

Projet de lignes directrices du Conseil de la concurrence relatives aux accords de coopération horizontale entre concurrents.

SOMMAIRE

Introduction.....	3
1. Base légale.....	5
2. Domaine d'application.....	6
3. Modalités d'évaluation	7
3.1.Evaluation de l'objet anticoncurrentiel des accords de coopération horizontale.....	9
3.2.Evaluation des effets restrictifs des accords de coopération horizontale à la concurrence.....	10
3.3.Restrictions par objet Vs Restrictions par effet.....	11
3.4.La dérogation au principe de prohibition des accords de coopération horizontale.....	11
3.5.Orientations par rapport aux échanges d'informations dans le cadre d'un accord de coopération horizontale.....	14
4. Accords d'achats groupés.....	21
4.1.Généralités.....	21
4.2.Evaluation des restrictions par objet anticoncurrentiel des accords d'achats groupés.....	22
4.3.Evaluation des restrictions par effets des accords d'achats groupés.....	23
5. Accords de mise en commun d'infrastructures de stockage.....	24
5.1.Généralités.....	24
5.2.Evaluation des restrictions par objet anticoncurrentiel de la mutualisation d'infrastructures de stockage.....	26
5.3.Evaluation des restrictions par effets de la mutualisation d'infrastructures de stockage.....	28

INTRODUCTION

1. L'autonomie décisionnelle des entreprises quant à leurs comportements sur le marché, constitue un élément central de l'efficacité de la concurrence dans un marché. Ce principe ne s'oppose pas pour autant aux efforts d'adaptation et d'anticipation des entreprises par rapport au comportement de leurs concurrents ou aux conditions du marché. De même, le droit de la concurrence ne s'oppose pas aux rapprochements et coopérations entre concurrents qui concourent à la réalisation d'économies dans une optique d'amélioration de la compétitivité-prix ainsi que de l'offre-produits ou encore la consolidation de l'élan de l'innovation sur le marché et ce, à partir d'une mise en commun par un groupe d'entreprises, de ressources complémentaires qui peuvent comprendre notamment des actifs, des technologies, des compétences ou un savoir-faire.
2. Néanmoins, est prohibée toute forme de coopération, de rapprochement ou de prise de contact à même d'influencer le comportement d'un concurrent actuel ou potentiel sur le marché ou de révéler à un tel concurrent le choix engagé ou à engager sur le marché, chaque fois que lesdits rapprochements et prises de contact ont pour objet ou pour effet d'affecter les conditions de la concurrence.
3. Les présentes lignes directrices ont pour visée de fournir des orientations sur l'appréciation de la conformité des accords de coopération horizontale aux règles de la concurrence.
4. Ce faisant et en sus des orientations du Guide relatif à la mise en place de programmes de conformité au droit de la concurrence publié par le Conseil de la concurrence¹, ces lignes directrices énoncent des principes généraux à observer au titre des évaluations de la compatibilité des accords horizontaux avec le droit de la concurrence, qui peuvent être conduites par le Conseil de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives.
5. Ces mêmes principes peuvent également être considérés par les opérateurs économiques pour toute auto-appréciation des accords auxquels ils sont ou peuvent être associés.
6. Sans préjudice du principe d'auto-évaluation qui incombe aux opérateurs économiques, les entreprises envisageant de conclure des accords de coopération horizontale, en particulier lorsque ceux-ci sont susceptibles de soulever des préoccupations au regard du droit de la concurrence ou concernent des marchés concentrés, peuvent demander l'appréciation du Conseil de la concurrence concernant les accords de coopération horizontale qu'ils envisagent de conclure.

¹ <https://www.conseil-concurrence.ma/wp-content/uploads/2022/01/Programme-conformite-edition-10-01-22-web.pdf>

7. Une telle consultation devra permettre l'appréciation de la compatibilité des accords envisagés avec les dispositions de l' Art. 6 de la Loi n° 104-12 et fournir des orientations dans ce sens, au regard des circonstances propres à chaque cas d'espèce.
8. Notamment, les opérateurs qui détiennent un pouvoir de marché ou qui agissent au niveau de marché (s) concentré (s) et qui désirent conclure des accords de coopération horizontale, doivent observer avec plus de vigilance la conformité des accords envisagés au droit de la concurrence.
9. Au vu de la diversité des types d'accords ainsi que de la multiplicité des configurations des conditions propres au marché lié à chaque accord de coopération horizontale, les présentes lignes directrices constituent un cadre de référence indicatif qui étaye les principes généraux à observer. Cet état de fait n'écarter pas la possibilité de conduire des appréciations complémentaires adaptées, au cas par cas sur la base des circonstances factuelles, suivant les accords et les spécificités qui leur sont afférentes.
10. Les présentes lignes directrices sont structurées en cinq parties :
 1. *la première partie* présente les références légales au regard desquelles a lieu l'appréciation de la compatibilité des accords de coopération horizontale avec les règles de la concurrence ;
 2. *la seconde partie* apporte un éclairage quant au domaine d'application des présentes lignes directrices ;
 3. *la troisième partie* décline les modalités d'évaluation des accords de coopération horizontale et les principes généraux à observer pour l'évaluation de l'objet et des effets réels ou potentiels des accords concernés ainsi que des possibles cas d'exemption de ces derniers à l'applicabilité de l' Art. 6 de la Loi n° 104-12 telle que modifiée et complétée. Cette partie fournit également des orientations par rapport aux échanges d'information qui peuvent avoir lieu au titre des accords de coopération horizontale ;
 4. *les deux dernières parties* traitent des spécificités majeures à considérer, en sus des principes généraux présentés à l'issue de la partie précédente, pour les accords d'approvisionnement en commun ou de mutualisation des infrastructures de stockage.
11. Enfin, cette première version de ces lignes directrices sera mise à jour, au fur et à mesure de l'évolution de la législation et de la réglementation en vigueur ainsi que de la jurisprudence juridictionnelle et de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence.

1. BASE LEGALE

12. Les présentes lignes directrices ont pour base légale les articles. 6, 9 et 10 de la Loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, telle que modifiée et complétée, ainsi que les articles premier et second de l'Arrêté du Ministre Délégué auprès du Chef du Gouvernement chargé des Affaires Générales et de la Gouvernance n° 3433-15 du 26 octobre 2015 relatif aux critères quantifiant les accords d'importance mineure.
13. En vertu de son Art.6, la Loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, telle que modifiée et complétée, dispose que sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit.
14. A travers ce même article, sont fournies des indications caractérisant les préoccupations liées à ces pratiques, à savoir :
 - i. limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
 - ii. faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
 - iii. limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
 - iv. répartir les marchés, les sources d'approvisionnement ou les marchés publics.
15. Conformément aux dispositions de cet article, est spécifiquement interdite toute forme formalisée de coopération entre opérateurs d'un même marché, de nature à affecter le fonctionnement concurrentiel dudit marché, par un quelconque verrouillage anticoncurrentiel ou une coordination du comportement des opérateurs économiques sur le marché ou le renforcement de l'efficacité de cette coordination, et ce, notamment, en matière de prix, de volumes produits ou approvisionnés, ou de qualité et variété de produits ou services aux consommateurs.
16. Néanmoins, l'Art. 9 de la Loi n° 104-12 énonce les conditions d'exemption de certains accords à l'applicabilité des dispositions de l'Art. 6 précité, à travers l'énumération des cas de figure possibles.
17. Ajoutés à ces dispositions, les articles premier et second de l'Arrêté du Ministre délégué auprès du Chef du Gouvernement chargé des Affaires Générales et de la

Gouvernance précité définissent les critères quantitatifs et qualitatifs caractérisant les accords d'importance mineure.

18. En application de l'Art. 10 de la Loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, telle que modifiée et complétée, les accords qui se rapportent à une pratique prohibée en application de l'Art. 6 précité sont nuls de plein droit.

2. DOMAINE D'APPLICATION

19. Les principes généraux d'évaluation des accords de coopération horizontale, déclinés à travers les présentes lignes directrices concernent les accords ci-après désignés, suivant leur objet, les parties associées ainsi que le cadre et contexte de leur conclusion.
20. Les accords horizontaux visés par les présentes lignes directrices, sont des accords formalisés avec pour finalité de favoriser des synergies et complémentarités entre les parties à l'accord, en vue d'apporter une meilleure réponse à la demande sur le marché en termes de prix, de qualité et de diversité, indépendamment du domaine concerné.
21. Les présentes lignes directrices concernent toutes sortes d'accords, qu'il s'agisse de conventions, de contrats ou autres actes écrits, qu'ils aient ou non force obligatoire. Cela peut ainsi concerner des clauses, de simples recommandations sur un comportement particulier à l'adresse des opérateurs d'un marché ou d'une partie d'entre eux.
22. Cela peut également être le cas d'accords conclus entre des entreprises concurrentes existantes ou potentielles par lesquels ces entreprises exercent leurs activités économiques pour proposer, sur un marché donné, une offre de biens ou de services, indépendamment de leur statut juridique et mode de financement, dès lors qu'elles relèvent de la notion d'entreprise au sens de l'article premier de la Loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
23. Sont considérées comme des concurrents existants, les entreprises qui opèrent ensemble sur le même marché de produits/services et géographique.
24. Les concurrents potentiels désignent les opérateurs en mesure d'accéder au marché concerné du fait, entre autres :
- i. de leur capacité à dépasser les possibles barrières à l'entrée audit marché ;
 - ii. des démarches préparatoires nécessaires et suffisantes entreprises pour le démarrage de leurs activités respectives, et
 - iii. des atouts dont jouit un entrant potentiel en mesure d'exercer une pression concurrentielle sur les entreprises existantes.

25. Cela peut également concerner les accords conclus entre des entreprises non concurrentes actives sur les mêmes marchés de produits sans opérer sur les mêmes marchés géographiques, indépendamment qu'elles soient considérées ou non comme concurrents potentiels.
26. Cela concerne aussi les accords établis entre des entreprises appelées à adhérer à des accords de coopération horizontale dans le cadre de stratégies nationales, appels d'offres ou programmes lancés par les autorités publiques.
27. Néanmoins, ne sont pas concernés par les présentes lignes directrices les accords entre deux ou plusieurs entreprises qui forment une seule entité économique. Cela est notamment le cas des accords qui relient des entreprises dont l'une exerce une influence déterminante sur une autre société ou d'autres sociétés, puisque considérées comme formant ensemble une seule entité économique.
28. La coopération horizontale peut également intervenir dans le cadre de contrats ou accords conclus entre concurrents pour la création d'une entreprise commune coopérative.
29. Dans le cas de la création d'entreprise commune nouvelle ou de l'acquisition d'une participation contrôlante dans une entreprise existante par un concurrent ou des concurrents auprès d'autres opérateurs du même marché concerné, qui répondent aux critères de notifiabilité, ces opérations seront traitées dans le cadre de la compétence du Conseil de la concurrence en matière de contrôle des concentrations économiques encadré par les Art. 11 et 12 de la Loi n° 104-12 et non au titre de l'Art. 6 de cette même Loi.
30. Néanmoins, l'appréciation des accords de type non concentratif intervient suivant les principes généraux déclinés par les présentes lignes directrices. Cette appréciation est conduite en autoévaluation par les parties à l'accord ou par les Services d'instruction et d'enquête relevant du Conseil de la concurrence dans le cadre de leurs prérogatives.

3. MODALITES D'EVALUATION

31. Toute évaluation de la conformité des accords de coopération horizontale au droit de la concurrence doit se baser sur une approche globale qui prend en compte, entre autres :
 - i. les caractéristiques du marché dont notamment la concentration du marché, les barrières à l'entrée, la dynamique des entrées et sorties du marché ainsi que la puissance compensatrice des fournisseurs et/ou des clients ;
 - ii. le pouvoir de marché des parties à l'accord exprimé par une part de marché cumulée dépassant le seuil de 30 % et/ou leur capacité de maintenir

avantageusement les prix à des niveaux supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou, encore, de maintenir avantageusement la production en termes de quantités, de qualité et de diversité des produits ou en termes d'innovation, à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu de la concurrence, et ce pendant un certain temps ;

iii. la nature de cette coopération, la durée et le contenu de l'accord (domaine et objectif de la coopération, la relation concurrentielle entre les parties, les produits concernés, les clauses contractuelles liées à la conformité au droit de la concurrence, la mise en place de programmes de conformité, etc.) ;

iv. le contexte économique et juridique de l'accord.

32. La notion de marché sur laquelle reposera l'évaluation du pouvoir de marché des parties, renvoie au marché pertinent tel que défini à travers la Section B du Chapitre "Evaluation des opérations de concentration économique sur le fond", contenue dans les lignes directrices relatives au contrôle des opérations de concentration économique, éditées par le Conseil de la concurrence en décembre 2023².
33. Au titre des modalités d'évaluation prévues au paragraphe 3.1 des présentes lignes directrices, l'accord concerné sera apprécié afin de déterminer s'il a un objet anticoncurrentiel ou des effets restrictifs à la concurrence qu'ils soient réels ou potentiels.
34. Si l'accord de coopération en question fait l'objet d'une demande d'exemption dans les conditions et formes prévues par l'Art. 9 de la Loi n° 104-12 et l'Art. 6 de son décret d'application, l'avis qui sera rendu par le Conseil prendra en considération le bilan des avantages et effets pro-concurrentiels réels ou potentiels de l'accord ainsi que l'évaluation de leur compensation des effets restrictifs à la concurrence, au bénéfice des opérateurs du marché tout en garantissant de réserver une part équitable du gain au profit des consommateurs. En tout état de cause, l'accord ne doit nullement conduire à une quelconque élimination de la concurrence ni favoriser un verrouillage de l'accès au marché.
35. Tout échange d'informations dans le cadre d'un accord de coopération horizontale doit être conforme aux règles de la concurrence, et intervenir dans les conditions et les formes énumérées au niveau du § 3.5., ci-dessous.

² Cf. https://conseil-concurrence.ma/wp-content/uploads/2023/12/LignesDirectrices_ConcentrationsEconomiques_Vers1-de-DEC-2023.pdf (Points 210 à 224).

3.1.Évaluation de l'objet anticoncurrentiel des accords de coopération horizontale

36. Cette évaluation consiste, d'abord, en une analyse détaillée de l'accord, de ses objectifs et caractéristiques spécifiques. L'objectif est d'apprécier son caractère nocif pour la concurrence.
37. En complément, doit être étudié le contexte dans lequel s'inscrit cet accord qui doit couvrir notamment la nature des produits et services concernés ainsi que la structure et le fonctionnement du marché en cause.
38. Bien que l'intention des parties ne soit pas un facteur nécessaire pour déterminer si un accord comporte un objet anticoncurrentiel, l'analyse peut néanmoins en tenir compte au niveau de l'appréciation de l'impact dudit accord sur la concurrence.
39. L'expression « intention des parties » renvoie à la notion d'accord de volonté anticoncurrentiel. Aux fins des présentes lignes directrices, constitue un accord toute concordance de volontés entre au moins deux entreprises exprimant leur intention commune d'adopter, d'organiser, de faciliter ou de soutenir une ligne de conduite déterminée sur le marché. Cette notion s'apprécie indépendamment de la qualification juridique, de la forme, du caractère contraignant ou du degré de formalisation de l'entente. L'accord peut être écrit ou oral, exprès ou tacite, formel ou informel, complet ou partiel ; il peut résulter notamment d'un contrat, d'un accord de principe, d'un arrangement informel, d'engagements réciproques, d'une invitation suivie d'une adhésion expresse ou tacite, ou de communications révélant une compréhension commune. Il peut être conclu ou facilité directement ou par l'intermédiaire d'une association, d'une plateforme, d'un prestataire ou de tout autre tiers, y compris au moyen d'outils numériques ou automatisés.
40. La concordance de volontés peut être établie par tout moyen ou par un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Il n'est pas nécessaire que l'accord soit définitif, juridiquement exécutoire, effectivement appliqué, respecté par tous ses participants ou couronné de succès ; il suffit que les entreprises aient adhéré au principe ou aux éléments essentiels de la coordination. Toutefois, de simples discussions exploratoires, la réception passive d'une information non sollicitée ou le seul parallélisme des comportements ne suffisent pas, à eux seuls, à établir un accord. Celui-ci relève de l' Art. 6 de la Loi n° 104-12 lorsqu'il a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, l'existence de l'accord et son caractère anticoncurrentiel devant faire l'objet d'appréciations distinctes.

41. Les accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition des marchés sont considérés comme anticoncurrentiels par objet, y compris dans le cadre de la participation à un appel à la concurrence dans ce cas particulier, la coordination ou les échanges entre les participants doivent se limiter à ce qui est nécessaire à la constitution d'un groupement.
42. Dans le cas où l'objet anticoncurrentiel de l'accord est établi, doivent être vérifiées les conditions de son exemption de l'applicabilité de l'Art. 6, suivant le schéma décliné à travers le § 3.3., ci-dessous, sans procéder à une analyse de ses effets.

3.2. Evaluation des effets restrictifs des accords de coopération horizontale à la concurrence

43. Cette évaluation est conduite, soit par les parties à l'accord, soit par les Services d'instruction, afin d'évaluer le degré suffisant de nocivité de l'accord.
44. A cette fin, l'attention devra être focalisée, d'une part, sur la nature et la teneur de l'accord et, d'autre part, sur le contexte dans lequel il s'inscrit. A ce juste titre, une comparaison de ce contexte peut être réalisée avec et en l'absence hypothétique de l'accord et ce, afin d'apprécier les effets restrictifs existants ou potentiels à la concurrence. Cette analyse permet de tenir compte de la concurrence existante entre les parties et la concurrence exercée par les tiers, ou potentielle qui aurait pu exister à défaut de l'accord.
45. En outre, doit être apprécié le pouvoir de marché dont jouissent les entreprises concernées, individuellement et conjointement, ainsi que l'impact de l'accord pour le maintien ou le renforcement de leur pouvoir ainsi que son exploitation.
46. L'examen des effets doit considérer l'incidence négative sur au moins, un des paramètres de la concurrence sur le marché tels que le prix, la production, la qualité du produit, la diversité de l'offre ou l'innovation.
47. Cet examen portera, entre autres, sur l'appréciation des risques de forclusion et de tout verrouillage, aux intrants et/ou aux débouchés.
48. Dans le cas où les effets restrictifs réels ou potentiels de l'accord sont confirmés, il convient de vérifier si ces effets affectent la concurrence sur le marché concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci.
49. A supposer que sur la base de ces analyses, il soit établi que les conditions d'exemption prévues dans l'Art. 9 de la Loi n° 104-12 et l'Art. 6 de son texte d'application, ne sont pas vérifiées, et que ses effets restrictifs sont réels ou potentiels, l'accord est prohibé au titre de l'Art. 6. Dans le cas contraire, est confirmée la conformité de l'accord concerné à la Loi 104-12.

50.

3.3.Restrictions par objet Vs Restrictions par effet

51. Les restrictions par objet désignent des pratiques dont **le contenu et les objectifs** révèlent un degré suffisant de nocivité pour la concurrence, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'en démontrer les effets sur le marché. La frontière de cette catégorie est strictement délimitée : elle ne vise que les formes de coordination qui, par leur nature même, ont pour finalité de restreindre le libre jeu de la concurrence et ne saurait s'étendre aux accords susceptibles de poursuivre des objectifs économiques légitimes ou de produire des effets pro-concurrentiels plausibles.
52. À l'inverse, les restrictions par effet concernent les accords qui, sans être intrinsèquement anticoncurrentiels, peuvent aboutir à une altération sensible de la concurrence lors de leur mise en œuvre. L'analyse ne repose plus sur une présomption, mais sur un examen concret du contexte économique et juridique par la comparaison de la dynamique réelle du marché avec un scénario contrefactuel afin de mesurer l'impact effectif sur les prix, l'innovation ou l'offre. L'objectif étant de disposer d'une démonstration probante de la causalité entre l'accord et le préjudice concurrentiel, tout en tenant compte des gains d'efficacité potentiels qui pourraient compenser les effets restrictifs observés.

3.4.La dérogation au principe de prohibition des accords de coopération horizontale

53. En application des dispositions de l'Art. 9 de la Loi n° 104-12, le régime des exemptions repose sur deux catégories distinctes : les exemptions individuelles, dont l'appréciation relève de la compétence du Conseil de la concurrence, et les exemptions par catégorie, qui sont arrêtées par l'Administration.
54. La demande d'exemption intervient dans les conditions de forme et de fond prévues par l'Art. 6 du décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la Loi n° 104-12.
55. Les accords qui peuvent bénéficier de l'exemption, tels que prévus par la loi, concernent les accords qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application.
56. S'ajoutent à ces accords, ceux dont les parties peuvent justifier qu'ils ont pour effet de contribuer au progrès économique et/ou technique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Cela concerne notamment les accords ayant pour objet d'améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises ou la commercialisation par les agriculteurs de leurs produits.

57. Sont également concernés, les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence, en particulier les accords entre petites ou moyennes entreprises.

58. L'analyse du Conseil de la concurrence prendra, dépendamment de la nature des accords, en considération les éléments suivants :

3.4.1. Les exemptions résultant de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application

59. L'exemption est envisageable si l'accord résulte de l'application d'une loi ou d'un texte réglementaire nécessairement pris pour l'application d'une loi et non d'un texte réglementaire autonome.

60. Dans son appréciation, le Conseil de la concurrence tient compte du fait que lesdits textes législatifs et réglementaires ont satisfait à l'obligation de consultation du Conseil, telle que prévue par l'Art. 7 de la Loi n° 20-13, et contiennent la mention de consultation de ce dernier.

61. De même, devrait être confirmé que l'accord a un objet directement lié auxdits textes législatifs ou réglementaires et est la conséquence directe et nécessaire de leur application.

3.4.2. Les exemptions fondées sur l'existence d'un progrès économique et/ou technique

62. Les parties qui souhaitent bénéficier d'une telle exemption doivent justifier que l'accord a pour effet :

- i. d'assurer un progrès économique et/ou technique, en termes de création ou de maintien d'emplois, de développement de produits nouveaux, d'optimisation des processus et de réduction des coûts, etc. ;
- ii. de réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ;
- iii. de ne pas donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des marchés des produits en cause, et ;
- iv. de ne pas permettre des restrictions non indispensables à la concurrence, sur le(s) marché(s) concerné(s) ou une partie substantielle de celui/ceux-ci et sans lesquelles ne peut être atteint l'objectif de progrès.

63. Ces quatre critères sont cumulatifs. Si l'un n'est pas rempli, il n'y a pas lieu d'examiner les autres.

64. La charge de la preuve incombe aux parties à l'accord. Ces dernières sont tenues de fournir tous les éléments factuels et mesurables pour permettre au Conseil de la concurrence d'apprécier l'impact de l'accord concerné sur la concurrence et le lien

de cause à effet entre l'accord et le progrès qui en découle ou encore le bénéfice pour le consommateur.

3.4.3. Les exemptions des accords d'importance mineure

65. L'exemption est également acquise dès lors que l'accord est d'importance mineure.
66. L'importance mineure de l'accord est qualifiée au regard du caractère sensible de la restriction à la concurrence induite par ledit accord et de la nature de la restriction qui en découle. Ainsi, un accord est considéré d'importance mineure s'il ne restreint pas sensiblement la concurrence et s'il n'emporte pas l'une des restrictions caractérisées, ci-dessous énumérées.
67. Un accord d'importance mineure qui ne restreint pas la concurrence de manière sensible répond à l'un des critères quantitatifs suivants :
 - i. dans le cas où les parties à l'accord sont concurrentes et cumulent une part de marché, sur l'un des marchés affectés par ledit accord, ne dépassant pas 10 %.
 - ii. dans le cas où les parties à l'accord ne sont pas concurrentes et cumulent une part de marché, sur l'un des marchés affectés par ledit accord, ne dépassant pas 15 %.
 - iii. dans le cas où il est difficile de déterminer s'il s'agit d'un accord entre concurrents ou d'un accord entre non-concurrents, c'est le seuil de 10 % qui s'applique.
68. N'est pas considéré comme un accord d'importance mineure celui qui comporte l'une des restrictions caractérisées de la concurrence, ci-après désignées :
 - i. les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer³, ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients (restrictions par objet) ;
 - ii. les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux⁴ ;
 - iii. les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé⁵ ;

³ L'expression renvoie au fait qu'une restriction peut être considérée comme anticoncurrentielle soit en raison de sa nature propre, soit en raison de sa combinaison avec d'autres éléments que les parties sont en mesure de contrôler ou d'influencer. Pour l'illustration, une fixation des prix peut être restrictive en elle-même, tandis qu'une recommandation tarifaire peut acquérir un caractère plus restrictif lorsqu'elle est associée à des échanges d'informations sur les prix pratiqués ou à des mécanismes de suivi du comportement des opérateurs.

⁴ Les restrictions aux ventes non sollicitées (ventes passives) désignent les clauses ou pratiques empêchant un distributeur de répondre aux demandes spontanées de clients situés en dehors de son territoire contractuel, en l'absence de vente active de sa part (prospection, publicité ciblée). À titre d'exemple, un fournisseur d'électroménager interdit à un distributeur agréé d'honorer la commande d'un client situé dans une autre ville hors du territoire contractuel, lorsque celui-ci a pris contact de sa propre initiative.

⁵ Les restrictions aux ventes dans un réseau de distribution sélective correspondent aux clauses ou pratiques qui limitent la capacité des détaillants agréés à vendre librement les produits aux utilisateurs finaux. Par exemple, un fournisseur de produits cosmétiques vendus dans

- iv. les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce.
69. Pour les accords conclus, notamment, entre des petites et moyennes entreprises qui ne répondent pas aux critères quantitatif et qualitatif de définition des accords d'importance mineure, l'évaluation a lieu suivant les schémas déclinés à travers le § 3.1. et § 3.2.

3.5. Orientations par rapport aux échanges d'informations dans le cadre d'un accord de coopération horizontale

3.5.1. Généralités

70. La présente partie a pour objet de fournir des orientations générales sur les échanges d'informations dans le cadre d'un accord de coopération horizontale. Les orientations, ci-après déclinées, s'appliquent également aux échanges réalisés dans le cadre de l'action des organismes professionnels et entre leurs membres.
71. Ces échanges peuvent concerner tout type d'informations, de données et de contenus indépendamment ⁽¹⁾ de leur nature (traités ou bruts, organisés ou non), ⁽²⁾ de leur format (numérique ou sur support papier), ⁽³⁾ du cadre de leur transmission (communication unilatérale ou échange bilatéral ou multilatéral dans le cadre de réunions formelles ou non), ⁽⁴⁾ du mode de leur transmission (directe ou indirecte, notamment par tout moyen de communication électronique ou numérique, y compris les services de messagerie instantanée, les réseaux sociaux, les plateformes numériques ou tout autre outil de communication en ligne, ou par l'intermédiaire d'un tiers, y compris quand il s'agit d'un organisme professionnel, ou via une plateforme ou outil en ligne ou encore élaborés via un algorithme autre que celui utilisé de manière indépendante par une entreprise, entre autres, pour surveiller les prix des concurrents). Dans ce qui suit, ces diverses typologies sont toutes désignées sous le terme "Informations sensibles".
72. L'échange d'informations constitue un trait commun caractérisant divers marchés concurrentiels et présente le double avantage de résoudre des problèmes d'asymétrie de l'information et d'améliorer l'efficacité des marchés. Cela bénéficie, à la fois, aux entreprises auxquelles sera permise la confrontation des meilleures pratiques et les apprentissages qui en résultent pour la réalisation d'économies de coûts, aux concurrents potentiels en mettant à leur disposition des indications sur les niveaux de rentabilité aux fins d'augmenter l'attractivité des marchés concernés

un réseau de distribution sélective interdit aux parfumeries agréées (détaillants) de vendre ces produits aux consommateurs via leur site internet, alors même que ces détaillants respectent les critères du réseau.

ainsi qu'aux consommateurs qui en tireront profit en réduisant leurs coûts de recherche et en optimisant leurs choix respectifs.

73. Cependant, les échanges d'informations de marché peuvent également constituer une restriction à la concurrence, lorsqu'ils sont de nature à augmenter la transparence du marché, en particulier quand ces échanges permettent aux entreprises de connaître les stratégies commerciales de leurs concurrents et d'agir en fonction. Une telle anticipation des comportements des concurrents favorise un alignement des opérateurs du marché dans le schéma d'un équilibre collusif du marché.
74. C'est le cas notamment lorsque les échanges d'informations permettent de/d' :
- i. conduire à une entente, entre les entreprises sur le marché, faisant l'objet ou non d'un accord explicite ou implicite de coordination ;
 - ii. accroître la stabilité d'un accord anticoncurrentiel ou d'une pratique concertée en rendant le marché plus transparent et permettant aux entreprises parties à une entente de contrôler si d'autres entreprises s'écartent de la collusion ou encore si d'autres entreprises tentent d'entrer sur le marché afin qu'elles s'allient éventuellement aux membres de l'entente ;
 - iii. produire un verrouillage anticoncurrentiel sur le même marché ou sur un marché qui lui est lié.
75. Qu'ils interviennent dans un cadre formalisé ou non formalisé, explicite ou non explicite, les échanges d'informations sensibles peuvent restreindre ou fausser la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'ils diminuent l'autonomie comportementale des opérateurs du marché et réduisent l'incertitude liée au fonctionnement du marché en question.
76. Sont considérées comme informations sensibles en vertu de l'Art. 23 du décret pris pour l'application de la Loi n° 104-12, les éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires.
77. Le caractère historique des informations, autant que leur nature, est déterminant pour la qualification de leur sensibilité. Certes, l'Art. 23 fait mention, dans le contexte spécifique de l'accès au dossier, de la durée de 5 ans, mais en fonction des spécificités du/des marché/s concerné/(s) une durée différente pourra être retenue.
78. En effet, ces éléments concernent toutes les informations sensibles qui relèvent du secret d'affaires, qu'elles soient de type notamment financier, marketing et commercial ou technique, indépendamment du fait qu'elles relèvent du stratégique ou de l'opérationnel. Cela concerne, entre autres, les informations individuelles

ayant trait aux politiques d'investissement, d'approvisionnement et de stockage, de commercialisation et distribution, de marges et de coûts.

79. A titre d'illustration, cela intègre les capacités installées et les investissements d'extension ou les taux d'utilisation desdites capacités, les sources et conditions d'approvisionnement, les conditions commerciales dont les rabais et remises, les parts de marché et clients ainsi que la structure des coûts, la formation des prix et les marges, etc. Le § 1.2.1 du Guide relatif à la mise en place de programmes de conformité au droit de la concurrence au sein des entreprises et des organisations professionnelles édité par le Conseil de la concurrence⁶, énumère d'autres exemples qui peuvent être considérés.
80. Les échanges entre concurrents, par rapport à des informations, peuvent induire une réduction de l'incertitude stratégique sur le marché et ce, notamment lorsque les informations sont échangées, sous une forme moins agrégée ou commentée, et agrémentées d'indications sur le mode d'action à entreprendre.
81. Les informations sensibles d'un concurrent, reçues par une entreprise dans le cadre d'une divulgation unilatérale par une autre partie, entre autres au titre de la négociation avec un fournisseur de conditions commerciales avantageuses, ou dans le cadre de réunions d'organismes professionnels, sont supposées avoir été considérées par ladite entreprise dans le cadre de son comportement ultérieur sur le marché, à moins qu'elle se soit distancée, de manière formalisée, promptement et de manière explicite, par tout moyen permettant d'en établir la preuve.
82. L'inexactitude ou la dénaturation des informations sensibles n'éliminent pas, en elles-mêmes, le risque d'affecter le comportement des concurrents sur le marché.
83. A l'opposé, d'autres informations ne sont pas considérées comme sensibles et dont l'échange pourrait intervenir entre les concernés surtout lorsque l'échange poursuit une finalité informative ou analytique, sous réserve que ces informations (surtout celles portant sur les prix et les quantités) soient suffisamment anciennes pour ne plus permettre aux entreprises d'influencer ou d'anticiper le comportement concurrentiel de leurs concurrents et qu'elles ne soient pas échangées dans le cadre ou à proximité du processus de formation des prix ou des quantités.
84. Cela concerne notamment les informations relatives au fonctionnement général ou à l'état d'un secteur, aux politiques publiques et aux questions réglementaires, aux questions techniques non confidentielles qui concernent le secteur en général (les normes, les questions de santé et de sécurité), aux programmes promotionnels globaux afférents à un secteur et, non à une entreprise en particulier. Elles comprennent également les données ou informations techniques ou scientifiques

⁶ <https://www.conseil-concurrence.ma/wp-content/uploads/2022/01/Programme-conformite-edition-10-01-22-web.pdf>

non stratégiques dès lors qu'elles se traduisent par des avantages pour les consommateurs.

85. Les informations véritablement publiques, c'est-à-dire également accessibles, à un coût d'accès comparable, à l'ensemble des concurrents et des clients, ne sont en principe pas considérées comme des informations commercialement sensibles. Cela est notamment le cas des entreprises faisant appel public à l'épargne qui se conforment aux obligations légales d'information de leurs actionnaires, des investisseurs ou le public.
86. Les informations sensibles de plus de cinq ans, perdent leur caractère sensible en vertu des dispositions de l'Art. 23 précité. Néanmoins, le caractère historique desdites informations sera apprécié en fonction des spécificités du/des marché/s concerné(s).
87. La communication d'informations sensibles peut ne pas relever du champ d'application de l'Art. 6 de la Loi n° 104-12, si elle résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire, auquel cas toute communication à ce titre devra avoir lieu directement et de manière individuelle avec l'administration concernée, et nullement dans le cadre de réunions bilatérales ou multilatérales en présence des concurrents ou de leurs représentants.
88. Dans le cas des circonstances économiques nationales spécifiques qui nécessitent une action publique pour y faire face, peut être toléré un échange d'informations sensibles au niveau d'une représentation professionnelle :
 - i. d'une part, si ces échanges sont objectivement nécessaires et proportionnés aux objectifs de faire face aux circonstances en cause et limités dans le temps, et
 - ii. d'autre part, si sont mises en place des conditions spécifiques auxdits échanges telles que la désignation d'un cabinet tiers auquel seront confiés la collecte des données individuelles et leur traitement pour répondre aux objectifs recherchés, ainsi que la formalisation de règles strictes de confidentialité des données individuelles et d'un protocole documenté garantissant la transparence des interactions ou encore la publication des résultats des traitements à l'ensemble des opérateurs du marché concerné, indépendamment du fait qu'ils soient membres ou non de l'organisme professionnel.
89. Toute appréciation des échanges d'informations, de manière directe entre opérateurs concurrents ou indirecte par l'intermédiaire d'un organisme professionnel, prendra en compte la nature des informations échangées, les modalités d'échange et de protection des informations sensibles, le fonctionnement et la structure du marché concerné et, le cas échéant, l'objet et les missions de l'organisme professionnel.

90. Lorsque les échanges d'informations s'inscrivent dans le cadre de programmes d'action publique liés à des circonstances économiques nationales spécifiques, il peut être recouru à un protocole documenté précisant les modalités de leur mise en œuvre, afin d'assurer la transparence du dispositif et de prévenir les risques d'atteinte à la concurrence.
91. En tout état de cause, le Conseil de la concurrence se réserve le droit d'apprécier le caractère sensible des informations qui peuvent être échangées et le contexte économique y afférent.
92. Pour l'illustration, dans un contexte de hausse des facteurs de production, un parallélisme observé, entre entreprises concurrentes, par rapport à leurs pratiques tarifaires, ne saurait, à lui seul, caractériser l'existence d'une entente ou d'une pratique concertée. L'appréciation du Conseil de la concurrence prendra en compte les facteurs économiques justifiant les comportements observés, liés entre autres aux conditions et circonstances d'approvisionnement ainsi que les caractéristiques des processus de production.

3.5.2. Echanges d'informations considérés comme restrictifs à la concurrence par objet

93. Les échanges d'informations sensibles sont considérés comme des restrictions par objet, lorsqu'ils facilitent ou renforcent ou créent la coordination des comportements des opérateurs dès lors qu'il s'agit notamment d'accords de fixation ou de modification des prix, d'accords qui limitent les quantités offertes ou au stockage, d'accords de répartition des clients ou des soumissions à des appels à la concurrence.
94. Les exemples cités, ci-dessus, sont considérés, par leur même nature, nuisibles au fonctionnement normal de la concurrence, et donc des restrictions par objet. A considérer que le critère décisif dans l'appréciation de l'objet anticoncurrentiel des échanges, reste la nature de ceux-ci, tout en sachant que la généralisation, entre les principaux offreurs, d'un échange d'informations précises selon une périodicité rapprochée peut soulever des préoccupations concurrentielles.
95. Dans de tels cas, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets réels ou potentiels sur le marché concerné quelles que soient les caractéristiques du marché, la fréquence de l'échange, le caractère non secret ou public des informations ou encore leur accessibilité. Il n'est pas non plus nécessaire de vérifier si les informations échangées ont effectivement été utilisées par les entreprises.

3.5.3. Echanges d'informations considérés comme restrictifs à la concurrence par effets

96. Si les échanges d'informations ne constituent pas en soi des effets restrictifs à la concurrence par objet, ils peuvent avoir un effet anticoncurrentiel si de nature à

réduire le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et, par conséquent, celui de l'autonomie décisionnelle des entreprises parties à l'échange.

97. Pour qu'un échange d'informations soit susceptible de restreindre la concurrence, les entreprises qui prennent part à l'échange d'informations doivent couvrir une part suffisamment importante du marché en cause et le lien de cause à effet entre l'échange et le changement du comportement des opérateurs sur le marché doit être également établi.
98. Les effets restrictifs des échanges d'informations seront analysés, au cas par cas, en tenant compte des critères suivants :
 - i. Les caractéristiques du marché (conditions d'accès, transparence du marché, niveau de concentration, similitude des opérateurs économiques présents et de la stabilité du marché) ;
 - ii. Les caractéristiques des informations échangées (caractère sensible de l'information, informations agrégées ou individualisées, publiques ou confidentielles, récentes ou anciennes, la fréquence d'échange de l'information) ;
 - iii. La part que représentent les participants à l'échange sur le marché.
99. Au titre de l'appréciation des caractéristiques du marché, l'accès à des informations relatives aux prix, à la production, à la demande ou encore aux coûts, en dehors de l'accord ou de l'échange d'informations, constituera un indice d'effet anticoncurrentiel.
100. Il s'agira alors de vérifier les effets restrictifs à la concurrence de l'échange d'informations sur l'amélioration de la transparence du marché. Ceci notamment lorsque le marché comporte un faible nombre d'acteurs qui favorise la transparence dudit marché et ce, spécifiquement si l'accès au marché est rendu difficile par l'existence de barrières à l'entrée.
101. Ainsi, les échanges d'informations qui se produisent dans des oligopoles étroits sont davantage susceptibles de produire des effets restrictifs à la concurrence tandis qu'ils ne sont pas de nature à produire de tels effets sur des marchés très fragmentés.
102. Au titre de la caractérisation du marché, doit être également prise en compte la complexité du marché qui découle du degré d'homogénéité des produits ou services échangés ainsi que le profil des entreprises y opérant.
103. Pour ce qui concerne l'appréciation de la sensibilité des informations échangées, seront spécifiquement considérés les échanges susceptibles d'influencer la stratégie commerciale des concurrents ou, d'une manière plus générale, ceux qui peuvent favoriser des conditions de concurrence autres que les conditions normales du marché en cause.

104. Les données sensibles individualisées, par opposition aux données agrégées, auront donc de fortes probabilités d'être considérées comme permettant l'émergence d'une collusion en facilitant l'entente sur le marché et l'élaboration de stratégies de représailles.
105. La collecte et la publication, par un organisme professionnel ou une société spécialisée en stratégie commerciale, d'informations agrégées liées aux ventes, aux capacités ou aux coûts des intrants et des composants sur un marché, sont moins susceptibles d'entraîner une restriction à la concurrence.
106. La publication de telles informations peut permettre aux concurrents d'adapter, individuellement et de manière autonome, leur propre stratégie concurrentielle aux conditions de marché. Néanmoins, la publication de ces informations agrégées ne devrait pas avoir lieu entre un nombre restreint d'entreprises qui détiennent une part suffisamment importante du marché en cause ou encore permettre l'identification individualisée d'opérateurs spécifiques y agissant.
107. Les échanges engagés, dans le cadre des réunions des membres d'organismes professionnels, sur certains sujets sont à même de dissiper l'incertitude à l'égard des actions futures ou récentes des opérateurs membres de l'organisme et pourraient aboutir à une coordination implicite de leurs comportements sur l'un des paramètres de la concurrence. Pour l'illustration, cela pourrait concerner les hausses des coûts des intrants et leurs impacts ou encore les préférences des consommateurs, notamment si les discussions ont eu trait à des évaluations individuelles par rapport à ces points.
108. La temporalité des informations est également un élément essentiel. Selon le contexte de l'échange et de la nature et des caractéristiques du/des marché/és concerné/és, les informations présentes ou futures peuvent avoir des effets restrictifs à la concurrence.
109. En revanche, les données historiques et publiques ont moins de risque d'être considérées comme sensibles. Le caractère historique des informations est fonction des spécificités du/des marché/és concerné/és en cause, de la fréquence des (re)négociations d'achat et de vente dans le secteur. Le Conseil de la concurrence considère qu'en général, les informations de plus de trois mois sont considérées comme suffisamment historiques dans les marchés peu concentrés, soumis à des changements récurrents de prix ou dans ceux soumis à une obligation de publicité de données par l'un des acteurs qui fait appel public à l'épargne.
110. Dans une démarche de conformité, il est préconisé aux organismes professionnels de s'attacher à respecter les principes énoncés à l'annexe 2 du Guide relatif à la mise en place de programmes de conformité au droit de la concurrence au sein des

entreprises et des organisations professionnelles, publié sur le site web du Conseil de la concurrence⁷.

4. ACCORDS D'ACHATS GROUPES

4.1. Généralités

111. La présente partie précise les principes qui seront observés par le Conseil de la concurrence au titre de l'exercice de ses prérogatives lorsqu'il évalue des accords qui portent sur les achats groupés de produits par plusieurs entreprises au regard de l'Art. 6 de la Loi n° 104-12 telle que modifiée et complétée. Les achats groupés peuvent intervenir par le biais notamment d'une société détenue par l'ensemble des parties acheteuses ou par certaines d'entre elles ou d'une coopérative ou au moyen d'une autre forme de coopération. Dans ce qui suit, ensemble sous leurs diverses formes, ces accords seront désignés "Accords d'achats groupés".
112. Les accords d'achats groupés peuvent soit porter sur les achats eux-mêmes qui auront lieu de manière groupée entre les parties à l'accord, soit se limiter à la négociation conjointe des prix d'achat, des composantes du prix d'achat ou d'autres conditions avec un fournisseur, de telle sorte que les transactions d'achat s'effectuent par la suite individuellement avec chaque partie.
113. Il est également possible qu'un accord d'achats groupés implique des activités complémentaires telles que le transport, le contrôle de la qualité et l'entreposage en commun. Les acheteurs peuvent utiliser les produits achetés conjointement pour leurs consommations propres en tant qu'intrants de leurs activités respectives ou les destiner à la revente en l'état.
114. En règle générale, les accords d'achats groupés permettent de créer une puissance de négociation vis-à-vis des fournisseurs afin d'obtenir une baisse des prix, une plus grande diversité et/ou une meilleure qualité des produits pour le consommateur.
115. Les accords d'achats groupés peuvent permettre aux parties à l'accord, particulièrement les petites et moyennes entreprises, d'obtenir de meilleures conditions d'achat et de rester ainsi compétitives sur le ou les marchés de vente en aval.
116. Néanmoins, les achats groupés peuvent, dans certains cas, poser des problèmes de concurrence sur le ou les marchés d'achat en amont et/ou de vente en aval, tels qu'une augmentation des prix ou une diminution de la production, de la qualité ou de la diversité des produits, ou de l'innovation, une répartition des marchés ou le verrouillage anticoncurrentiel d'autres acheteurs.

⁷ Cf. <https://conseil-concurrence.ma/category/advocacy/>

117. Cela est notamment le cas d'accords susceptibles d'aboutir à un pouvoir de négociation donnant lieu à un pouvoir excessif de marché aux parties. Il s'agirait, entre autres, d'accords à même de limiter le pouvoir de négociation des fournisseurs, de verrouiller l'accès à des intrants de base aux concurrents directs non adhérents auxdits accords, ou encore de favoriser une coordination sur les prix, les quantités ou l'offre à travers notamment l'échange d'informations sensibles. De tels effets sont plus présents dans le cas de marchés de type oligopolistique ou concentré ou dans lesquels le prix d'achat représente une part importante dans la structure des coûts et donc dans le prix de vente.
118. Néanmoins, il est peu probable que des restrictions à la concurrence découlent d'accords d'achats groupés conclus entre des entreprises qui ne détiennent pas un pouvoir de marché sur le ou les marchés de vente.
119. De même, certains accords sont considérés comme emportant des effets proconcurrentiels compensateurs des restrictions éventuelles à la concurrence, s'ils donnent lieu, notamment, à une baisse des prix d'achat qui profite aux consommateurs en l'absence d'un échange d'informations sensibles disproportionné qui préserve l'autonomie décisionnelle de chaque opérateur et qui assure un accès ouvert et transparent. Ces accords doivent être temporaires et ponctuels.
120. L'appréciation des restrictions, qu'elles soient par objet ou par effets, n'est pas appliquée aux accords portant sur la constitution de stock de sécurité stratégique. L'objectif étant de consolider la souveraineté nationale en matière d'approvisionnement de produits de première nécessité, dont notamment alimentaires, sanitaires et énergétiques.
121. En tout état de cause, ces accords ne doivent pas comporter de clauses de non-concurrence sur le marché aval.

4.2.Évaluation des restrictions par objet anticoncurrentiel des accords d'achats groupés

122. Généralement, les accords d'achats groupés, qui consistent en la négociation conjointe par deux acheteurs au moins avec un fournisseur donné, d'une ou plusieurs conditions de transaction qui régissent la fourniture de produits, ne restreignent pas nécessairement la concurrence par objet.
123. Les accords d'achats groupés à effets pro concurrentiels ne doivent ni déboucher ni favoriser des ententes entre acheteurs sur le marché de vente des produits concernés et, altérer par voie de conséquence le fonctionnement concurrentiel de ces marchés.
124. La fixation coordonnée des prix d'achat ou des conditions d'achat qui ne s'inscrit pas dans le cadre des accords d'achats groupés définis dans le paragraphe 122, peut

restreindre la concurrence par objet dès lors qu'elle favorise une coordination du comportement des parties à l'accord qui aboutit notamment à un renforcement de leur puissance d'achat, induisant :

- i. une fixation des prix d'achat ou des composants de ceux-ci, dont les prix maximaux qui seront payés et les remises minimales qui leur ont été accordées ;
- ii. une réduction de la gamme ou la qualité de l'offre sur le/s marché/és amont concerné/és ;
- iii. un risque potentiel d'éviction des fournisseurs et d'autres acheteurs concurrents.

125. Un accord d'achats groupés ayant pour but d'exclure un concurrent existant ou potentiel du ou des marchés de vente en aval, dit "boycottage horizontal", équivaut à une restriction de la concurrence par objet.

126. Les accords d'achats groupés peuvent également restreindre la concurrence par objet, s'ils aboutissent à une entente ou la favorisent entre les acheteurs, sur le/les marché/és aval à travers l'échange d'informations sensibles, visant à fixer les prix de vente, limiter la production et l'innovation ou répartir les marchés ou les clients sur les marchés de vente.

4.3. Evaluation des restrictions par effets des accords d'achats groupés

127. Les accords d'achats groupés peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché d'approvisionnement en cause et/ou le(s) marché(s) de vente où les parties à l'accord sont des concurrents.

128. Ainsi, deux marchés peuvent être affectés par un accord d'achats groupés :

- i. le (s) marché (s) d'approvisionnement en amont sur lequel/lesquels les parties à l'accord d'achats groupés négocient conjointement avec les fournisseurs ou effectuent leurs achats auprès de ces derniers ;
- ii. le (s) marché (s) de vente en aval sur lequel/lesquels les parties à l'accord d'achats groupés opèrent individuellement en tant que vendeurs.

129. Les accords d'achats groupés sont moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence lorsque les parties à l'accord ne disposent pas de pouvoir de marché sur le ou les marchés d'approvisionnement et de vente en cause.

130. L'accord d'achats groupés est susceptible de produire des effets restrictifs à la concurrence si les parties à l'accord d'achats détiennent un pouvoir de marché leur permettant de limiter l'accès des concurrents aux sources d'approvisionnement ou/et d'influencer les prix par rapport aux coûts de production et, par voie de conséquence, d'affecter le bien-être des consommateurs.

131. Toutefois, dans la plupart des cas, il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord d'achats groupés détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 30 %, tant sur le (s) marché (s) d'approvisionnement en cause que sur le (s) marché (s) de vente en cause.
132. Lorsque les parties à un accord d'achats groupés achètent conjointement une part importante des produits pour lesquels elles sont en concurrence en aval, leurs incitations à se livrer à une concurrence par les prix sur le (s) marché (s) de vente en aval peuvent être considérablement réduites. En effet :
- i. lorsque les parties à l'accord disposent ensemble d'un pouvoir de marché sur le ou les marchés de vente, il est moins probable que les gains d'efficacité générés par l'accord d'achats groupés profitent aux consommateurs ;
 - ii. avec une part de marché cumulée des parties à l'accord d'achats groupés sur le marché de vente en aval élevée, le risque de coordination de l'approvisionnement en amont entraînerait une coordination de la vente en aval.
133. Toutefois, lorsque les parties à un accord d'achats groupés ne disposent pas conjointement d'un pouvoir de marché ou ne sont pas présentes sur le (s) même (s) marché (s) de vente en cause, il est peu probable que l'accord d'achats groupés ait des effets restrictifs à la concurrence sur le (s) marché (s) de vente.

5. ACCORDS DE MISE EN COMMUN D'INFRASTRUCTURES DE STOCKAGE

5.1. Généralités

134. La présente partie précise les principes qui seront observés au titre de l'évaluation des accords de coopération horizontale qui portent sur une mutualisation des capacités de stockage entre opérateurs actifs sur le ou les mêmes marchés, au regard de l'Art. 6 de la Loi n° 104-12 telle que modifiée et complétée.
135. Est entendu comme mutualisation des capacités de stockage tout investissement de développement de telles infrastructures, engagé par un ou plusieurs opérateurs d'un secteur et à même de profiter à tous les opérateurs du secteur concerné ou une partie d'entre eux ou, le cas échéant, la gestion et l'exploitation d'une infrastructure de stockage existante.
136. Une des configurations de cette mutualisation d'infrastructures de stockage, peut-être le partage de l'accès à des capacités, développées par un opérateur d'un secteur ou plusieurs d'entre eux, i avec des tiers bénéficiaires moyennant une tarification appliquée.

137. La mutualisation des capacités de stockage peut être réalisée de différentes manières, notamment par le biais d'une société détenue par l'ensemble des parties utilisatrices desdites capacités ou certaines d'entre elles, ou d'une coopérative ou au moyen d'une autre forme de coopération. Dans ce qui suit, ces diverses formes seront désignées "Mutualisation d'infrastructures de stockage".
138. Les infrastructures mutualisées peuvent servir à un stockage temporaire ou de longue durée.
139. La mutualisation d'infrastructures de stockage peut concerner des intrants, des sources d'énergie, des biens intermédiaires ou finis destinés à la transformation, à la revente en l'état ou à une consommation propre.
140. Il est également possible qu'une mutualisation d'infrastructures de stockage couvre l'entreposage en commun et des prestations complémentaires telles que le transport, le contrôle de la qualité. La mutualisation d'infrastructures de stockage peut également intégrer la mise en commun des infrastructures et installations de réception et d'avitaillement. A ce titre, peuvent être cités, les pipelines de raccordement et de transport dotés d'équipements de pompage.
141. En règle générale, l'investissement initial dans des capacités de stockage est onéreux puisqu'il requiert des investissements financiers et logistiques qui restent lourds en termes de capitaux à mobiliser. Cela est d'autant plus vrai que de telles infrastructures exigent la mobilisation d'une assiette foncière ainsi qu'une construction et un aménagement, souvent suivant des spécifications techniques pouvant être dictées par des exigences légales, réglementaires et de sécurité. S'ajoutent à cet investissement initial, les charges de fonctionnement, tout aussi importantes, qui intègrent entre autres, suivant la nature des produits stockés, les coûts de conformité précités.
142. Une mutualisation d'infrastructures de stockage peut revêtir un caractère pro concurrentiel, notamment lorsqu'elle permet de garantir des effets bénéfiques sur les coûts supportés par les opérateurs et une continuité de l'approvisionnement de leurs activités et, in fine, par des gains qui bénéficient au consommateur.
143. Cela est spécifiquement vérifié dans un contexte de dépendance au marché international pour l'approvisionnement des activités économiques en produits ou sources d'énergie, fortement exposés à des fluctuations de prix. Il en va de même, dans des configurations de variabilité de la demande face à laquelle le stockage permet de lisser les fluctuations conjoncturelles. La mutualisation d'infrastructures de stockage est également à même de permettre aux parties concernées, particulièrement celles d'entre elles de petite et moyenne taille, de sécuriser leur approvisionnement suivant des conditions commerciales intéressantes dans le temps et de garantir, en conséquence, leur compétitivité sur le ou les marchés de

vente en aval. A cet effet, la mutualisation d'infrastructures de stockage peut notamment constituer un véritable instrument de modulation substituable à des marchés spot coûteux ou, à l'inverse, de profiter d'opportunités d'achat en spot pour la constitution de stocks.

144. Néanmoins, dans certains cas, la mutualisation d'infrastructures de stockage peut induire des problèmes de concurrence sur le ou les marchés d'achat en amont et/ou de vente en aval, pouvant limiter la fixation du prix par le libre jeu du marché, ou entraîner la répartition des marchés ou leur verrouillage anticoncurrentiel aux concurrents potentiels.
145. Il s'agit notamment des accords conclus entre des parties qui jouissent, individuellement ou collectivement, d'un pouvoir sur le (s) marché (s), amont ou aval, ou qui favorisent une coordination, qu'elle soit implicite ou tacite, sur les comportements commerciaux desdites parties. Ce risque est d'autant plus avéré si l'accord concerné comporte des clauses qui peuvent induire une discrimination ou une exclusion de nouveaux membres potentiels à l'accord.
146. Cela est également le cas d'accords qui n'offrent pas la transparence suffisante aux clients et concurrents existants ou potentiels par rapport aux conditions d'adhésion auxdits accords, ou par rapport aux modalités d'accès aux prestations fournies par ces infrastructures communes.
147. La nature des produits objet de la mise en commun du stockage peut induire des risques concurrentiels par l'augmentation de la transparence des marchés. Cela est notamment le cas de produits revendus en l'état ou ceux qui subissent des transformations mineures ou encore d'intrants dont le coût est déterminant dans la formation des prix d'écoulement sur le marché.
148. En tout état de cause, sont uniquement concernés les accords qui portent sur la mutualisation des capacités de stockage donnant lieu à la constitution de stocks commerciaux.
149. L'appréciation des restrictions, qu'elles soient par objet ou par effets, peut ne pas être appliquée aux accords portant sur la mise en place de capacités de stockage relatives aux stocks de sécurité stratégique. L'objectif étant de consolider la souveraineté nationale en matière d'approvisionnement de produits de première nécessité, notamment alimentaires, sanitaires et énergétiques.

5.2. Evaluation des restrictions par objet anticoncurrentiel de la mutualisation d'infrastructures de stockage

150. Généralement, la mutualisation d'infrastructures de stockage n'emporte pas de restrictions à la concurrence par objet, à moins qu'elle ne soit le support d'une entente anticoncurrentielle entre les parties à l'accord ou bénéficiaires des

infrastructures pour augmenter, entre autres, le risque de limiter l'offre, d'augmenter les prix, de restreindre ou verrouiller l'accès d'autres concurrents à ces infrastructures ou clients.

151. De ce fait, l'analyse devrait concerner la gouvernance de l'infrastructure de stockage mutualisée et son mode de gestion et de fonctionnement.
152. Le principe de base qui doit être vérifié est l'existence ou non d'une séparation fonctionnelle entre la société gestionnaire et les parties à l'accord ou bénéficiaires ainsi qu'une étanchéité informationnelle qui encadre tout échange d'informations sensibles entre ladite société et les parties à l'accord.
153. Au même titre, doit être garantie toute séparation des systèmes et moyens informatiques de la société gestionnaire et des parties à l'accord ou bénéficiaires.
154. Au cas où le statut de la société gestionnaire ouvre la possibilité d'un approvisionnement en commun par les parties à l'accord ou bénéficiaires, en sus des principes énoncés au niveau de la partie 4, devraient être prises toutes les dispositions nécessaires pour veiller à ce que cette coopération n'aboutisse, de quelque manière que ce soit, à un échange ou partage d'informations sensibles dans le cadre desdits accords, sur les modalités d'approvisionnement. En tout état de cause, les achats groupés ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché. Les parties devraient mettre en place tous les moyens et prendre toutes les précautions pour que leurs politiques commerciales respectives, y compris en matière tarifaire à la hausse comme à la baisse, reflètent l'évolution de l'offre et de la demande sur le marché, ainsi que le cycle d'approvisionnement, et l'état des stocks.
155. Les instances de gouvernance et organes de gestion de la société gestionnaire doivent mettre en place les moyens nécessaires pour se conformer aux orientations déclinées au niveau du § 3.5. et veiller à la garantie d'un cloisonnement strict des informations sensibles accessibles aux parties à l'accord. Ce cloisonnement doit également concerner toute autre information qui présente un quelconque intérêt pour les parties à l'accord sur les marchés sur lesquels elles sont actives.
156. Spécifiquement en ce qui concerne la gouvernance, doit être vérifié si celle-ci est assurée par des personnes indépendantes de chacune des parties à l'accord ou bénéficiaires.
157. En matière de gestion et de fonctionnement, l'accord devrait stipuler de manière claire l'autonomie dont devrait jouir l'entité gestionnaire des infrastructures de stockage mutualisées. A ce titre, celle-ci devrait être dotée de moyens techniques et financiers ainsi que d'une direction et d'un personnel propre pour la conduite et la supervision des activités courantes, et ce, pour lui garantir un fonctionnement indépendant des parties à l'accord et bénéficiaires.

158. Dans le cas où il s'avère nécessaire pour les parties à l'accord ou bénéficiaires de détacher du personnel au niveau de la société gestionnaire, il est important de veiller à ce que ce personnel n'ait aucun lien hiérarchique avec son entité de dépendance d'origine et ni accès à des informations individuelles sensibles. L'ensemble des représentants des parties à l'accord ou bénéficiaires au niveau de la société gestionnaire devront être soumis à des accords de confidentialité qui couvrent les informations individuelles sensibles des opérateurs concurrents de leurs entreprises de dépendance d'origine, auxquelles ils pourraient avoir accès dans le cadre de leurs fonctions.
159. Lorsque l'ouverture des infrastructures mutualisées à des parties tierces est prévue ou lorsque l'accès à cette infrastructure est indispensable pour exercer une activité économique sur un marché, l'accord ainsi que le statut de l'entité gestionnaire devraient définir des modalités et des conditions d'accès objectives, transparentes, équitables et non discriminatoires.

5.3. Evaluation des restrictions par effets de la mutualisation d'infrastructures de stockage

160. La mutualisation d'infrastructures de stockage peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur les marchés amont et aval où les parties concernées opèrent individuellement. Dans ce cas, l'évaluation consistera à vérifier, en premier, la nécessité d'une telle mutualisation, le caractère indispensable des restrictions en découlant, les gains d'efficacité collectivement dégagés par les opérateurs ainsi que le bénéfice éventuel pour le consommateur.
161. La mutualisation d'infrastructures de stockage est moins susceptible de poser des problèmes de concurrence, lorsque les parties concernées ne disposent pas de pouvoir de marché sur le ou les marchés de vente en cause, apprécié au regard des principes généraux énoncés dans les présentes lignes directrices
162. La mutualisation d'infrastructures de stockage est susceptible de produire des effets restrictifs à la concurrence, si les parties concernées procèdent à des achats en commun, ce qui est de nature à permettre une grande transparence par rapport à la formation des prix.
163. Ceci est spécifiquement vérifié si les parties concernées détiennent un pouvoir sur le même marché de la vente. Il en va de même, si l'accord favorise une coordination entre concurrents sur ce même marché par le biais d'échanges d'informations sensibles qui peuvent aboutir à une symétrie des prix de vente.