, par exemple, aux données sur les ventes de voitures issues des données fournies par la DIV du SPF Mobilité⁵. Et lorsque, par exemple, des prix sont affichés (et c'est souvent pour protéger le consommateur qu'ils doivent être affichés), cette information est librement accessible à quiconque fait l'effort de la regarder.

Si toutefois sur un marché donné, ce ne sont pas les prix indicatifs ou les prix catalogue publiés qui sont déterminants pour le jeu de la concurrence, mais plutôt le niveau de ristournes octroyées, il n'est pas normal que les concurrents disposent d'informations sur leurs politiques de ristournes respectives. Savoir quel rabais donne un concurrent, vous permet d'ajuster votre propre politique en conséquence.

B. Cadre général du droit de la concurrence

Les articles IV.1 CDE et 101 TFUE

Les accords entre entreprises, les pratiques concertées des entreprises et les décisions d'associations d'entreprises (ensemble les «accords») ayant pour objet de restreindre la concurrence (restrictions par objet) ou qui résultent en une restriction de la concurrence (restrictions par effets) sont interdits (Article IV.1, paragraphe 1, du CDE et article 101, paragraphe 1, du TFUE), sauf si cet accord, pratique concertée ou décision peut bénéficier d'une exemption dans les conditions énoncées à l'article IV.1, paragraphe 3, du CDE ou 101, paragraphe 3, du TFUE. À cette fin, un accord (i) devrait contribuer à améliorer la

⁴ Les *Lignes directrices n° 61 et suivants*.

⁵ Voir <https://statbel.fgov.be/fr/themes/mobilite/circulation/immatriculations-de-vehicules#figures>. Pour le traitement par la Febiac: <http://www.febiac.be/public/statistics.aspx?FID=23&lang=FR>. Voir aussi les *Lignes directrices* nos. 92-93.

production, la distribution ou le progrès technique, ou renforcer la position concurrentielle des PME⁶, et (ii) une part équitable de ces avantages devrait bénéficier aux clients ou utilisateurs, (iii) sans pour autant restreindre la concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les effets positifs, et (iv) sans exclure la concurrence dans une partie substantielle du marché pour les produits ou services en question.

Les fédérations d'entreprises et les fédérations de professions libérales sont considérées comme des associations d'entreprises, et quiconque ayant une activité économique est considéré comme une entreprise, et donc pas seulement des sociétés, mais aussi les individus ou les associations.

L'ABC, à l'instar de la Commission européenne, établit une distinction entre les accords entre concurrents (accords horizontaux) et les accords entre non-concurrents, par exemple entre fournisseurs et distributeurs (accords verticaux). La première catégorie est particulièrement pertinente pour le thème de ce guide. Vous trouverez, entre autres, de nombreuses informations utiles dans les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité TFUE aux accords de coopération horizontale*⁷, qui sont repris dans l'annexe 2 du présent guide.

Dans sa communication *de minimis*, la Commission considère qu'il est improbable que la concurrence soit sensiblement affectée par des accords entre des non-concurrents ayant une part de marché inférieure à 15% sur un marché pertinent⁸ et par des accords entre concurrents qui ont sur un marché pertinent une part de marché cumulée inférieure à 10%⁹.

Les exceptions *de minimis* ne sont pas valables si une restriction *caractérisée* se produit. **Il est donc très important de mettre l'accent sur l'interdiction des restrictions *caractérisées* (*hardcore*).**

Les principales restrictions caractérisées sont les suivantes : accords de prix entre concurrents, imposition de prix de vente obligatoires ou prix de vente minimum aux distributeurs, répartition des marchés géographiques et des clients entre concurrents et accords avec les concurrents pour limiter la production. **Comme indiqué dans notre guide pour les PME, ces pratiques de concurrence ne sont vraiment pas autorisées¹⁰. Et il est important à cet égard de souligner que l'échange d'informations sur les prix futurs est considéré comme un accord sur les prix.**

⁶ La condition relative aux PME ne concerne que l'article IV.1 CDE. Ce n'est pas un motif d'exemption distinct si le commerce entre les Etats membres est affecté et que l'article 101 TFUE doit être appliqué.

⁷ Voir aussi p. ex. le *Background Paper by the Secretariat* pour la Round Table on Information Exchanges between Competitors under Competition Law in het Competition Committee de l'OCDE du 6 octobre 2010, et, parmi d'autres contributions, les contributions de la délégation française et de la délégation du Royaume-Uni (<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48379006.pdf>).

⁸ L'attention ne doit pas uniquement porter sur la définition du marché de produit. Il convient d'être attentif au fait que les marchés géographiques pertinents peuvent être locaux.

⁹ Les pourcentages de 15% et 10% mentionnés ici sont réduits à 5% si les réseaux de distribution parallèles sur un marché rendent plus difficile l'accès au marché. Il est cependant peu probable que les réseaux parallèles aient un tel effet s'ils représentent ensemble moins de 30% du marché.

¹⁰ ABC, *Règles de concurrence, un guide pour les PME*, p.11.

Informations stratégiques

L'échange entre concurrents de données stratégiques, c'est-à-dire de données diminuant l'incertitude stratégique sur le marché, est davantage susceptible de relever de l'article 101 que l'échange d'autres types d'informations. Le partage de données stratégiques peut avoir des effets restrictifs sur la concurrence, étant donné qu'il réduit l'autonomie décisionnelle des parties en limite leur incitation à se livrer concurrence. Les informations stratégiques peuvent porter sur les prix (par exemple, prix existants, rabais, majorations, réductions ou remises), les listes de clients, les coûts de production, les quantités, les chiffres d'affaires, les ventes, les capacités, les qualités, les plans marketing, les risques, les plans d'investissement, les technologies et les programmes de R&D et les résultats de ceux-ci. D'une manière générale, les informations relatives aux prix et aux quantités sont celles qui présentent le plus grand intérêt stratégique, suivies des informations sur les coûts et la demande. Toutefois, si les entreprises se livrent concurrence dans le domaine de la R&D, ce sont les données technologiques qui pourraient s'avérer les plus stratégiques sur le plan de la concurrence. L'utilité stratégique des données est également fonction du caractère agrégé de celles-ci et de leur ancienneté, ainsi que du contexte du marché et de la fréquence des échanges. La diffusion d'informations sur le passé est généralement évaluée sur ses effets¹¹ : en droit de la concurrence, l'effet peut être positif (favorable à la concurrence), neutre ou anticoncurrentiel¹². Mais l'échange d'informations sur les prix futurs est assimilé à des accords de prix et sera donc en principe considéré comme une restriction caractérisée et, partant, comme une infraction très grave, indépendamment du fait que les prix aient effectivement fait l'objet d'une entente¹³.

C. Relevés périodiques des marchés

Selon la jurisprudence et une pratique décisionnelle établies, les relevés reflétant la manière dont le marché s'est comporté sont compatibles avec les règles de concurrence si la période de référence est suffisamment longue et les chiffres suffisamment agrégés pour éviter que les concurrents ne puissent identifier leurs chiffres respectifs¹⁴. Ce qui est «assez long» et «suffisamment agrégé» dépend des caractéristiques d'un marché. Lorsqu'un grand nombre de transactions sont conclues chaque mois ou chaque semaine, la période de référence peut, par exemple, être plus courte que pour un marché où cette fréquence est beaucoup plus faible.

¹¹ Pour plus d'informations sur la distinction entre restrictions par objet ou par effet, voir le document de la Commission *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf

¹² *Les Lignes directrices*, nos. 89-90.

¹³ Voir par exemple l'arrêt dans l'affaire C-294/13 P du 24 juin 2015, *Fresh del Monte Produce* ('bananes').

¹⁴ *Les Lignes directrices*, nos. 89-90.

Quelles données peuvent être rapportées?

Exemples d'informations qui ne sont pas jugées anticoncurrentielles en tant que telles :

- Des relevés annuels, semestriels ou trimestriels rapportant un total du chiffre d'affaires réalisé (en valeur ou en volume) par des entreprises d'un secteur donné¹⁵ ;
- Des relevés annuels, semestriels ou trimestriels avec des informations plus détaillées qu'au point précédent, mais toujours agrégées, concernant un grand nombre de sociétés; l'impact sur la concurrence de telles informations sera d'autant plus faible que le groupe d'entreprises est plus hétérogène : voir par exemple les données publiées par Unizo sur la valeur ajoutée brute par rapport aux coûts de personnel, la rentabilité nette des capitaux propres après impôts, la liquidité, la solvabilité, la couverture de la dette par les flux de trésorerie, le nombre de jours de crédit fournisseur et le crédit client¹⁶;
- Relevés des prix moyens dans le cas d'un grand nombre de transactions, tels que les prix des différentes catégories de biens immobiliers par commune tels que publiés dans Trends¹⁷;
- Il en va de même pour des relevés mensuels si un marché est caractérisé par un grand nombre d'acteurs et de transactions ou si les sociétés visées forment un groupe très hétérogène.

Données historiques qui soulèvent des questions sous l'angle de la concurrence :

- Des relevés basés sur les prix nets soulèvent plus de questions que des relevés basés sur les prix bruts lorsqu'il s'agit de biens ou de services pour lesquels des rabais sont fréquemment accordés ;
- Des relevés hebdomadaires qui sont si détaillés que les parties et même les transactions peuvent être pratiquement identifiées, et certainement lorsque les concurrents peuvent en déduire les rabais accordés, sont considérés comme étant en conflit avec les règles de la concurrence¹⁸.

Parfois, cependant, un échange d'informations qui, en principe, relève du champ d'application de l'article IV.1 (1) CDE ou 101 (1) TFUE peut bénéficier d'une exemption de l'interdiction en application de l'article IV.1 (3) CDE ou 101 (3) TFUE. La Commission européenne donne l'exemple d'un secteur comptant seulement 5 producteurs mais avec une demande très instable pour un produit d'une durée de conservation limitée. Une information hebdomadaire publiée par un organisme indépendant sur les quantités invendues par point de vente a été jugée appropriée pour permettre une meilleure adaptation de la production à la demande et éviter la perte de stocks qui ne se conservent pas longtemps¹⁹.

¹⁵ Voir p. ex. pour les données qui sont rendues publiques par les fédérations : Febiac :

<http://www.febiac.be/public/statistics.aspx?FID=23&lang=FR>; Fevia : <https://www.fevia.be/fr/industrie-alimentaire>.

¹⁶ Unizo: *.Graydon pme rapport Belgique 2016*, https://www.unizo.be/system/files/downloads/andere/2016_-_graydon_-_kmo_rapport_belgie_nl_web_0.pdf

¹⁷ <http://trends.levif.be/economie/immo/combien-coute-un-bien-immobilier-dans-votre-commune-carte-interactive/article-normal-829005.html>.

¹⁸ Voir p. ex. les 'arrêts dans les affaires C-7/95P du 28 mai 1998, *John Deere Ltd*; et T-34/92, du 27 octobre 1994, *Fiatagri* et *New Holland Ford*. Voir aussi les décisions de la Commission dans les affaires IV/31.370 et 31446, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, [PB 1992 L 68/19](#).

¹⁹ Exemple 6 dans les *Lignes directrices* n° 110.

Les indices de prix doivent être évalués à la lumière des informations utilisées. Lorsqu'un index est établi sur les cours boursiers ou les résultats d'enchères, les informations peuvent être très récentes. En sont des exemples les données quotidiennes publiées dans l'Echo sur les marchés pétroliers internationaux, le *Belgian Power Base Load* concernant l'électricité, les prix du marché de l'or et de l'argent à Londres et à Bruxelles, les prix des pièces d'or de *the house.be*, les prix NYMEX du platine et palladium, les prix LME des métaux non ferreux, les prix CME des matières premières pour les produits de base, les prix agricoles du LIFFE-CBOT et du NYMEX et l'Indice de l'Antwerp Diamond.

Comment sont collectées les données ?

Il est important de savoir non seulement quelles informations sont fournies, mais aussi comment elles sont collectées. Les fédérations et autres acteurs qui mettent à disposition des relevés des marchés doivent s'assurer que les entreprises qui fournissent leurs données ont uniquement accès à leurs propres données et au produit final. Les informations sur les concurrents ne peuvent jamais être divulguées!

La confidentialité dans la collecte et le traitement des données peut, par exemple, être assurée en l'externalisant à un prestataire de services indépendant avec une obligation stricte de confidentialité concernant la fourniture des données reçues et non encore traitées. Ces fournisseurs de services peuvent en outre uniquement collecter les données requises pour une publication autorisée (ou bien répondre aux obligations légales qui peuvent leur être imposées.

D. Comparaisons de prix

Les sites de comparaison de prix favorisent généralement la concurrence. Ils facilitent le choix des consommateurs et leur permettent donc de faire jouer la concurrence. Un certain nombre de sites sont proposés à cet effet par les régulateurs sectoriels, tels que l'IBPT pour différents tarifs télécoms²⁰ et la CREG pour l'énergie²¹.

Cependant, cela présuppose que le gestionnaire du site utilise des critères objectifs pour déterminer les prix retenus et que l'information ne soit pas trompeuse²². Inversement, une interdiction générale d'être présent sur une plateforme de comparaison de prix peut constituer une infraction²³.

Il en va de même pour l'organisation des plateformes de marché : elles améliorent l'information du consommateur et facilitent le choix, mais cela nécessite à nouveau que l'information ne soit pas trompeuse et que les choix ne soient pas manipulés.

²⁰ <http://www.meilleurtarif.be>.

²¹ <https://www.creg.be/fr/cregscan#/>.

²² La CMA britannique a publié après une enquête détaillée des lignes directrices et des best practices : <https://www.gov.uk/cma-cases/digital-comparison-tools-market-study>. L'étude de la Commission européenne sur le commerce électronique ne traite pas spécifiquement des sites de comparaison de prix, mais de la transparence des prix : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_fr.pdf.

²³ En ce sens, voir un arrêt du Bundesgerichtshof du 2 décembre 2017 dans l'affaire ASICS.

Conformément à la directive 2006/114/CE, la publicité comparative (et donc la comparaison avec les prix des concurrents) est autorisée en Belgique, à condition que la comparaison ne soit pas trompeuse²⁴. Dans ce contexte, il est également important, du point de vue du droit de la concurrence, que les prix des concurrents soient corrects et que les informations pertinentes soient obtenues de manière légitime.

E. Informations sur les évolutions attendues des marchés

Prix futurs et intentions de prix

Nous devons tout d'abord réaffirmer que l'échange d'informations entre concurrents sur les prix futurs et sur les intentions de prix est assimilé à un accord de prix. Il sera donc considéré comme une restriction *caractérisée* et constituera une infraction très grave²⁵. Cela n'a pas d'importance que les prix annoncés soient effectivement appliqués²⁶ ou non. La pratique décisionnelle de la Commission montre également que la manière dont l'information est portée à l'attention des concurrents n'a pas non plus d'importance²⁷.

Ce qui précède ne signifie évidemment pas que des concurrents ne sont pas autorisés à publier des listes de prix, ni qu'une annonce publique véritablement unilatérale serait en soi interdite²⁸. Une liste de prix recommandés mis à la disposition de clients potentiels (et qui reste normalement valable pendant une certaine période) est considérée comme une information sur les prix actuels (et non sur les prix futurs). Par contre l'échange entre concurrents de listes de prix avec des prix qui ne s'appliqueraient que plus tard, constituerait bien un échange d'informations sur les prix futurs.

Évolutions attendues du marché

Il est difficile de donner une réponse générale à cette question. L'évaluation dépendra de la nature de l'information et des besoins du marché. Voici quelques exemples :

- Des phrases relevées dans des rapports annuels telles que «*2018 a été une bonne année et nous prévoyons que cette tendance se poursuivra*», «*2018 a été une année difficile, mais de nombreux membres nous indiquent que les commandes reprennent*», peuvent difficilement mener à une collusion ;
- *Par contre des propos tels que "... (par exemple, les trois quarts des répondants) indiquent qu'ils s'attendent à ce que la demande pour le produit x augmente de manière significative le mois prochain. Le niveau des stocks est bas. Et la moitié des répondants disent qu'ils ont peu de capacité de production résiduelle"*, constituent une information qui peut s'avérer problématique - en

²⁴ Articles VI.17, 97-100 et 105,1° CDE, et concernant les professions libérales les articles XIV.9, 64-67 en 72,1° CDE.

²⁵ Voir p. ex. l'arrêt dans l'affaire C-294/13 P du 24 juin 2015, *Fresh del Monte Produce*.

²⁶ Voir p. ex. l'arrêt dans l'affaire C-294/13 P du 24 juin 2015, *Fresh del Monte Produce*.

²⁷ Voir p. ex. la décision de cartel de la Commission du 7 juillet 2016, *Container Shipping*. Assister à une seule réunion peut suffire à établir une infraction : voir l'affaire C-8/08, du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands*.

²⁸ *Lignes directrices* n° 63.

particulier s'il n'y a qu'un petit nombre d'acteurs importants dans le secteur à moins qu'il n'existe un véritable motif d'exemption (voir l'exemple précédent de la pratique de la Commission)!

- Il est par conséquent important de vérifier qui est intéressé par l'information et pourquoi cette personne s'y intéresse. Quand ce sont principalement des concurrents, les signaux vireront rapidement au rouge. Cependant, comme indiqué précédemment, dans un cas très spécifique une information hebdomadaire publiée par un organisme indépendant sur les quantités invendues par point de vente a été jugée appropriée pour permettre une meilleure adaptation de la production à la demande et éviter la perte de stocks qui ne peuvent plus être conservés longtemps²⁹. Ça peut aussi être vrai si cela aurait conduit à des gaspillages dommageables. Et il se peut également que des non-concurrents aient besoin d'informations pour pouvoir planifier leur propre production de produits utiles à l'intérêt général³⁰.

F. Modules pour le calcul des coûts et la détermination des prix

C'est aussi un sujet difficile et particulièrement délicat :

- Lorsque les entreprises d'un secteur fixent leurs prix en attribuant le même poids aux mêmes coûts, un module de calcul des coûts conduit presque certainement à un niveau de prix très similaire pour tous les concurrents. Le module de calcul des coûts est alors un instrument de collusion.
- Mais si l'on veut vraiment améliorer la qualité de la gestion dans les (souvent très) petites entreprises, il est parfois nécessaire de signaler aux entrepreneurs ce qu'ils doivent prendre en compte pour déterminer leurs prix.

Concrètement, cela a conduit jusqu'à présent aux décisions suivantes :

- Un module de calcul qui montre uniquement quels coûts doivent être pris en compte et indique où l'on peut trouver des informations sur ces coûts (coûts liés aux locaux commerciaux, personnel, équipements de l'entreprise, énergie, télécommunications, comptabilité, moyens de transport, taxes, etc.) a été jugé admissible pour des petites entreprises (en l'occurrence des friteries)³¹.
- Un module de calcul comportant une estimation des coûts et des pourcentages de répartition pertinents, grâce auquel un prix «indexé» était communiqué, a été jugée par contre contraire à l'article IV.1 CDE sans entrer en ligne de compte pour une exemption³².

²⁹ Exemple 6 dans les *Lignes directrices* n° 110.

³⁰ Parfois, l'exemple du lactosérum est donné. C'est un sous-produit de la production de fromage qui pollue comme un déchet, mais qui peut aussi être une matière première importante et parfois difficile à remplacer pour l'industrie pharmaceutique et alimentaire. Étant donné que la production de fromage est planifiée en fonction du marché du fromage, il est important que les transformateurs de lactosérum sachent combien de lactosérum ils peuvent attendre

³¹ Rapport annuel de la Direction générale de la Concurrence de 2008.

³² Décision du Conseil de la Concurrence n° 2008-I/O-04 du 25 janvier 2008 dans l'affaire *Vebic*. L'annulation de cette décision (Bruxelles, 13 février 2013) ne concernait pas l'évaluation technique en droit de la concurrence.

En résumé, on peut supposer qu'un module de calcul pose peu de problèmes au regard de la concurrence si c'est un module :

- Qui ne comprend qu'une liste des coûts fixes et variables à prendre en compte potentiellement tels que : coûts de salaires et d'honoraires; coûts de formation; les coûts de loyer ou de financement d'un bâtiment; achat / crédit-bail / dépréciation d'équipements; coûts des télécommunications et de l'informatique; chauffage; électricité; voiture(s); assurances; les heures prestées non enregistrées (overhead); les petites dépenses générales; etc.
- où chaque utilisateur doit décider individuellement si un facteur de coût est pertinent dans son cas, et si oui, quel montant doit être pris en compte,
- où chaque utilisateur doit décider individuellement combien de temps il veut travailler et combien il veut gagner ; ce qui est nécessaire pour la constitution d'un capital pension; et dans quel segment du marché il se voit (*low cost*, moyen ou plus exclusif),
- où chaque utilisateur doit décider individuellement comment répartir les frais généraux sur les biens et services concernés,
- où il est demandé individuellement à l'utilisateur d'indiquer combien de temps des employés ayant des coûts de prestation pertinents consacrent à la livraison des biens ou la prestation des services concernés,
- où chaque utilisateur doit identifier individuellement les tâches exécutées par projet spécifique, les tâches possibles étant énumérées pour chaque type d'affectation,
- où chaque utilisateur calculera sa propre marge de distribution sur base d'une part des coûts variables d'achat, de logistique et des autres coûts pertinents pour une livraison ou une prestation, et d'autre part du bénéfice attendu,
- ou qui suggère que ces coûts p peuvent être convertis en un coût par heure ou partie de journée travaillée, modulée ou non en fonction de l'ancienneté de la personne fournissant les services et pris en compte pour établir une estimation de prix par mission.

On peut également supposer qu'il n'y aurait pas de problème lorsqu'une association professionnelle suggère que, pour la détermination d'un prix, non seulement les coûts peuvent être pris en compte, mais aussi l'utilité estimée des services ou des biens pour le client, la réputation des prestataires, le prestige de l'environnement dans lequel les services sont fournis, la détermination et le niveau d'exigence du client, etc. Mais ici aussi, chaque utilisateur d'un module doit pouvoir déterminer en toute indépendance les facteurs qu'il décide de prendre en compte et le poids qu'il donne à ces facteurs.

Exemples plus problématiques :

- fournir l'indication qu'une remise peut être accordée, mais en émettant la réserve (dans l'exemple en cas de paiement avant la date d'échéance habituelle) que pour une petite réduction, le contrôle TVA accepte une remise de 2% Ce commentaire pourrait être justifié pour le cas spécifique du paiement «anticipé», mais pourrait aussi encourager une entente

- visant à limiter les remises à 2% et pourrait donner l'impression que la TVA n'est généralement pas calculée sur la valeur nette de la facture ;
- émettre une remarque telle que : «Le client posera des questions sur la qualité de votre travail si votre prix est nettement inférieur à celui de vos concurrents» peut être considéré comme une invitation à une entente.

Ce qui est certainement interdit :

- un module de calcul qui propose un prix qui correspond à ce que l'association professionnelle considère comme un prix communément utilisé et repris dans l'indice calculé pour le secteur, en particulier lorsque les entreprises concernées sont si petites qu'il est peu probable qu'elles arrivent de manière autonome à une autre estimation ;
- lorsque l'association professionnelle, par exemple pour déterminer le prix considéré comme normal et calculer un indice jugé pertinent pour le secteur, collecte des données à ses membres et que ceux-ci peuvent avoir accès aux réponses des concurrents ;
- lorsque des membres, qu'ils agissent ou non dans le cadre de l'association professionnelle, concluent des accords sur les prix et les tarifs, ou échangent des informations non connues sur le marché, dans l'espoir que cela influencera la fixation des prix par les concurrents.

Analyses comparatives

Fournir des données aux entrepreneurs qui leur permettent de vérifier s'ils dépensent plus ou moins que la moyenne sur un poste de coûts, doit être considéré comme un relevé périodique de marché évoqué précédemment. Il ne devrait pas être possible de déduire de ces informations quels étaient les niveaux de coûts de chacun.

Il n'y a pas non plus d'objection à suggérer aux indépendants de comparer leurs revenus (en tant que revenus souhaités dans un module ou à la suite d'un calcul) avec ce que l'on connaît des revenus des personnes ayant un diplôme similaire dans le secteur privé ou public.

G. Echange d'informations dans le cadre d'accords de distribution

Nous voulons attirer également votre attention sur le fait que l'ABC est confrontée à des problèmes d'échange d'informations dans le cadre d'accords de distribution. Dans ce guide, nous ne pouvons pas répondre aux questions sur les contrats de franchise qui se situent dans un contexte très spécifique³³. Mais en ce qui concerne les accords de distribution exclusive et particulièrement les accords de distribution sélective, nous voulons faire les remarques suivantes :

³³ Voir par exemple Décision du Collège BMA-2018-C/C-23 du juillet 2018 dans l'affaire *Intergamma*.

Le fournisseur n'est pas un concurrent direct du détaillant au niveau de la vente au détail

Il est certain que dans un réseau de distribution, le fournisseur et le distributeur doivent être en mesure d'échanger des informations sur les niveaux de service dans les ventes et les services après-vente, la disponibilité des produits et, le cas échéant, des pièces de rechange, etc.

Cela peut devenir plus délicat lors de la mise en place de promotions commerciales conjointes, mais convenir d'une campagne commune, en fixant une remise minimale (et donc un prix maximum), est en soi compatible avec les règles de la concurrence.

Toutefois, l'échange général d'informations au sein du réseau de distribution, ou l'échange spécifique à l'occasion de campagnes promotionnelles, ne peut donner directement ou indirectement au fournisseur ou aux distributeurs concurrents la possibilité d'estimer les remises réellement accordées par chacun.

Des systèmes doivent également être mis en place pour que les distributeurs n'aient pas accès aux chiffres de ventes des distributeurs concurrents (ni à leur politique des prix), sauf sous la forme de relevés périodiques tels que ceux évoqués précédemment dans ce guide.

Le fournisseur est un concurrent direct du détaillant au niveau de la vente au détail

L'échange de données entre un fournisseur et un distributeur est beaucoup plus problématique lorsque le fournisseur est également un concurrent au niveau de la vente au détail.

De nouveau, dans tous les cas, le fournisseur n'est pas autorisé à avoir accès directement ou indirectement aux rabais effectivement accordés par les distributeurs.

Dans cette hypothèse également, les systèmes doivent être mis en place de manière à ce que les distributeurs n'aient pas accès aux chiffres de ventes des distributeurs concurrents (ni à leur politique des prix), sauf sous la forme de relevés périodiques tels que ceux évoqués précédemment dans ce guide.

Mais dans les réseaux de distribution au sein desquels le fournisseur est également un distributeur, un principe général de précaution s'applique afin d'éviter l'échange d'informations concurrentielles sensibles. Ceci s'applique, par exemple, à des informations sur une offre faite par un distributeur à de grands clients qui peuvent également être approchés par le fournisseur.

Annexe 1

Décisions et interventions antérieures

L'Autorité belge de la Concurrence a déjà statué dans le passé sur des décisions de fédérations d'entreprises ou de fédérations de professions libérales. Nous nous référons principalement aux décisions suivantes (que vous pouvez trouver sur le site de l'ABC) :

A propos des prix et des honoraires s minimums :

- Décision du Conseil de la concurrence relative à la Chambre nationale des huissiers dans laquelle l'extension du champ d'application du tarif a été considérée comme contraire à l'article 2 de la LPCE: Décision n ° 2011-P/K-47 du 8/12/2011,
- Décision du Conseil de la concurrence concernant l'Ordre des vétérinaires dans laquelle l'article 22 du Code de déontologie (interdiction d'imposer des honoraires trop bas ou déraisonnables) a été jugé contraire aux articles 2 LPCE et 81 CE : Décision n ° 2007-I/O-19 du 21/8/2007,
- Décision du président du Conseil de la concurrence concernant l'Ordre des architectes dans laquelle la norme déontologique concernant un tarif a été suspendue à titre de mesure provisoire : Décision n ° 95-V/M-03 du 31/10/1995.

A propos des aperçus des prix, des indices de prix et des plateformes de marché :

- Un avis informel a été publié en 2015 sur un baromètre des prix des stations-service où le président a estimé que les données étaient déjà connues et qu'un accès plus facile pourrait stimuler la concurrence³⁴,

-

En ce qui concerne une plateforme pour les achats groupés de gaz et d'électricité, un processus informel a été suivi en 2015, sans qu'une opinion informelle n'ait été toutefois « formellement » émise. La plateforme pour les achats groupés était iChoosr qui facilite les achats groupés de gaz et d'électricité pour le secteur résidentiel. iChoosr a posé des questions concernant deux changements proposés : la détermination d'une fourchette de prix pour la participation des fournisseurs à la vente aux enchères, la surveillance continue des tarifs et l'information automatique des consommateurs à propos des meilleurs tarifs. L'ABC avait des questions concernant la définition du marché pertinent et la position des parties concernées sur le marché, et ne pouvait exclure que l'interdiction de l'accès aux enchères aux fournisseurs en fixant un prix plancher serait incompatible avec les règles de concurrence. Le président a également demandé à iChoosr si l'objectif recherché ne pouvait pas être atteint d'une autre manière plus directe qui soulève moins de questions. En ce qui concerne le système de surveillance proposé, le président n'a émis aucune réserve si les consommateurs concernés étaient clairement informés des possibilités offertes. iChoosr a pris en compte les

³⁴ Voir le Rapport annuel de l'ABC 2015, p. 29.

préoccupations sans avoir besoin d'un avis informel. Il s'est avéré plus tard que les contacts avec l'autorité de concurrence néerlandaise ont conduit à un ajustement similaire³⁵.

- En 2014, en ce qui concerne un indice de la ferraille, il a été constaté que, compte tenu des données qui sont accessibles au public sur l'évolution des prix sur le London Metal Exchange et sont, entre autres, annoncées via MetalBulletin, une communication sur les prix moyens agrégés sur une base hebdomadaire ne susciterait pas d'objection de la part de l'ABC, à condition que les données soient fournies par un nombre suffisant d'acteurs (en l'occurrence au moins 8) ou qu'il n'y ait aucun risque que les concurrents puissent identifier les prix des autres avec un degré raisonnable de probabilité.

A propos des modules de calcul des coûts et des prix :

- Il y a eu des contacts sur un module de calcul utilisé par l'ordre des architectes pour calculer les honoraires,
- Un accord informel a été conclu en 2008 avec l'association des frituristes en vue de modifier les instructions relatives au calcul du prix de revient sur le site internet de l'association afin d'arriver à une formule dans laquelle il est suggéré de quels coûts on doit tenir compte, sans que l'on puisse déterminer le poids relatif de ces coûts dans la formule³⁶,
- Une décision a été rendue par le Conseil de la concurrence concernant la Fédération Flamande des Boulangers (VEBIC) à propos d'un indice de prix du pain pour lequel la fédération, sur base des données des membres et d'une pondération des facteurs de coûts déterminée par la fédération, avait recommandé un prix pour le pain. Cela a été jugé contraire à l'article 2 de la LPCE³⁷. Cette décision a été annulée pour des motifs de procédure relatives au mandat de perquisition par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 13 février 2013.

³⁵ Voir le Rapport annuel de l'ABC 2015, p. 29.

³⁶ Rapport annuel de la Direction générale de la concurrence de 2008.

³⁷ Décision n° 2008-I/O-04 du 25 janvier 2008.

Annexe 2

Passages extraits de la Communication de la Commission *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale* (JO 2011 C/11/1)

« 2. PRINCIPES GÉNÉRAUX DE L'APPRÉCIATION DES ÉCHANGES D'INFORMATION SOUS L'ANGLE DE LA CONCURRENCE

2.1. Définition et portée

55. *Le présent chapitre vise à fournir des orientations pour l'appréciation des échanges d'informations sous l'angle de la concurrence. Ces échanges peuvent prendre diverses formes. Premièrement, des données peuvent être échangées directement entre concurrents. Deuxièmement, des données peuvent être échangées indirectement par l'intermédiaire d'une agence commune (comme, par exemple, une association professionnelle) ou d'un tiers, comme un bureau d'études de marché, ou par l'intermédiaire des fournisseurs ou des revendeurs des entreprises.*
56. *Les échanges d'informations peuvent s'inscrire dans différents contextes. Ils peuvent résulter d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées dont la principale fonction économique réside précisément dans l'échange d'informations. L'échange d'informations peut en outre se produire dans le cadre d'un autre type d'accord de coopération horizontale (les parties à un accord de production, par exemple, peuvent échanger certaines informations sur les coûts). L'appréciation de ce dernier type d'échange d'informations doit se faire dans le cadre de l'évaluation de l'accord de coopération horizontale lui-même.*
57. *L'échange d'informations constitue une caractéristique commune de nombreux marchés concurrentiels et peut générer divers types de gains d'efficacité. Il peut résoudre les problèmes d'asymétrie de l'information ⁽⁴⁰⁾, rendant ainsi les marchés plus efficaces. De plus, les entreprises peuvent améliorer leur efficacité interne en comparant leurs meilleures pratiques respectives. L'échange d'informations peut également leur permettre de réaliser des économies de coûts en réduisant leurs stocks et en leur donnant la possibilité, d'acheminer plus rapidement les produits périssables vers les consommateurs ou de faire face à une demande instable, etc. Il peut également bénéficier directement aux consommateurs, en réduisant leurs coûts de recherche et en améliorant le choix.*
58. *Toutefois, l'échange d'informations sur le marché peut aussi avoir des effets restrictifs sur le jeu de la concurrence, en particulier lorsqu'il est de nature à permettre aux entreprises de connaître les stratégies commerciales de leurs concurrents ⁽⁴¹⁾. Les répercussions de l'échange d'informations sur*

la concurrence sont fonction des caractéristiques du marché sur lequel il se produit (telles que la concentration, la transparence, la stabilité, la symétrie, la complexité, etc.), ainsi que du type d'informations échangées, lesquelles peuvent faire de l'environnement du marché en cause un environnement susceptible de favoriser la coordination.

59. *De plus, l'échange d'informations entre concurrents peut constituer un accord, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises ayant pour objet la fixation, en particulier, des prix ou des quantités. Ces types d'échanges d'informations seront normalement considérés comme des ententes et sanctionnés par des amendes. Les échanges d'informations peuvent également faciliter la mise en œuvre d'une entente en permettant aux entreprises de contrôler si les parties se conforment aux modalités qui ont été convenues. Ces types d'échanges d'informations seront considérés comme s'inscrivant dans le cadre de l'entente.*

Pratique concertée

60. *Un échange d'informations ne peut être apprécié au regard de l'article 101 que s'il établit un accord, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises ou s'inscrit dans le cadre d'un tel accord, d'une telle pratique concertée ou d'une telle décision d'association d'entreprises. L'existence d'un accord, d'une pratique concertée ou d'une décision d'association d'entreprises ne préjuge pas si l'accord, la pratique concertée ou la décision d'une association d'entreprises a pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la notion de pratique concertée vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence ⁽⁴²⁾. Les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable «plan», doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché intérieur et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle ⁽⁴³⁾.*
61. *Cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, mais s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché ⁽⁴⁴⁾. Elle s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte entre concurrents, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, ce qui facilite une collusion sur celui-ci ⁽⁴⁵⁾. Un échange d'informations peut donc constituer une pratique concertée s'il diminue l'incertitude stratégique ⁽⁴⁶⁾ sur le marché et, partant, facilite la collusion, c'est*

–à-dire si les données échangées présentent un caractère stratégique. En conséquence, l'échange de données stratégiques entre concurrents équivaut à une concertation, en ce qu'il diminue l'indépendance de comportement des concurrents sur le marché et leur incitation à se livrer concurrence.

62. Une situation dans laquelle une seule entreprise divulgue des informations stratégiques à son/ses concurrent(s) qui les accepte(nt) peut également constituer une pratique concertée ⁽⁴⁷⁾. De telles divulgations pourraient par exemple se produire dans le cadre de contacts par courrier postal ou électronique, par téléphone ou au cours de réunions, etc. Il est sans importance qu'une seule entreprise informe ses concurrents unilatéralement du comportement qu'elle entend adopter sur le marché ou que toutes les entreprises concernées se communiquent mutuellement leurs considérations et leurs intentions. Lorsqu'une seule entreprise divulgue à ses concurrents des informations stratégiques sur sa future politique commerciale, le degré d'incertitude sur le fonctionnement à venir du marché en cause est atténué pour tous les concurrents impliqués, ce qui accroît le risque de restreindre la concurrence et de voir apparaître des comportements collusoires ⁽⁴⁸⁾. Ainsi, par exemple, le simple fait d'assister à une réunion ⁽⁴⁹⁾ durant laquelle une entreprise dévoile à ses concurrents ses intentions en matière de fixation des prix pourrait relever de l'article 101, même en l'absence d'accord explicite sur une augmentation des prix ⁽⁵⁰⁾. Lorsqu'une entreprise reçoit des données stratégiques d'un concurrent (que ce soit lors d'une réunion ou par courrier postal ou électronique), elle sera supposée avoir accepté ces informations et avoir adapté son comportement sur le marché en conséquence, à moins qu'elle n'ait répondu par une déclaration claire qu'elle ne souhaitait pas recevoir de telles données ⁽⁵¹⁾.
63. Lorsqu'une entreprise fait une annonce unilatérale revêtant un caractère réellement public, par exemple dans un quotidien, cette annonce ne constitue généralement pas une pratique concertée au sens de l'article 101, paragraphe 1 ⁽⁵²⁾. Toutefois, en fonction des faits sous-tendant l'affaire en cause, la possibilité de constater une pratique concertée ne peut être exclue, par exemple lorsqu'une telle annonce a été suivie d'annonces publiques d'autres concurrents, en particulier parce que des réponses stratégiques apportées par des concurrents à d'autres annonces publiques (qui peuvent par exemple impliquer des réajustements de leurs propres annonces antérieures en fonction des annonces des concurrents) pourraient s'avérer constituer une stratégie visant à s'entendre sur les modalités de la coordination.

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

2.2.1. Principaux problèmes de concurrence ⁽⁵³⁾

64. Dès lors qu'il est établi qu'il y a un accord, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises, il y a lieu d'examiner les principaux problèmes de concurrence que posent les échanges.

Collusion

65. *En améliorant artificiellement la transparence du marché, l'échange d'informations stratégiques peut faciliter la coordination (c'est-à-dire l'alignement) du comportement concurrentiel des entreprises et avoir des effets restrictifs sur la concurrence, et ce de différentes façons.*
66. *Premièrement, les échanges d'informations permettent aux entreprises de s'entendre sur les modalités de la coordination, ce qui peut conduire à une collusion sur le marché. Les échanges d'informations peuvent engendrer des attentes cohérentes de part et d'autre quant aux incertitudes existant sur le marché. Sur cette base, les entreprises peuvent alors parvenir à s'entendre sur les modalités de la coordination de leur comportement concurrentiel, même sans accord explicite sur cette coordination. Les échanges d'informations sur les actions prévues sont les plus susceptibles d'amener les entreprises à une telle entente.*
67. *Les échanges d'informations peuvent également avoir des effets restrictifs sur la concurrence du fait de l'augmentation de la stabilité interne d'une collusion sur le marché. Ils permettent de le faire notamment en permettant aux entreprises concernées de contrôler les comportements déviants. En l'occurrence, les échanges d'informations peuvent rendre le marché suffisamment transparent pour permettre aux entreprises parties à une entente de contrôler de façon suffisante si d'autres entreprises s'écartent de la collusion et, partant, de savoir quand elles doivent appliquer des mesures de représailles. Les échanges de données, qu'elles soient actuelles ou plus anciennes, peuvent constituer un tel mécanisme de contrôle. Ils peuvent soit permettre aux entreprises d'aboutir à une collusion sur les marchés où elles n'auraient autrement pas été en mesure de le faire, soit accroître la stabilité d'une collusion existant déjà sur le marché (voir l'exemple n° 3 au point 107).*
68. *Les échanges d'informations peuvent, en troisième lieu, avoir des effets restrictifs sur la concurrence du fait de l'accroissement de la stabilité externe d'une collusion sur le marché. Les échanges d'informations qui rendent le marché suffisamment transparent peuvent permettre aux entreprises parties à une entente de vérifier où et quand d'autres entreprises tentent d'entrer sur le marché et, partant, de cibler le nouvel arrivant. Cela peut également être lié aux problèmes de verrouillage anticoncurrentiel exposés aux points 69 à 71. Les échanges de données, qu'elles soient actuelles ou plus anciennes, peuvent constituer un tel mécanisme de contrôle.*

Éviction anticoncurrentielle

69. *En plus de faciliter la collusion, un échange d'informations peut aussi entraîner une éviction anticoncurrentielle [\(54\)](#).*
70. *Un échange d'informations exclusif peut aboutir au verrouillage anticoncurrentiel du marché sur lequel il se produit. Tel sera le cas si l'échange d'informations commerciales sensibles place des concurrents non liés dans une situation de désavantage concurrentiel significatif par rapport aux entreprises liées dans le cadre du système d'échange. Ce type de verrouillage n'est possible que si*

l'information concernée présente un caractère particulièrement stratégique sur le plan de la concurrence et couvre une part substantielle du marché en cause.

71. *Il ne peut être exclu que des échanges d'informations peuvent aussi déboucher sur l'éviction anticoncurrentielle de tiers présents sur un marché lié. À titre d'exemple, en acquérant un pouvoir de marché suffisant grâce à des échanges d'informations des parties échangeant des informations sur un marché en amont, par exemple des entreprises intégrées verticalement, pourraient être en mesure d'accroître le prix d'un composant essentiel pour un marché situé en aval du premier. Elles auraient ainsi la possibilité d'augmenter les coûts de leurs concurrents en aval, ce qui se traduirait potentiellement par une éviction anticoncurrentielle sur le marché en aval en question.*

2.2.2. Restriction de la concurrence par objet

72. *Tout échange d'informations ayant pour objectif de restreindre la concurrence sur le marché sera considéré comme une restriction de concurrence par objet. Pour déterminer si un échange d'informations constitue une restriction de concurrence par objet, la Commission accordera une attention particulière au contexte juridique et économique dans lequel se produit cet échange ⁽⁵⁵⁾. À cet effet, elle examinera si celui-ci est susceptible, de par sa nature même, de restreindre la concurrence ⁽⁵⁶⁾.*
73. *Les échanges d'informations relatives aux actions envisagées par les différentes entreprises concernant les prix ou les quantités ⁽⁵⁷⁾ sont particulièrement susceptibles de déboucher sur une collusion. Le fait de s'informer mutuellement de leurs intentions respectives à cet égard peut permettre aux concurrents de s'entendre sur un niveau de prix commun plus élevé, sans courir le risque de perdre des parts de marché ni de déclencher une guerre des prix durant la période d'adaptation aux nouveaux prix (voir exemple n°1, point 105). En outre, il est moins probable que les échanges d'informations concernant des actions envisagées aient une finalité favorable à la concurrence, que les échanges de données actuelles.*
74. *Il convient par conséquent de considérer les échanges, entre concurrents, de données individualisées concernant les futurs prix ou quantités envisagés comme constituant une restriction de la concurrence par objet ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾. En outre, les échanges privés, entre concurrents, de leurs intentions individuelles concernant les futurs prix et quantités seraient normalement considérés et sanctionnés comme des ententes, car ils ont généralement pour objet de fixer des prix ou des quantités. Les échanges d'informations qui constituent des ententes n'enfreignent pas seulement l'article 101, paragraphe 1, mais il est en outre très peu probable qu'ils remplissent les conditions de l'article 103, paragraphe 3.*

2.2.3. Effets restrictifs sur la concurrence

75. *Il convient d'analyser au cas par cas l'incidence probable, en termes de concurrence, des échanges*

d'informations, les résultats de cette appréciation étant fonction d'une combinaison d'éléments spécifiques à l'affaire en cause. L'évaluation des effets restrictifs sur la concurrence consiste en une comparaison des effets probables de l'échange d'informations avec la situation concurrentielle telle qu'elle se présenterait si cet échange n'avait pas lieu ⁽⁶⁰⁾. Pour qu'un échange d'informations ait des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, il doit être susceptible d'avoir une incidence défavorable sensible sur un (ou plusieurs) des paramètres de la concurrence, tels que le prix, la production, la qualité ou la diversité des produits ou encore l'innovation. Un échange d'informations aura ou non des effets restrictifs sur la concurrence en fonction des conditions économiques prévalant sur les marchés en cause, ainsi que des caractéristiques des informations échangées.

76. *Certaines conditions de marché peuvent faciliter la coordination et son maintien sur le plan interne ou externe ⁽⁶¹⁾. Les échanges d'informations sur de tels marchés peuvent avoir des effets plus restrictifs que ce n'est le cas sur des marchés où les conditions sont différentes. Toutefois, même lorsque les conditions de marché sont telles que la coordination peut être difficile à poursuivre avant que des informations ne soient échangées, l'échange d'informations peut modifier les conditions du marché de manière à rendre une coordination possible après l'échange— par exemple du fait de la transparence accrue du marché, de la réduction de sa complexité, de l'atténuation de l'instabilité ou de la compensation de l'asymétrie. Il est dès lors important d'évaluer les effets restrictifs de l'échange d'informations en tenant compte des conditions initiales du marché et de la façon dont les échanges d'informations modifient ces conditions. Il convient notamment d'apprécier les caractéristiques propres au système en cause, telles que sa finalité, les conditions d'accès au système et les conditions de participation au système. Il sera également nécessaire d'examiner la fréquence des échanges d'informations, la nature des informations échangées (par exemple leur caractère public ou confidentiel, agrégé ou détaillé, et historique ou actuel), ainsi que l'importance de l'information pour la fixation des prix, des volumes ou des conditions de la prestation ⁽⁶²⁾. Les éléments suivants sont pertinents aux fins de cette appréciation.*

ii) Les caractéristiques du marché

77. *Les entreprises sont plus susceptibles de parvenir à une collusion sur des marchés qui sont suffisamment transparents, concentrés, non-complexes, stables et symétriques. Sur les marchés de ce type, les entreprises peuvent s'entendre sur les modalités de la coordination et contrôler et punir efficacement les comportements déviants. Toutefois, le fait d'échanger des informations peut également permettre à des entreprises de s'entendre dans d'autres situations de marché, alors que cela leur serait impossible en l'absence de cet échange. L'échange d'informations peut dès lors faciliter une collusion, en ce qu'il accroît la transparence du marché, rend le marché moins complexe, atténue l'instabilité ou compense l'asymétrie. Dans ce contexte, les répercussions d'un échange d'informations en termes de concurrence dépendent non seulement des caractéristiques initiales du marché sur lequel il se produit (telles que la concentration, la transparence, la stabilité, la complexité, etc.), mais également de la façon dont le type d'informations échangées peut modifier*

ces caractéristiques [\(63\)](#).

78. Une collusion est davantage susceptible de se produire sur des marchés transparents. La transparence peut faciliter la collusion, en ce qu'elle permet aux entreprises de s'entendre sur les modalités de la coordination et/ou accroît la stabilité, tant interne qu'externe, de la collusion. Les échanges d'informations peuvent augmenter la transparence et, partant, limiter l'incertitude quant aux variables stratégiques de la concurrence (telles que, par exemple, les prix, la production, la demande, les coûts, etc.). Moins le degré de transparence préalable du marché est élevé, plus l'échange d'informations présentera d'intérêt aux fins d'une collusion. Un échange d'informations qui contribue de façon limitée à la transparence sur un marché est moins susceptible d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence qu'un échange d'informations améliorant sensiblement la transparence. C'est donc la combinaison du niveau de transparence préalable et de la façon dont l'échange d'informations affecte celui-ci qui déterminera le degré de probabilité que l'échange d'informations ait des effets restrictifs sur la concurrence. Le niveau de transparence préalable est notamment fonction du nombre d'acteurs présents sur le marché et de la nature des opérations, qui peuvent aller d'opérations publiques à des négociations bilatérales confidentielles entre acheteurs et vendeurs. L'appréciation de l'évolution du niveau de transparence du marché passe par la détermination de la mesure dans laquelle les informations disponibles peuvent être utilisées par les entreprises pour déterminer les agissements de leurs concurrents.
79. Les oligopoles étroits peuvent faciliter une collusion sur le marché, car il est plus facile pour un nombre limité d'entreprises de s'entendre sur les modalités de la coordination et de contrôler les comportements déviants. Une collusion est également davantage susceptible de durer lorsque le nombre d'entreprises est moins grand. Si les entreprises prenant part à la coordination sont plus nombreuses, il devient plus intéressant de s'écarter de celle-ci, la fixation de prix moins élevés permettant de gagner des parts de marché plus importantes. En même temps, les avantages découlant d'une collusion sont plus restreints lorsque le nombre d'entreprises est plus important, la part que chacune retire de la collusion étant moins élevée. Les échanges d'informations se produisant dans des oligopoles étroits sont davantage susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence que dans les oligopoles moins étroits et ne sont pas de nature à produire de tels effets sur des marchés très fragmentés. Toutefois, en augmentant la transparence ou en rendant d'une autre façon l'environnement du marché plus propice à une coordination des comportements, les échanges d'informations peuvent faciliter la coordination et la surveillance parmi un nombre d'entreprises plus important que s'ils ne produisaient pas.
80. Pour les entreprises, il peut être difficile de parvenir à une collusion dans un environnement de marché complexe. Le fait d'échanger des informations peut toutefois, dans une certaine mesure, permettre une simplification de tels environnements. Dans un environnement de marché complexe, des échanges d'informations plus nombreux seront, en principe, nécessaires pour parvenir à s'entendre sur les modalités de la coordination et surveiller les comportements déviants. Par exemple, il est plus facile de s'entendre sur le prix d'un produit unique et homogène que sur de

nombreux prix pratiqués sur un marché comptant un grand nombre de produits différenciés. Il se peut néanmoins que, pour contourner la difficulté de parvenir à une entente sur de très nombreux prix, les entreprises échangent des informations afin d'établir des règles de tarification simples (par exemple, des prix de référence).

81. *La probabilité d'une collusion est plus grande lorsque les conditions de l'offre et de la demande sont relativement stables ⁽⁶⁴⁾. Dans un environnement peu stable, il peut être difficile pour une entreprise de savoir si les ventes lui échappent en raison du niveau globalement bas de la demande ou d'un concurrent qui offre des prix particulièrement bas; il est dès lors excessivement malaisé de maintenir un résultat collusoire. Dans ce contexte, une demande très instable, une forte croissance interne de certaines entreprises du marché ou encore l'entrée fréquente sur le marché de nouvelles entreprises peuvent indiquer que la situation actuelle n'est pas suffisamment stable pour rendre une coordination probable ⁽⁶⁵⁾. Dans certains cas, les échanges d'informations peuvent permettre d'augmenter la stabilité du marché et peuvent dès lors rendre possible une collusion sur le marché. En outre, sur les marchés où l'innovation est importante, la coordination peut être plus difficile, étant donné que des innovations particulièrement importantes peuvent permettre à une seule entreprise d'obtenir un avantage de taille sur ses concurrents. Pour qu'une collusion soit durable, les réactions des «outsiders», tels que les concurrents existants et futurs ne prenant pas part à la coordination, et des clients ne devraient pas être de nature à compromettre les résultats escomptés de la collusion. Dans ce contexte, l'existence de barrières à l'entrée accroît la probabilité de la faisabilité et du maintien d'une collusion sur le marché.*
82. *La probabilité d'une collusion est plus grande lorsque les marchés présentent une structure symétrique. Lorsque les entreprises sont homogènes en termes de coûts, de demande, de parts de marché, de gamme de produits, de capacités, etc., elles ont plus de chances de parvenir à s'entendre sur les modalités de la coordination, leurs incitations étant plus alignées les unes sur les autres. Toutefois, les échanges d'informations peuvent également, dans certains cas, permettre d'aboutir à une collusion lorsque la structure des marchés est plus hétérogène. Ils pourraient permettre aux entreprises de prendre conscience de leurs différences et les aider à trouver le moyen de s'en accommoder dans le cadre de la coordination.*
83. *La stabilité d'une collusion dépend également de l'anticipation par les entreprises des gains futurs. Plus les entreprises accordent de valeur aux bénéfices actuels qu'elles pourraient retirer de la fixation de prix moins élevés par rapport aux gains futurs qu'elles pourraient obtenir d'une collusion, moins cette dernière sera probable.*
84. *Parallèlement, une collusion est plus probable parmi les entreprises qui continueront d'exercer des activités sur le même marché pendant un long laps de temps, car dans un tel scénario elles seront davantage soucieuses de coordonner leurs actions. Si une entreprise sait qu'elle interagira longtemps avec les autres entreprises, une collusion présentera pour elle un plus grand intérêt, le flux de gains futurs tirés de pratiques collusoires ayant une plus grande valeur que le profit à court*

terme qu'elles pourraient obtenir si elles s'en écartaient, c'est-à-dire avant que les autres entreprises ne décèlent son comportement déviant et prennent des mesures de représailles.

85. *Globalement, pour qu'une collusion soit durable, la menace de mesures de représailles suffisamment crédibles et rapides doit être probable. La collusion n'est pas durable sur des marchés où les conséquences qu'entraînent les éventuels comportements déviants ne sont pas suffisamment sévères pour convaincre les entreprises participant à cette coordination qu'il y va de leur intérêt d'en respecter les modalités. À titre d'exemple, lorsque les marchés sont caractérisés par des commandes importantes et irrégulières, il peut s'avérer difficile de mettre en place un mécanisme de dissuasion suffisamment sévère, puisque l'avantage que retire une entreprise déviant du comportement commun à un moment opportun peut être important, certain et immédiat, alors que le manque à gagner qu'elle supporterait en cas de représailles serait faible et incertain et ne se concrétiserait qu'après un certain laps de temps. La crédibilité du mécanisme de dissuasion dépend également de l'intérêt éventuel qu'ont les autres entreprises prenant part à la coordination à mettre en œuvre des mesures de représailles, intérêt qui sera fonction des pertes qu'elles subirait à court terme si elles déclenchaient une guerre des prix par rapport aux gains qu'elles retireraient à long terme d'un retour à la coordination. Par exemple, la capacité des entreprises d'appliquer des mesures de représailles peut être renforcée si elles sont également liées entre elles par des relations commerciales verticales qu'elles peuvent utiliser comme menace de représailles en cas de non-respect de la ligne de conduite commune.*

iii) Les caractéristiques des échanges d'informations

Informations stratégiques

86. *L'échange, entre concurrents, de données stratégiques, c'est-à-dire de données diminuant l'incertitude sur le plan stratégique sur le marché, est davantage susceptible de relever de l'article 101 que l'échange d'autres types d'informations. Le partage de données stratégiques peut avoir des effets restrictifs sur la concurrence, étant donné qu'il réduit l'autonomie décisionnelle des parties en limitant l'intérêt d'une concurrence aux yeux de celles-ci. Les informations stratégiques peuvent porter sur les prix (par exemple, prix existants, rabais, majorations, réductions ou remises), les listes de clients, les coûts de production, les quantités, le chiffre d'affaires, les ventes, les capacités, les qualités, les stratégies commerciales, les risques, les investissements, les technologies et les programmes de R&D et les résultats de ceux-ci. D'une façon générale, les informations relatives aux prix et aux quantités sont celles qui présentent le plus grand intérêt stratégique, suivies des informations sur les coûts et la demande. Toutefois, si les entreprises se livrent concurrence dans le domaine de la R&D, ce sont les données technologiques qui pourraient s'avérer les plus stratégiques sur le plan de la concurrence. L'utilité stratégique des données est également fonction du caractère agrégé de celles-ci et de leur ancienneté, ainsi que du contexte du marché et de la fréquence des échanges.*

La couverture du marché

87. Pour qu'un échange d'informations soit susceptible de restreindre la concurrence, les entreprises prenant part à l'échange d'informations doivent couvrir une part suffisamment importante du marché en cause. Si tel n'est pas le cas, les concurrents ne participant pas à cet échange pourraient limiter les agissements anticoncurrentiels des entreprises concernées. En fixant, par exemple, des prix inférieurs au niveau de prix coordonné, les entreprises qui ne sont parties au système d'échange d'informations pourraient menacer la stabilité externe d'une collusion.
88. On ne peut définir de façon abstraite ce que constitue «une part suffisamment importante du marché»; cette part sera fonction des spécificités de chaque cas d'espèce et du type d'échange d'informations en cause. Lorsque, cependant, un échange d'informations se produit dans le cadre d'un autre type d'accord de coopération horizontale sans aller au-delà de ce qui est nécessaire aux fins de la mise en œuvre de celui-ci, une couverture du marché inférieure aux seuils de parts de marché fixés dans le chapitre pertinent des présentes lignes directrices, dans le règlement d'exemption par catégorie pertinent ⁽⁶⁶⁾ ou dans la communication de minimis concernant le type d'accord en question ne sera généralement pas suffisamment importante pour que l'échange d'informations ait des effets restrictifs en termes de concurrence.

Données agrégées/individualisées

89. Les échanges de données réellement agrégées, c'est-à-dire de données dans lesquelles il est suffisamment malaisé de distinguer les informations se rapportant à une entreprise donnée, sont nettement moins susceptibles d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence que les échanges de données propres à des entreprises précises. La collecte et la publication de données de marché agrégées (telles que des données de vente, des données sur les capacités ou des données sur le coût des intrants et des composants) par une organisation professionnelle ou une société spécialisée en stratégie commerciale peuvent profiter tant aux fournisseurs qu'aux consommateurs en leur permettant d'avoir une vue plus claire de la situation économique d'un secteur. La collecte et la publication de telles données peuvent permettre aux acteurs du marché de faire des choix en meilleure connaissance de cause afin d'adapter efficacement leur stratégie aux conditions de marché. Plus généralement, à moins qu'il n'ait lieu dans le cadre d'un oligopole étroit, il est peu probable que l'échange de données agrégées produise des effets restrictifs sur la concurrence. Inversement, l'échange de données individualisées facilite l'entente sur le marché et l'élaboration de stratégies de représailles, en ce qu'il permet aux entreprises coordonnant leurs agissements de distinguer une entreprise déviante ou un entrant. Néanmoins, on ne peut exclure que même l'échange de données agrégées puisse faciliter une collusion sur des marchés présentant des caractéristiques spécifiques. En effet, les membres d'un oligopole très étroit et stable échangeant des données agrégées qui constatent sur le marché un prix inférieur à un niveau donné pourraient d'office présumer qu'une entreprise s'est écartée de la collusion et prendre des mesures de représailles s'étendant à l'ensemble du marché. En d'autres termes, pour garantir la stabilité de la

collusion, il n'est pas nécessaire que les entreprises sachent dans tous les cas laquelle s'est écartée des pratiques collusoires; savoir que l'une d'entre elles l'a fait peut suffire.

Ancienneté des données

90. *L'échange de données historiques est peu susceptible d'aboutir à une collusion, étant donné qu'il est peu probable qu'il fournisse des indications sur le comportement futur des concurrents ou permette une entente sur le marché⁽⁶⁷⁾. Il est en outre peu probable que l'échange de données historiques facilite la surveillance des comportements déviants, étant donné que plus les données sont anciennes, moins elles seront utiles pour déceler en temps voulu ce type de comportements et, partant, opposer une menace crédible de représailles rapides⁽⁶⁸⁾. Il n'existe pas de seuil prédéterminé quant au moment où des données acquièrent un caractère historique, c'est-à-dire deviennent suffisamment anciennes pour ne pas constituer un risque pour la concurrence. Le caractère réellement historique des données est fonction des spécificités du marché en cause, et notamment de la fréquence de renégociation des prix dans le secteur. Des données pourront par exemple être considérées comme historiques si leur ancienneté est égale à plusieurs fois la durée moyenne des contrats conclus dans le secteur concerné lorsque ceux-ci donnent une indication de la fréquence de renégociation des prix. Le moment où les données deviennent historiques est également fonction de la nature des données, de leur caractère agrégé, de la fréquence des échanges et des caractéristiques du marché en cause (comme, par exemple, sa stabilité et sa transparence).*

Fréquence des échanges d'informations

91. *Les échanges d'informations fréquents qui facilitent à la fois une entente sur le marché et le contrôle des comportements déviants accroissent les risques de collusion. Sur les marchés plus instables, des échanges d'informations plus fréquents peuvent se révéler nécessaires pour faciliter une collusion que sur les marchés stables. Sur les marchés où les contrats à long terme (indicatifs de renégociations des prix peu fréquentes) sont la règle, des échanges d'informations peu fréquents suffiraient normalement pour parvenir à une entente. A l'inverse, des échanges d'informations peu fréquents ne seront probablement pas suffisants pour parvenir à une entente sur des marchés où les contrats sont de courte durée indiquant des renégociations fréquentes des prix⁽⁶⁹⁾. La fréquence à laquelle les informations doivent être échangées pour faciliter une collusion dépend également de la nature, de l'ancienneté et du caractère agrégé des données⁽⁷⁰⁾.*

Information publique/non publique

92. *En général, les échanges d'informations réellement publiques ne sont pas susceptibles de constituer des infractions à l'article 101⁽⁷¹⁾. Les informations réellement publiques sont des informations généralement accessibles dans des conditions identiques (en termes de coûts d'accès) à tous les*

concurrents et clients. Pour qu'une information soit réellement publique, son obtention ne devrait pas être plus onéreuse pour les clients et les entreprises qui ne prennent pas part au système d'échange que pour les entreprises qui échangent des informations. C'est la raison pour laquelle les concurrents ne choisiraient pas, en principe, d'échanger des données qu'ils peuvent obtenir auprès du marché avec la même facilité, ce qui rend improbables, dans la pratique, les échanges de données réellement publiques. À l'inverse, même si les données échangées entre concurrents relèvent de ce qu'on appelle souvent «le domaine public», elles ne sont pas réellement publiques si les coûts liés à leur collecte découragent d'autres entreprises et clients de chercher à les obtenir ⁽⁷²⁾. Le fait qu'il soit possible d'obtenir les informations sur le marché, par exemple auprès des clients, ne signifie pas nécessairement que ces informations constituent des données du marché aisément accessibles pour les concurrents ⁽⁷³⁾.

93. Même si les données sont disponibles publiquement (comme c'est le cas, par exemple, des informations publiées par les autorités de régulation), le fait que les concurrents échangent des informations supplémentaires peut restreindre la concurrence en diminuant encore l'incertitude stratégique sur le marché. Dans ce cas, ce sont ces informations supplémentaires qui pourraient s'avérer critiques pour faire basculer l'équilibre du marché vers une collusion.

Échanges d'informations publics/non publics

94. Un échange d'informations est réellement public s'il rend les données échangées accessibles à tous les concurrents et clients dans des conditions identiques (en termes de coûts d'accès) ⁽⁷⁴⁾. Le fait que des informations soient échangées publiquement peut limiter le degré de probabilité d'une collusion sur le marché, dans la mesure où les entreprises qui ne prennent pas part à la coordination, les concurrents potentiels ainsi que les clients peuvent être à même de limiter l'effet restrictif potentiel sur la concurrence ⁽⁷⁵⁾. On ne peut toutefois totalement exclure que même des échanges d'information présentant un caractère réellement public puissent faciliter une collusion sur le marché.

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

2.3.1. Gains d'efficacité ⁽⁷⁶⁾

95. Un échange d'informations peut déboucher sur des gains d'efficacité. Les informations sur les coûts supportés par les concurrents peuvent rendre les entreprises plus performantes si elles comparent leurs résultats aux meilleures pratiques du secteur et élaborent des mécanismes d'incitations internes en conséquence.
96. En outre, dans certaines situations, l'échange d'informations peut aider les entreprises à diriger la production vers des marchés caractérisés par une demande importante (lorsque les informations portent sur la demande, par exemple) ou des entreprises dont les coûts sont peu élevés (lorsque les

informations ont trait aux coûts, par exemple). La probabilité de ces types de gains d'efficacité est fonction des caractéristiques du marché telles que l'existence d'une concurrence entre les entreprises en termes de prix ou de quantités et la nature des incertitudes sur le marché. Certaines formes d'échanges d'informations dans ce contexte peuvent déboucher sur la réalisation d'économies de coût substantielles, par exemple si elles permettent une réduction des stocks inutiles, ou encore un acheminement plus rapide des produits périssables vers des régions où la demande est importante et une limitation de ses livraisons dans les régions où la demande est restreinte (voir l'exemple 7, point 110).

- 97. L'échange de données relatives aux consommateurs entre des entreprises opérant sur des marchés caractérisés par des informations asymétriques en la matière peut également permettre l'obtention de gains d'efficacité. Par exemple, le fait de suivre les comportements antérieurs des clients en termes d'accidents ou de risques de défaillance de l'emprunteur incite les consommateurs à limiter leur exposition au risque. Cela permet également de détecter les consommateurs pour lesquels le risque est moins élevé et auxquels il conviendrait d'accorder des prix moins élevés. Dans ce contexte, l'échange d'informations peut également limiter la possibilité, pour les entreprises, de retenir leur clientèle de force et, partant, permettre une concurrence accrue. En effet, les informations sont généralement spécifiques à une relation donnée; les consommateurs perdraient alors le bénéfice de ces informations s'ils décidaient de se tourner vers une autre entreprise. Le secteur bancaire et le secteur des assurances illustrent bien ces gains d'efficacité, car il s'y produit de nombreux échanges d'informations sur les défaillances des consommateurs et les caractéristiques des risques encourus.*
- 98. L'échange de données passées et présentes relatives aux parts de marché peut dans certains cas procurer des avantages tant aux entreprises qu'aux consommateurs, les premières pouvant utiliser ces informations comme un signal de qualité de leur produit à l'intention des seconds. Lorsque les informations dont ils disposent sur la qualité des produits sont incomplètes, les consommateurs utilisent souvent des moyens indirects pour se renseigner sur les qualités relatives des produits telles que les prix et les parts de marché (ils se fondent, par exemple, sur les listes des meilleures ventes pour choisir leur prochain livre).*
- 99. L'échange d'informations présentant un caractère réellement public peut également présenter des avantages pour les consommateurs, en les aidant à poser un choix plus éclairé (tout en voyant leurs frais liés à l'étude de marché diminuer). Les consommateurs sont, de la sorte, plus susceptibles de tirer profit des échanges publics de données actuelles, les plus pertinentes pour leurs décisions d'achat. De même, l'échange d'informations publiques sur les prix actuels des intrants est de nature à réduire les coûts d'étude de marché supportés par les entreprises, diminution dont bénéficieront en principe les consommateurs puisqu'elle permet de réduire les prix finals. Ces types d'avantages directs pour les consommateurs sont moins susceptibles de résulter d'échanges d'intentions en matière de tarification, étant donné que les entreprises qui annoncent de telles intentions sont susceptibles de les revoir avant que les consommateurs ne procèdent effectivement à leurs achats sur la base de ces informations. Les consommateurs ne peuvent généralement pas se fier aux*

intentions des entreprises lorsqu'ils forment leurs projets de consommation. Les entreprises peuvent toutefois, dans une certaine mesure, s'en tenir à une discipline les incitant à ne pas revoir les futurs prix qu'elles ont annoncés avant de mettre ceux-ci en pratique, par exemple lorsqu'elles interagissent de façon répétée avec les consommateurs, et que ceux-ci se fient au fait qu'ils connaissent les prix pratiqués à l'avance, ou lorsque les consommateurs peuvent passer des précommandes. En pareils cas, l'échange d'informations concernant le futur peut améliorer la planification des dépenses des consommateurs.

100. *L'échange de données actuelles et antérieures est davantage susceptible de générer des gains d'efficacité qu'un échange d'informations portant sur des intentions. Cependant, dans des cas spécifiques, le fait de dévoiler ses intentions pour l'avenir pourrait également déboucher sur des gains d'efficacité. Par exemple, le fait de connaître rapidement l'entreprise arrivée en tête d'une compétition dans le domaine de la R&D peut permettre à des entreprises d'éviter de répéter inutilement des efforts onéreux et de gaspiller des ressources qui ne peuvent pas être recouvrées ⁽⁷⁷⁾.*

2.3.2. Caractère indispensable

101. *Les restrictions allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les gains d'efficacité générés par un échange d'informations ne remplissent pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Pour répondre à la condition relative au caractère indispensable, les parties devront démontrer que l'objet des données, leur caractère agrégé, leur ancienneté, leur confidentialité, de même que la fréquence et la portée des échanges présentent les risques les moins élevés indispensables pour obtenir les gains d'efficacité allégués. Qui plus est, l'échange ne devrait pas porter sur des informations excédant les variables pertinentes aux fins de l'obtention de ces gains d'efficacité. Par exemple, un échange de données individualisées ne serait généralement pas indispensable pour pouvoir procéder à une comparaison, étant donné que les informations agrégées, par exemple sous une forme de classification sectorielle, pourraient également produire les gains d'efficacité allégués tout en limitant le risque de collusion (voir l'exemple 4, point 108). Enfin, il est, d'une manière générale, peu probable que le partage de données individualisées sur des intentions futures soit indispensable, en particulier s'il porte sur des prix et des quantités.*
102. *De même, les échanges d'informations qui s'inscrivent dans le cadre d'accords de coopération horizontale sont également plus susceptibles de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est indispensable pour atteindre la finalité économique de l'accord (par exemple, le partage de la technologie nécessaire aux fins d'un accord de R&D ou de données relatives aux coûts dans le cadre d'un accord de production).*

2.3.3. Répercussion sur les consommateurs

103. *Les gains d'efficacité résultant de restrictions indispensables doivent être répercutés sur les*

consommateurs dans une mesure qui compense les effets restrictifs sur la concurrence découlant de l'échange d'informations. Plus le pouvoir de marché des parties prenant part à l'échange d'informations est limité, plus il est probable que les gains d'efficacité seront répercutés sur les consommateurs dans une mesure qui compensera les effets restrictifs sur la concurrence.

2.3.4. Absence d'élimination de la concurrence

104. *Les critères de l'article 101, paragraphe 3, ne peuvent pas être satisfaits si les entreprises prenant part à l'échange d'informations ont la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.*

2.4. Exemples

105. *Échange d'informations sur les prix futurs envisagés (restriction de concurrence par objet)*

Exemple 1

Situation: Un groupement professionnel regroupant des sociétés de transport par autocar du pays X communique uniquement à ses membres des informations individualisées sur les prix futurs envisagés. Ces informations se composent de plusieurs éléments, tels que le tarif envisagé et l'itinéraire concerné par ce tarif, les restrictions susceptibles d'être appliquées à ce tarif, comme, par exemple, la catégorie de consommateurs pouvant en bénéficier, l'exigence éventuelle d'un paiement effectué à l'avance ou d'un séjour d'une durée minimale, la période durant laquelle les billets peuvent être vendus au tarif en question (dates de début et de fin de validité des billets), ainsi que le laps de temps durant lequel les billets vendus à ce tarif peuvent être utilisés (dates de début et de fin du voyage).

Analyse: Cet échange d'informations, qui résulte de la décision d'une association d'entreprises, porte sur les intentions des concurrents en matière de tarification. Il constitue un moyen très efficace de parvenir à une collusion et restreint donc la concurrence par objet. En effet, les entreprises sont libres de revoir à tout instant leurs propres prix envisagés qui ont été annoncés au sein de l'association si elles apprennent que leurs concurrents envisagent de fixer des prix plus élevés. Elles peuvent dès lors atteindre un niveau de prix commun plus élevé sans supporter le coût lié à la perte de parts de marché. Supposons, par exemple, que la société d'autocars A annonce aujourd'hui une augmentation des tarifs pratiqués sur la liaison entre la ville 1 et la ville 2, qui entrera en vigueur le mois suivant. Cette information étant accessible à toutes les autres sociétés d'autocars, la société A peut alors attendre de connaître les réactions de ses concurrents à cette annonce de prix. Si un concurrent présent sur la même liaison, soit la société B, a adapté ses propres prix à cette hausse de prix, la société A ne modifiera pas le prix annoncé, qui deviendra probablement effectif par la suite. Si, toutefois, la société B n'a pas ajusté son prix, la société A pourrait encore revoir ses propres tarifs. L'ajustement se poursuivrait jusqu'à ce que les entreprises arrivent à un niveau de prix plus élevé, qui serait anticoncurrentiel. Cet échange d'informations est

peu susceptible de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Il se limite aux seuls concurrents, ce qui signifie que les clients des sociétés d'autocars n'en bénéficient pas directement.

106. *Échange de prix courants permettant des gains d'efficacité suffisants pour les consommateurs*

Exemple 2

Situation: L'office national du tourisme et les sociétés d'autocars d'un petit pays X conviennent de diffuser des informations sur les tarifs courants appliqués aux billets d'autocar par le biais d'un site internet accessible gratuitement (contrairement à l'exemple 1, point 105, les consommateurs peuvent déjà acheter des billets aux prix et conditions visés par les échanges d'informations; ces prix ne sont donc pas des prix futurs envisagés, mais les prix actuels de services actuels et futurs). Les informations contiennent plusieurs éléments, tels que le tarif et l'itinéraire concerné par ce tarif, les restrictions éventuelles applicables à ce tarif, comme la catégorie de consommateurs pouvant en bénéficier, l'exigence éventuelle d'un paiement effectué à l'avance ou d'un séjour d'une durée minimale, ainsi que la période durant laquelle le billet peut être utilisé (dates de début et de fin du voyage). Les voyages en autocar dans le pays X ne relèvent pas du même marché que les voyages par chemin de fer ou avion. Il est présumé que le marché en cause est concentré, stable et relativement peu complexe et que la fixation des prix devient transparente du fait de l'échange d'informations.

Analyse: Cet échange d'informations ne constitue pas une restriction de concurrence par objet. Les entreprises s'informent mutuellement de leurs prix courants plutôt que des prix qu'elles envisagent de pratiquer, car elles vendent déjà effectivement des billets à ces prix (à la différence de l'exemple 1, point 105). En conséquence, cet échange d'informations est moins susceptible de constituer un moyen efficace pour trouver un point de convergence de la coordination. Vu, cependant, la structure du marché et le caractère stratégique des données, cet échange d'informations peut s'avérer un moyen efficace de contrôler les comportements déviants par rapport à la collusion qui sont susceptibles de se produire dans une telle configuration du marché. Il pourrait dès lors donner lieu à des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Néanmoins, dans la mesure où certains effets restrictifs sur la concurrence pourraient résulter de la possibilité de contrôler les comportements déviants, il est probable que les gains d'efficacité générés par cet échange d'informations seraient répercutés sur les consommateurs dans une mesure compensant les effets restrictifs sur la concurrence, tant dans leur probabilité que dans leur ampleur. Au contraire de l'exemple 1, point 105, l'échange d'informations est public et les consommateurs peuvent effectivement acheter des billets aux prix et conditions ayant fait l'objet de l'échange d'informations. Ce dernier est par conséquent susceptible de procurer un avantage direct aux consommateurs: en effet, il réduit les coûts d'étude de marché et améliore le choix qui leur est offert et, partant, encourage la concurrence par les prix. Il est donc probable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, seront remplies.

107. *Prix courants déduits des informations échangées*

Exemple 3

Situation: Les hôtels de luxe installés dans la capitale du pays A exercent leurs activités au sein d'un oligopole étroit, non complexe et stable, se caractérisant par des structures de coûts largement homogènes et constituant un marché en cause distinct des autres hôtels. Ils échangent directement des informations individuelles sur leurs taux d'occupation et recettes du moment. Les parties peuvent alors directement déduire des informations échangées leurs prix courants réellement pratiqués.

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

108. Comparaison des avantages – non-respect des critères de l'article 101, paragraphe 3**Exemple 4**

Situation: Trois grandes entreprises détenant une part de marché cumulée de 80 % sur un marché stable, non complexe et concentré, caractérisé par des barrières à l'entrée importantes, échangent directement, à intervalles réguliers et en secret, des informations concernant une grande part de leurs coûts respectifs. Ces entreprises prétendent chercher de la sorte à comparer leurs résultats avec ceux de leurs concurrents afin d'être plus performantes.

Analyse: Ces échanges d'informations ne constituent en principe pas une restriction de la

concurrence par objet. Il convient par conséquent d'évaluer leur incidence sur le marché. En raison de la structure du marché, du fait que l'information échangée concerne ne grande part des coûts variables des entreprises, du mode de présentation individualisé des données et de la partie substantielle du marché en cause couverte, ces échanges d'information sont susceptibles de faciliter une collusion et, partant, de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Il est peu probable que les critères de l'article 101, paragraphe 3, soient satisfaits, étant donné que les gains d'efficacité allégués peuvent être obtenus par d'autres moyens moins restrictifs, par exemple par l'intermédiaire de tiers collectant les données, les rendant anonymes et les agrégeant par secteur. En pareil cas, enfin, comme les parties forment un oligopole très étroit, non complexe et stable, même l'échange de données agrégées pourrait faciliter une collusion sur le marché. Toutefois, cela serait fort peu probable si cet échange se produisait sur un marché non transparent, fragmenté, instable et complexe.

109. Informations réellement publiques

Exemple 5

Situation: Quatre entreprises possédant l'ensemble des stations-service d'un grand pays A s'informent par téléphone des prix actuels de l'essence. Selon elles, cet échange d'informations ne peut avoir d'effets restrictifs sur la concurrence, les informations revêtant un caractère public puisqu'elles sont communiquées sur de grands panneaux dans chaque station-service.

Analyse: Les données sur les prix échangées par téléphone ne sont pas réellement publiques puisque l'obtention des mêmes informations par d'autres moyens prendrait beaucoup de temps et entraînerait des frais de transport élevés. Il faudrait parcourir fréquemment des distances importantes afin de collecter les prix affichés sur les panneaux des stations-services disséminés dans l'ensemble du pays. Les coûts qui en résulteraient sont susceptibles d'être si élevés que ce n'est que par l'échange d'informations que les informations pourraient être obtenues en pratique. En outre, l'échange est systématique et couvre l'ensemble du marché en cause, qui est un oligopole étroit, non complexe et stable. En conséquence, il est susceptible de créer un climat de certitude mutuelle quant à la politique de prix des concurrents et, partant, de faciliter une collusion. Cet échange d'informations est dès lors susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1.

110. Meilleure satisfaction de la demande comme gain d'efficacité

Exemple 6

Situation: Cinq producteurs de jus de carottes frais en bouteille sont présents sur le marché en cause. La demande pour ce produit est très instable et varie d'un endroit à l'autre selon les moments. Le jus doit être vendu et consommé au plus tard le lendemain de sa production. Les producteurs conviennent de créer une société d'étude de marché indépendante chargée de collecter quotidiennement des informations actuelles sur le jus invendu dans chaque point de vente,

informations qu'elle publiera sur son site internet la semaine suivante sous une forme agrégée, en les ventilant par points de vente. Les statistiques publiées permettent aux producteurs et détaillants d'anticiper la demande et de mieux positionner leur produit. Avant que l'échange d'informations ne soit mis en place, les détaillants ont signalé de grandes quantités de jus gaspillé et ont donc réduit la quantité de jus achetée aux producteurs, le marché ne fonctionnait donc pas de manière efficace. En conséquence, il arrivait fréquemment, à certaines périodes et à certains endroits, que la demande ne soit pas satisfaite. Le système d'échange d'informations, en permettant une meilleure prévision de l'offre, qu'elle soit excédentaire ou qu'il y ait pénurie, a sensiblement réduit les cas dans lesquels la demande des consommateurs ne pouvait être satisfaite et accru la quantité écoulée sur le marché.

Analyse: Bien que le marché soit relativement concentré et que les données échangées soient récentes et revêtent un caractère stratégique, il est très peu probable que cet échange facilite une collusion, celle-ci étant peu susceptible de se produire sur un marché aussi instable. Même si l'échange risque, dans une certaine mesure, de produire des effets restrictifs sur la concurrence, les gains d'efficacité résultant d'une offre accrue là où la demande est importante et d'une diminution de l'offre là où la demande est faible sont susceptibles de compenser les effets restrictifs potentiels. Les informations sont échangées sous une forme publique et agrégée présentant moins de risques anticoncurrentiels que si elles étaient confidentielles et individualisées. L'échange d'informations n'excède donc pas ce qui est nécessaire pour remédier à la défaillance du marché. Il est dès lors probable que cet échange d'informations remplira les critères de l'article 101, paragraphe 3. »

⁽⁴¹⁾ Voir l'affaire C-7/95 P, *John Deere*, point 88.

⁽⁴²⁾ Voir, par exemple, l'affaire C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, point 26, ainsi que les affaires jointes C 89/85 e.a., *Pâte de bois*, Recueil 1993, p. 1307, point 63.

⁽⁴³⁾ Voir l'affaire C-7/95 P, *John Deere*, point 86.

⁽⁴⁴⁾ Voir l'affaire C-7/95 P, *John Deere*, point 87.

⁽⁴⁵⁾ Voir affaires jointes 40/73 e.a., *Suiker Unie*, Recueil 1975, p. 1663, point 173 et suivant.

⁽⁴⁶⁾ L'incertitude stratégique survient sur le marché lorsque de nombreuses collusions différentes sont possibles et que les entreprises ne sont pas parfaitement à même d'observer les agissements passés et actuels de leurs concurrents et des nouveaux arrivants.

⁽⁴⁷⁾ Voir, par exemple, les affaires jointes T-25/95 e.a., *Cimenteries*, Recueil 2000, p. II-491, point 1849: «[...] La notion de pratique concertée suppose effectivement l'existence de contacts caractérisés par la réciprocité [...]. Cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futurs sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins, acceptée par le second».

⁽⁴⁸⁾ Voir les conclusions de l'avocat général Kokott concernant l'affaire C-8/08 P, *T-Mobile Netherlands*, Recueil 2009, p. I-4529, point 54.

⁽⁴⁹⁾ Voir l'affaire C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, point 59: «il n'est pas exclu que, selon la structure

du marché, une seule prise de contact, telle que celle en cause dans le litige au principal, puisse, en principe, suffire pour que les entreprises concernées concertent leur comportement sur le marché et aboutissent ainsi à une coopération pratique se substituant à la concurrence et aux risques que celle-ci implique.».

(50) Voir les affaires jointes T-202/98 etc., Tate & Lyle/Commission, Recueil 2001, p. II-2035, point 54.

(51) Voir l'affaire C-199/92 P, Hüls, Recueil 1999, p. I-4287, point 162, et affaire C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Recueil 1999, p. I-4125, point 121.

(52) Cela ne couvrirait pas les cas dans lesquels de telles annonces comprennent des invitations à s'entendre.

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

(54) En ce qui concerne les problèmes d'éviction que peuvent poser des accords verticaux, voir les points 100 et suivants des lignes directrices sur les restrictions verticales.

(55) Voir, par exemple, les affaires jointes C-506/06 P et al., GlaxoSmithKline, point 58. Affaire C-209/01, BIDS, points 15 et suivants.

(56) Voir également les lignes directrices générales, point 22.

(57) Parmi les informations concernant les volumes prévus pourraient figurer, par exemple, les ventes escomptées, les parts de marchés, les zones concernées et les ventes à des catégories spécifiques de consommateurs.

(58) La notion de «futurs prix envisagés» est illustrée dans l'exemple n° 1. Dans les cas spécifiques où les entreprises s'engagent pleinement à pratiquer à l'avenir les prix annoncés précédemment au grand public (prix qu'elles ne peuvent donc pas revoir), de telles annonces publiques de prix ou de quantités individuels futurs ne seraient pas considérées comme des intentions et ne seraient donc normalement pas considérées comme restreignant le jeu de la concurrence par objet. Tel pourrait être le cas, par exemple, en raison des interactions répétées et du type particulier de relations que les entreprises pourraient avoir avec leurs clients, par exemple parce qu'il est essentiel que ces derniers connaissent les prix futurs à l'avance ou parce qu'ils peuvent déjà passer des précommandes à ces prix. En effet, en pareil cas, l'échange d'informations représenterait un moyen plus onéreux de parvenir à une collusion sur le marché qu'un échange d'informations sur des intentions futures et serait davantage susceptible d'avoir une finalité favorable à la concurrence. Cela ne signifie toutefois pas qu'un engagement en matière de prix à l'égard de clients soit nécessairement de nature à favoriser la concurrence. Il peut, au contraire, avoir pour effet de limiter la possibilité de s'écarter de pratiques collusoires et en renforcer ainsi la stabilité.

(59) Ceci est sans préjudice du fait que les annonces publiques de prix individuels envisagés peuvent donner lieu à des gains d'efficacité et que les parties à de tels échanges auraient la possibilité d'invoquer l'article 101, paragraphe 3.

(60) Affaire C-7/95 P, John Deere/Commission, point 76.

⁽⁶¹⁾ L'échange d'informations peut restreindre la concurrence de la même façon qu'une concentration s'il débouche sur une coordination plus efficace, plus stable ou plus probable sur le marché; voir affaire C-413/06 P, Sony, Recueil 2008, p. I-4951, point 123, dans le cadre de laquelle la Cour de justice a entériné les critères établis par le Tribunal dans l'affaire T-342/99, Airtours, Recueil 2002, p. II-2585, point 62.

⁽⁶²⁾ Affaire C-238/05, Asnef-Equifax, point 54.

⁽⁶³⁾ Il convient de noter que l'analyse aux points 78 à 85 ne constitue pas une liste exhaustive des caractéristiques de marché pertinentes. D'autres caractéristiques du marché peuvent être importantes dans le cadre de certains échanges d'informations.

⁽⁶⁴⁾ Voir l'affaire T-35/92, John Deere/Commission, Recueil 1994, p. II-957, point 78.

⁽⁶⁵⁾ Voir la décision de la Commission dans les affaires IV/31.370 et 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, [JO L 68 du 13.3.1992, p. 19](#), point 51, ainsi que l'affaire T-35/92, John Deere/Commission, point 78. Il n'est pas nécessaire d'établir une stabilité absolue ou d'exclure une concurrence acharnée.

⁽⁶⁶⁾ Les échanges d'informations qui s'inscrivent dans le cadre d'un accord de R&D, s'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire aux fins de la mise en œuvre de cet accord, peuvent bénéficier de la zone de sécurité de 25 % fixée dans le règlement d'exemption par catégorie relatif aux accords de R&D. S'agissant du règlement d'exemption par catégorie REC relatif aux accords de spécialisation la zone de sécurité correspondante est de 20 %.

⁽⁶⁷⁾ La collecte de données historiques peut également être utilisée en vue de la transmission de la contribution d'une association sectorielle à un réexamen de la politique publique.

⁽⁶⁸⁾ Par exemple, dans des affaires antérieures, la Commission a considéré l'échange de données individuelles remontant à plus d'un an comme historique et comme ne restreignant pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et a estimé que les informations datant de moins d'un an constituaient des données récentes; voir la décision de la Commission dans l'affaire IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, point 50, ainsi que la décision de la Commission dans l'affaire IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, [JO L 1 du 3.1.1998, p. 10](#), point 17.

⁽⁶⁹⁾ Des contrats peu fréquents pourraient diminuer la probabilité de mesures de représailles suffisamment rapides.

⁽⁷⁰⁾ Néanmoins, selon la structure du marché et le contexte global de l'échange, il ne peut être exclu qu'un échange isolé suffise pour que les entreprises concernées concertent leur comportement sur le marché et aboutissent ainsi à une coopération pratique se substituant efficacement à la concurrence et aux risques que celle-ci implique; voir l'affaire C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 59.

⁽⁷¹⁾ Affaires jointes T-191/98 e.a., Atlantic Container Line (TACA), Recueil 2003, p. II-3275, point 1154. Tel peut ne pas être le cas si l'échange se produit dans le cadre d'une entente.

⁽⁷²⁾ En outre, le fait que les parties à l'échange aient précédemment communiqué les données au public (par exemple par l'intermédiaire d'un quotidien ou de leur site internet) ne signifie pas qu'un

échange ultérieur d'informations non publiques ne serait pas contraire à l'article 101.

(73) Voir les affaires jointes T-202/98 etc., Tate & Lyle/Commission, point 60.

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

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

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

(77) De tels gains d'efficacité doivent être comparés aux effets négatifs susceptibles de résulter, par exemple, d'une limitation de la concurrence pour le marché qui stimule l'innovation.