

FR

FR

FR



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le
SEC(2009) 946/3

PROJET DE COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices sur les restrictions verticales

PROJET DE COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices sur les restrictions verticales

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

TABLE DES MATIÈRES

	Points	Page
I. INTRODUCTION	1-7	3
1. Objet des présentes lignes directrices	1-4	3
2. Applicabilité de l'article 81 aux accords verticaux	5-7	4
II. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 1	8-22	4
1. Accords d'importance mineure et PME	8-11	4
2. Contrats d'agence	12-21	5
3. Accords de sous-traitance	22	9
III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	23-69	9
1. Zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie	23	9
2. Champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	24-46	9
3. Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie	47-60	17
4. Restrictions exclues par le règlement d'exemption par catégorie	61-65	23
5. Séparabilité des restrictions	66-67	24
6. Gamme des produits distribués par un même réseau de distribution	68-69	24
IV. RETRAIT DE L'EXEMPTION PAR CATÉGORIE ET EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	70-81	25
1. Procédure de retrait de l'exemption	70-74	25
2. Exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	75-81	26

V. DÉFINITION DES MARCHÉS ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ	82-91	27
1. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause	82	27
2. Définition du marché en cause aux fins du calcul du seuil de 30 % prévu par le règlement d'exemption par catégorie	83-88	27
3. Calcul de la part de marché en vertu du règlement d'exemption par catégorie	89-91	29
VI. POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES AU CAS PAR CAS	92-226	30
1. Cadre de l'analyse	92-123	30
1.1. Effets négatifs des restrictions verticales	96-101	31
1.2. Effets positifs des restrictions verticales	102-105	33
1.3. Méthode d'analyse	106-123	36
1.3.1. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1	107-117	36
1.3.2. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3	118-123	39
2. Analyse de certaines restrictions verticales	124-226	41
2.1. Monomarquisme	125-146	41
2.2. Distribution exclusive	147-163	47
2.3. Exclusivité de clientèle	164-169	52
2.4. Distribution sélective	170-184	53
2.5. Franchise	185-187	58
2.6. Fourniture exclusive	188-198	60
2.7. Redevances d'accès initial au linéaire	199-204	62
2.8. Accords de gestion par catégorie	205-209	63
2.9. Vente liée	210-218	64
2.10. Restrictions concernant le prix de vente	219-225	67
2.11. Autres restrictions verticales	226	69

I. INTRODUCTION

1. Objet des présentes lignes directrices

(1) Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 81 du traité CE¹. L'article 2, paragraphe 1, du règlement (CE) [insérer nouveau règlement] concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées² (ci-après «le règlement d'exemption par catégorie») définit ce qu'il y a lieu d'entendre par «accords verticaux» (voir points 24 à 46). Les présentes lignes directrices ne préjugent pas d'une possible application parallèle de l'article 82 du traité CE aux accords verticaux. La structure des lignes directrices est la suivante:

- la section II (points 8 à 22) décrit les accords verticaux qui ne tombent généralement pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1,
- la section III (points 23 à 69) commente l'application du règlement d'exemption par catégorie,
- la section IV (points 70 à 81) expose les principes qui régissent le retrait de l'exemption et l'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie,
- la section V (points 82 à 91) traite des questions relatives à la définition des marchés et au calcul des parts de marché,
- et enfin la section VI (points 92 à 226) décrit le cadre général d'analyse et la politique que la Commission entend suivre pour l'application des règles de concurrence communautaires, au cas par cas, à des accords verticaux.

(2) Dans les présentes lignes directrices, l'analyse est applicable tant aux biens qu'aux services, même si certaines restrictions verticales se pratiquent surtout dans la distribution des biens. En outre, les accords verticaux peuvent porter sur des biens et services intermédiaires comme sur des biens et services finals. Sauf indication contraire, l'analyse et les arguments développés ici s'appliquent à tous les types de biens et de services et à tous les stades du commerce. La notion de «produits» englobe les biens et les services; celles de «fournisseur» et d'«acheteur» sont utilisées pour tous les niveaux du commerce. L'article 81 ne s'appliquant qu'aux accords entre entreprises, le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords conclus avec les consommateurs finals lorsque ceux-ci ne sont pas des entreprises.

(3) La Commission publie les présentes lignes directrices afin d'aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence communautaires. Les critères qui y sont exposés doivent être appliqués en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, ce qui exclut toute application mécanique. Chaque cas doit donc être apprécié à

¹ Elles remplacent la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur les restrictions verticales» (JO C 291 du 13.10.2000, p. 1).

² Référence du nouveau règlement d'exemption par catégorie.

la lumière des faits qui lui sont propres. La Commission peut réviser la présente communication de temps à autre à la lumière de l'évolution de la situation et de l'état de ses connaissances.

(4) Les présentes lignes directrices ne préjugent pas l'interprétation que pourraient adopter le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes en ce qui concerne l'application de l'article 81 du traité CE aux accords verticaux.

2. Applicabilité de l'article 81 aux accords verticaux

(5) L'article 81 du traité CE s'applique aux accords verticaux qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence (ci-après «restrictions verticales»)³. L'article 81 forme un cadre juridique approprié pour une juste appréciation des restrictions verticales, en établissant une distinction entre les effets anticoncurrentiels et les effets favorables à la concurrence: l'article 81, paragraphe 1, interdit les accords qui restreignent ou faussent sensiblement la concurrence, tandis que l'article 81, paragraphe 3, accorde une exemption aux accords qui produisent des gains d'efficacité suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels⁴.

(6) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs niveaux du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales et elles peuvent permettre des gains d'efficacité substantiels.

(7) L'article 81 vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords (en l'espèce, à des accords verticaux) pour restreindre la concurrence sur le marché, au détriment des consommateurs. L'examen des restrictions verticales est aussi important dans le contexte de l'objectif plus large de réalisation d'un marché intérieur intégré. En effet, l'intégration des marchés renforce la concurrence dans la Communauté. Les entreprises ne devraient pas pouvoir recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés.

II. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELEVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 1

1. Accords d'importance mineure et PME

(8) Les accords qui ne sont pas de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres ou qui n'ont pas pour objet ou pour effet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1. Le règlement d'exemption par catégorie n'est applicable qu'aux accords entrant dans le champ d'application de l'article 81,

³ Voir notamment l'arrêt du 13 juillet 1966 dans les affaires jointes 56/64 et 58/64, Grundig-Consten/Commission, Recueil 1966, p. 429, l'arrêt du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH, Recueil 1966, p. 337, et l'arrêt du 14 juillet 1994 dans l'affaire T-77/92, Parker Pen Ltd/Commission, Recueil 1994, p. II-549.

⁴ Voir la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97), qui expose la méthode générale de la Commission et l'interprétation que celle-ci donne aux conditions d'application de l'article 81, paragraphes 1 et 3.

paragraphe 1. Les présentes lignes directrices ne préjugent pas l'application de la communication sur la règle «*de minimis*» actuellement en vigueur ni de toute communication future en la matière⁵.

(9) Sous réserve des conditions énoncées dans la communication «*de minimis*» en ce qui concerne les restrictions caractérisées et l'effet cumulatif, les accords verticaux conclus par des entreprises non concurrentes dont la part individuelle ne dépasse pas 15 % du marché en cause sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 81, paragraphe 1⁶. Les accords verticaux conclus par des entreprises dont la part de marché est supérieure à 15 % ne sont pas présumés enfreindre automatiquement l'article 81, paragraphe 1. Il se peut que des accords entre entreprises dont la part de marché est supérieure à 15 % n'aient pas d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou ne constituent pas une restriction sensible pour le jeu de la concurrence⁷. Ces accords doivent être appréciés dans leur contexte juridique et économique. Les critères d'appréciation des accords au cas par cas sont exposés aux points 92 à 226.

(10) En ce qui concerne les restrictions caractérisées visées dans la communication «*de minimis*», l'article 81, paragraphe 1, peut s'appliquer au-dessous du seuil de 15 %, à condition qu'il y ait un effet sensible sur le commerce entre les États membres et sur la concurrence. À cet égard, il convient de se référer à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance⁸. Il peut aussi être nécessaire d'apprécier les effets positifs et négatifs des restrictions caractérisées décrites en particulier au point 47 des lignes directrices.

(11) De plus, la Commission estime que, sous réserve de l'absence d'effet cumulatif et de restrictions caractérisées, les accords verticaux entre petites et moyennes entreprises telles qu'elles sont définies dans l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission⁹ sont rarement de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres ou à restreindre sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, et ne relèvent donc pas, d'une manière générale, de cette disposition. Lorsque de tels accords remplissent néanmoins les conditions d'application de l'article 81, paragraphe 1, la Commission s'abstient normalement d'ouvrir la procédure en raison de l'absence d'un intérêt communautaire suffisant, à moins que les entreprises considérées ne détiennent, collectivement ou séparément, une position dominante sur une partie substantielle du marché commun.

2. Contrats d'agence

i) Définition

⁵ Voir la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13).

⁶ Pour les accords entre entreprises concurrentes, le seuil de part de marché «*de minimis*» est fixé à 10 % pour leur part de marché collective sur chacun des marchés en cause affectés.

⁷ Voir l'arrêt du 8 juin 1995 dans l'affaire T-7/93, Langnese-Iglo GmbH/Commission, point 98, Recueil 1995, p. II-1533.

⁸ Voir l'arrêt du 9 juillet 1969 dans l'affaire 5-69, Völk/Vervaecke, Recueil 1969, p. 295, l'arrêt du 6 mai 1971 dans l'affaire 1-71, Cadillon/Höss, Recueil 1971, p. 351, et l'arrêt du 28 avril 1998 dans l'affaire C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, points 16 et 17, Recueil 1998, p. I-1983.

⁹ JO L 124 du 20.5.2003, p. 36.

(12) Un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de:

- l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de
- la vente de biens ou de services fournis par le commettant.

(13) Le facteur déterminant pour établir l'existence d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné. À cet égard, le fait que l'agent agisse pour le compte d'un ou de plusieurs commettants est sans incidence, de même que la qualification donnée à l'accord par ses parties ou par la législation nationale.

(14) Trois types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour établir l'existence d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1: tout d'abord les risques propres à chaque contrat, qui sont directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, comme le financement des stocks; ensuite, les risques liés aux investissements spécifiques au marché. Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier ce type de contrat. Ces investissements sont généralement irrécouvrables, ce qui signifie que lors de l'abandon du domaine d'activité considéré, ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes. Enfin, les risques liés à d'autres activités, telles que les services d'après-vente ou de réparation ou des activités menées sur d'autres marchés de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités (mais non pas en tant qu'agent agissant pour le compte du commettant) et où ces activités sont indispensables pour vendre ou acheter les biens ou services contractuels pour le compte du commettant¹⁰.

(15) Aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en liaison avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements spécifiques au marché considéré pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer et qui lui sont indispensables pour agir en tant qu'agent en relation avec les biens ou services contractuels. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation.

(16) Aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, un accord sera donc généralement considéré comme un contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas propriétaire des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels et qu'il:

¹⁰ Voir l'arrêt du 15 septembre 2005 dans l'affaire T-325/01, Daimler Chrysler AG/Commission, l'arrêt du 14 décembre 2006 dans l'affaire C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos SA, et l'arrêt du 11 septembre 2008 dans l'affaire C-279/06, CEPESA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL.

- ne contribue pas aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens ou des services contractuels, y compris les coûts de transport des biens. Cela n'empêche pas l'agent d'effectuer le service de transport, sous réserve que les coûts soient couverts par le commettant;
- ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens contractuels, et notamment ne supporte pas le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks, et peut retourner au commettant, sans frais, les invendus, à moins que sa responsabilité pour faute ne soit engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité suffisantes pour empêcher cette perte);
- n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par le produit vendu (responsabilité du fait des produits), sauf si sa responsabilité pour faute est engagée à cet égard;
- n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission, sauf si sa responsabilité pour faute est engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité ou contre le vol suffisantes ou de mesures raisonnables pour signaler un vol au commettant ou à la police, ou pour ne pas avoir communiqué au commettant toute information en sa possession concernant la fiabilité financière du client);
- n'est pas tenu, directement ni indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes, telles qu'une contribution au budget publicitaire du commettant;
- ne réalise pas d'investissements spécifiques au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel (par exemple, dans un réservoir d'essence pour la vente au détail de carburant ou dans un logiciel spécialisé pour la vente de polices d'assurance dans le cas d'agents d'assurance);
- ne crée pas ni n'exploite de services d'après-vente, de réparation ou de garantie exigés par le commettant, à moins d'être remboursé intégralement par le commettant ou que ces services ne soient pas indispensables pour vendre ou acheter les biens ou services contractuels pour le compte du commettant¹¹;
- ne mène pas d'activités sur d'autres marchés (de produits), sauf si celles-ci ne sont pas indispensables pour vendre ou acheter les biens ou services contractuels pour le compte du commettant.

(17) Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant, si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts précités, l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence. La question du risque doit être analysée au cas par cas et en tenant compte de la réalité économique plutôt que de la forme juridique. Pour des raisons pratiques, l'analyse de risque peut débiter par l'appréciation des risques spécifiques au contrat. Le fait que ces

¹¹ Voir l'arrêt du 15 septembre 2005 dans l'affaire T-325/01, Daimler Chrysler AG/Commission, point 113. Le Tribunal de première instance y indique que les risques supportés par l'agent dans le cadre de services d'après-vente ne sont en principe pas pertinents aux fins de l'appréciation des risques liés à la vente ou à l'achat du bien ou du service contractuel pour le compte du commettant. Ces risques doivent cependant être pris en considération s'ils sont indispensables pour vendre ou acheter le bien ou le service contractuel pour le compte du commettant.

risques soient supportés par l'agent suffit à conclure que celui-ci est un distributeur indépendant. Au contraire, si l'agent ne supporte aucun des risques spécifiques au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse et d'apprécier les risques liés aux investissements spécifiques au marché. Enfin, si l'agent ne supporte aucun des risques spécifiques au contrat ni des risques liés aux investissements spécifiques au marché, il y a lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités, telles que des services d'après-vente, pour autant que ces activités soient indispensables pour agir pour le compte du commettant.

ii) Application de l'article 81, paragraphe 1, aux contrats d'agence

(18) Dans le cas des contrats d'agence définis ci-dessus, la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant. Le commettant supportant les risques commerciaux et financiers liés à la vente et à l'achat des biens ou des services contractuels, aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 81, paragraphe 1. Les obligations suivantes qui pèsent sur l'agent sont considérées comme inhérentes à un contrat d'agence, dans la mesure où chacune d'elles est liée à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels, ce qui est essentiel si le commettant doit assumer les risques et doit, par conséquent, être à même de déterminer la stratégie commerciale:

- limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre les biens ou services,
- limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre les biens ou services,
- prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter les biens ou services.

(19) En plus de stipuler les conditions de vente ou d'achat par l'agent des biens ou services contractuels pour le compte du commettant, un contrat d'agence contient souvent des dispositions concernant les relations entre l'agent et le commettant. En particulier, il peut interdire au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité) ou interdire à l'agent d'agir en tant qu'agent ou distributeur pour le compte d'entreprises concurrentes du commettant (clauses de monomarchisme). L'agent étant une entreprise distincte du commettant, les dispositions régissant leur relation peuvent enfreindre l'article 81, paragraphe 1. Les clauses d'exclusivité n'entraînent généralement pas d'effets anticoncurrentiels. En revanche, les clauses de monomarchisme et de non-concurrence après l'expiration de l'accord, qui concernent la concurrence intermarques, peuvent enfreindre l'article 81, paragraphe 1, si elles entraînent un effet de verrouillage (cumulatif) du marché en cause sur lequel les biens ou services contractuels se vendent ou s'achètent (voir notamment la section VI.2.1), ou y contribuent. Ces dispositions peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, en particulier lorsque les conditions prévues par l'article 5 du règlement la régissant sont remplies. Elles peuvent aussi être individuellement justifiées par des gains d'efficacité au sens de l'article 81, paragraphe 3, ainsi qu'il est expliqué aux points 140 à 144 ci-après.

(20) Même si le commettant supporte tous les risques commerciaux et financiers correspondants, un contrat d'agence peut également relever de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'il facilite la collusion. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'un certain nombre de commettants font appel aux mêmes agents et empêchent collectivement d'autres commettants

de recourir à ces mêmes agents, ou se servent de ces agents pour s'entendre sur une stratégie commerciale ou pour s'échanger des informations sensibles sur le marché.

(21) Lorsque l'agent supporte tout ou partie des risques pertinents décrits au point 16, l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1. Dans ce cas, l'agent sera regardé comme un distributeur indépendant et l'accord le liant au commettant relèvera de l'article 81, paragraphe 1, comme tout autre accord vertical.

3. Accords de sous-traitance

(22) Selon un accord de sous-traitance, un donneur d'ordre fournit une technologie ou un équipement à un sous-traitant qui s'engage à fabriquer certains produits (exclusivement) pour lui sur la base de cette technologie ou de cet équipement. Les accords de sous-traitance sont couverts par la communication de la Commission concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité¹². Conformément à cette communication, qui reste applicable, les contrats de sous-traitance en vertu desquels le sous-traitant s'engage à fabriquer certains produits exclusivement pour le donneur d'ordre ne sont généralement pas visés par l'article 81, paragraphe 1, pour autant que la technologie ou l'équipement considérés soient nécessaires pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits. Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement ou de ne pas produire, en général, pour des tiers, peuvent relever de l'article 81¹³.

III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

1. Zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie

(23) Le règlement d'exemption par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux selon la part de marché que détiennent le fournisseur et l'acheteur. Conformément à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, la part de marché du fournisseur sur le marché où il vend les biens ou les services contractuels et la part de marché de l'acheteur sur le ou les marchés où il revend les biens ou les services contractuels ou vend les produits qu'il a fabriqués à l'aide des biens ou des services contractuels déterminent l'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie puisse s'appliquer, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur ne doivent pas dépasser le seuil de 30 %. Sur la question des parts de marché, voir la section V (points 82 à 91).

2. Champ d'application du règlement d'exemption par catégorie

i) Définition des accords verticaux

(24) Les accords verticaux sont définis à l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie comme des «accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la

¹² JO C 1 du 3.1.1979, p. 2.

¹³ Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.

chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services».

(25) Cette définition contient quatre éléments principaux:

- le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords et aux pratiques concertées. Il ne s'applique pas à un comportement unilatéral des entreprises concernées. Ce comportement unilatéral peut relever de l'article 82 du traité CE, qui interdit les abus de position dominante. Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 81, il suffit que les parties aient exprimé leur intention commune de se comporter d'une manière particulière sur le marché. La forme sous laquelle cette intention est exprimée n'est pas importante, pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci. En l'absence d'accord explicite exprimant la volonté concordante des parties, la Commission devra prouver que la stratégie unilatérale d'une partie reçoit l'acquiescement de l'autre. Dans le cas d'accords verticaux, cet acquiescement à une stratégie unilatérale particulière peut être établi de deux manières: premièrement, il peut être déduit des pouvoirs conférés aux parties dans le cadre d'un accord général préalablement établi. Si les clauses de l'accord préétabli prévoient ou permettent qu'une partie adopte ultérieurement une stratégie unilatérale particulière qui sera contraignante pour l'autre partie, l'acquiescement à cette stratégie par l'autre partie peut être établi sur cette base¹⁴. Deuxièmement, en l'absence d'acquiescement explicite, la Commission peut démontrer l'existence d'un acquiescement tacite. Pour ce faire, il convient de montrer, premièrement, qu'une partie exige, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre partie à la mise en œuvre de sa stratégie unilatérale et, deuxièmement, que l'autre partie se plie à cette exigence¹⁵. À titre d'exemple, si après l'annonce par un fournisseur d'une réduction unilatérale de ses livraisons afin d'empêcher tout commerce parallèle, les distributeurs réduisent immédiatement leurs commandes et cessent de pratiquer un commerce parallèle, il y a acquiescement tacite de leur part à la stratégie unilatérale du fournisseur. De même, dans le cas d'accords verticaux, l'acquiescement tacite peut être déduit du niveau de la coercition exercée par une partie pour imposer sa stratégie unilatérale à l'autre ou aux autres parties à l'accord, en liaison avec le nombre de distributeurs qui mettent effectivement en œuvre la stratégie unilatérale du fournisseur dans la pratique. Par exemple, un système de suivi et de pénalités instauré par un fournisseur pour sanctionner les distributeurs qui ne respectent pas sa stratégie unilatérale dénote un acquiescement tacite à cette stratégie si ce système permet au fournisseur de mettre en œuvre sa stratégie dans la pratique. Les deux manières d'établir l'existence d'un acquiescement décrites ci-dessus peuvent être utilisées conjointement;
- l'accord ou la pratique concertée réunit deux ou plus de deux entreprises. Les accords verticaux conclus avec les consommateurs finals qui ne sont pas des entreprises ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie. D'une manière plus générale, les accords conclus avec des consommateurs finals ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1, car cet article ne s'applique qu'aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées entre entreprises. Cela ne porte pas atteinte à l'application éventuelle de l'article 82 du traité;

¹⁴ Arrêt du 13 juillet 2006 dans l'affaire C-74/04 P, Commission/Volkswagen AG.

¹⁵ Arrêt du 26 octobre 2000 dans l'affaire T-41/96, Bayer AG/Commission.

- chacune des entreprises participant à l'accord ou à la pratique concertée agit, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution. À titre d'exemple, une entreprise produit une matière première que l'autre entreprise utilise comme bien intermédiaire, ou la première est un fabricant, la deuxième un grossiste et la troisième un détaillant; ceci n'exclut pas les cas où une entreprise est présente à plus d'un niveau de la chaîne de production ou de distribution;
- les accords et pratiques concertées concernent les conditions dans lesquelles les parties à l'accord, à savoir le fournisseur et l'acheteur, «peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services». L'objet du règlement d'exemption par catégorie est en effet de couvrir les accords d'achat et de distribution. Il s'agit d'accords qui concernent les conditions d'achat, de vente ou de revente des biens ou des services acquis auprès du fournisseur ou qui concernent les conditions de vente par l'acheteur de biens ou de services dans lesquels sont incorporés ces biens ou services. Pour l'application du règlement d'exemption par catégorie, tant les biens ou les services auprès du fournisseur que les biens ou services qui en résultent sont considérés comme des biens ou des services contractuels. Les accords verticaux portant sur tous les biens et services, qu'ils soient finals ou intermédiaires, sont couverts. La seule exception est le secteur automobile, tant que ce secteur reste régi par l'exemption par catégorie particulière prévue par le règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission¹⁶. L'acheteur peut revendre les biens ou les services acquis auprès du fournisseur ou les utiliser comme biens ou services intermédiaires aux fins de sa propre activité de production.

(26) Le règlement d'exemption par catégorie est aussi applicable aux biens vendus ou achetés en vue d'être loués à des tiers. Toutefois, les baux et contrats de location en tant que tels ne sont pas couverts par le règlement, étant donné qu'aucun bien ni service n'est vendu par le fournisseur à l'acheteur. Plus généralement, le règlement ne couvre pas les restrictions ou obligations qui ne sont pas liées aux conditions d'achat, de vente ou de revente, comme par exemple une obligation interdisant aux parties de mener des activités de recherche et de développement indépendantes, que les parties peuvent avoir introduites dans un accord par ailleurs vertical. De plus, l'article 2, paragraphes 2 à 5, exclut directement ou indirectement certains accords verticaux du bénéfice de l'exemption par catégorie.

ii) Accords verticaux entre concurrents

(27) L'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie exclut expressément de son champ d'application les «accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes». Les accords verticaux entre concurrents sont traités, quant à leurs éventuels effets de collusion, dans les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale¹⁷. Les aspects verticaux de ces accords doivent toutefois être appréciés au regard des présentes lignes directrices. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie définit les entreprises concurrentes comme des «fournisseurs actuels ou potentiels sur le même marché de produits», qu'ils soient ou non en concurrence sur le même marché géographique. Les entreprises concurrentes sont des entreprises qui sont des fournisseurs actuels ou potentiels des biens ou services contractuels, ou de biens ou services qui leur sont substituables. Un fournisseur potentiel est une entreprise qui ne produit pas encore de produit concurrent, mais pourrait le faire et serait prête à le faire

¹⁶ JO L 203 du 31.7.2002, p. 30.

¹⁷ JO C 3 du 6.1.2001. Nouvelle référence à la prochaine révision aussi nécessaire.

en l'absence de l'accord, en réponse à une augmentation légère mais durable des prix relatifs. Il faut que cette entreprise soit capable et susceptible de réaliser les investissements supplémentaires nécessaires et d'approvisionner le marché dans un délai d'un an. L'évaluation de cette condition doit être réaliste, une possibilité d'entrée sur le marché n'étant pas suffisante si elle est purement théorique¹⁸.

(28) L'exclusion générale des accords verticaux entre concurrents compte deux exceptions, qui sont exposées à l'article 2, paragraphe 4, et concernent les accords non réciproques. Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords non réciproques entre concurrents lorsque 1) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas de biens concurrents ou 2) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux du commerce alors que l'acheteur agit au niveau du commerce de détail et ne fournit pas de services concurrents au niveau du commerce où il achète les services contractuels. La première exception couvre les situations de distribution duale, c'est-à-dire celles où le fabricant d'un produit particulier est aussi distributeur de ce produit, en concurrence avec les distributeurs indépendants qui vendent aussi son produit. Un distributeur qui fournit des caractéristiques techniques à un fabricant pour la production d'un bien donné sous sa marque de distributeur ne saurait être considéré comme le fabricant de ces biens. La seconde exception couvre des situations comparables de distribution duale, mais de services cette fois, lorsque le fournisseur est aussi prestataire de services au niveau du commerce de détail où l'acheteur agit.

iii) Associations de détaillants

(29) L'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie inclut dans son champ d'application les accords verticaux conclus par une association d'entreprises qui remplit certaines conditions et, partant, il exclut du bénéfice de l'exemption par catégorie les accords verticaux conclus par toutes les autres associations. Le règlement ne s'applique aux accords verticaux conclus entre une association et ses membres, ou entre une association et ses fournisseurs, que si tous les membres sont détaillants de biens (non de services) et qu'aucun d'eux ne réalise individuellement un chiffre d'affaires qui dépasse 50 millions d'euros. Les détaillants sont des distributeurs qui revendent les biens au consommateur final. Un léger dépassement du seuil de chiffre d'affaires de 50 millions d'euros par un petit nombre de membres de l'association ne change normalement pas l'appréciation au regard de l'article 81.

(30) Une association d'entreprises peut impliquer l'existence à la fois d'accords horizontaux et d'accords verticaux. Les accords horizontaux doivent être appréciés en appliquant les principes exposés dans les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux accords de coopération horizontale. Si cette appréciation amène à conclure qu'une coopération entre entreprises en matière d'achats ou de ventes est acceptable, une évaluation complémentaire sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus par l'association avec ses fournisseurs ou chacun de ses membres. Cette évaluation complémentaire s'effectuera au regard des dispositions du règlement d'exemption par catégorie et des présentes lignes directrices. Ainsi, des accords horizontaux conclus entre les membres de l'association ou des décisions adoptées par l'association, telles que les décisions imposant aux membres l'obligation d'acheter à l'association ou concédant des territoires exclusifs aux membres de

¹⁸ Voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5), points 20 à 24, le XIII^e rapport de la Commission sur la politique de concurrence, point 55, et la décision 90/410/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/32.009, Elopak/Metal Box-Odin (JO L 209 du 8.8.1990, p. 15).

l'association, devront être appréciés en premier lieu en tant qu'accords horizontaux. Ce n'est que si cette appréciation mène à la conclusion que l'accord est acceptable qu'il sera nécessaire d'examiner les accords verticaux entre l'association et chacun de ses membres ou entre l'association et les fournisseurs.

iv) Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle (DPI)

(31) L'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie inclut dans son champ d'application les accords verticaux qui contiennent certaines dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de DPI et, ce faisant, exclut du champ d'application du règlement tous les autres accords verticaux contenant des dispositions concernant les DPI. Le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions en matière de DPI lorsque cinq conditions sont remplies:

- les dispositions concernant les DPI doivent faire partie intégrante d'un accord vertical, c'est-à-dire d'un accord concernant les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
- les DPI doivent être cédés à l'acheteur ou celui-ci doit être autorisé à les utiliser;
- les dispositions concernant les DPI ne doivent pas constituer l'objet principal de l'accord;
- les dispositions concernant les DPI doivent être directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. Dans la franchise, où la commercialisation constitue l'objet de l'exploitation de DPI, les biens ou les services sont distribués par le franchisé principal ou par les franchisés;
- les dispositions concernant les DPI ne doivent pas comporter, en relation avec les biens ou les services contractuels, de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du règlement d'exemption par catégorie.

(32) Ces conditions garantissent que le règlement d'exemption par catégorie s'appliquera aux accords verticaux dans le cadre desquels l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services peut s'effectuer avec plus d'efficacité parce que les DPI sont cédés à l'acheteur ou que celui-ci est autorisé à les utiliser. En d'autres termes, les restrictions relatives à la cession ou à l'utilisation de DPI peuvent être couvertes par l'exemption lorsque l'objet principal de l'accord est l'achat ou la distribution de biens ou de services.

(33) La première condition précise que le contexte dans lequel les DPI sont cédés est un accord d'achat ou de distribution de biens ou un accord d'achat ou de prestation de services et non un accord concernant la cession ou l'octroi sous licence de DPI en vue de la fabrication de biens ni un accord pur de licence. Le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas, par exemple:

- les accords en vertu desquels une partie fournit à l'autre partie une recette et lui concède une licence pour la production d'une boisson à partir de cette recette,
- les accords aux termes desquels une partie fournit à l'autre partie un moule ou un original et lui concède une licence pour la production et la distribution de copies,

- les licences pures de marque ou de signes distinctifs à des fins de marchandisage,
- les contrats de parrainage ou de mécénat portant sur le droit de se présenter comme mécène officiel d'un événement,
- les licences de droits d'auteur telles que les contrats de radiodiffusion prévoyant le droit d'enregistrer ou de diffuser un événement.

(34) La deuxième condition implique que le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas lorsque les DPI sont cédés par l'acheteur au fournisseur, indépendamment du fait de savoir si les DPI concernent un mode de fabrication ou de distribution. Un accord sur la cession de DPI au fournisseur qui contiendrait éventuellement des restrictions quant aux ventes réalisées par ce dernier ne serait pas couvert par l'exemption par catégorie. Cela signifie notamment qu'un accord de sous-traitance assorti de la cession d'un savoir-faire au sous-traitant¹⁹ ne relève pas du champ d'application du règlement. Toutefois, les accords verticaux en vertu desquels l'acheteur ne procure au fournisseur que des caractéristiques techniques décrivant les biens ou services qui doivent être fournis sont couverts par l'exemption par catégorie.

(35) Il est indiqué dans la troisième condition que, pour être couvert par le règlement d'exemption par catégorie, l'objet principal de l'accord ne doit pas être la cession ou l'octroi sous licence de DPI. L'objet principal de l'accord doit être l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services, et les dispositions en matière de DPI doivent servir à l'exécution de l'accord vertical.

(36) La quatrième condition implique que les dispositions concernant les DPI visent à faciliter l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. Les biens ou services destinés à l'utilisation ou à la revente sont normalement fournis par le donneur de licence, mais ils peuvent aussi être achetés à un tiers par le preneur de licence. Ces dispositions en matière de DPI concernent en général la commercialisation de biens ou services. C'est par exemple le cas lorsqu'un accord de franchise prévoit que le franchiseur vend au franchisé des biens destinés à la revente et lui concède, en outre, une licence pour l'utilisation de sa marque et de son savoir-faire pour commercialiser les biens. C'est aussi le cas lorsque le fournisseur d'un extrait concentré concède à l'acheteur une licence pour lui permettre de diluer et d'embouteiller cet extrait concentré avant de le vendre à l'état de boisson.

(37) La cinquième condition implique notamment que les dispositions relatives aux DPI ne doivent pas avoir un objet identique à celui d'une des restrictions caractérisées énumérées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie ni à celui d'une des restrictions non couvertes par le règlement d'exemption en vertu de l'article 5 (voir les points 47 à 65).

(38) Les DPI qui peuvent être considérés comme destinés à assurer l'exécution d'accords verticaux au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie, concernent généralement trois grands domaines: les marques, le droit d'auteur et le savoir-faire.

¹⁹ Voir la communication concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance (JO C 1 du 3.1.1979, p. 2).

Les marques

(39) Une licence de marque concédée à un distributeur peut être liée à la distribution des produits du donneur de licence sur un territoire donné. S'il s'agit d'une licence exclusive, l'accord équivaut à une distribution exclusive.

Le droit d'auteur

(40) Les revendeurs de biens protégés par le droit d'auteur (livres, logiciels, etc.) peuvent être contraints par le titulaire du droit d'auteur de ne revendre les biens considérés qu'à la condition d'interdire à l'acheteur, qu'il s'agisse d'un autre revendeur ou de l'utilisateur final, d'enfreindre le droit d'auteur. Pareilles obligations imposées au revendeur, pour autant qu'elles relèvent de l'article 81, paragraphe 1, sont couvertes par le règlement d'exemption par catégorie.

(41) Les accords en vertu desquels des copies d'un logiciel sont fournies en vue de leur revente et aux termes desquels le revendeur n'acquiert pas de licence sur les droits protégeant le logiciel, mais a seulement le droit de revendre ces copies, sont à considérer, pour l'application du règlement d'exemption par catégorie, comme des accords de fourniture de biens en vue de la revente. Dans ce mode de distribution, la concession d'une licence de logiciel n'a lieu qu'entre le titulaire du droit d'auteur et l'utilisateur du logiciel. Il peut s'agir d'un type de licence qui stipule que l'ouverture de l'emballage du logiciel vaut acceptation des conditions de l'éditeur («shrink wrap licence»).

(42) En ce qui concerne le matériel informatique dans lequel sont incorporés des logiciels protégés par le droit d'auteur, le titulaire du droit d'auteur peut interdire à l'acheteur d'enfreindre ce droit; par exemple, il peut lui interdire de faire des copies des logiciels pour les revendre ou les utiliser sur un autre matériel informatique. Pareilles restrictions en matière d'utilisation, pour autant qu'elles relèvent de l'article 81, paragraphe 1, sont couvertes par le règlement d'exemption par catégorie.

Le savoir-faire

(43) Les accords de franchise, à l'exception des accords de franchise industrielle, sont le meilleur exemple de communication de savoir-faire à l'acheteur à des fins commerciales. Les accords de franchise contiennent des licences de DPI concernant des marques, des signes distinctifs ou un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou pour la prestation de services. Outre la licence de DPI, le franchiseur fournit habituellement au franchisé une assistance commerciale ou technique pendant toute la durée de l'accord, telle que des services en matière d'approvisionnement, une formation, des conseils immobiliers, une planification financière, etc. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée.

(44) L'octroi de licence prévu dans un accord de franchise bénéficie de l'exemption par catégorie si chacune des cinq conditions énumérées au point 31 est remplie. Cela est normalement le cas étant donné que, dans la plupart des accords de franchise, y compris les accords de franchise principale, le franchiseur fournit au franchisé des biens ou des services, notamment des services d'assistance commerciale ou technique. Les DPI aident le franchisé à revendre les produits que lui fournit le franchiseur ou un fournisseur désigné par ce dernier, ou à utiliser ces produits et à vendre les biens ou les services qui en résultent. Si un accord de franchise prévoit seulement, ou à titre principal, la concession d'une licence de DPI, il n'est pas couvert par l'exemption par catégorie, mais la Commission lui appliquera généralement

les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et dans les présentes lignes directrices.

(45) Les obligations suivantes liées à des DPI sont généralement considérées comme nécessaires à la protection des DPI du franchiseur et, si elles relèvent de l'article 81, paragraphe 1, également couvertes par le règlement d'exemption par catégorie:

- a) l'obligation pour le franchisé de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire;
- b) l'obligation pour le franchisé de ne pas acquérir, dans le capital d'une entreprise concurrente, une participation financière qui lui donnerait le pouvoir d'influencer le comportement économique de cette entreprise;
- c) l'obligation pour le franchisé de ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur aussi longtemps que ce savoir-faire n'est pas tombé dans le domaine public;
- d) l'obligation pour le franchisé de communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et de lui accorder, ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience;
- e) l'obligation pour le franchisé d'informer le franchiseur des contrefaçons des DPI octroyés sous licence, d'intenter une action contre les contrefacteurs ou d'assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur;
- f) l'obligation pour le franchisé de ne pas utiliser le savoir-faire concédé sous licence par le franchiseur à d'autres fins que l'exploitation de la franchise;
- g) l'obligation pour le franchisé de ne pas céder les droits et obligations résultant de l'accord de franchise sans le consentement du franchiseur.

v) Rapports avec les autres règlements d'exemption par catégorie

(46) L'article 2, paragraphe 5, dispose que le règlement d'exemption par catégorie «ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie». Autrement dit, le règlement ne s'applique pas aux accords verticaux couverts par le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission²⁰ sur les accords de transfert de technologie, par le règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission²¹ sur la distribution de véhicules automobiles ou par les règlements (CE) n° 2658/2000²² et (CE) n° 2659/2000²³ sur

²⁰ Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 123 du 27.4.2004, p. 11).

²¹ Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JO L 203 du 31.7.2002, p. 30).

²² Règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation (JO L 304 du 5.12.2000, p. 3).

l'exemption des accords verticaux conclus en liaison avec des accords horizontaux, ni par tout autre règlement futur en la matière.

3. Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie

(47) Le règlement d'exemption par catégorie énumère, en son article 4, une liste des restrictions caractérisées qui entraînent l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement²⁴. La présence d'une de ces restrictions caractérisées dans un accord peut laisser présumer que l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, ou qu'il est peu probable qu'il remplisse les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, auquel cas l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, cette présomption est réfutable, ce qui laisse la possibilité aux entreprises de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité au sens de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE dans un cas donné²⁵. Si les entreprises font valoir que des gains d'efficacité probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et que, globalement, toutes les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier soigneusement (et non pas simplement présumer) les effets négatifs probables sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies²⁶.

(48) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter. Lorsque des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées fixent directement le prix de vente, la restriction est flagrante. Toutefois, un prix de vente peut aussi être imposé par des moyens indirects. À titre d'exemples, on pourrait citer un accord qui fixe la marge du distributeur ou le niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini, un accord qui subordonne au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes ou le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur, le fait de relier le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par la concurrence, ainsi que des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions, des retards ou suspensions de livraison ou la résiliation de l'accord en cas de non-respect d'un niveau de prix donné. L'efficacité des moyens directs ou indirects de fixation des prix peut être accrue si ces moyens sont combinés avec des mesures visant à détecter les distributeurs qui vendent à bas prix (comme la mise en œuvre d'un système de surveillance des prix ou l'obligation pour le détaillant de dénoncer les autres membres du réseau de distribution qui

²³ Règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 304 du 5.12.2000, p. 7).

²⁴ Cette liste de restrictions caractérisées s'applique aux accords verticaux concernant les échanges intracommunautaires. Pour ce qui est des accords verticaux qui concernent les exportations vers un pays tiers ou des (ré)importations dans la Communauté, voir l'arrêt du 28 avril 1998 dans l'affaire C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Recueil 1998, p. I-1983.

²⁵ Voir en particulier les points 102 à 105 qui décrivent globalement les gains d'efficacité possibles liés aux restrictions verticales et la section VI.2.2.10 sur les restrictions concernant le prix de vente. Pour des orientations générales sur ce point, se reporter à la Communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité», mentionnée à la note 4.

²⁶ Ce qui est décrit ici comme deux mesures juridiques distinctes peut, dans la pratique, être un processus itératif, par lequel les parties et l'autorité compétente étoffent et améliorent en plusieurs étapes leurs argumentations respectives.

s'écartent du niveau de prix standard). De la même manière, la fixation directe ou indirecte des prix peut être rendue plus efficace si elle combinée avec des mesures susceptibles de dissuader l'acheteur de diminuer le prix de vente (lorsque, par exemple, le fournisseur imprime un prix de vente conseillé sur le produit ou oblige l'acheteur à appliquer une clause de «client le plus favorisé»). Les mêmes moyens indirects et les mêmes mesures d'accompagnement peuvent être utilisés pour faire d'un prix maximal ou conseillé l'équivalent d'un prix de vente imposé. Le recours à une mesure d'accompagnement particulière ou la communication par le fournisseur à l'acheteur d'une liste de prix conseillés ou de prix maximaux ne sont toutefois pas considérés en soi comme conduisant à des prix de vente imposés.

(49) Dans le cas des contrats d'agence, le commettant fixe normalement le prix de vente, étant donné que l'agent ne devient pas propriétaire des biens. Cependant, si un tel accord ne peut être considéré comme un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1 (voir points 12 à 21), une obligation qui interdit à l'agent de partager sa commission, qu'elle soit fixe ou variable, avec le client, ou restreint sa faculté de le faire, constituerait une restriction caractérisée en vertu de l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie. Pour que l'accord soit exempt de restriction caractérisée de ce type, l'agent doit donc rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant²⁷.

(50) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie concerne les accords et pratiques concertées qui ont directement ou indirectement pour objet de restreindre les ventes réalisées par un acheteur partie à l'accord ou par ses clients, pour autant que la restriction porte sur le territoire sur lequel l'acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels, ou sur la clientèle qu'ils peuvent viser. Cette restriction caractérisée est liée au partage du marché en territoires ou en clientèles. Elle peut découler d'obligations directes, comme l'obligation de ne pas revendre à certains clients ou à des clients situés sur certains territoires ou l'obligation de transmettre à d'autres distributeurs les commandes de ces clients. Elle peut aussi être le résultat de mesures indirectes destinées à dissuader le distributeur de réaliser des ventes avec ces clients, telles que le refus ou la réduction des primes ou des remises, la résiliation du contrat de fourniture, la diminution des volumes de livraison ou la limitation du volume de livraison en fonction de la demande sur le territoire ou au sein de la clientèle alloués, la menace de mettre un terme à l'accord ou des obligations de transfert des bénéficiaires. Elle peut aussi provenir du fait que le fournisseur n'assure pas un service de garantie à l'échelle de la Communauté, que tous les distributeurs sont normalement tenus d'assumer et en contrepartie duquel ils sont remboursés par le fournisseur, même pour des produits vendus sur leur territoire par d'autres distributeurs. Ces pratiques ont encore plus de chances d'être considérées comme une restriction pesant sur les ventes réalisées par l'acheteur lorsqu'elles sont associées à la mise en œuvre, par le fournisseur, d'un système de surveillance afin de vérifier la destination réelle des marchandises livrées (par exemple, en utilisant des étiquettes ou des numéros de série différenciés). Toutefois, dans un cas donné, il peut être possible de faire valoir, outre les gains d'efficacité au sens de l'article 81, paragraphe 3, que l'interdiction pour tous les distributeurs de vendre à certains utilisateurs finals peut être objectivement nécessaire²⁸ et ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1; elle ne sera donc pas regardée comme une restriction caractérisée si

²⁷ Voir, par exemple, la décision 91/562/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/32.737 – Eirpage (JO L 306 du 7.11.1991, p. 22), notamment son considérant 6.

²⁸ Voir le point 18 de la communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

elle ne restreint pas la concurrence qui s'exercerait en son absence compte tenu des conditions particulières dans lesquelles l'accord fonctionne, telles qu'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé. Une telle interdiction signifie que le fournisseur ne peut pas non plus vendre à ces clients. Ne sont pas non plus des restrictions caractérisées les obligations faites au revendeur en matière de présentation de la marque du fournisseur. L'article 4, point b), ne concernant que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients, les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne sont pas caractérisées, sous réserve des dispositions ci-après concernant la vente de pièces détachées dans le contexte de l'article 4, point e), du règlement d'exemption par catégorie.

(51) Il y a quatre exceptions à la restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie. La première est la possibilité pour un fournisseur de restreindre les ventes actives par un acheteur partie à l'accord sur un territoire ou à une clientèle concédés exclusivement à un autre acheteur ou que le fournisseur s'est réservés. Un territoire ou une clientèle sont alloués à titre exclusif lorsque, d'une part, le fournisseur accepte de vendre ses produits à un seul distributeur en vue de leur distribution sur un territoire ou à une clientèle donnée et, d'autre part, le distributeur exclusif est protégé des ventes actives sur son territoire ou à sa clientèle par le fournisseur et par tous les autres acheteurs dudit fournisseur à l'intérieur de la Communauté. Le fournisseur peut combiner la concession d'un territoire exclusif et d'une clientèle exclusive, par exemple en désignant un distributeur exclusif pour une clientèle déterminée sur un territoire donné. Cette protection de territoires exclusifs ou de clientèles exclusives doit cependant permettre les ventes passives sur ces territoires ou à ces clientèles. Pour l'application de l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie, la Commission caractérise comme suit les «ventes actives» et les «ventes passives»:

- par «ventes actives», on entend le fait de prospector des clients individuels, par exemple par publipostage (notamment l'envoi de courriels non sollicités) ou au moyen de visites, le fait de prospector une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire, ou encore l'établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente à l'intérieur de ce territoire;
- par «ventes passives», on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, en assurant la livraison des biens ou la prestation des services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale, soit dans les médias, soit sur internet, qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour toucher des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs.

(52) Chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits. Une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs parties à

l'accord ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou la vente par internet entraînerait la réalisation de ventes actives sur les territoires ou aux clients exclusifs d'autres distributeurs, par exemple. En général, le recours à internet n'est pas considéré comme une forme de vente active sur ces territoires ou à ces clientèles, car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. Le fait qu'il puisse avoir des effets en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un distributeur est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile à partir de n'importe quel lieu. Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive. La ou les langues utilisées sur le site en question ou dans la communication ne jouent normalement aucun rôle à cet égard. La Commission considère par exemple les situations suivantes comme des restrictions de ventes passives caractérisées:

- exiger d'un distributeur (exclusif) qu'il empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou qu'il les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs);
- exiger d'un distributeur (exclusif) qu'il mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif);
- exige d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées par internet²⁹;
- exige d'un distributeur qu'il paie, pour des produits destinés à être revendus par internet, un prix plus élevé que pour des produits destinés à être revendus autrement³⁰.

(53) En règle générale, un site internet n'est pas considéré comme une forme de vente active à certains clients, sauf s'il les vise spécifiquement. À titre d'exemple, la Commission considère la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients comme une forme de vente active à ces clients.

(54) Indépendamment des remarques qui précèdent, dans le cadre d'une exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Ce peut être utile en particulier pour la distribution sélective, cas dans lequel, sous couvert de l'exemption par catégorie, le fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un magasin classique ou d'une salle d'exposition avant de se lancer dans la distribution par internet. Les mêmes considérations s'appliquent à la vente sur catalogue. Dans un cas donné, il peut être possible de faire valoir, outre des gains d'efficacité au sens de l'article 81, paragraphe 3, qu'une interdiction catégorique de vendre par internet ou sur catalogue est objectivement nécessaire et ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1; elle ne sera donc pas regardée comme une

²⁹ Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son magasin traditionnel, ni ne fait obstacle à ce qu'il s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir les points 54 et 57). Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée de manière individuelle pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille dans le réseau ou la localisation géographique.

³⁰ Cela n'exclut pas que le fournisseur propose à l'acheteur une redevance fixe pour soutenir ses efforts de vente en ligne et hors ligne.

restriction caractérisée si elle ne restreint pas la concurrence qui s'exercerait en son absence compte tenu des conditions particulières dans lesquelles l'accord fonctionne, notamment lorsqu'elle a pour objet de faire respecter une interdiction générale de vendre des substances dangereuses par internet ou par la poste pour des raisons de sécurité ou de santé. En tout état de cause, le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet.

(55) Il y a trois autres exceptions à la restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie. Toutes trois autorisent la restriction des ventes tant actives que passives. La première exception est qu'il est permis d'empêcher un grossiste de vendre à des clients finals, ce qui permet au fournisseur de maintenir séparés le commerce de gros et celui de détail. La deuxième exception autorise un fournisseur à empêcher un distributeur désigné membre d'un système de distribution sélective de vendre, à tous les stades du commerce, à des distributeurs non agréés sur les marchés où un tel système est appliqué. La troisième exception permet à un fournisseur d'empêcher un acheteur de composants destinés à être incorporés dans un produit de revendre ces composants à des concurrents du fournisseur. La notion de «composant» désigne tous les biens intermédiaires, tandis que par «incorporation», on entend l'utilisation d'un bien intermédiaire pour produire un bien.

(56) Un distributeur qui sera le premier à vendre une nouvelle marque ou à vendre une marque existante sur un nouveau marché, assurant ainsi une véritable mise sur le marché en cause, peut devoir réaliser des investissements substantiels pour créer et/ou développer le nouveau marché, sur lequel il n'existait auparavant aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit lorsqu'il émane d'un certain fabricant. Ces dépenses sont souvent irrécupérables et, dans ces circonstances, il pourrait arriver que le distributeur refuse de conclure un accord de distribution en l'absence d'une protection, pendant un certain temps, contre les ventes passives (et actives) sur son territoire ou à sa clientèle par d'autres distributeurs. Lorsque le distributeur doit réaliser des investissements substantiels pour créer et/ou développer un nouveau marché, les restrictions imposées aux ventes passives d'autres distributeurs sur le territoire considéré ou à la clientèle visée sont donc généralement écartées du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant les deux premières années au cours desquelles le distributeur vend les biens ou services contractuels sur ce territoire ou à cette clientèle.

(57) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c), du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du réseau d'exercer son activité à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. Cela signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un système de distribution sélective, tel qu'il est défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point c), du règlement, quant aux utilisateurs, ou aux agents d'achat agissant pour le compte de ces utilisateurs, auxquels ils sont autorisés à vendre, sur le territoire sur lequel le fournisseur exploite son ou ses systèmes de distribution sélective. Dans un système de distribution sélective, les distributeurs devraient être libres de vendre les biens ou les services contractuels, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne soient pas équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente en magasin classique. Cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles devraient poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la

différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution³¹.

(58) Cela signifie également que la distribution sélective peut ne pas être combinée avec la distribution exclusive si cela conduit à une restriction des ventes actives ou passives par les distributeurs, à l'exception du fait que des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux. Ainsi, il peut être interdit à des distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité à partir de locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Dans ce contexte, l'utilisation d'internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent. Si le point de vente du distributeur est mobile (point de vente aménagé dans un véhicule), une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile. En outre, le fournisseur peut s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur, ou un petit nombre de distributeurs, sur une partie donnée du territoire sur lequel le système de distribution sélective est appliqué.

(59) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point d), du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des livraisons croisées entre distributeurs désignés à l'intérieur d'un système de distribution sélective. Cela signifie qu'un accord ou une pratique concertée ne peut avoir directement ou indirectement pour objet d'empêcher ou de restreindre les ventes actives ou passives des produits contractuels entre les distributeurs sélectionnés. Ces derniers doivent rester libres d'acheter les produits contractuels aux autres distributeurs désignés, membres du réseau, qui agissent au même stade du commerce ou à un stade différent. Il en résulte que la distribution sélective ne peut être combinée avec des restrictions verticales visant à contraindre les distributeurs à s'approvisionner en produits contractuels exclusivement auprès d'un fournisseur donné. Cela signifie également qu'à l'intérieur d'un réseau de distribution sélective, aucune restriction ne peut être imposée aux grossistes désignés en ce qui concerne leurs ventes du produit contractuel aux détaillants désignés.

(60) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point e), du règlement d'exemption par catégorie concerne les accords qui empêchent les utilisateurs finals, les réparateurs indépendants et les prestataires de services de s'adresser directement au fabricant de pièces détachées pour obtenir les pièces dont ils ont besoin, ou qui limitent cet accès direct. Un accord conclu entre un fabricant de pièces détachées et un acheteur qui incorpore ces pièces dans ses propres produits (équipementier) ne peut empêcher ni restreindre, directement ou indirectement, les ventes de ces pièces détachées par le fabricant à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à des prestataires de services indépendants. Il peut y avoir restriction indirecte notamment lorsque le fournisseur des pièces détachées est limité dans sa capacité de fournir les informations techniques et l'équipement spécial qui sont nécessaires pour permettre aux utilisateurs, aux réparateurs ou aux prestataires de services indépendants d'utiliser ces pièces détachées. En revanche, l'accord peut prévoir des restrictions concernant la fourniture des

³¹ Cette situation peut être illustrée par les exemples suivants:

- pour empêcher les ventes à des distributeurs non agréés, un fournisseur peut exiger de ses distributeurs désignés qu'ils ne vendent pas à un utilisateur final individuel plus d'une certaine quantité de produits contractuels. Cette exigence peut être plus ou moins stricte pour les ventes en ligne selon qu'il est plus facile ou plus difficile pour un distributeur non agréé d'obtenir ces produits par internet qu'en les achetant dans un magasin classique;
- pour garantir la livraison des produits contractuels en temps voulu, dans le cas des ventes hors ligne, un fournisseur peut exiger que les produits soient livrés immédiatement. État donné qu'une exigence identique n'est pas possible dans le cas des ventes en ligne, le fournisseur peut imposer certains délais de livraison réalistes pour ces ventes.

pièces détachées aux réparateurs ou aux prestataires de services auxquels l'équipementier a confié la réparation ou l'entretien de ses biens. En d'autres termes, l'équipementier peut imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien l'obligation de lui acheter les pièces détachées.

4. Restrictions exclues par le règlement d'exemption par catégorie

(61) L'article 5 du règlement d'exemption par catégorie exclut certaines obligations du bénéficiaire de l'exemption, même si le seuil de part de marché n'est pas dépassé. Le règlement continue toutefois à s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical, si celles-ci sont dissociables des obligations non exemptées.

(62) La première exclusion est prévue à l'article 5, point a), du règlement et concerne les obligations de non-concurrence. Ces obligations sont celles qui imposent à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels de biens ou services contractuels et de biens ou services substituables, calculés sur la base des achats effectués l'année précédente [voir la définition figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie]. Elles empêchent l'acheteur d'acquérir des biens ou services concurrents, ou limite leur volume à moins de 20 % du total de ses achats. Une interdiction de vendre des biens ou services concurrents par internet sera considérée comme une obligation de non-concurrence si, concrètement, elle oblige l'acheteur à limiter ses achats de biens ou services concurrents à moins de 20 % du total de ses achats. En l'absence de données concernant les achats effectués l'année précédant la conclusion du contrat, il est possible d'utiliser les estimations les plus précises que l'acheteur établit sur ses besoins totaux annuels. Ce type d'obligation de non-concurrence n'est pas couvert par l'exemption par catégorie lorsque sa durée est indéterminée ou dépasse cinq ans. Les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans ne sont pas non plus couvertes par l'exemption. En général, les obligations de non-concurrence bénéficient de l'exemption lorsque leur durée ne dépasse pas cinq ans et qu'aucun obstacle n'empêche l'acheteur de mettre effectivement un terme à ces obligations à la fin de cette période de cinq ans. Si, par exemple, un accord prévoit une obligation de non-concurrence d'une durée de cinq ans et que le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur, le remboursement du prêt ne doit pas empêcher l'acheteur de mettre effectivement fin à l'obligation de non-concurrence à la fin des cinq ans. De même, quand le fournisseur fournit à l'acheteur un équipement qui n'est pas propre à leur relation contractuelle, l'acheteur doit avoir la possibilité de racheter l'équipement à sa valeur de marché au terme de l'obligation de non-concurrence.

(63) Cette limitation de la durée à cinq ans n'est pas applicable lorsque les biens ou les services sont revendus par l'acheteur «à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur». Dans ce cas, l'obligation de non-concurrence peut être d'une durée identique à la durée d'occupation du point de vente par l'acheteur [article 5, point a), du règlement d'exemption par catégorie]. Cette exception s'explique par le fait que l'on ne peut, en général, raisonnablement attendre du fournisseur qu'il permette la vente, sans son consentement, de produits concurrents dans les locaux et sur les terrains dont il est propriétaire. Les artifices utilisés en matière de propriété pour contourner la limitation de durée de cinq ans ne peuvent bénéficier de cette exception.

(64) La deuxième exclusion du bénéficiaire de l'exemption par catégorie est prévue à l'article 5, point b), et concerne les obligations de non-concurrence qui subsistent pour l'acheteur à l'expiration de l'accord. En principe, ces obligations ne sont pas couvertes par le règlement

d'exemption par catégorie, sauf si elles sont indispensables à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, sont limitées au point de vente à partir duquel l'acheteur a agi pendant la durée de l'accord et si leur durée n'excède pas un an. D'après la définition figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point f), du règlement, le savoir-faire doit être «substantiel», ce qui signifie qu'il «doit inclure des informations importantes et utiles à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels».

(65) La troisième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie est prévue à l'article 5, point c), du règlement et concerne la vente de biens concurrents dans le cadre d'un système de distribution sélective. Le règlement d'exemption par catégorie couvre la distribution sélective assortie d'une obligation de non-concurrence, qui interdit aux distributeurs de revendre des marques concurrentes d'une manière générale. Toutefois, si le fournisseur empêche ses distributeurs désignés, soit directement, soit indirectement, d'acheter des produits à certains fournisseurs concurrents en vue de la revente, cette obligation ne peut bénéficier de l'exemption par catégorie. En excluant cette obligation, l'objectif poursuivi est d'éviter qu'un certain nombre de fournisseurs qui utilisent les mêmes points de vente de distribution sélective n'empêchent un ou plusieurs concurrents déterminés de passer par ces mêmes points de vente pour distribuer leurs produits (ce qui évincerait du marché un fournisseur concurrent et constituerait une forme de boycott collectif)³².

5. Séparabilité des restrictions

(66) Le règlement d'exemption par catégorie exempte les accords verticaux à condition qu'ils ne contiennent aucune des restrictions caractérisées visées à son article 4 ou qu'aucune restriction de ce type ne soit exercée en liaison avec ces accords. S'il existe une ou plusieurs restrictions caractérisées, le bénéfice de l'exemption par catégorie est exclu pour l'accord vertical dans son intégralité. Aucune séparabilité n'est donc possible pour les restrictions caractérisées.

(67) La règle de séparabilité s'applique toutefois aux conditions énoncées à l'article 5 du règlement. De la sorte, le bénéfice de l'exemption n'est perdu que pour les dispositions de l'accord vertical qui ne satisfont pas aux conditions énoncées à l'article 5.

6. Gamme des produits distribués par un même réseau de distribution

(68) Si un fournisseur utilise le même accord de distribution pour plusieurs biens ou services, cet accord peut, dans certains cas, être couvert par le règlement d'exemption par catégorie et, dans d'autres cas, ne pas l'être, au regard du critère de la part de marché. Le règlement s'applique alors aux biens ou services pour lesquels les conditions d'application sont remplies.

(69) En ce qui concerne les biens ou services non exemptés en vertu du règlement, les règles de concurrence habituelles s'appliquent, à savoir:

- il n'y a pas d'exemption par catégorie, mais il n'y a pas non plus de présomption d'illégalité;

³² On peut trouver un exemple de mesures indirectes produisant des effets d'exclusion de ce type dans la décision 92/428/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/33542, Parfums Givenchy (JO L 236 du 19.8.1992, p. 11).

- si l'article 81, paragraphe 1, est enfreint et si aucune exemption ne peut être accordée, on pourra examiner si des mesures correctives appropriées peuvent être prises afin de résoudre le problème de concurrence dans le cadre du système de distribution existant;
- s'il n'existe pas de mesures correctives appropriées, le fournisseur devra adopter d'autres modalités de distribution.

Tel peut aussi être le cas lorsque l'article 82 s'applique à l'égard de certains produits faisant partie d'une gamme, mais pas à d'autres.

IV. RETRAIT DE L'EXEMPTION PAR CATÉGORIE ET EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

1. Procédure de retrait de l'exemption

(70) La présomption de légalité que confère le règlement d'exemption par catégorie peut être écartée si un accord vertical, considéré séparément ou en combinaison avec des accords similaires mis en œuvre par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents, entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et ne remplit pas toutes les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

(71) Il se peut en particulier que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, ne soient pas satisfaites lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci sont restreints de façon significative par l'effet cumulatif d'accords verticaux parallèles similaires mis en œuvre par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents. Des réseaux parallèles d'accords verticaux sont considérés comme similaires s'ils contiennent des restrictions qui produisent des effets similaires sur le marché. Ce peut être le cas, par exemple, si certains fournisseurs, sur un marché donné, pratiquent une distribution sélective fondée sur des critères exclusivement qualitatifs tandis que d'autres fournisseurs utilisent un système de distribution sélective basé sur des critères quantitatifs. Il faut alors tenir compte, dans l'appréciation, des effets anticoncurrentiels imputables à chaque réseau d'accords considéré séparément. S'il y a lieu, le retrait de l'exemption peut ne concerner que les limitations du nombre de distributeurs agréés.

(72) La responsabilité de l'effet anticoncurrentiel cumulatif ne peut être imputée qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cet effet. Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'interdiction prévue par l'article 81, paragraphe 1³³, et ne sont donc pas soumis au mécanisme de retrait du bénéfice de l'exemption. L'appréciation de cette contribution s'effectue conformément aux critères exposés aux points 124 à 226.

(73) Dans le cadre de la procédure de retrait, c'est à la Commission qu'il incombe de faire la preuve que l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, et ne remplit pas une ou plusieurs des conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Une décision de retrait de l'exemption ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords considérés ne sont pas affectées pour la période antérieure à la date de prise d'effet du retrait.

³³ Arrêt Delimitis.

(74) Conformément à l'article 6, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie, l'autorité de la concurrence d'un État membre peut retirer le bénéfice de l'application dudit règlement à des accords verticaux qui produisent des effets anticoncurrentiels sur le territoire de cet État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct. La Commission a compétence exclusive pour retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie à des accords verticaux qui restreignent la concurrence sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire d'un seul État membre. Lorsque le territoire d'un seul État membre, ou une partie de ce territoire, constitue le marché géographique en cause, la Commission et l'État membre concerné ont des compétences concurrentes pour le retrait du bénéfice de l'exemption.

2. Exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie

(75) L'article 7 du règlement d'exemption par catégorie habilite la Commission à exclure du champ d'application du règlement, par voie de règlement, des réseaux parallèles d'accords verticaux similaires, lorsque ceux-ci couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. Une telle mesure ne vise pas des entreprises individuelles, mais concerne toutes les entreprises dont les accords sont définis dans ledit règlement d'exclusion.

(76) Alors que le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie en vertu de l'article 6 passe par l'adoption d'une décision établissant l'existence d'une infraction à l'article 81 commise par une entreprise déterminée, l'effet d'un règlement adopté conformément à l'article 7 se limite à retirer, pour ce qui est des restrictions et des marchés concernés, le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie et à rétablir l'application pleine et entière de l'article 81, paragraphes 1 et 3. Après l'adoption d'un règlement déclarant le règlement d'exemption par catégorie inapplicable à certaines restrictions verticales sur un marché déterminé, ce sont les critères développés par la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance et par les communications et décisions antérieures de la Commission qui guident l'application de l'article 81 aux accords individuels. S'il y a lieu, la Commission arrête, dans un cas donné, une décision qui pourra servir de référence pour toutes les entreprises présentes sur le marché concerné.

(77) Pour déterminer si le seuil de 50 % de couverture du marché est dépassé ou non, il doit être tenu compte de chaque réseau individuel d'accords verticaux contenant des restrictions, ou des combinaisons de restrictions, produisant des effets similaires sur le marché. L'article 7 n'impose à la Commission aucune obligation d'agir lorsque ce taux de couverture de 50 % est dépassé. En règle générale, l'exclusion du champ d'application de l'exemption par catégorie se justifie lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché sont susceptibles d'être limités sensiblement. Tel peut être le cas notamment lorsque des réseaux parallèles de distribution sélective couvrant plus de 50 % d'un marché sont susceptibles de fermer l'accès à ce marché en utilisant des critères de sélection qui ne sont pas exigés par la nature des biens en cause ou sont discriminatoires envers certains modes de distribution pourtant adaptés à la vente de ces biens.

(78) Dans son appréciation de la nécessité d'appliquer l'article 7, la Commission déterminera si une décision de retrait de l'exemption ne serait pas une mesure corrective plus appropriée. La réponse à cette question peut dépendre, en particulier, du nombre d'entreprises concurrentes qui contribuent à l'effet cumulatif sur un marché ou du nombre de marchés géographiques affectés au sein de la Communauté.

(79) Tout règlement adopté en vertu de l'article 7 doit préciser clairement son champ d'application. Cela signifie que la Commission doit tout d'abord définir le ou les marchés de produits et le ou les marchés géographiques en cause, puis spécifier le type de restriction verticale auquel le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. Pour ce second point, la Commission peut moduler le champ d'application de son règlement en fonction du problème de concurrence qu'elle entend viser. À titre d'exemple, si tous les réseaux parallèles d'accords du type monomarquisme doivent être pris en considération afin d'établir si le seuil de 50 % de couverture du marché est atteint, la Commission peut néanmoins limiter le champ d'application du règlement d'exclusion aux seules obligations de non-concurrence qui dépassent une certaine durée. Ainsi, les accords conclus pour de courtes durées ou ayant une nature moins restrictive pourraient ne pas être affectés par le règlement adopté parce que l'effet de verrouillage du marché imputable à ces restrictions est moindre. De même, lorsqu'un système de distribution sélective est pratiqué sur un marché déterminé en combinaison avec des restrictions supplémentaires telles qu'une obligation de non-concurrence ou des quotas d'achat imposés à l'acheteur, le règlement d'exclusion peut ne viser que ces restrictions supplémentaires. La Commission peut, s'il y a lieu, fournir également des indications en précisant le niveau de part de marché qui, dans le contexte propre au marché en cause, peut être considéré comme insuffisant pour entraîner une contribution significative d'une entreprise donnée à l'effet cumulatif.

(80) La période transitoire de six mois au moins que la Commission devra respecter, conformément à l'article 7, paragraphe 2, devrait permettre aux entreprises considérées d'adapter leurs accords pour tenir compte du règlement d'exclusion.

(81) Le règlement d'exclusion n'affectera pas les situations nées de l'exemption des accords en cause pour toute la période précédant son entrée en vigueur.

V. DÉFINITION DES MARCHÉS ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ

1. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause

(82) La communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence³⁴ présente les règles, les critères et les éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie lorsqu'elle examine la question de la définition des marchés. Cette communication, qui ne sera pas expliquée davantage dans les présentes lignes directrices, devra servir de base à l'examen des questions liées à cette définition. Les présentes lignes directrices ne porteront que sur les questions spécifiques qui se posent dans le contexte des restrictions verticales et qui ne sont pas abordées dans la communication générale précitée.

2. Définition du marché en cause aux fins du calcul du seuil de 30 % prévu par le règlement d'exemption par catégorie

(83) En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, ce sont les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur qui déterminent l'application de l'exemption par catégorie. Pour que le règlement d'exemption par catégorie s'applique, la part de marché du fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens contractuels à l'acheteur et la part de

³⁴ JO C 372 du 9.12.1997, p. 5.

marché de l'acheteur sur le ou les marchés sur lesquels il (re)vend les biens contractuels ne peuvent excéder 30 %.

(84) Pour calculer la part de marché d'une entreprise, il est nécessaire de déterminer le marché en cause sur lequel l'entreprise vend les biens contractuels. À cette fin, il convient de définir le marché de produits et le marché géographique en cause. Le marché de produits en cause comprend tous les produits ou services que les acheteurs considèrent comme interchangeables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises considérées offrent ou demandent des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, notamment parce que les conditions de concurrence y diffèrent d'une manière appréciable.

(85) Le marché de produits dépend en premier lieu du caractère substituable des produits tel qu'il est apprécié par les acheteurs. Lorsque le produit fourni est utilisé comme bien intermédiaire entrant dans la fabrication d'autres produits et n'est généralement pas identifiable dans le produit final, le marché de produits est normalement défini par les préférences des acheteurs directs. Les clients des acheteurs n'ont généralement aucune préférence nette quant aux produits intermédiaires que ces derniers utilisent. D'ordinaire, les restrictions verticales dont le fournisseur et l'acheteur du produit intermédiaire conviennent entre eux ne portent que sur la vente et l'achat de ce produit et non sur la vente du produit final. En revanche, au stade de la distribution des biens finals, les produits que les acheteurs directs considèrent comme substituables sont généralement influencés, voire déterminés, par les préférences des consommateurs finals. Un distributeur, en sa qualité de revendeur, ne peut ignorer les préférences des consommateurs finals lorsqu'ils achètent le bien final. En outre, au niveau de la distribution, les restrictions verticales concernent bien souvent non seulement la vente des produits entre le fournisseur et l'acheteur, mais aussi leur revente. Étant donné que différents modes de distribution sont habituellement en concurrence, les marchés ne sont généralement pas définis selon le mode de distribution utilisé. Si les fournisseurs vendent normalement une gamme de produits, l'ensemble de cette gamme peut déterminer le marché de produits lorsque cette gamme, et non chaque produit pris séparément, est considérée par l'acheteur comme substituable. Étant donné que les distributeurs sont des acheteurs professionnels, le marché géographique de gros est généralement plus vaste que le marché de détail sur lequel les produits sont revendus aux consommateurs finals. Cela aboutit fréquemment à la définition de marchés de gros nationaux ou plus vastes.

(86) Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties actives chacune à un stade du commerce différent, il faut, pour qu'il puisse bénéficier de l'exemption par catégorie, que leurs parts de marché ne dépassent pas le seuil de 30 %. Par exemple, si un accord conclu entre un fabricant, un grossiste (ou une association de détaillants) et un détaillant prévoit une obligation de non-concurrence, la part de marché du fabricant, celle du grossiste (ou de l'association de détaillants) et celle du détaillant sur leurs marchés en aval respectifs ne doivent pas dépasser 30 % pour que cet accord puisse bénéficier de l'exemption par catégorie.

(87) Si un fournisseur produit à la fois un bien d'équipement d'origine et les pièces de rechange pour cet équipement, ce fournisseur sera souvent le seul ou le principal fournisseur sur le marché de l'après-vente pour ces pièces de rechange. Ce peut aussi être le cas lorsque le fournisseur (l'équipementier) sous-traite la fabrication des pièces de rechange. Le marché en cause pour l'application du règlement d'exemption par catégorie peut être le marché de l'équipement d'origine, y compris les pièces détachées, ou bien un marché distinct constitué

par l'équipement d'origine et un marché de l'après-vente, en fonction des circonstances de l'espèce, comme les effets des restrictions en cause, la durée de vie de l'équipement et le coût des réparations³⁵.

(88) Lorsque l'accord vertical, outre ses dispositions sur la fourniture du bien contractuel, contient aussi des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle - comme celles qui concernent l'utilisation de la marque du fournisseur - qui aident l'acheteur à commercialiser le bien en question, la part de marché du fournisseur sur le marché où il vend ce bien est pertinente aux fins de l'application de l'exemption par catégorie. Si un franchiseur ne fournit pas de biens aux fins de la revente, mais fournit un ensemble de services et de biens assortis de dispositions concernant les droits de propriété intellectuelle, le tout formant la méthode commerciale faisant l'objet de la franchise, il doit tenir compte de sa part de marché en tant que fournisseur d'une telle méthode. Il lui faut calculer, à cet effet, sa part du marché où la méthode en question est exploitée, c'est-à-dire le marché où les franchisés exploitent la méthode pour fournir des biens ou des services aux utilisateurs finals. Le franchiseur doit calculer sa part de marché sur la base de la valeur des biens ou des services que ses franchisés fournissent sur ce marché. Sur ce marché, les concurrents peuvent être des fournisseurs d'autres méthodes commerciales sous franchise, mais aussi des fournisseurs de biens ou de services substituables qui n'utilisent pas la franchise. En supposant par exemple, sans préjudice de la définition de ce marché, l'existence d'un marché des services de restauration rapide, un franchiseur présent sur ce marché devrait calculer sa part sur la base des chiffres de vente réalisés par ses franchisés sur ce même marché.

3. Calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption par catégorie

(89) Le calcul des parts de marché doit en principe reposer sur des données exprimées en valeur. En l'absence de telles données, des estimations dûment étayées peuvent être utilisées. Ces estimations pourraient être effectuées sur la base d'autres informations fiables sur le marché, comme des données en volume [voir l'article 8, point a), du règlement d'exemption par catégorie].

(90) La production interne, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre production, peut revêtir une très grande importance dans une analyse de la concurrence en tant que contrainte concurrentielle ou en tant que facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché. Cependant, pour définir le marché et calculer la part de marché pour les biens et les services intermédiaires, la production interne ne sera pas prise en considération.

(91) En revanche, dans le cas d'une distribution duale de biens finals, c'est-à-dire lorsque le producteur d'un bien final est également présent sur le marché en qualité de distributeur, la définition du marché et le calcul de la part de marché doivent tenir compte des ventes réalisées par le producteur par l'intermédiaire de distributeurs et d'agents intégrés verticalement [voir l'article 8, point c), du règlement d'exemption par catégorie]. Les

³⁵ Voir, par exemple, l'affaire Pelikan/Kyocera dans le XXV^e rapport sur la politique de concurrence, point 87, la décision 91/595/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.12, Varta/Bosch (JO L 320 du 22.11.1991, p. 26), la décision de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.1094, Caterpillar/Perkins Engines (JO C 94 du 28.3.1998, p. 23), et la décision de la Commission dans l'affaire n° IV/M.768, Lucas/Varity (JO C 266 du 13.9.1996, p. 6). Voir aussi le point 56 de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.

«distributeurs intégrés» sont des entreprises liées au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie³⁶.

VI. POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION AU CAS PAR CAS DES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES

1. Cadre de l'analyse

(92) Outre l'éventuelle application de l'exemption par catégorie, il importe d'examiner si, dans le cas considéré, l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies. S'il ne comporte pas de restriction de la concurrence par objet, et notamment de restriction caractérisée de la concurrence, un accord vertical ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie en raison d'un dépassement du seuil de part de marché n'est pas présumé entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3. Une appréciation individuelle des effets probables de l'accord est nécessaire. Les entreprises sont invitées à évaluer elles-mêmes leurs accords. Les accords qui soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont valides et applicables. Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement 1/2003, aucune notification n'est nécessaire pour bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3. Au cas où un examen individuel par la Commission serait nécessaire, c'est à cette dernière qu'il incombe de prouver que l'accord en question enfreint l'article 81, paragraphe 1. Il incombe aux entreprises invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies. S'il est établi que l'accord est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, les entreprises peuvent démontrer l'existence de gains d'efficacité et exposer les raisons pour lesquelles un système de distribution donné est indispensable pour entraîner des avantages probables pour les consommateurs sans éliminer la concurrence, avant que la Commission ne statue sur le respect, par l'accord, des conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

(93) Pour déterminer si un accord vertical a pour effet de restreindre la concurrence, une comparaison sera effectuée entre la situation actuelle du marché en cause avec les restrictions verticales, ou son évolution probable, et la situation qui existerait en l'absence des restrictions verticales contenues dans l'accord («situation contrefactuelle»). Pour apprécier les cas individuels, la Commission tiendra compte, s'il y a lieu, des effets tant réels que probables. Pour que des accords verticaux restreignent la concurrence par leur effet, ils doivent affecter la concurrence réelle ou potentielle dans une mesure telle que l'on puisse s'attendre, avec un degré de probabilité raisonnable, à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la variété et la qualité des biens et des services sur le marché en cause. Les effets négatifs probables sur la concurrence doivent être sensibles³⁷. Un accord est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels sensibles lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient une certaine puissance sur le marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de cette puissance ou permet aux parties d'exploiter leur pouvoir de marché. Le pouvoir de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou de maintenir la production à un niveau inférieur à ce que devrait

³⁶ Aux fins de la définition du marché en cause et du calcul de la part de marché, il n'est pas utile de savoir si le distributeur intégré vend aussi les biens de concurrents.

³⁷ Voir la section II.1.

être une production compétitive par la quantité, la qualité et la variété des produits ainsi que l'innovation, et ce pendant une période non négligeable. Le degré de pouvoir de marché normalement requis pour conclure à une infraction à l'article 81, paragraphe 1, est inférieur à celui qui est requis pour conclure à l'existence d'une position dominante au sens de l'article 82.

(94) Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales. La raison essentielle qui justifie une plus grande indulgence envers les restrictions verticales qu'à l'égard des restrictions horizontales tient au fait que les secondes peuvent concerner un accord conclu entre des concurrents produisant des biens ou services identiques ou substituables. Dans ces relations horizontales, l'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise (qui vendrait ses produits à un prix plus élevé) pourrait profiter à ses concurrents. Cela pourrait inciter les concurrents à s'encourager mutuellement à adopter un comportement anticoncurrentiel. Dans les relations verticales, le produit de l'une des parties constitue un intrant pour l'autre; en d'autres termes, les activités des parties à l'accord sont complémentaires, de sorte que l'exercice d'un pouvoir de marché soit par l'entreprise en amont, soit par l'entreprise en aval, serait normalement dommageable à la demande pour le produit de l'autre entreprise. Les entreprises parties à l'accord ont donc généralement une bonne raison d'empêcher l'autre partie d'exercer un pouvoir de marché.

(95) Ce caractère «autorégulateur» ne doit pourtant pas être surestimé. Lorsqu'une entreprise n'a pas de pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution, avec ou sans l'aide de restrictions verticales. Plus généralement, en raison du rôle complémentaire des parties à un accord vertical dans la mise sur le marché d'un produit, les restrictions verticales peuvent permettre des gains d'efficacité substantiels. En revanche, quand une entreprise jouit d'un pouvoir de marché, elle peut aussi être tentée d'accroître ses bénéfices aux dépens de ses concurrents immédiats, en augmentant leurs coûts, et au détriment de ses acheteurs (et, en fin de compte, des consommateurs), en essayant de s'approprier une part de leur surplus. Un tel cas de figure peut se produire lorsque l'entreprise en amont et l'entreprise en aval se partagent les bénéfices supplémentaires ou que l'une des deux utilise les restrictions verticales pour s'approprier tous les bénéfices supplémentaires.

1.1. Effets négatifs des restrictions verticales

(96) Les effets négatifs que les restrictions verticales sont susceptibles d'avoir sur le marché et que les règles de concurrence communautaires visent à empêcher sont les suivants:

- i) éviction anticoncurrentielle des autres fournisseurs ou des autres acheteurs par la mise en place de barrières à l'entrée ou à l'expansion;
- ii) atténuation de la concurrence entre le fournisseur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre fournisseurs, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intermarques³⁸;
- iii) atténuation de la concurrence entre l'acheteur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre concurrents, souvent qualifiée de réduction de la concurrence

³⁸ La notion de «collusion» couvre à la fois la «collusion explicite» et la «collusion tacite» (alignement conscient);

intramarque si elle concerne la concurrence entre distributeurs sur la base de la marque ou du produit d'un même fournisseur;

- iv) création d'obstacles à l'intégration du marché, y compris, avant tout, les restrictions à la possibilité pour les consommateurs d'acheter un bien ou service dans tout État membre de leur choix.

(97) L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau du producteur peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de gros des produits, de limiter le choix ou de faire baisser la qualité ou le caractère novateur des produits. L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des distributeurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de détail des produits, de limiter les combinaisons prix-service et des formats de distribution, de diminuer la disponibilité et la qualité des services de détail et de réduire le degré d'innovation de la distribution.

(98) Sur un marché où des distributeurs individuels ne distribuent la ou les marques que d'un seul fournisseur, une réduction de la concurrence entre eux entraînera une réduction de la concurrence intramarque entre eux, mais elle peut ne pas avoir d'effet négatif sur la concurrence entre les distributeurs dans leur ensemble. Dans un tel cas de figure, si la concurrence intermarques est rude, il est peu probable qu'une réduction de la concurrence intramarque ait des effets négatifs sur les consommateurs.

(99) Les accords d'exclusivité sont généralement plus préjudiciables à la concurrence que les accords non exclusifs. Les accords exclusifs obligent, en vertu de dispositions expresses ou de leurs effets pratiques, l'une des parties à couvrir la totalité ou la quasi-totalité de ses besoins en s'approvisionnant auprès de l'autre partie. Une obligation de non-concurrence, par exemple, limite les approvisionnements de l'acheteur à une seule marque, tandis qu'un quota d'achat laisse à l'acheteur la possibilité d'acquérir des biens concurrents. Le degré de verrouillage des marchés peut donc être moindre en cas de quota d'achat.

(100) Les restrictions verticales relatives à des biens ou services sans marque sont généralement moins nocives que les restrictions affectant la distribution de biens et de services de marque. La marque, qui est un élément supplémentaire de différenciation des produits, restreint les possibilités de substitution d'un produit par un autre, ce qui réduit l'élasticité de la demande et facilite la majoration des prix. Cette distinction entre les biens et services de marque et les biens et services sans marque coïncide souvent avec la distinction entre les biens et services intermédiaires et les biens et services finals.

(101) En général, une combinaison de restrictions verticales aggrave leurs effets négatifs. Toutefois, certaines combinaisons de restrictions verticales sont moins préjudiciables à la concurrence que lorsque ces mêmes restrictions sont utilisées séparément. C'est ainsi que, dans un système de distribution exclusive, le distributeur peut être tenté de relever le prix des produits en raison d'une diminution de la concurrence intramarque. L'imposition de quotas ou la fixation d'un prix de vente maximal peut limiter de telles hausses des prix. Les effets négatifs potentiels des restrictions verticales sont renforcés lorsque plusieurs fournisseurs et leurs acheteurs organisent leurs réseaux commerciaux d'une manière similaire, ce qui entraîne des effets dits cumulatifs.

1.2. Effets positifs des restrictions verticales

(102) Il est important de reconnaître que les restrictions verticales ont souvent des effets positifs, en particulier en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que les prix et en incitant à améliorer la qualité des services. Lorsqu'une entreprise ne dispose d'aucun pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution. Dans certains cas, les restrictions verticales peuvent se révéler utiles à cet égard, car les relations habituelles entre le fournisseur et l'acheteur, dans le cadre desquelles ne sont fixés que le prix et les quantités d'une transaction donnée, peuvent conduire à un niveau sous-optimal des investissements et des ventes.

(103) Bien qu'elles s'efforcent de fournir une bonne vue d'ensemble des différents motifs pouvant justifier la mise en œuvre de restrictions verticales, les présentes lignes directrices ne prétendent pas à l'exhaustivité. Les motifs suivants peuvent justifier l'application de certaines restrictions verticales:

- (1) le «problème du parasitisme»: un distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre distributeur. Ce type de problème est le plus fréquent au niveau du commerce de gros et de détail. La distribution exclusive ou des restrictions de même nature peuvent être utiles pour combattre un tel parasitisme. Le problème peut aussi surgir entre des fournisseurs, lorsque l'un d'eux, par exemple, investit dans la promotion de sa marque sur le lieu de vente, généralement au niveau de détail, et, partant, fait aussi bénéficier ses concurrents de cet apport supplémentaire de clientèle. Des restrictions telles que l'obligation de non-concurrence peuvent constituer une réponse satisfaisante à cette forme de parasitisme³⁹.

Pour qu'il y ait problème, il faut que le parasitisme soit réel. Le parasitisme entre acheteurs n'est possible que dans les services qui précèdent la vente et autres activités de promotion, mais non dans les services d'après-vente que le distributeur peut facturer individuellement à ses clients. Il faut que le produit soit relativement nouveau ou techniquement complexe, ou que sa réputation joue un rôle majeur dans sa demande, car le client sait normalement ce qu'il veut en se basant sur ses achats antérieurs. Le produit doit en outre avoir une certaine valeur, sans quoi il n'est pas intéressant pour un client de se rendre dans un magasin pour obtenir des renseignements avant d'aller dans un autre pour réaliser son achat. Enfin, le fournisseur ne doit pas avoir la possibilité en pratique d'imposer à tous les acheteurs, par voie de contrat, des obligations de promotion ou de service.

Le parasitisme entre fournisseurs se limite également à certaines situations, à savoir lorsque la promotion se fait dans les locaux de l'acheteur et qu'elle est générique (et non propre à une marque);

- (2) «l'ouverture ou la pénétration de nouveaux marchés»: lorsqu'un fabricant souhaite pénétrer sur un nouveau marché géographique, par exemple en exportant ses produits vers un autre pays pour la première fois, cela peut impliquer certains «investissements de départ» pour le distributeur afin d'établir la marque sur ce

³⁹ Pour déterminer si les consommateurs retirent un bénéfice global des efforts de promotion supplémentaires, il y a lieu d'examiner si la promotion informe, convainc et donc attire de nombreux nouveaux consommateurs, ou si elle atteint principalement des clients qui savent déjà ce qu'ils veulent acheter et pour lesquels la promotion se traduit uniquement ou principalement par une hausse de prix.

marché. Pour convaincre un distributeur local de réaliser ces investissements, il peut être nécessaire de lui fournir une protection territoriale de manière à ce qu'il puisse couvrir ses coûts d'investissement en appliquant temporairement des prix plus élevés. Il faut alors dissuader, pendant une période limitée, les distributeurs établis sur d'autres marchés de vendre leurs produits sur ce nouveau marché (voir aussi le point 56 à la section III.3). Il s'agit d'un cas particulier de parasitisme [voir le point 1) ci-dessus];

- (3) le «parasitisme de certification»: dans plusieurs secteurs, certains détaillants acquièrent la réputation de ne commercialiser que des produits de qualité. Dans ces conditions, le recours à ces détaillants peut se révéler essentiel au lancement d'un produit nouveau. Si le fabricant ne peut au départ limiter ses ventes aux magasins haut de gamme, il court le risque de voir son produit dévalorisé et son lancement échouer. Cela peut justifier une restriction telle que la distribution exclusive ou la distribution sélective, pour une durée limitée, qui suffirait pour garantir le lancement du produit, sans être longue au point d'empêcher la diffusion du produit à grande échelle. De tels avantages sont plus probables en cas de produits dits d'expérience ou de produits complexes qui représentent un achat relativement important pour le consommateur final;
- (4) le problème de la «renonciation à certains investissements»: il arrive parfois que certains investissements propres à un client déterminé doivent être réalisés soit par le fournisseur, soit par l'acheteur (équipements spéciaux ou formations). Il peut par exemple s'agir d'un fabricant de composants qui doit construire de nouvelles machines et de nouveaux outils pour satisfaire un besoin particulier d'un de ses clients. Ce fabricant ne s'engagerait peut-être pas à réaliser les investissements nécessaires avant d'avoir convenu avec ce client de certains arrangements en matière d'approvisionnement.

Cependant, comme dans les autres exemples de parasitisme, il faut qu'un certain nombre de conditions soient remplies pour que ce risque de sous-investissement existe ou soit important. Premièrement, l'investissement doit être propre à une relation contractuelle. Un investissement réalisé par un fournisseur est considéré comme propre à une relation contractuelle lorsqu'à l'expiration du contrat, il ne peut être utilisé par le fournisseur pour approvisionner d'autres clients et que les actifs concernés par cet investissement ne peuvent être vendus que moyennant des pertes considérables. Un investissement réalisé par un acheteur est considéré comme propre à une relation contractuelle lorsqu'à l'expiration du contrat, il ne peut être utilisé par l'acheteur pour acquérir ou utiliser les produits fournis par d'autres fournisseurs et que les actifs concernés par cet investissement ne peuvent être vendus que moyennant des pertes considérables. Un investissement est donc propre à une relation contractuelle lorsque, par exemple, il ne peut être utilisé que pour produire un composant d'une certaine marque ou pour commercialiser une marque précise, et ne peut donc être utilisé rentablement pour produire ou revendre des produits d'une autre marque. Deuxièmement, il doit s'agir d'un investissement à long terme dont le coût ne peut être récupéré à court terme. Et troisièmement, l'investissement doit être asymétrique, l'une des parties au contrat investissant plus que l'autre. Lorsque ces conditions sont réunies, une restriction verticale se justifie normalement pour une durée identique à celle de l'amortissement de l'investissement. La restriction verticale appropriée en l'espèce sera du type obligation de non-concurrence ou quotas d'achat

si l'investissement est assumé par le fournisseur, et du type distribution exclusive, exclusivité de clientèle ou fourniture exclusive s'il est réalisé par l'acheteur;

- (5) le «problème spécifique de la renonciation à certains investissements dans le cas de la cession de savoir-faire substantiel»: le savoir-faire, une fois transmis, ne peut pas être repris, et le fournisseur du savoir-faire peut ne pas souhaiter que celui-ci soit utilisé pour le compte de ses concurrents ou par ceux-ci. Dans la mesure où ce savoir-faire n'était pas facilement accessible à l'acheteur et est substantiel et indispensable à la mise en œuvre de l'accord, sa cession peut justifier une restriction du type obligation de non-concurrence. Celle-ci ne relèvera normalement pas de l'article 81, paragraphe 1;
- (6) le problème des «externalités verticales»: un détaillant peut ne pas retirer l'intégralité du bénéfice de ses actions visant à améliorer ses ventes, une partie en revenant au fabricant. Toute unité supplémentaire vendue par le détaillant en abaissant son prix ou en augmentant son effort de vente entraîne un bénéfice pour le fabricant, pour autant le prix de gros dépasse les coûts de production marginaux. De ce fait, le fabricant peut bénéficier d'une externalité positive découlant des actions du détaillant et, du point de vue du fabricant, le détaillant pratique peut-être des prix trop élevés et/ou fait trop peu d'efforts pour vendre ses produits. L'externalité négative d'un prix trop élevé pratiqué par le détaillant est quelquefois appelée le «problème de la double marginalisation»; celui-ci peut être évité en imposant un prix de revente maximum au détaillant. Pour augmenter les efforts de vente du détaillant, un système de distribution sélective ou exclusive ou des restrictions similaires peuvent être utiles⁴⁰;
- (7) les «économies d'échelle au niveau de la distribution»: afin de tirer parti de ces économies et, ce faisant, d'abaisser le prix de détail de son produit, le fabricant peut souhaiter confier la revente de celui-ci à un nombre limité de distributeurs. À cette fin, il pourrait recourir à la distribution exclusive, aux quotas sous la forme d'un volume d'achat minimal imposé, à la distribution sélective combinée avec de tels quotas ou à l'approvisionnement exclusif;
- (8) les «imperfections du marché des capitaux»: les pourvoyeurs de fonds traditionnels (banques, marchés des actions) peuvent fournir des capitaux à des conditions sous-optimales lorsqu'ils disposent d'informations imparfaites concernant la solvabilité de l'emprunteur ou que le prêt n'est pas garanti de manière adéquate. L'acheteur ou le fournisseur peut être mieux informé et capable, par un accord exclusif, d'obtenir une garantie supplémentaire pour son investissement. Lorsque le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur, il peut lui imposer une restriction du type obligation de non-concurrence ou quotas d'achat. Lorsque l'acheteur accorde un prêt au fournisseur, il peut lui imposer une restriction du type fourniture exclusive ou quotas de livraison;
- (9) «l'uniformité et les normes de qualité»: une restriction verticale peut aussi permettre à un fabricant d'imposer une certaine uniformité et certaines normes de qualité à ses distributeurs, et donc d'acquérir une bonne image de marque, d'accroître l'intérêt du consommateur final pour son produit et d'augmenter ses ventes. La distribution sélective et la franchise en sont des exemples.

⁴⁰ Voir toutefois la note 39.

(104) Les neuf situations mentionnées au point 103 montrent clairement que, sous certaines conditions, les accords verticaux sont susceptibles de permettre la réalisation de gains d'efficacité et le développement de nouveaux marchés, et que ces effets positifs peuvent compenser les éventuels effets négatifs. Les restrictions verticales d'une durée limitée qui permettent la mise sur le marché de nouveaux produits complexes ou protègent des investissements propres à une relation contractuelle sont généralement les plus justifiées. Une restriction verticale est parfois nécessaire aussi longtemps que le fournisseur vend son produit à l'acheteur (voir en particulier les situations décrites au point 103, paragraphes 1, 5, 6, 7 et 9).

(105) Il y a une forte substituabilité entre les différentes restrictions verticales, ce qui signifie qu'un même problème d'inefficacité peut être résolu au moyen de différentes restrictions verticales. Par exemple, une entreprise peut réaliser des économies d'échelle au niveau de la distribution en recourant à la distribution exclusive ou sélective, aux quotas ou à l'approvisionnement exclusif. Ce caractère interchangeable des restrictions verticales est important, car elles ne produisent pas toutes les mêmes effets négatifs sur la concurrence. Cet élément intervient lorsque la Commission apprécie, au regard de l'article 81, paragraphe 3, le caractère indispensable des restrictions verticales.

1.3. Méthode d'analyse

(106) L'appréciation d'une restriction verticale comprend généralement les quatre étapes suivantes⁴¹:

- (1) Tout d'abord, les entreprises considérées doivent établir les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur les marchés sur lesquels les biens contractuels sont (re)vendus.
- (2) Si la part de marché en cause, tant du fournisseur que de l'acheteur, ne dépasse pas le seuil de 30 %, l'accord vertical bénéficie de l'exemption par catégorie, sous réserve de ne contenir aucune des restrictions caractérisées visées par le règlement et de satisfaire aux autres conditions fixées par ce règlement.
- (3) Si la part de marché en cause dépasse le seuil de 30 % pour le fournisseur et/ou l'acheteur, il convient de déterminer si l'accord vertical relève de l'article 81, paragraphe 1.
- (4) Si l'accord vertical relève de l'article 81, paragraphe 1, il y a alors lieu d'examiner s'il remplit les conditions d'exemption prévues à l'article 81, paragraphe 3.

1.3.1. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1

(107) En examinant les cas dans lesquels le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, la Commission réalisera une analyse complète de la situation sous l'angle de la concurrence. Les facteurs suivants sont particulièrement importants pour établir si un accord vertical entraîne une restriction sensible de la concurrence et, partant, relève de l'article 81, paragraphe 1:

- a) nature de l'accord;

⁴¹ Ces étapes n'ont pas pour objet de présenter un raisonnement juridique que la Commission devrait suivre dans cet ordre pour prendre une décision.

- b) position des parties sur le marché;
- c) position des concurrents sur le marché;
- d) position des acheteurs des produits contractuels sur le marché;
- e) barrières à l'entrée;
- f) maturité du marché;
- g) stade du commerce;
- h) nature du produit;
- i) autres facteurs.

(108) L'importance des différents facteurs varie d'un cas à l'autre et dépend de l'ensemble des autres facteurs. Par exemple, le fait que les parties détiennent une part de marché élevée constitue généralement un bon indicateur de leur puissance sur le marché, sauf lorsque les barrières à l'entrée sont faibles. Il n'est donc pas possible de préciser de façon définitive quelle est l'importance respective de ces différents facteurs. Les observations suivantes peuvent toutefois être formulées.

(109) Les accords verticaux peuvent prendre bien des formes. Il est donc important d'analyser la nature de l'accord du point de vue des restrictions qu'il contient, de leur durée et du pourcentage des ventes totales qu'elles affectent sur le marché. Il peut être nécessaire d'aller au-delà des termes précis de l'accord. La façon dont l'accord est mis en œuvre par les parties et la marge de manœuvre qu'il laisse à celles-ci peuvent indiquer l'existence de restrictions implicites.

(110) La position des parties sur le marché donne une indication du pouvoir de marché que possèdent, le cas échéant, le fournisseur, l'acheteur, ou les deux. Plus leur part de marché est élevée, plus leur pouvoir de marché est susceptible d'être important. Cela est notamment le cas lorsque la part de marché traduit des avantages en matière de coûts, ou d'autres avantages concurrentiels, que les parties possèdent par rapport à leurs concurrents. Ces avantages concurrentiels peuvent par exemple résulter du fait d'avoir été le premier à pénétrer sur un marché (possession du meilleur site, etc.) ou de détenir des brevets essentiels, une technologie supérieure, une marque de pointe ou une gamme de produits plus complète.

(111) Les mêmes indicateurs, à savoir la part de marché et les avantages concurrentiels possibles, servent à apprécier la position des concurrents sur le marché. Plus les concurrents sont forts et nombreux, moins il y a de risques que les parties puissent exercer individuellement un pouvoir de marché et fermer l'accès au marché ou atténuer la concurrence. Il importe également d'examiner s'il existe des contre-stratégies efficaces et opportunes que les concurrents seraient susceptibles de mettre en œuvre. Toutefois, si le nombre de concurrents est relativement limité et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire (selon la taille, les coûts, le potentiel de recherche et de développement, etc.), cette structure de marché peut accroître les risques de collusion. Des fluctuations ou des changements rapides des parts de marché sont en général le signe de l'existence d'une concurrence vive.

(112) La position des clients des parties sur le marché permet de voir si un ou plusieurs des clients possèdent ou non une puissance d'achat. Le premier indicateur de cette puissance est la part de marché du client sur le marché des achats. Cette part de marché reflète l'importance de sa demande pour ses fournisseurs potentiels. Les autres indicateurs concernent la position du client sur son marché de la revente, y compris les caractéristiques telles que la couverture géographique de ses points de vente, l'utilisation de marques propres, ainsi que la notoriété de sa marque auprès des consommateurs finals. Dans certains cas, la puissance d'un acheteur peut empêcher les parties d'exercer leur pouvoir de marché et prévenir ainsi un problème de concurrence susceptible de se poser. C'est notamment le cas lorsque des clients puissants ont la capacité et l'intérêt nécessaires pour introduire de nouvelles sources d'approvisionnement sur le marché en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs. Lorsque des clients puissants obtiennent simplement des conditions favorables pour eux-mêmes ou se contentent de répercuter chaque augmentation de prix sur leurs clients, la position qu'ils détiennent n'empêche pas les parties d'exercer leur puissance sur le marché.

(113) Les barrières à l'entrée sont évaluées en calculant la mesure dans laquelle les entreprises présentes sur le marché peuvent augmenter leur prix au-delà du niveau concurrentiel sans provoquer l'arrivée de nouveaux concurrents. En l'absence de barrières à l'entrée, la possibilité d'une entrée facile et rapide rendrait de telles augmentations non rentables. Lorsque des entrées effectives, qui empêchent ou limitent l'exercice d'un pouvoir de marché, sont susceptibles d'intervenir dans un délai d'un an ou deux, on considère généralement que les barrières à l'entrée sont faibles. Les barrières à l'entrée peuvent être liées à un grand nombre de facteurs, tels que les économies d'échelle et de gamme, les réglementations administratives - en particulier lorsqu'elles confèrent des droits exclusifs - les aides d'État, les droits frappant les produits importés, les droits de propriété intellectuelle, la possession de ressources pour lesquelles l'offre est naturellement limitée⁴², les installations essentielles, l'avantage du premier arrivant et la fidélité des consommateurs à une marque en raison d'une forte publicité. Les restrictions verticales et l'intégration verticale peuvent également constituer une barrière à l'entrée, en rendant l'accès au marché plus difficile et en excluant les concurrents (potentiels). Les barrières à l'entrée peuvent se situer uniquement au niveau des fournisseurs ou à celui des acheteurs, ou bien aux deux niveaux. Pour savoir si certains de ces facteurs doivent être considérés comme des barrières à l'entrée, il convient de déterminer s'ils sont liés à des coûts irrécouvrables. Les coûts irrécouvrables sont les coûts qui sont nécessaires pour entrer ou être actif sur un marché, mais qui sont perdus lorsque l'on se retire de ce marché. Les coûts de publicité destinés à fidéliser la clientèle constituent en principe des coûts irrécouvrables, à moins que l'entreprise qui se retire du marché puisse, soit vendre sa marque, soit l'utiliser sur un autre marché sans pertes. Plus les coûts irrécouvrables sont importants, plus les nouveaux arrivants potentiels devront évaluer les risques liés à l'entrée sur le marché et plus la menace que les entreprises déjà présentes sur le marché puissent rivaliser avec ces nouveaux concurrents sera crédible, car le montant des coûts irrécouvrables rendrait onéreux le retrait de ces entreprises du marché. Par exemple, si des distributeurs sont liés à un fabricant par une obligation de non-concurrence, l'effet de verrouillage sera d'autant plus important que la mise en place de leur propre réseau de distribution impose des coûts irrécouvrables aux nouveaux venus. D'une manière générale, l'entrée sur un marché entraîne des coûts irrécouvrables, qui sont tantôt réduits, tantôt substantiels. C'est pourquoi une concurrence réelle est généralement plus effective et pèsera plus lourd dans l'appréciation d'un cas d'espèce que la concurrence potentielle.

⁴² Voir la décision 97/26/CE de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.619, Gencor/Lonrho (JO L 11 du 14.1.1997, p. 30).

(114) Un marché parvenu à maturité est un marché qui existe depuis un certain temps et sur lequel la technologie utilisée est bien connue, répandue et n'évolue guère, les marques sont peu innovantes et la demande est relativement stable, voire en recul. Sur ce type de marché, la probabilité que des effets négatifs se produisent est plus forte que sur des marchés plus dynamiques.

(115) Le stade du commerce est lié à la distinction établie entre biens et services intermédiaires et biens et services finals. Les biens et services intermédiaires sont vendus à des entreprises pour produire d'autres biens ou services et ne sont généralement pas identifiables dans le bien ou service final. Les acheteurs de produits intermédiaires sont habituellement des clients bien informés, capables d'apprécier la qualité de ces produits et dont la décision d'achat repose donc moins sur la marque et sa réputation. Les biens finals sont, directement ou indirectement, vendus aux consommateurs finals, qui attachent souvent plus d'importance à la marque et à sa réputation. Étant donné que les distributeurs (détaillants et grossistes) doivent répondre à la demande des consommateurs finals, la concurrence peut être plus affectée lorsqu'il est interdit à certains distributeurs de vendre une ou plusieurs marques que lorsqu'il est interdit à certains acheteurs de produits intermédiaires de s'approvisionner en produits concurrents auprès de certaines sources.

(116) La nature du produit est prise en compte, notamment pour ce qui est des produits finals, dans l'appréciation des éventuels effets négatifs et positifs. Lors de l'appréciation des effets négatifs probables, il convient d'établir si les produits offerts sur le marché sont plutôt homogènes ou plutôt hétérogènes, si le produit est cher - c'est-à-dire s'il représente une part importante du budget du consommateur - ou bon marché et s'il s'agit d'un achat unique ou d'un achat qui sera répété. D'une manière générale, lorsque le produit concerné est plus hétérogène et moins cher et que son achat ressemble davantage à un achat unique, les restrictions verticales risquent davantage de produire des effets négatifs.

(117) L'appréciation de certaines restrictions peut exiger la prise en considération d'autres facteurs, tels que l'effet cumulatif, c'est-à-dire le taux de couverture du marché par des accords similaires, le fait que l'accord soit «imposé» (les restrictions ou obligations pèsent surtout sur une partie) ou «convenu» (les deux parties acceptent des restrictions ou obligations), le cadre réglementaire ou des pratiques qui peuvent indiquer ou faciliter la collusion (une influence dominante sur les prix, l'annonce préalable des modifications de prix, les discussions visant à déterminer le «juste» prix, la rigidité des prix en réponse à une capacité excédentaire, une discrimination par les prix et les comportements collusifs passés).

1.3.2. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3

(118) Les accords verticaux restrictifs peuvent aussi produire des effets favorables à la concurrence, sous la forme de gains d'efficacité susceptibles de compenser leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation se fera au regard de l'article 81, paragraphe 3, qui prévoit une dérogation à la règle d'interdiction figurant à l'article 81, paragraphe 1. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord vertical doit apporter des avantages économiques objectifs, les restrictions de la concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces gains d'efficacité, les consommateurs doivent recevoir une part équitable de ces gains et

l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence⁴³.

(119) Les accords restrictifs sont évalués au regard de l'article 81, paragraphe 3, dans le cadre réel où ils se produisent⁴⁴ et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient compte des modifications importantes des faits. La règle d'exemption de l'article 81, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas⁴⁵. Lorsque l'on applique l'article 81, paragraphe 3, conformément à ces principes, il convient de tenir compte des investissements réalisés par les parties ainsi que des délais ou des contraintes nécessaires à l'engagement et à la rentabilisation d'un investissement destiné à accroître l'efficacité d'une entreprise.

(120) La première condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, concerne une appréciation des avantages objectifs en termes de gains d'efficacité produits par l'accord. À cet égard, les accords verticaux sont souvent susceptibles de contribuer à réaliser des gains d'efficacité, ainsi qu'il est expliqué à la section VI.1.2, en améliorant la manière dont les parties exercent leurs activités complémentaires.

(121) Pour s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige l'article 81, paragraphe 3, la Commission examinera notamment si chaque restriction permet de produire, acheter et/ou re(vendre) les produits contractuels plus efficacement qu'en l'absence de la restriction. Cette appréciation doit tenir compte des conditions du marché et des réalités auxquelles les parties sont confrontées. Les entreprises qui invoquent le bénéfice de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas tenues d'envisager des solutions hypothétiques ou théoriques. Elles doivent cependant expliquer et démontrer pourquoi des solutions apparemment réalistes et sensiblement moins restrictives seraient nettement moins efficaces. Si le recours à une possibilité se révélant réaliste sur le plan commercial et moins restrictive devait entraîner des pertes d'efficacité sensibles, la restriction serait considérée comme indispensable.

(122) La condition imposant que les consommateurs reçoivent une part équitable des profits signifie que les consommateurs des produits achetés et/ou (re)vendus dans le cadre de l'accord vertical doivent bénéficier de compensations au moins pour les effets négatifs de l'accord⁴⁶. Cela signifie que les gains d'efficacité doivent compenser intégralement l'incidence négative éventuelle de l'accord sur les prix, sur la production et sur d'autres éléments pertinents.

(123) La dernière condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, selon laquelle l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, présuppose une analyse des autres sources de pression concurrentielle sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces sources de concurrence. Lors de l'application de la dernière condition figurant à l'article 81, paragraphe 3, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 81, paragraphe 3, et l'article 82. Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne peut faire obstacle à l'application de l'article 82

⁴³ Voir les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, mentionnées à la note 4.

⁴⁴ Voir l'arrêt du 17 septembre 1985 dans les affaires jointes 25/84 et 26/84, Ford, Recueil 1985, p. 2725.

⁴⁵ Voir par exemple à cet égard la décision de la Commission dans l'affaire TPS (JO L 90 du 2.4.1999, p. 6). De même, l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, s'applique tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

⁴⁶ Voir le point 85 des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, mentionnées à la note 4.

du traité⁴⁷. En outre, comme les articles 81 et 82 ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, pour des raisons de cohérence, que l'article 81, paragraphe 3, soit interprété comme excluant toute application de la dérogation aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante⁴⁸. L'accord vertical ne peut pas éliminer la concurrence effective, en supprimant l'ensemble ou l'essentiel des sources existantes de concurrence réelle ou potentielle. La rivalité entre entreprises est un moteur essentiel de l'efficacité économique, notamment de gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovations. En son absence, l'entreprise dominante ne sera pas suffisamment incitée à continuer de réaliser des gains d'efficacité et à les répercuter. En l'absence de concurrence résiduelle et de menace prévisible de nouvelle entrée sur le marché, la protection de la rivalité et du jeu de la concurrence prime sur les gains d'efficacité possibles. Un accord restrictif qui maintient, crée ou renforce une position sur le marché approchant celle d'un monopole ne peut normalement se justifier au motif qu'il génère aussi des gains d'efficacité.

2. Analyse de certaines restrictions verticales

(124) Les restrictions verticales et combinaisons de restrictions verticales les plus courantes sont analysées ci-dessous en suivant le cadre exposé aux points 92 à 123.

2.1. Monomarquisme

(125) La rubrique «monomarquisme» englobe les accords dont le trait principal est d'obliger ou d'inciter l'acheteur à s'approvisionner, pour un type donné de produit, auprès d'un seul fournisseur. Cette composante se retrouve, entre autres, dans les clauses de non-concurrence et dans les quotas d'achat. Une clause de non-concurrence repose sur un dispositif qui oblige ou incite l'acheteur à couvrir plus de 80 % de ses besoins sur un marché donné en s'approvisionnant auprès d'un seul et même fournisseur. Cela ne signifie pas que l'acheteur soit tenu de s'approvisionner directement auprès du fournisseur, mais qu'il n'achètera et ne revendra pas ou n'intégrera pas dans ses produits des biens ou services concurrents. L'imposition d'un quota à l'acheteur est une forme adoucie d'obligation de non-concurrence, l'acheteur réalisant l'essentiel de ses achats auprès d'un seul fournisseur conformément à des mesures d'incitation ou à des engagements convenus avec celui-ci. L'imposition de quotas d'achat peut par exemple prendre la forme d'une obligation d'achat minimal ou de constitution de stocks, ou d'une tarification non linéaire fondée notamment sur des rabais conditionnels ou un prix à double composante (redevance fixe plus prix à l'unité). La clause dite «anglaise», en vertu de laquelle l'acheteur doit déclarer toute offre plus avantageuse et ne peut l'accepter que si le fournisseur ne s'aligne pas sur elle, peut produire le même effet qu'une obligation de monomarquisme, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de l'offre.

(126) Du point de vue de la concurrence, le monomarquisme risque de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché, de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative et, lorsque l'acheteur est un détaillant vendant aux

⁴⁷ Voir l'arrêt du 16 mars 2000 dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, point 130, Recueil 2000, p. I-1365. De même, l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ces dispositions sont, dans certaines circonstances, applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1; voir à cet égard l'arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, *Wouters*, point 120, Recueil 2002, p. I-1577.

⁴⁸ Voir à cet égard l'arrêt du 10 juillet 1990 dans l'affaire T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Recueil 1990, p. II-309. Voir également le point 106 des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, mentionnées à la note 4.

consommateurs finals, d'affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente. Ces trois effets restrictifs ont tous une incidence directe sur la concurrence intermarques.

(127) Le monomarquisme bénéficie de l'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur ne dépassent pas 30 % et sous réserve que la durée de l'obligation de non-concurrence soit limitée à cinq ans. Si le seuil de part de marché est dépassé ou si la durée est supérieure à cinq ans, les critères suivants sont utilisés pour l'appréciation au cas par cas.

(128) Les obligations de monomarquisme d'un fournisseur donné risquent plus particulièrement de produire des effets d'éviction anticoncurrentiels lorsque, en leur absence, une forte pression concurrentielle est exercée par des entreprises qui, soit ne sont pas encore présentes sur le marché au moment de la conclusion de ces accords, soit ne sont pas en mesure d'entrer en concurrence pour l'approvisionnement total des clients. Les concurrents peuvent ne pas être à même d'entrer en concurrence pour la demande totale d'un client donné parce que le fournisseur en question est un partenaire commercial inévitable au moins pour une partie de la demande sur le marché, par exemple du fait que sa marque est un «produit incontournable» préféré par un grand nombre de consommateurs finals ou que les contraintes de capacité pesant sur les autres fournisseurs sont telles qu'une partie de la demande ne peut être satisfaite que par le fournisseur en question⁴⁹. La «position du fournisseur sur le marché» est donc un facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des obligations de monomarquisme.

(129) Si les concurrents peuvent s'affronter sur un pied d'égalité pour tenter de répondre à la demande totale de chaque client individuel, les obligations de monomarquisme d'un fournisseur particulier sont généralement peu susceptibles de nuire à l'exercice d'une concurrence effective, sauf si le changement de fournisseur est rendu difficile par la durée et la couverture de marché des obligations de monomarquisme. Plus la part de marché liée, autrement dit la fraction de la part de marché totale qui résulte des ventes effectuées dans le cadre d'une obligation de monomarquisme, est élevée, plus il est probable que le marché est verrouillé dans une très large mesure. De la même manière, plus la durée des obligations de monomarquisme est longue, plus le degré de verrouillage du marché risque d'être sensible. On considère en général que des obligations de monomarquisme d'une durée inférieure à un an contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante ne donnent pas lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles ou à des effets négatifs nets. Les obligations de monomarquisme contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante et d'une durée comprise entre un an et cinq ans doivent généralement être examinées sur la base d'un bilan de leurs effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels. En revanche, pour la plupart des types d'investissement, les obligations de monomarquisme d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet d'éviction qu'elles génèrent. Les obligations de monomarquisme sont plus susceptibles d'entraîner un verrouillage anticoncurrentiel du marché lorsqu'elles sont contractées par des entreprises occupant une position dominante.

(130) Pour apprécier le pouvoir de marché détenu par le fournisseur, la «position de ses concurrents sur le marché» est un élément important. Tant que ceux-ci sont suffisamment nombreux et forts, il n'y a pas lieu de craindre des effets anticoncurrentiels sensibles. Il est

⁴⁹ Arrêt du 23 octobre 2003 dans l'affaire T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd/Commission, points 104 et 156, Recueil 2003, p. II-4653.

très peu probable que les concurrents soient évincés s'ils détiennent une position similaire sur le marché et peuvent offrir des produits tout aussi attrayants. Dans ce cas de figure, il peut toutefois exister un risque de verrouillage du marché pour les nouveaux concurrents potentiels, lorsque plusieurs grands fournisseurs concluent des accords de monomarchisme avec un grand nombre de leurs acheteurs sur le marché en cause (effet cumulatif). C'est également dans ce type de scénario que les accords de monomarchisme peuvent faciliter les collusions entre fournisseurs concurrents. Si ces fournisseurs relèvent individuellement de l'exemption par catégorie, il peut être nécessaire de leur retirer le bénéfice de celle-ci pour contrer cet effet cumulatif préjudiciable. On considère généralement qu'une part de marché liée de moins de 5 % ne saurait contribuer de façon significative à un tel effet cumulatif de verrouillage.

(131) Lorsque la part de marché du premier fournisseur est inférieure à 30 % et que celle des cinq premiers fournisseurs est inférieure à 50 %, l'existence d'un effet anticoncurrentiel unique ou cumulatif est peu probable. Si un nouveau concurrent potentiel ne peut rentabiliser son entrée sur le marché, cela sera vraisemblablement imputable à des facteurs autres que les obligations de monomarchisme (préférences des consommateurs, par exemple).

(132) Les «barrières à l'entrée» sont un élément important pour établir s'il y a verrouillage anticoncurrentiel. Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver d'autres acheteurs pour leur produit, le verrouillage ne devrait pas poser de réel problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont fréquentes, tant au niveau de la production qu'à celui de la distribution.

(133) La «capacité de faire contrepoids» est un élément pertinent, car des acheteurs puissants ne se laisseront pas facilement écarté de l'offre de biens ou de services concurrents. Plus généralement, pour convaincre ses clients d'accepter le monomarchisme, le fournisseur peut devoir leur offrir une compensation, totale ou partielle, pour la réduction de concurrence résultant de l'exclusivité. Dans ce cas, il peut être de l'intérêt individuel d'un client de contracter une obligation de monomarchisme avec le fournisseur. Toutefois, il serait erroné d'en conclure automatiquement que toutes les obligations de monomarchisme, prises dans leur ensemble, sont globalement bénéfiques pour les clients sur ce marché ou pour les consommateurs finals. Il est en particulier peu probable que l'ensemble des consommateurs en tire bénéfice s'il y a un grand nombre de clients et que les obligations de monomarchisme, prises globalement, ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes.

(134) Enfin, le «stade du commerce» doit être pris en considération. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont en effet moins élevés pour les produits intermédiaires. Lorsque le fournisseur d'un produit intermédiaire n'occupe pas une position dominante, ses concurrents peuvent couvrir la partie substantielle de la demande qui ne lui est pas liée. Au-dessous du seuil de position dominante, le risque de verrouillage du marché peut toutefois se produire en cas d'effet cumulatif. Il est peu probable qu'un effet cumulatif anticoncurrentiel se produise lorsque moins de 50 % du marché est lié.

(135) Si l'accord porte sur la fourniture en gros d'un produit final, la question de savoir si un problème de concurrence peut se manifester dépend dans une large mesure du type de commerce de gros dont il s'agit et des barrières à l'entrée qui existent à ce niveau. Il n'y a pas de risque réel de verrouillage anticoncurrentiel si les producteurs concurrents peuvent aisément mettre en place leur propre réseau de vente en gros. La faiblesse des barrières à l'entrée dépend en partie du type de commerce de gros, autrement dit du fait de savoir si les

grossistes peuvent exercer leur activité efficacement s'ils ne commercialisent que le produit visé par l'accord (par exemple, des glaces) ou s'il est plus efficace de commercialiser toute une gamme de produits (par exemple, les surgelés). Dans ce dernier cas, il n'est pas efficace pour un fabricant qui ne vendrait qu'un seul produit de créer son propre réseau de vente en gros. Dans ce cas, des effets anticoncurrentiels peuvent se produire. En outre, des effets cumulatifs sont possibles si plusieurs fournisseurs imposent des obligations de monomarchisme à la plupart des grossistes.

(136) De façon générale, le risque de verrouillage est plus grand pour les produits finals au stade de la vente au détail en raison des barrières élevées que doivent surmonter la plupart des producteurs pour ouvrir des points de vente pour leurs seuls produits. En outre, c'est au stade du commerce de détail que les accords de monomarchisme peuvent affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente. C'est pourquoi des effets anticoncurrentiels sensibles peuvent se manifester pour les produits finals au stade de la vente au détail si, compte tenu de tous les autres facteurs en cause, un fournisseur n'occupant pas une position dominante lie 30 % ou plus du marché pertinent. Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante, même une part de marché liée modeste peut donner lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles.

(137) Au stade du commerce de détail également, un effet de verrouillage cumulatif peut se manifester. Lorsque tous les fournisseurs détiennent une part de marché inférieure à 30 %, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage anticoncurrentiel cumulatif si la part de marché totale liée est de moins de 40 % et que le bénéfice de l'exemption soit par conséquent retiré. Ce chiffre peut être plus élevé lorsque d'autres facteurs tels que le nombre de concurrents, les barrières à l'entrée, etc. sont pris en considération. Lorsque les entreprises n'ont pas toutes une part de marché inférieure au seuil prévu pour bénéficier de l'exemption par catégorie, mais qu'aucune n'occupe une position dominante, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage anticoncurrentiel cumulatif si moins de 30 % du marché total est lié.

(138) Lorsque l'acheteur exerce son activité dans des locaux et sur un terrain appartenant au fournisseur ou que le fournisseur loue à un tiers non lié à l'acheteur, la possibilité d'imposer des mesures efficaces pour corriger l'effet de verrouillage éventuel est limitée. Dans ce cas, une intervention de la Commission alors que le seuil de position dominante n'est pas atteint est improbable.

(139) Dans certains secteurs, la vente de plusieurs marques dans un même point de vente peut être difficile, auquel cas la meilleure façon de mettre fin à une situation de verrouillage est de limiter la durée effective des contrats.

(140) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question se pose d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 81, paragraphe 3. Pour les obligations de non-concurrence, les gains d'efficacité décrits au point 103, paragraphe 1 (problèmes de parasitisme entre fournisseurs), paragraphes 4 et 5 (problèmes de renonciation à certains investissements) et paragraphe 8 (imperfections du marché des capitaux) peuvent être déterminants.

(141) Dans le cas des gains d'efficacité décrits au point 103, paragraphes 1, 4 et 8, l'imposition de quotas à l'acheteur pourrait éventuellement constituer une solution moins restrictive. Une obligation de non-concurrence peut être le seul moyen viable de réaliser le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 5 (problème lié à la renonciation à certains investissements dans le cadre d'un transfert de savoir-faire).

(142) Dans le cas d'un investissement propre à une relation contractuelle réalisé par le fournisseur (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 4), un accord de non-concurrence ou un accord imposant des quotas pendant la période d'amortissement de l'investissement remplit généralement les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Si les investissements propres à la relation contractuelle considérée sont lourds, une obligation de non-concurrence contractée pour une durée supérieure à cinq ans peut se justifier. Cet investissement pourrait viser, par exemple, l'installation ou l'adaptation d'un équipement par le fournisseur lorsque cet équipement ne peut servir que pour produire des composants destinés à un acheteur déterminé. Les investissements généraux ou propres à un marché qui portent sur des capacités (supplémentaires) ne constituent normalement pas des investissements propres à une relation contractuelle. Cependant, si un fournisseur crée de nouvelles capacités exclusivement liées à l'activité d'un acheteur particulier (par exemple, une entreprise produisant des boîtes de conserve qui crée de nouvelles capacités de production à l'intérieur ou à proximité d'une conserverie), celles-ci pourraient n'être rentables qu'en liaison avec ce seul client, auquel cas les investissements réalisés seraient considérés comme propres à cette relation contractuelle.

(143) Quand le fournisseur accorde à l'acheteur un prêt ou lui fournit un équipement qui n'est pas propre à leur relation contractuelle, cela n'est normalement pas suffisant en soi pour justifier l'exemption d'une restriction à l'origine d'un effet de verrouillage anticoncurrentiel du marché. Les situations d'imperfections du marché des capitaux, dans lesquelles il est plus efficace pour le fournisseur d'un produit que pour une banque d'accorder un prêt, sont limitées (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 8). Quand bien même le fournisseur du produit serait le plus efficace pourvoyeur de fonds, le prêt devrait être accordé de la manière la moins restrictive possible et l'acheteur devrait donc en règle générale conserver la possibilité de mettre un terme à l'obligation et de rembourser le solde du prêt à tout moment et sans pénalité financière.

(144) Le transfert d'un savoir-faire substantiel (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 5) justifie habituellement une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture, comme par exemple dans le contexte de la franchise.

(145) Exemple d'obligation de non-concurrence

Le fournisseur dominant sur le marché national d'un bien de consommation d'impulsion, dont la part de marché est de 40 %, vend la majeure partie de sa production (90 %) par le biais de détaillants qui lui sont liés (soit une part de marché liée de 36 %). Les accords obligent les détaillants à ne s'approvisionner qu'auprès de ce fournisseur dominant pendant au moins quatre ans. Ce dernier est tout particulièrement bien représenté dans les régions les plus densément peuplées, comme la capitale. Ses concurrents, au nombre de dix, dont certains ne sont présents que localement, ont tous des parts de marché beaucoup plus petites (12 % pour la plus élevée d'entre elles). Ces dix concurrents approvisionnent 10 % du marché par le biais de points de vente qui leur sont liés. Sur ce marché, les marques et les produits sont fortement différenciés. Le fournisseur dominant a les marques les plus fortes. Il est le seul à mener régulièrement des campagnes publicitaires nationales. Il fournit aux détaillants qui lui sont liés du mobilier de rangement spécifique pour son produit.

Il résulte de cette situation qu'une part de 46 % (36 % + 10 %) du marché est fermée aux nouveaux concurrents potentiels et aux concurrents déjà en place qui n'ont pas de points de vente liés. Il est d'autant plus difficile aux premiers de s'imposer dans les régions à forte densité de population que l'effet de verrouillage y est encore plus prononcé, même si c'est

dans ces régions qu'ils souhaiteraient prendre pied sur le marché. En outre, en raison de la forte différenciation entre les marques et les produits et des coûts de recherche d'informations relativement élevés par rapport au prix du produit, l'absence de concurrence intermarques au sein d'un même point de vente entraîne une perte de bien-être supplémentaire pour les consommateurs. Les éventuels gains d'efficacité liés à l'exclusivité imposée aux points de vente, qui, selon le fournisseur dominant du marché, résultent de la diminution des coûts de transport et de la réalisation de certains investissements pour le mobilier de rangement, sont limités et ne compensent pas les effets préjudiciables à la concurrence. Ces gains sont en effet limités, car les frais de transport sont liés à la quantité et non à l'exclusivité et le mobilier de rangement n'intègre pas un savoir-faire particulier et n'est pas propre à la marque. En conséquence, il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies.

(146) Exemple de quotas imposés

Un producteur X, qui détient 40 % du marché, vend 80 % de sa production par le biais d'accords qui précisent que le revendeur doit couvrir au moins 75 % de ses besoins pour ce type de produit en s'approvisionnant auprès de X. En échange, X propose des prêts et du matériel à des conditions favorables. Les contrats sont conclus pour une durée de cinq ans, le remboursement du prêt s'effectuant selon des versements échelonnés d'un montant égal. Après les deux premières années, les acheteurs peuvent toutefois mettre fin au contrat moyennant un préavis de six mois s'ils remboursent le solde du prêt et rachètent l'équipement à sa valeur marchande. À la fin des cinq ans, l'équipement devient la propriété de l'acheteur. La plupart des producteurs concurrents sont de petites entreprises (douze au total, la plus grande détenant une part de marché de 20 %) qui ont conclu des accords similaires pour des durées différentes. Les producteurs dont la part de marché est inférieure à 10 % ont souvent des contrats plus longs qui contiennent des clauses de résiliation moins généreuses. Les contrats conclus par le producteur X permettent à l'autre partie de couvrir 25 % de ses besoins auprès de la concurrence. Au cours des trois dernières années, deux nouveaux producteurs ont pris pied sur le marché, où ils ont acquis une part cumulée d'environ 8 %, en partie grâce au rachat de prêts d'un certain nombre de revendeurs avec lesquels ils ont en échange conclu des contrats.

La part de marché liée du producteur X est de 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40 \%$). La part de marché liée des autres producteurs s'élève à près de 25 %. Au total, c'est donc une part de 49 % environ du marché qui est fermée, au moins durant les deux premières années des contrats de fourniture, aux nouveaux concurrents potentiels et aux concurrents déjà en place qui ne disposent pas de points de vente qui leur sont liés. Le marché montre que les revendeurs ont souvent des difficultés à obtenir des prêts bancaires et sont en général trop petits pour se procurer des capitaux par d'autres voies, telles que l'émission d'actions. De plus, le producteur X est à même de démontrer qu'en concentrant ses ventes sur un nombre limité de revendeurs, il peut mieux planifier ses ventes et économiser sur les coûts de transport. Étant donné les gains d'efficacité réalisés, d'une part, et le fait que les contrats conclus par le producteur X laissent aux acheteurs la possibilité de s'approvisionner librement pour 25 % de leurs besoins et prévoient réellement la possibilité de résilier le contrat par anticipation, que de nouveaux producteurs sont entrés récemment sur le marché et que la moitié environ des revendeurs ne sont pas liés, d'autre part, les quotas de 75 % imposés par le producteur X sont susceptibles de remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

2.2. Distribution exclusive

(147) Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé. Dans le même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs). Du point de vue de la concurrence, ce système risque surtout d'affaiblir la concurrence intramarque et de cloisonner le marché, de sorte qu'il pourrait en résulter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou la totalité des fournisseurs pratiquent la distribution exclusive, les collusions peuvent s'en trouver facilitées, tant à leur niveau qu'à celui des distributeurs. Enfin, la distribution exclusive peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire la concurrence à ce niveau.

(148) La distribution exclusive bénéficie de l'exemption par catégorie pour autant que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %, même si elles sont associées à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence limitée à cinq ans, l'imposition de quotas ou l'achat exclusif. La combinaison de la distribution exclusive avec la distribution sélective ne bénéficie de l'exemption par catégorie que si les ventes actives vers d'autres territoires ne sont pas limitées. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier au cas par cas la distribution exclusive.

(149) La «position sur le marché détenue par le fournisseur et par ses concurrents» est particulièrement importante, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne pose problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la «position du fournisseur» est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque est grave. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, la concurrence intramarque risque d'être sensiblement atténuée. Pour que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies, il faut que cet affaiblissement de la concurrence intramarque soit contrebalancé par de véritables gains d'efficience.

(150) La «position des concurrents» peut avoir une double signification. Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera en règle générale compensée par une concurrence intermarques suffisante. Si, en revanche, le nombre de concurrents est relativement faible et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire selon les parts de marché, les capacités et le réseau de distribution, il existe un risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. La diminution de la concurrence intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs fournisseurs exploitent des systèmes de distribution similaires. La distribution exclusive multiple, à savoir le fait pour différents fournisseurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné, peut encore accroître le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. Si un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents importants ou plus sur le même territoire, la concurrence intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs multiples exclusifs est élevée, plus le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence intermarques sera réduite. Si un détaillant est distributeur exclusif d'un certain nombre de marques, il peut ne pas être incité à répercuter sur le consommateur final les éventuelles baisses du prix de gros décidées par un des fabricants, car cela diminuerait les ventes et les bénéfices qu'il réalise sur les autres marques. Contrairement à ce qui se passerait en l'absence de distributeurs exclusifs, les fabricants n'ont donc qu'un intérêt limité à se faire concurrence par les prix. Des situations de ce genre peuvent justifier de retirer le bénéfice de

l'exemption par catégorie quand les parts de marché des fournisseurs et des acheteurs se situent au-dessous du seuil prévu par le règlement d'exemption par catégorie.

(151) Les «barrières à l'entrée» qui sont susceptibles d'empêcher les fournisseurs de se trouver de nouveaux ou d'autres distributeurs sont un élément moins important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution exclusive. L'accès du marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarquisme.

(152) L'éviction d'autres distributeurs n'est pas un problème si le fournisseur qui exploite le réseau de distribution exclusive désigne un grand nombre de distributeurs exclusifs sur le même marché et que les ventes de ces distributeurs exclusifs aux autres distributeurs, non désignés, ne sont pas soumises à restrictions. Elle peut en revanche le devenir en cas de «puissance d'achat» et de pouvoir de marché en aval, en particulier dans le cas de territoires très étendus sur lesquels le distributeur exclusif devient l'acheteur exclusif pour l'ensemble du marché pertinent. On pourrait prendre comme exemple le cas d'une chaîne de supermarchés qui devient le seul distributeur d'une marque de premier plan sur un marché national du commerce alimentaire de détail. L'effet de fermeture du marché aux autres distributeurs peut encore être aggravé en cas de distribution exclusive multiple.

(153) La «puissance d'achat» peut aussi accroître le risque de collusion entre les acheteurs lorsque les accords de distribution exclusive sont imposés par des acheteurs importants, éventuellement situés sur d'autres territoires, à un ou plusieurs fournisseurs.

(154) La «maturité du marché» est un élément important, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque et la discrimination par les prix peuvent constituer un problème grave sur un marché mûr, mais être plus anodins sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent.

(155) Le «stade du commerce» est important, car les effets négatifs éventuels ne sont pas forcément les mêmes au niveau du commerce de gros et à celui du commerce de détail. La distribution exclusive s'applique surtout à la distribution de biens et de services finals. La concurrence intramarque risque de s'affaiblir surtout au stade du commerce de détail, si la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus, car les consommateurs finals pourraient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité entre un distributeur proposant un service de qualité à un prix élevé et un distributeur offrant un service meilleur marché, mais de qualité moindre.

(156) Un fabricant qui choisit un grossiste comme distributeur exclusif le fait normalement pour un territoire plus étendu, par exemple un État membre dans son ensemble. Tant que le grossiste peut vendre les produits sans restriction aux détaillants situés en aval, il est peu probable qu'il y ait des effets anticoncurrentiels sensibles. L'affaiblissement éventuel de la concurrence intramarque au stade du commerce de gros peut facilement être compensé par des gains d'efficacité au niveau de la logistique, de la promotion, etc., surtout lorsque le fabricant est établi dans un autre pays. Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence intermarques la distribution exclusive multiple sont cependant plus élevés au niveau du commerce de gros qu'à celui du commerce de détail. Si un grossiste devient distributeur exclusif pour un nombre important de fournisseurs, la concurrence entre leurs marques s'en trouve réduite, mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau du commerce de gros.

(157) Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, l'accès du marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarquisme. Toutefois, même lorsque la distribution exclusive est combinée avec des obligations de monomarquisme, une exclusion anticoncurrentielle des autres fournisseurs est peu probable, sauf peut-être lorsque les obligations de monomarquisme sont appliquées à un réseau dense de distributeurs exclusifs actifs sur de petits territoires ou en cas d'effet cumulatif. Cela peut rendre nécessaire l'application des principes exposés ci-dessus sur le monomarquisme. Toutefois, lorsqu'elle ne provoque pas de verrouillage sensible du marché, la combinaison entre distribution exclusive et monomarquisme peut favoriser la concurrence en incitant davantage le distributeur exclusif à concentrer ses efforts sur la marque en question. Par conséquent, en l'absence d'un tel effet de verrouillage, la combinaison de la distribution exclusive et d'une obligation de non-concurrence peut très bien remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, pour toute la durée de l'accord, en particulier au niveau du commerce de gros.

(158) La combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif augmente le risque d'un affaiblissement de la concurrence intramarque et d'un cloisonnement du marché, qui peuvent faciliter notamment une discrimination par les prix. La distribution exclusive limite déjà les possibilités d'arbitrage des clients, étant donné qu'elle restreint le nombre de distributeurs et, souvent, la liberté de ces derniers de réaliser des ventes actives. L'approvisionnement exclusif, qui oblige les distributeurs exclusifs à se procurer les produits de la marque en question directement auprès du fabricant, élimine en outre la possibilité d'un arbitrage par les distributeurs exclusifs, car il leur est interdit d'acheter à d'autres distributeurs membres du système. Il est donc plus facile pour le fournisseur de limiter la concurrence intramarque tout en appliquant des conditions de vente dissemblables au détriment des consommateurs, sauf si la combinaison permet la création de gains d'efficacité aboutissant à une baisse des prix pour l'ensemble des consommateurs finals.

(159) La «nature du produit» n'est pas un élément très pertinent pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence de la distribution exclusive. Il convient toutefois d'en tenir compte lorsque se pose la question des gains d'efficacité éventuels, c'est-à-dire lorsque l'existence d'un effet anticoncurrentiel sensible a été établie.

(160) La distribution exclusive peut produire des gains d'efficacité, en particulier lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour protéger ou bâtir l'image de la marque. En règle générale, l'argument des gains d'efficacité est plus convaincant pour les produits nouveaux, les produits complexes ou encore les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience), et même après consommation (produits dits de conviction). En outre, la distribution exclusive peut permettre de diminuer les coûts de logistique grâce à des économies d'échelle au niveau du transport et de la distribution.

(161) Exemple de distribution exclusive au niveau du commerce de gros

A est leader sur le marché d'un produit de consommation durable. Il vend son produit par le biais de grossistes exclusifs. Les territoires assignés aux grossistes correspondent à un État membre tout entier pour les petits États membres, et à une région pour les autres. Ces distributeurs exclusifs sont responsables des ventes à l'ensemble des détaillants situés sur leur territoire. Ils ne vendent pas aux consommateurs finals. Les grossistes sont chargés de la promotion sur les marchés qui leur sont affectés. Il leur faut à ce titre parrainer des manifestations locales, mais aussi expliquer et promouvoir les nouveaux produits auprès des

détaillants sur leur territoire. La technologie et les produits évoluent plutôt rapidement sur ce marché, et le service de prévente auprès des détaillants et des consommateurs finals joue un rôle important. Les grossistes ne sont pas tenus de couvrir tous leurs besoins pour la marque A en s'approvisionnant auprès du fabricant lui-même; les grossistes et les détaillants peuvent procéder à des arbitrages, les coûts de transport étant relativement faibles par rapport à la valeur du produit. Les grossistes ne sont en outre pas soumis à une obligation de non-concurrence. Les détaillants vendent aussi plusieurs marques de fournisseurs concurrents, et il n'y a pas d'accords de distribution exclusive ou sélective au niveau du commerce de détail. Sur le marché européen de la vente aux grossistes, A dispose d'une part de marché d'environ 50 %. Il détient une part comprise entre 40 % et 60 % sur les différents marchés nationaux au niveau du commerce de détail. A compte de 6 à 10 concurrents sur chaque marché national: B, C et D sont ses concurrents les plus importants, également présents sur chaque marché national, avec des parts de marché allant de 20 % à 5 %. Les autres concurrents sont des producteurs nationaux et leurs parts de marché sont plus petites. B, C et D ont des réseaux de distribution similaires, alors que les fabricants locaux ont tendance à écouler leur production directement auprès des détaillants.

Au niveau du commerce de gros décrit ci-dessus, le risque d'un affaiblissement de la concurrence intramarque et d'une discrimination par les prix est faible. Les arbitrages ne sont pas entravés, et l'absence d'une concurrence intramarque n'est pas déterminante à ce niveau. Au stade du commerce de détail, ni la concurrence intramarque ni la concurrence intermarques ne sont entravées. En outre, la concurrence intermarques n'est quasiment pas affectée par les accords d'exclusivité conclus au niveau du commerce de gros. Il est donc probable que, même en présence d'effets anticoncurrentiels, les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies.

(162) Exemple de distribution exclusive multiple sur un marché oligopolistique

Le marché national d'un produit final donné est dominé par quatre fournisseurs dominants, chacun détenant une part de marché d'environ 20 %. Tous vendent leur production par l'intermédiaire de distributeurs exclusifs au niveau du commerce de détail. Les détaillants se voient attribuer un territoire exclusif, qui correspond à la ville où ils sont situés ou à un quartier s'il s'agit d'une grande ville. Dans la plupart des territoires, les quatre leaders ont le même détaillant exclusif («distribution exclusive multiple»), le plus souvent situé au centre-ville et spécialisé dans le produit en question. Les 20 % restants du marché national se répartissent entre de petits fabricants locaux, dont le plus gros détient une part de 5 %. Ces fabricants locaux écoulent en général leur production par le biais d'autres détaillants, notamment parce que les distributeurs exclusifs des quatre plus grands fournisseurs se montrent en général peu désireux de vendre des marques meilleur marché et moins connues. Les marques et les produits sont fortement différenciés sur ce marché. Les quatre leaders mènent des campagnes publicitaires nationales de grande ampleur et possèdent une image de marque forte, alors que les petits fabricants ne font pas de promotion de leurs produits au niveau national. Le marché est plutôt mûr, la demande est stable et les produits ainsi que la technologie n'évoluent guère. Le produit est relativement simple.

Sur un marché oligopolistique de ce genre, il y a risque de collusion entre les quatre leaders. Ce risque est aggravé par la distribution exclusive multiple. La concurrence intramarque est limitée par l'exclusivité territoriale. La concurrence entre les quatre marques leaders est restreinte au niveau du commerce de détail, car un détaillant fixe le prix de ces quatre marques sur chaque territoire. Dans le cadre d'une telle distribution exclusive multiple, le détaillant n'est pas incité à répercuter sur le consommateur final les éventuelles baisses de prix

décidées par un des fabricants, car cela diminuerait les ventes et les bénéfices qu'il réalise sur les autres marques. Les fabricants n'ont donc qu'un intérêt limité à se faire concurrence par les prix. La concurrence intermarques par les prix est principalement confinée aux produits des petits fabricants jouissant d'une faible image de marque. Il est difficile d'évoquer les gains d'efficacité pour justifier le recours à des distributeurs exclusifs (communs), car le produit est relativement simple, la revente n'exige pas une formation ou des investissements spécifiques et la publicité se fait surtout au niveau des fabricants.

Même si la part de marché détenue par chacun des leaders est inférieure au seuil, les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, pourraient ne pas être remplies et un retrait de l'exemption par catégorie pourrait s'avérer nécessaire.

(163) Exemple de distribution exclusive combinée avec un approvisionnement exclusif

Le fabricant A est leader européen sur le marché d'un bien de consommation volumineux durable, avec une part qui se situe entre 40 % et 60 % sur la plupart des marchés nationaux du commerce de détail. Dans les États membres dans lesquels il détient une part de marché élevée, ses concurrents sont moins nombreux et détiennent des parts de marché nettement moindres. Les concurrents ne sont présents que sur un ou deux marchés nationaux. A vend traditionnellement son produit par l'intermédiaire de filiales nationales à des distributeurs exclusifs actifs au niveau du commerce de détail, qui sont tenus de ne pas vendre activement sur les territoires alloués en exclusivité à d'autres. Ces distributeurs sont ainsi encouragés à promouvoir le produit et à fournir des services avant la vente. Depuis peu, les détaillants sont en outre tenus d'acheter les produits de A exclusivement après de la filiale nationale de ce fabricant dans leur pays. Les détaillants qui vendent la marque du fabricant A sont les principaux revendeurs pour ce type de produit sur le territoire qui leur est concédé. Ils commercialisent des marques concurrentes, mais avec plus ou moins de succès et d'enthousiasme. Depuis l'introduction de l'approvisionnement exclusif, A applique des différences de prix comprises entre 10 % et 15 % entre les marchés sur lesquels les prix sont les plus élevés sur les marchés sur lesquels la concurrence est moindre. Les marchés sont relativement stables du côté de l'offre et de la demande, et il n'y a pas de changements technologiques significatifs.

Sur les marchés sur lesquels les prix sont élevés, l'affaiblissement de la concurrence intramarque est dû non seulement à l'exclusivité territoriale au niveau du commerce de détail, mais aussi à l'obligation d'approvisionnement exclusif imposée aux détaillants. Cette obligation contribue à maintenir les marchés et les territoires séparés, en rendant tout arbitrage impossible entre les détaillants exclusifs, qui sont les principaux revendeurs de ce type de produit. Les détaillants exclusifs ne peuvent pas non plus vendre activement sur les territoires alloués aux autres détaillants et, en pratique, ils ont tendance à éviter de livrer en dehors de leur territoire. C'est ce qui a rendu possible la discrimination par les prix, sans que cela n'entraîne de hausse significative des ventes totales. Consommateurs et commerçants indépendants n'ont que des possibilités d'arbitrage limitées en raison du caractère volumineux du produit.

Si l'argument des éventuels gains d'efficacité pour justifier le recours à des distributeurs exclusifs peut être convaincant, en particulier en raison de l'encouragement des détaillants, il est peu probable que la combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif, et notamment les éventuels gains d'efficacité résultant de l'approvisionnement exclusif, principalement liés à des économies d'échelle au niveau du transport, compensent les effets négatifs de la discrimination par les prix et de l'affaiblissement de la concurrence

intramarque En conséquence, il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies.

2.3. *Exclusivité de clientèle*

(164) Dans le cadre d'un accord d'exclusivité de clientèle, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une catégorie de clients déterminée. En même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives à d'autres clientèles (conçédées). Du point de vue de la concurrence, ce système risque surtout d'affaiblir la concurrence intramarque et de cloisonner le marché, de sorte qu'il pourrait en résulter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou la totalité des fournisseurs pratiquent l'exclusivité de clientèle, cela peut faciliter les collusions, tant à leur niveau qu'à celui des distributeurs. Enfin, l'exclusivité de clientèle peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire la concurrence à ce niveau.

(165) L'exclusivité de clientèle bénéficie de l'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas le seuil de part de marché de 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence, l'imposition de quotas ou l'approvisionnement exclusif. La combinaison entre exclusivité de clientèle et distribution sélective constitue normalement une restriction caractérisée, car d'ordinaire, les distributeurs désignés ne peuvent pas librement procéder à des ventes actives auprès des utilisateurs finals. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, les critères énoncés aux points 147 à 163 en ce qui concerne la distribution exclusive s'appliquent par analogie pour l'appréciation de l'exclusivité de clientèle, sous réserve des quelques remarques suivantes.

(166) La répartition de la clientèle rend généralement plus difficile l'arbitrage par le client. En outre, comme chaque distributeur désigné a sa propre catégorie de clients, les distributeurs non désignés, qui ne relèvent d'aucune de ces catégories, pourraient rencontrer des difficultés pour se procurer le produit. Cette situation réduit les possibilités d'arbitrage des distributeurs non désignés.

(167) L'exclusivité de clientèle est principalement appliquée aux produits intermédiaires et au stade du commerce de gros lorsqu'elle porte sur des produits finals, où il est possible de distinguer des catégories de clients ayant des besoins spécifiques différents en ce qui concerne le produit.

(168) L'exclusivité de clientèle peut générer des gains d'efficience, notamment lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour se doter d'un équipement, de compétences ou d'un savoir-faire particuliers afin de s'adapter à la demande de leur groupe de clients. La période d'amortissement de ces investissements indique la durée justifiée d'un système d'exclusivité de clientèle. En général, les arguments sont d'autant plus convaincants que le produit est nouveau ou complexe et qu'il est nécessaire de l'adapter aux besoins de chaque client. Il est plus probable qu'il existe des besoins différenciés pouvant être recensés dans le cas des produits intermédiaires, c'est-à-dire des produits vendus à différents types d'acheteurs professionnels. L'attribution des consommateurs finals entraîne rarement des gains d'efficience.

(169) Exemple d'exclusivité de clientèle

Une société a conçu un système d'extinction du feu sophistiqué. Sa part de marché est actuellement de 40 % pour ce produit. Lorsqu'elle a commencé à commercialiser ce nouveau

système, sa part de marché ne s'élevait encore qu'à 20 %. L'installation de ce nouveau système est fonction du type de bâtiment auquel il est destiné, ainsi que de l'affectation de ce dernier (bureaux, usine chimique, hôpital, etc.). La société a sélectionné un certain nombre de distributeurs pour vendre et installer le système. Chaque distributeur a dû former son personnel aux besoins généraux et spécifiques que pose l'installation de ce système d'extinction en fonction de la catégorie de clients. Pour que les distributeurs se spécialisent, la société a attribué en exclusivité à chacun d'entre eux une catégorie de clients et lui a interdit de réaliser des ventes actives en dehors de cette clientèle exclusive. À l'expiration d'une période de cinq ans, tous les distributeurs exclusifs seront autorisés à procéder à des ventes actives avec toutes les catégories de clients, ce qui mettra donc fin au système d'exclusivité de clientèle. Le fournisseur pourra alors aussi commencer à vendre à d'autres distributeurs. Le marché est très dynamique, deux nouveaux concurrents y ont récemment pris pied et la technologie évolue. Les concurrents, dont la part de marché se situe entre 25 % et 5 %, améliorent eux aussi leurs produits.

Étant donné que l'exclusivité n'est que d'une durée limitée et permet aux distributeurs de récupérer leur investissement et de concentrer leurs activités commerciales d'abord sur une certaine catégorie de clients afin de bien connaître le commerce, et que les éventuels effets anticoncurrentiels semblent limités sur un marché dynamique, il est probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies.

2.4. Distribution sélective

(170) À l'instar des accords de distribution exclusive, les accords de distribution sélective restreignent d'une part le nombre de distributeurs agréés et d'autre part leurs possibilités de revente. Contrairement à ce qui se passe pour la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs agréés ne dépend pas du nombre de territoires, mais de critères de sélection liés tout d'abord à la nature du produit. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente ne porte pas sur les ventes actives vers un territoire, mais sur toutes les ventes réalisées avec des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les clients finals étant alors les seuls acheteurs potentiels. La distribution sélective est presque toujours utilisée pour distribuer des produits finals de marque.

(171) Du point de vue de la concurrence, ce type de distribution risque d'affaiblir la concurrence intramarque et, surtout s'il y a effet cumulatif, d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs et de faciliter les collusions entre fournisseurs ou acheteurs. Pour apprécier les effets préjudiciables qu'elle peut avoir sur la concurrence au regard de l'article 81, paragraphe 1, il convient de faire la distinction entre la distribution sélective purement qualitative et la distribution sélective quantitative. La première consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus, etc.⁵⁰. L'application de ces critères n'impose pas de limitation directe au nombre de revendeurs agréés. On considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient satisfaites. Premièrement, la nature du produit en question doit appeler un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement,

⁵⁰ Voir, par exemple, l'arrêt du 12 décembre 1996 dans l'affaire T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission, Recueil 1996, p. II-1961.

les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire⁵¹. La distribution sélective quantitative ajoute d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés, en imposant par exemple un niveau de vente minimal ou maximal, en limitant directement le nombre de revendeurs agréés, etc.

(172) La distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, sous réserve que les distributeurs agréés puissent procéder à des ventes actives tant entre eux qu'aux consommateurs finals. L'exemption par catégorie s'applique à la distribution sélective quelle que soit la nature du produit. Toutefois, lorsque la nature du produit ne nécessite pas une distribution sélective, un tel système n'apporte généralement pas de gains d'efficacité suffisants pour contrebalancer une réduction significative de la concurrence intramarque. En cas d'effets préjudiciables sensibles sur la concurrence, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré. En outre, les orientations suivantes sont données pour l'appréciation de la distribution sélective dans les cas individuels ne relevant pas de l'exemption par catégorie ou en cas d'effets cumulatifs résultant de réseaux parallèles de distribution sélective.

(173) La position sur le marché détenue par le fournisseur et ses concurrents est particulièrement importante pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne constitue un problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque fait problème. Le nombre de réseaux de distribution sélective présents sur le même marché est un autre facteur important. Lorsque la distribution sélective est appliquée sur le marché par un seul fournisseur, la distribution sélective quantitative ne produit généralement pas d'effets négatifs nets pour autant que les biens contractuels, eu égard à leur nature, requièrent le recours à un système de distribution sélective et que les critères de sélection appliqués soient nécessaires pour en assurer une distribution efficace. En réalité, toutefois, la distribution sélective est souvent appliquée par plusieurs fournisseurs sur un marché donné.

(174) La position des concurrents peut avoir une double signification et jouer un rôle spécialement en cas d'effet cumulatif. Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera en règle générale facilement compensé par une concurrence intermarques suffisante. Toutefois, lorsqu'une majorité des principaux fournisseurs pratiquent la distribution sélective, il peut en résulter un affaiblissement sensible de la concurrence intramarque, une éventuelle éviction de certains types de distributeurs et un risque accru de collusion entre lesdits fournisseurs. Le risque que les distributeurs les plus efficaces soient évincés a toujours été plus grand dans le cadre de la distribution sélective que dans celui de la distribution exclusive, car la première restreint les ventes aux distributeurs non agréés. Cette restriction vise à donner aux systèmes de distribution sélective un caractère fermé, en empêchant l'approvisionnement des distributeurs non agréés. La distribution sélective permet

⁵¹ Voir l'arrêt du 11 décembre 1980 dans l'affaire 31/80, L'Oréal/PVBA, points 15 et 16, Recueil 1980, p. 3775, l'arrêt du 25 octobre 1977 dans l'affaire 26/76, Metro I, points 20 et 21, Recueil 1977, p. 1875, l'arrêt du 25 octobre 1983 dans l'affaire 107/82, AEG, point 35, Recueil 1983, p. 3151, et l'arrêt du 27 février 1992 dans l'affaire T-19/91, Vichy/Commission, point 65, Recueil 1992, p. II-415.

donc tout particulièrement d'éviter les pressions exercées par les discompteurs sur les marges du fabricant et sur celles des revendeurs agréés.

(175) Lorsque l'exemption par catégorie s'applique à des réseaux individuels de distribution sélective, son retrait ou l'exclusion du champ d'application de celle-ci peuvent être envisagés en cas d'effets cumulatifs. Il est cependant peu probable qu'un effet cumulatif se manifeste si la part de marché couverte par la distribution sélective est inférieure à 50 %. De même, il est peu probable qu'un problème se pose lorsque le taux de couverture du marché dépasse 50 %, si la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants n'atteint pas 50 %. Lorsqu'à la fois la part de ces cinq fournisseurs et la part couverte par la distribution sélective excèdent 50 %, l'appréciation peut dépendre du fait que les cinq principaux fournisseurs appliquent ou non la distribution sélective. Plus la position des concurrents n'appliquant pas la distribution sélective est forte, moins il est probable que d'autres distributeurs soient évincés. Si les cinq principaux fournisseurs appliquent tous la distribution sélective, des problèmes de concurrence peuvent tout particulièrement se poser pour les accords qui recourent à des critères de sélection quantitative en limitant directement le nombre des revendeurs agréés. En règle générale, il est peu probable que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, soient remplies lorsque les systèmes de distribution sélective en cause empêchent de nouveaux distributeurs susceptibles de vendre de manière adéquate les produits en question, notamment des discompteurs, d'accéder au marché, limitant de la sorte la distribution au bénéfice de certains canaux existants et au détriment des consommateurs finals. Des formes plus indirectes de distribution sélective quantitative, qui résultent par exemple de la combinaison de critères de sélection purement qualitatifs et de l'obligation faite aux revendeurs agréés de réaliser annuellement un niveau minimal d'achats, sont moins susceptibles de produire des effets négatifs nets si ce niveau ne représente pas une part significative du chiffre d'affaires total réalisé par le revendeur agréé en relation avec le type de produits en question et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que le fournisseur récupère les investissements propres à cette relation contractuelle et/ou réalise des économies d'échelle dans la distribution. En ce qui concerne l'appréciation de la contribution individuelle de chaque fournisseur, on considère en général qu'un fournisseur dont la part de marché n'atteint pas 5 % ne contribue pas de manière significative à l'effet cumulatif.

(176) Les «barrières à l'entrée» constituent un élément dont il faut tenir compte surtout en cas d'éviction des distributeurs non agréés. En général, les barrières à l'entrée seront très importantes, du fait que ce sont normalement des fabricants de produits de marque qui appliquent la distribution sélective. Il faudra beaucoup de temps et des investissements considérables pour que les détaillants exclus lancent leurs propres marques ou obtiennent ailleurs des produits compétitifs.

(177) La «puissance d'achat» peut accroître le risque de collusion entre les revendeurs agréés et modifier donc sensiblement l'analyse des éventuels effets préjudiciables à la concurrence que produit la distribution sélective. Les détaillants plus efficaces sont particulièrement susceptibles d'être évincés du marché lorsque les revendeurs agréés sont fortement organisés et imposent au fournisseur des critères de sélection destinés à limiter la distribution à leur propre avantage.

(178) L'article 5, point c), du règlement d'exemption par catégorie dispose que le fournisseur ne peut pas imposer aux revendeurs agréés l'obligation directe ou indirecte de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés. Cette condition vise spécifiquement à éviter toute collusion horizontale qui permettrait d'exclure certaines marques par la création d'un club restreint de marques des principaux fournisseurs. Ce type d'obligation ne devrait pas

pouvoir bénéficier d'une exemption lorsque la part des cinq principaux fournisseurs est égale ou supérieure à 50 %, sauf si aucun des fournisseurs qui l'impose ne compte parmi les cinq plus grands sur le marché en question.

(179) L'éviction d'autres fournisseurs ne pose normalement pas problème tant que ces derniers peuvent recourir aux mêmes distributeurs, c'est-à-dire tant que la distribution sélective n'est pas associée au monomarquisme. Si le réseau des distributeurs agréés est dense ou s'il y a effet cumulatif, la combinaison de la distribution sélective et d'une obligation de non-concurrence est susceptible de provoquer un problème de verrouillage pour les fournisseurs concurrents. Dans une telle hypothèse, il a lieu d'appliquer les principes exposés ci-dessus sur le monomarquisme. Lorsque la distribution sélective n'est pas combinée à une obligation de non-concurrence, l'éviction des fournisseurs concurrents peut toutefois faire problème si les principaux fournisseurs non seulement appliquent des critères de sélection purement qualitatifs, mais imposent aussi à leurs revendeurs agréés des obligations supplémentaires, telles que l'obligation de réserver à leurs produits un minimum d'espace sur leurs linéaires ou de veiller à ce que les ventes de leurs produits représentent un pourcentage minimal du chiffre d'affaires total du revendeur agréé. Il y a peu de risque qu'un tel problème surgisse si la part du marché couvert par la distribution sélective est inférieure à 50 % ou, lorsque ce taux de couverture est dépassé, si la part de marché des cinq principaux fournisseurs est inférieure à 50 %.

(180) La «maturité du marché» est un élément important, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque et l'éviction éventuelle de fournisseurs ou de revendeurs peuvent constituer un problème grave sur un marché mûr, mais être plus anodins sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent.

(181) La distribution sélective peut être efficace en permettant de diminuer les coûts de logistique grâce à des économies d'échelle au niveau du transport, et ce quelle que soit la nature du produit (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 7). Toutefois, ces gains d'efficacité sont généralement marginaux dans le cadre des systèmes de distribution sélective. La nature du produit est un élément très important quand il s'agit d'aider à résoudre un problème de parasitisme entre les distributeurs (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 1) ou à créer une image de marque (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 9). En règle générale, l'argument des gains d'efficacité est plus convaincant pour les produits nouveaux, les produits complexes ou encore les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience), voire même après consommation (produits dits de conviction). La combinaison d'une distribution sélective et d'une clause d'implantation, qui protège un revendeur agréé contre l'ouverture, par d'autres revendeurs agréés, de points de vente à proximité du sien, peut en particulier remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, si cette combinaison est indispensable pour protéger des investissements substantiels et propres à la relation contractuelle effectués par le revendeur agréé (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 4).

(182) Pour s'assurer que la restriction choisie est la moins préjudiciable à la concurrence, il convient de se demander si les mêmes gains d'efficacité pourraient être réalisés à un coût comparable, par exemple au moyen d'obligations portant uniquement sur le service.

(183) Exemple de distribution sélective quantitative

Sur un marché de biens de consommation durables, le leader (marque A), qui détient une part de marché de 35 %, vend ses produits aux consommateurs finals par le biais d'un réseau de

distribution sélective. Il existe plusieurs critères d'admission au réseau: le magasin doit employer du personnel qualifié et proposer des services de prévente, un rayon spécialisé doit être consacré à la vente du produit ainsi qu'aux produits de haute technologie similaires, et le magasin doit proposer un large assortiment des modèles du fournisseur et présenter ceux-ci d'une manière attrayante. Le nombre de détaillants pouvant adhérer au réseau est en outre directement limité en ce qu'il ne peut dépasser un plafond qui dépend du nombre d'habitants de la province ou de la zone urbaine considérée. Le fabricant A affronte six concurrents sur ce marché. Ses principaux concurrents, B, C et D, ont une part de marché de 25, 15 et 10 % respectivement, la part des autres fabricants étant plus faible. A est le seul fabricant à recourir à la distribution sélective. Les distributeurs appartenant au réseau sélectif de A commercialisent tous quelques marques concurrentes. Toutefois, les marques concurrentes sont aussi très présentes dans les magasins qui ne font pas partie de ce réseau. Les canaux de distribution sont variés: à titre d'exemple, les marques B et C sont vendues dans la plupart des magasins sélectionnés de A, mais aussi dans d'autres magasins offrant un niveau de service élevé et dans des hypermarchés. La marque D est principalement vendue dans des magasins proposant un niveau de service élevé. La technologie évolue très rapidement sur ce marché, et les principaux fournisseurs entretiennent une forte image de marque pour leurs produits grâce à la publicité.

Sur ce marché, le taux de couverture de la distribution sélective est de 35 %. La concurrence intermarques n'est pas directement affectée par le système de distribution sélective de A. Il se peut que la concurrence intramarque soit réduite pour les produits A, mais les consommateurs peuvent se procurer les produits B et C - qui jouissent d'une image de marque comparable à celle des produits A - auprès de détaillants proposant des prix et des services d'un niveau peu élevé. En outre, l'accès à des détaillants offrant un haut niveau de service reste possible pour les autres marques, puisque les distributeurs du réseau sélectif ne font l'objet d'aucune restriction concernant la vente de ces marques et, en raison du plafond imposé au nombre de détaillants pouvant adhérer au réseau de A, tous les détaillants de ce type sont libres de distribuer des marques concurrentes. Dans un tel cas de figure, eu égard aux obligations portant sur le service et aux gains d'efficacité qu'elles sont susceptibles d'entraîner, ainsi qu'à l'effet limité sur la concurrence intramarque, il est probable que le réseau de distribution sélective de A remplisse les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

(184) Exemple de distribution sélective en présence d'effets cumulatifs

Sur le marché d'un article de sport donné, sept fabricants se font concurrence. Leurs parts de marché s'établissent comme suit: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % et 7 %. Les cinq fabricants les plus importants utilisent la distribution sélective quantitative, tandis que les deux autres recourent à différents types de systèmes de distribution. Le taux de couverture de la distribution sélective est donc de 85 %. Les critères d'admission aux réseaux de distribution sélective sont remarquablement uniformes d'un fabricant à l'autre: le magasin doit employer du personnel qualifié et proposer des services de prévente, un rayon spécialisé, dont les dimensions minimales sont indiquées, doit être consacré à la vente du produit en question, le magasin doit proposer un large assortiment des modèles de la marque en question et présenter ceux-ci d'une manière attrayante, il doit être situé dans une rue commerçante et ce type d'articles doit représenter au moins 30 % de son chiffre d'affaires total. En général, le même revendeur est désigné par chacune des cinq marques comme distributeur agréé. Les deux marques qui n'ont pas recours à la distribution sélective écoulent le plus souvent leur production par le biais de détaillants moins spécialisés qui offrent moins de services. Le marché est stable du côté tant de l'offre que de la demande et l'image de marque ainsi que la différenciation des produits sont importantes. Les cinq leaders bénéficient d'une image de

marque forte, forgée grâce à la publicité et au parrainage, tandis que les deux fabricants plus petits ont adopté une stratégie plus bas de gamme et ne jouissent pas d'une image de marque forte.

Sur ce marché, les discompteurs généralistes n'ont pas accès aux marques des cinq leaders. En effet, l'exigence portant sur le fait que ce type d'article doit représenter au moins 30 % de l'activité du revendeur agréé et les critères relatifs à la présentation et aux services de prévente excluent la plupart des discompteurs du réseau des revendeurs agréés. Par conséquent, les consommateurs ne peuvent acheter les cinq marques leaders que dans des magasins proposant un service et des prix d'un niveau élevé. Aussi la concurrence intermarques est-elle réduite entre les cinq marques leaders. Le fait que les deux marques les moins importantes puissent être achetées dans des magasins offrant un service et des prix d'un niveau moins élevé ne constitue pas une compensation, car l'image des cinq marques leaders est bien plus forte. La concurrence intermarques est aussi limitée par la distribution multiple. Même s'il existe un certain degré de concurrence intramarque et que le nombre de détaillants n'est pas directement limité, les critères d'admission sont suffisamment stricts pour que le nombre de détaillants distribuant les marques leaders soit faible sur chaque territoire.

Les gains d'efficacité résultant de ces systèmes de distribution sélective quantitative sont peu importants: le produit n'est pas très complexe et ne justifie pas un service particulièrement élevé. À moins que les fabricants ne prouvent que le réseau de distribution sélective s'accompagne de gains d'efficacité évidents, il est probable que l'exemption devra être retirée en raison de ses effets cumulatifs qui limitent le choix des consommateurs et augmentent le prix qu'ils doivent acquitter.

2.5. *Franchise*

(185) Les accords de franchise comportent une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchiseé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisee. Le franchiseur perçoit en règle générale du franchiseé une redevance pour l'utilisation de cette méthode. La franchise peut permettre au franchiseur de mettre en place, moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits. Outre la concession de la méthode commerciale, les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou l'exclusivité de marque et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions.

(186) La question concernant l'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie à l'octroi d'une licence relative à des droits de propriété intellectuelle prévu dans un accord de franchise est traitée aux points 24 à 46. En ce qui concerne les restrictions verticales à l'achat, à la vente et à la revente de biens et services relevant d'un accord de franchise, telles que la distribution sélective, l'obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, l'exemption s'applique lorsque la part de marché ne dépasse pas 30 %⁵². Les orientations fournies ci-avant en relation avec ces types de restrictions s'appliquent également aux accords de franchise, sous réserve des remarques qui suivent:

⁵² Voir aussi les points 82 à 91, en particulier le point 88.

- 1) plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions généreront des gains d'efficacité et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3;
- 2) une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans de tels cas, la durée de l'obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 81, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même.

(187) Exemple de franchise

Un fabricant a conçu un nouveau concept pour la vente de bonbons en confiserie, permettant de colorer les bonbons à la demande du client. Ce même fabricant a aussi élaboré les machines pour la coloration des bonbons. Il produit également les liquides de coloration. La qualité et la fraîcheur du liquide sont particulièrement importantes pour produire des bonbons de qualité. Le succès du fabricant passe par un certain nombre de points de vente au détail qui ont tous la même enseigne et la même présentation ludique (agencement des magasins, publicité commune, etc.). Afin d'accroître ses ventes, le fabricant a développé un système de franchise. Les franchisés sont tenus d'acheter les bonbons, le liquide et la machine à colorer au fabricant, d'avoir la même présentation et de travailler sous la même enseigne, de payer une redevance, de contribuer aux campagnes de publicité communes et de respecter le caractère confidentiel du manuel de fonctionnement fourni par le franchiseur. De surcroît, les franchisés ne peuvent vendre que dans les locaux convenus, qu'à des consommateurs finals ou à d'autres franchisés et ne peuvent pas commercialiser d'autres bonbons. Le franchiseur ne peut pas désigner un autre franchisé ni exploiter lui-même un commerce de détail sur le territoire contractuel. Il est aussi tenu d'améliorer constamment ses produits, la conception des magasins et le manuel de fonctionnement et de mettre ces améliorations à la disposition de tous les détaillants franchisés. Les accords de franchise sont conclus pour une durée de dix ans.

Les détaillants de bonbons s'approvisionnent sur le marché national soit auprès de producteurs nationaux qui répondent aux goûts nationaux, soit auprès de grossistes qui, en plus de vendre des produits nationaux, importent des bonbons de fabricants étrangers. Sur ce marché, les produits du franchiseur doivent soutenir la concurrence d'autres marques de bonbons. Le franchiseur détient une part de marché de 30 % sur le marché des bonbons vendus aux détaillants. Il fait face à la concurrence de plusieurs marques nationales et internationales, dont certaines appartiennent à de grandes sociétés alimentaires diversifiées. Les points de vente potentiels sont nombreux: débits de tabac, commerces alimentaires de détail généralistes, cafétérias et commerces spécialisés. Sur le marché des machines de coloration, la part du franchiseur est inférieure à 10 %.

La plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé et ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1. Les restrictions relatives aux ventes (territoire contractuel et distribution sélective) incitent les franchisés à investir dans la machine de coloration et le concept de franchise et, si elles ne sont pas nécessaires à cet effet, contribuent du moins à maintenir l'identité commune et, partant, à compenser l'affaiblissement de la concurrence intramarque.

La clause de non-concurrence, qui exclut les autres marques de bonbons dans les magasins pendant toute la durée des accords, permet au franchiseur de maintenir l'uniformité des points de vente et d'empêcher les concurrents de profiter de son enseigne. Elle ne verrouille pas substantiellement le marché puisque de nombreux points de vente potentiels restent disponibles pour les autres fabricants de bonbons. Ces accords de franchise remplissent vraisemblablement les conditions d'exemption énoncées à l'article 81, paragraphe 3, si les engagements qu'ils contiennent relèvent de l'article 81, paragraphe 1.

2.6. Fourniture exclusive

(188) La catégorie «fourniture exclusive» couvre les accords qui ont pour trait principal d'obliger ou d'inciter le fournisseur à vendre les produits contractuels uniquement ou principalement à un seul acheteur, en général ou pour un usage particulier. Cette obligation ou incitation peut prendre la forme d'une obligation de fourniture exclusive, qui contraint le fournisseur à ne vendre le bien contractuel qu'à un seul acheteur à des fins de revente ou pour un usage particulier; elle peut aussi consister en une imposition de quotas au fournisseur, celui-ci réalisant l'essentiel de ses ventes auprès de l'acheteur conformément à des mesures d'incitation convenues avec ce seul acheteur. Pour les biens ou services intermédiaires, la fourniture exclusive est souvent assimilée à une fourniture industrielle.

(189) La fourniture exclusive bénéficie de l'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence. Lorsque ce seuil est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier au cas par cas la fourniture exclusive.

(190) Du point de vue de la concurrence, la fourniture exclusive risque surtout de mener à l'éviction anticoncurrentielle d'autres acheteurs. Il y a là une similarité avec les effets possibles de la distribution exclusive, en particulier lorsque le distributeur exclusif devient l'acheteur exclusif pour l'ensemble d'un marché (voir la section VI.2.2 ci-dessus, et notamment le point 152). La part détenue par l'acheteur sur le marché des achats en amont est à l'évidence un élément important pour apprécier sa capacité d'«imposer» une obligation de fourniture exclusive de nature à empêcher les acheteurs concurrents d'accéder aux produits. Le poids de l'acheteur sur le marché en aval est cependant le facteur qui détermine si un problème de concurrence est susceptible de se poser. Si l'acheteur n'a pas de pouvoir de marché en aval, on ne peut s'attendre à aucun effet négatif sensible pour les consommateurs. De tels effets peuvent se produire lorsque la part détenue par l'acheteur sur le marché en aval sur lequel il vend les produits contractuels et sur le marché en amont sur lequel il achète ces produits dépasse 30 %. Lorsque la part détenue par l'acheteur sur le marché en amont n'excède pas 30 %, des effets d'éviction sensibles peuvent toutefois se manifester, surtout si la part détenue par cet acheteur sur son marché en aval est supérieure à 30 % et si la fourniture exclusive concerne un usage particulier des produits contractuels. Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché en aval, toute obligation de vendre exclusivement ou principalement ses produits à l'acheteur dominant peut facilement produire des effets anticoncurrentiels significatifs.

(191) Ce n'est pas seulement la position de l'acheteur sur le marché en amont et en aval qui est importante, mais aussi l'étendue et la durée de l'obligation de fourniture exclusive qu'il applique. Plus la part de marché liée est élevée et la durée de la fourniture exclusive est longue, plus il est probable que le marché sera verrouillé dans une mesure significative. Les accords de fourniture exclusive d'une durée inférieure à cinq ans contractés par des entreprises

n'occupant pas une position dominante doivent être appréciés normalement sur la base d'un bilan entre leurs effets favorables à la concurrence et leurs effets préjudiciables à la concurrence, tandis que, pour la plupart des types d'investissement, des accords d'une durée supérieure ne sont pas jugés nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché que ces accords à long terme produisent.

(192) La «position des acheteurs concurrents sur le marché en amont» est un élément important, car ils ne sont exposés au risque d'être évincés pour des raisons anticoncurrentielles, c'est-à-dire par le biais d'une augmentation de leurs coûts, que s'ils sont sensiblement plus petits que l'acheteur qui verrouille le marché. Il est peu probable que des acheteurs concurrents soient évincés si ces derniers ont un pouvoir de négociation similaire et peuvent offrir aux fournisseurs des conditions de vente comparables. Dans ce cas de figure, le risque d'éviction ne concerne que les entrants potentiels, qui ne peuvent pas s'approvisionner efficacement lorsqu'un certain nombre de grands acheteurs ont conclu un contrat de fourniture exclusive avec la majorité des fournisseurs sur le marché. Un tel effet cumulatif peut justifier le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie.

(193) Les «barrières à l'entrée» au niveau des fournisseurs sont un élément pertinent pour établir s'il y a véritablement verrouillage. Dans la mesure où il est efficace pour les acheteurs concurrents de fournir le bien ou le service eux-mêmes grâce à une intégration verticale en amont, le verrouillage ne devrait pas véritablement faire problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont souvent importantes.

(194) La «possibilité pour les fournisseurs de faire contrepoids» est un élément pertinent, car des fournisseurs importants ne se laisseront pas facilement écarter des autres acheteurs. Le risque de verrouillage existe donc surtout lorsque les fournisseurs sont faibles et les acheteurs forts. Si les fournisseurs sont puissants, la fourniture exclusive peut être combinée à une obligation de non-concurrence. Cette combinaison emporte l'application des règles définies pour le monomarchisme. Lorsque des investissements propres à la relation contractuelle en question sont nécessaires de part et d'autre (problème lié à la renonciation à certains investissements), la combinaison de la fourniture exclusive et d'une obligation de non-concurrence (exclusivité réciproque dans les accords de fourniture industrielle) peut souvent être justifiée, en particulier au-dessous du seuil de position dominante.

(195) Enfin, le «stade du commerce» et la «nature du produit» doivent être pris en considération. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont moins élevés pour un produit intermédiaire ou homogène. D'une part, un fabricant évincé qui utilise un produit intermédiaire donné dispose généralement de plus de souplesse pour répondre à la demande de ses clients que le grossiste/détaillant pour satisfaire la demande du consommateur final, pour qui les marques peuvent jouer un rôle important. D'autre part, la perte d'une source d'approvisionnement possible est moins grave pour les acheteurs évincés lorsqu'il s'agit de produits homogènes et non d'un produit hétérogène présentant des qualités et des caractéristiques différentes. Pour les produits finals de marque ou les produits intermédiaires différenciés pour lesquels il existe des barrières à l'entrée, la fourniture exclusive peut produire des effets anticoncurrentiels sensibles lorsque les acheteurs concurrents sont plus petits que l'acheteur qui verrouille le marché, même si ce dernier n'occupe pas une position dominante sur le marché en aval.

(196) On peut s'attendre à des gains d'efficacité dans le cas de la renonciation à certains investissements (point 103, paragraphes 4 et 5), ce qui est plus probable pour des produits

intermédiaires que pour des produits finals. Les autres gains d'efficience sont moins probables. Les économies d'échelle éventuelles dans la distribution (point 103, paragraphe 7) ne semblent pas devoir justifier la fourniture exclusive.

(197) Dans le cas de la renonciation à certains investissements et, plus encore, dans le cas de la réalisation d'économies d'échelle au niveau de la distribution, l'imposition de quotas au fournisseur (par exemple, un engagement de fourniture minimale) pourrait bien s'avérer une solution moins restrictive.

(198) Exemple de fourniture exclusive

Sur le marché d'un certain type de composants (produits intermédiaires), le fournisseur A convient avec l'acheteur B de développer, avec son propre savoir-faire, grâce à des investissements considérables dans de nouvelles machines et sur la base de spécifications fournies par B, une version différente de ce composant. B devra effectuer des investissements considérables pour incorporer ce nouveau composant. Il est convenu que A ne fournira le nouveau produit qu'à l'acheteur B pendant une période de cinq ans à compter de la date de sa première commercialisation. B ne peut acheter le nouveau produit qu'auprès de A pendant la même période. A et B peuvent continuer à vendre, et à acheter, les autres versions du produit auprès d'autres opérateurs. La part détenue par l'acheteur B sur le marché en amont des composants et sur le marché en aval des biens finals est de 40 %. La part de marché détenue par le fournisseur de composants est de 35 %. Il existe deux autres fournisseurs de composants, dont la part de marché tourne autour de 20-25 %, et plusieurs autres, d'une taille plus petite.

L'accord, vu l'importance des investissements, remplit vraisemblablement les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, en raison des gains d'efficience et de son effet d'éviction limité. Certes, les acheteurs concurrents ne peuvent pas se procurer une version particulière du produit du fournisseur A, mais la part de marché de ce dernier ne s'élève qu'à 35 % et d'autres fournisseurs de composants pourraient développer des produits similaires. L'impossibilité à laquelle se heurtent les fournisseurs concurrents de satisfaire une partie de la demande émanant de l'acheteur B ne porte au plus que sur 40 % du marché.

2.7. *Redevances d'accès initial*

(199) Les redevances d'accès initial sont des redevances fixes versées par les fournisseurs aux distributeurs dans le cadre d'une relation verticale, au début d'une certaine période, pour pouvoir accéder au réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent les détaillants. Cette catégorie recouvre diverses pratiques, telles que les primes de référencement⁵³, les redevances dites «de maintien» («pay-to-stay fees»)⁵⁴, les paiements pour avoir accès aux compagnes de promotion d'un distributeur, etc. Les redevances d'accès initial bénéficient d'une exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur leurs marchés en aval respectifs n'excèdent pas 30 %. Lorsque ce seuil de part de marché est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier les redevances d'accès initial au cas par cas.

(200) Les redevances d'accès initial peuvent conduire à une éviction anticoncurrentielle des autres distributeurs, en particulier lorsqu'elles incitent le fournisseur à écouler ses produits par

⁵³ Redevances fixes que les fabricants versent aux détaillants pour accéder à leur linéaire.

⁵⁴ Sommes forfaitaires versées pour prolonger la durée de présence d'un produit sur un linéaire.

l'intermédiaire d'un seul distributeur ou d'un nombre limité de distributeurs. Dans ce cas, les redevances d'accès initial peuvent avoir le même effet d'éviction en aval qu'une obligation de type fourniture exclusive. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue en s'inspirant de celle des obligations de fourniture exclusive (voir en particulier les points 190 à 195).

(201) Les redevances d'accès initial peuvent aussi conduire à une éviction anticoncurrentielle des autres fournisseurs si leur utilisation répandue renforce les barrières à l'entrée que doivent surmonter les nouveaux entrants de petite taille. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue en s'inspirant de celle des obligations de monomarchisme (voir en particulier les points 128 à 137).

(202) Outre les effets d'éviction possibles, les redevances d'accès initial pourraient faciliter la collusion entre distributeurs. Ces redevances sont susceptibles d'augmenter le prix pratiqué par le fournisseur pour les produits contractuels, dans la mesure où ce dernier doit couvrir les dépenses liées à ces redevances. Des prix supérieurs au niveau du fournisseur peuvent limiter l'intérêt des détaillants à se faire concurrence par les prix sur le marché en aval, alors que les bénéfices des distributeurs augmentent du fait des redevances d'accès. Cette collusion entre distributeurs par l'utilisation cumulative des redevances d'accès initial ne peut normalement exister que si le marché de la distribution est concentré.

(203) Toutefois, l'utilisation des redevances d'accès initial peut, dans de nombreux cas, contribuer efficacement à l'attribution de linéaire aux nouveaux produits. Les distributeurs sont souvent moins bien informés que les fournisseurs quant au potentiel de succès de nouveaux produits à lancer sur le marché et, de ce fait, la quantité de produits à stocker peut être sous-optimale. Les redevances d'accès initial peuvent être utilisées pour réduire cette asymétrie en termes d'information entre les fournisseurs et les distributeurs, en permettant explicitement aux fournisseurs de se faire concurrence pour obtenir de l'espace sur les linéaires. Le distributeur est ainsi averti des produits qui sont les plus susceptibles d'avoir du succès, car un fournisseur n'acceptera normalement de payer une redevance d'accès initial que s'il estime que la probabilité d'échec du lancement de son produit est faible.

(204) En outre, en raison de l'asymétrie des informations susmentionnée, les fournisseurs peuvent être incités à détourner à leur profit les efforts promotionnels des distributeurs pour lancer sur le marché des produits sous-optimaux. Si un produit ne rencontre pas de succès, les distributeurs paieront une partie des coûts de l'échec. Le recours à des redevances d'accès initial peut empêcher ce type de détournement en réorientant le risque d'échec du produit vers les fournisseurs, ce qui contribue à un taux d'introduction de nouveaux produits optimal.

2.8. Accords de gestion par catégorie

(205) Les accords de gestion par catégorie sont des accords par lesquels, dans le cadre d'un accord de distribution, le distributeur confie au fournisseur (le «capitaine de catégorie») la commercialisation d'une catégorie de produits incluant, en général, non seulement les produits du fournisseur, mais aussi ceux de ses concurrents. Ils bénéficient d'une exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur leurs marchés en aval respectifs n'excèdent pas 30 %. Lorsque ce seuil de part de marché est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier les accords de gestion par catégorie au cas par cas.

(206) Les accords de gestion par catégorie peuvent fausser la concurrence entre fournisseurs et, en fin de compte, conduire à une exclusion anticoncurrentielle des autres fournisseurs, en particulier lorsque le capitaine de catégorie est en mesure, en raison de son influence sur les

décisions de commercialisation du distributeur, de limiter ou de gêner la distribution des produits de fournisseurs concurrents. De plus, lorsque le distributeur vend aussi des produits concurrents sous sa propre marque (marques de distributeur), il peut être incité à exclure certains fournisseurs, en particulier ceux fournissant des produits de gamme intermédiaire. L'appréciation de cet effet d'éviction en amont s'effectue en s'inspirant de celle des obligations de monomarquisme (voir en particulier les points 128 à 137).

(207) Par ailleurs, les accords de gestion par catégorie peuvent faciliter la collusion entre distributeurs lorsqu'un fournisseur, qui sert de capitaine de catégorie pour l'ensemble ou la majorité des distributeurs concurrents sur un marché donné, constitue pour ces derniers un point de référence commun pour leurs décisions de commercialisation.

(208) Les accords de gestion par catégorie peuvent aussi faciliter la collusion entre fournisseurs en augmentant les possibilités qui s'offrent à eux de s'échanger, par l'intermédiaire des détaillants, des informations sensibles sur le marché, telles que, par exemple des informations sur les prix, les plans promotionnels ou les campagnes de publicité à venir⁵⁵. En outre, lorsque le distributeur vend également des produits sous marques de distributeur, les communications entre le capitaine de catégorie et lui peuvent conduire à une collusion entre eux, en particulier en ce qui concerne la fixation des prix des produits de la marque du distributeur.

(209) Toutefois, le recours à des accords de gestion par catégorie peut aussi entraîner des gains d'efficacité. Ces accords peuvent permettre aux distributeurs de réaliser des économies d'échelle, en garantissant la présentation, à bref délai et directement sur les linéaires, d'une quantité optimale de produits. Les accords de gestion par catégorie peuvent aussi être sources d'économies d'échelle pour les fournisseurs, en leur permettant de mieux anticiper la demande et d'adapter leurs promotions en conséquence. La gestion par catégorie étant fondée sur les habitudes des clients, les accords de gestion par catégorie sont susceptibles d'aboutir à un indice de satisfaction client plus élevé, car ils permettent de mieux répondre aux attentes des clients. En règle générale, plus la concurrence intermarques est rude et plus les coûts de changement d'enseigne sont faibles pour les consommateurs, plus la gestion par catégorie s'avère intéressante sur le plan économique.

2.9. Vente liée

(210) On parle de vente liée lorsque les clients qui achètent un produit (le produit liant) sont également tenus d'en acheter un autre, distinct (le produit lié), auprès du même fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci. La vente liée peut constituer un abus au sens de l'article 82⁵⁶. Une vente liée constitue aussi une restriction verticale tombant sous le coup de l'article 81 lorsqu'il en résulte une obligation du type monomarquisme (voir les points 125 à 146) pour le produit lié. Seule cette dernière situation est couverte par les présentes lignes directrices.

⁵⁵ Les échanges d'informations directs entre concurrents ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie, voir son article 2, paragraphe 4, et les points 27 et 28.

⁵⁶ Arrêt du 14 novembre 1996 dans l'affaire C-333/94 P, Tetra Pak/Commission, point 37, Recueil 1996, p. I-5951. Voir aussi la communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (JO C 45 du 24.2.2009, p. 7).

(211) Pour déterminer si des produits sont distincts, il y a lieu d'examiner la demande des clients. Deux produits sont distincts si, en l'absence de vente liée, un grand nombre de clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, ce qui permet aux deux produits d'être fabriqués d'une manière autonome⁵⁷. Parmi les éléments montrant que deux produits sont distincts figurent les preuves directes que les clients, s'ils ont le choix, achètent le produit liant et le produit lié séparément auprès de sources différentes, ou des preuves indirectes, telles que la présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la production ou la vente du produit lié sans le produit liant⁵⁸, ou encore des éléments indiquant que les entreprises ne jouissant que d'un pouvoir de marché limité, en particulier sur des marchés concurrentiels, ont tendance à ne pas grouper ni lier les produits en question. Par exemple, le souhait des consommateurs étant d'acheter des chaussures avec lacets et compte tenu du fait qu'il n'est pas pratique pour les distributeurs de lacer de nouvelles chaussures avec les lacets de leur choix, l'usage commercial veut que les fabricants de chaussures fournissent les chaussures avec lacets. La vente de chaussures avec lacets n'est par conséquent pas une vente liée.

(212) Une vente liée peut avoir des effets d'éviction anticoncurrentiels sur le marché lié, le marché liant, ou les deux marchés à la fois. L'effet d'éviction dépend du pourcentage des ventes totales qui sont liées sur le marché du produit lié en question. Pour déterminer ce qu'il convient de considérer comme un verrouillage sensible susceptible de relever de l'article 81, paragraphe 1, l'analyse relative au monomarquisme peut être appliquée. Lier les ventes revient à imposer à l'acheteur au moins une certaine forme de quota d'achat pour le produit lié. Si une obligation de non-concurrence est en outre contractée pour le produit lié, la possibilité que des effets d'éviction se manifestent sur le marché du produit lié est accrue. La vente liée peut affaiblir la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié, mais pas le produit liant. Si le nombre de clients achetant uniquement le produit lié n'est pas suffisant pour soutenir les concurrents du fournisseur sur le marché lié, la vente liée peut exposer ces clients à des prix plus élevés. Si le produit lié constitue un produit complémentaire important pour les acheteurs du produit liant, une diminution du nombre d'autres fournisseurs possibles pour le produit lié et, partant, la raréfaction de ce produit peuvent rendre l'entrée sur le seul marché liant plus difficile.

(213) La vente liée peut aussi aboutir directement à des prix supraconcurrentiels, en particulier dans trois situations. Premièrement, si le produit liant et le produit lié peuvent être utilisés dans des proportions variables comme intrants dans un processus de production, les clients peuvent réagir à une hausse du prix du produit liant en augmentant leur demande pour le produit lié et en la réduisant pour le produit liant. En liant les deux produits, le fournisseur peut chercher à éviter cette substitution de manière à pouvoir relever ses prix. Deuxièmement, lorsqu'une vente liée permet de pratiquer une discrimination par les prix en fonction de l'usage fait par le client du produit liant, par exemple le fait de lier à la vente de photocopieuses l'achat de cartouches d'encre. Troisièmement, dans le cas de contrats à long terme ou dans le cas de marchés d'après-vente pour l'équipement d'origine à longue durée de vie, il est difficile pour les clients de calculer les conséquences de la vente liée.

(214) Les ventes liées bénéficient de l'exemption par catégorie lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30 % sur le marché du produit lié et sur celui du produit liant et

⁵⁷ Arrêt du 17 septembre 2007 dans l'affaire T-201/04, Microsoft/Commission, points 917, 921 et 922, Recueil 2007, p. II-3601.

⁵⁸ Arrêt du 12 décembre 1991 dans l'affaire T-30/89, Hilti AG/Commission, point 67, Recueil 1991, p. II-1439.

que celle de l'acheteur ne dépasse pas 30 % sur ses marchés en cause situés en aval. La vente liée peut être combinée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une clause de non-concurrence ou un quota d'achat en liaison avec le produit liant, ou à un approvisionnement exclusif. Lorsque le seuil de part de marché est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier les ventes liées au cas par cas.

(215) La «position du fournisseur sur le marché» du produit liant est à l'évidence un facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels. En général, ce type d'accord est imposé par le fournisseur. Le poids du fournisseur sur le marché du produit liant est la raison principale pour laquelle il peut être difficile pour un acheteur de refuser une obligation de vente liée.

(216) Pour apprécier le pouvoir de marché du fournisseur, la «position de ses concurrents sur le marché» du produit liant est importante. Tant que ces concurrents sont suffisamment nombreux et puissants, des effets anticoncurrentiels sont improbables, car les acheteurs auront suffisamment d'autres possibilités d'acheter le produit liant sans le produit lié, à moins que d'autres fournisseurs ne pratiquent une vente liée similaire. Par ailleurs, les barrières à l'entrée sur le marché du produit liant sont à prendre en considération pour établir la position du fournisseur sur le marché. Lorsqu'une vente liée est combinée à une obligation de non-concurrence pour le produit liant, la position du fournisseur s'en trouve considérablement renforcée.

(217) La «puissance d'achat» est un élément pertinent, car des acheteurs puissants n'accepteront pas facilement une vente liée sans profiter d'une partie au moins des gains d'efficacité éventuels. Par conséquent, les ventes liées qui ne sont pas fondées sur un gain d'efficacité constituent surtout un risque lorsque les acheteurs n'ont pas de puissance d'achat significative.

(218) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question se pose de savoir si les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies. Une obligation de vente liée peut contribuer à la réalisation de gains d'efficacité grâce à une production conjointe ou à une distribution conjointe. Si le produit lié n'est pas fabriqué par le fournisseur, l'achat par ce dernier de quantités élevées de ce produit peut entraîner des gains d'efficacité. La vente liée ne peut toutefois remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, que s'il est démontré qu'une partie au moins de ces réductions de coûts est répercutée sur le consommateur, ce qui n'est normalement pas le cas lorsque le détaillant peut se procurer régulièrement des produits identiques ou équivalents aux mêmes conditions ou à des conditions meilleures que celles offertes par le fournisseur pratiquant la vente liée. Un autre gain d'efficacité peut se concrétiser lorsque la vente liée contribue à assurer une certaine uniformité et une certaine normalisation de la qualité (voir le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 9). Cependant, il convient de démontrer que ces effets positifs ne pourraient pas être obtenus avec la même efficacité en imposant à l'acheteur l'obligation d'utiliser ou de revendre des produits satisfaisant à des normes de qualité minimales sans lui demander d'acquiescer ces produits auprès du fournisseur ou de quelqu'un désigné par ce dernier. Les exigences relatives aux normes de qualité minimales ne tombent normalement pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Dans le cas où le fournisseur du produit liant impose à l'acheteur les fournisseurs auprès desquels il doit acheter le produit lié, par exemple parce qu'il n'est pas possible de formuler des normes de qualité minimales, cette pratique peut elle aussi ne pas relever de l'article 81, paragraphe 1, en particulier si le fournisseur du produit liant ne tire pas un avantage (financier) direct de la désignation des fournisseurs du produit lié.

2.10. Restrictions concernant le prix de vente

(219) Ainsi qu'il est expliqué à la section III.3, les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur doit appliquer, sont considérés comme des restrictions caractérisées. La présence de prix de vente imposés dans un accord peut laisser présumer que l'accord restreint la concurrence, et donc relève de l'article 81, paragraphe 1, ou qu'il est peu probable qu'il remplisse les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, auquel cas l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont encore la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité en vertu de l'article 81, paragraphe 3, dans un cas donné. Lorsque les parties démontrent qu'il est probable que des gains d'efficacité résultent de l'introduction de prix de vente imposés dans l'accord et que toutes les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier soigneusement (et non pas simplement présumer) les effets négatifs probables sur la concurrence et les consommateurs avant de statuer sur la question de savoir si les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont remplies.

(220) Les prix de vente imposés peuvent restreindre la concurrence de plusieurs manières. Premièrement, ils peuvent faciliter la collusion entre fournisseurs en améliorant la transparence des prix sur le marché, ce qui permet de détecter plus aisément si un fournisseur s'écarte de l'équilibre collusif en baissant son prix. Les prix de vente imposés limitent aussi l'intérêt que le fournisseur aurait à réduire le prix qu'il pratique à l'égard de ses distributeurs, car le prix de vente fixé l'empêchera de profiter d'un accroissement des ventes. Cet effet négatif est particulièrement plausible lorsque les fabricants forment un oligopole restreint. Deuxièmement, en éliminant la concurrence intramarque par les prix, les prix de vente imposés peuvent aussi faciliter la collusion entre les acheteurs, c'est-à-dire au niveau de la distribution. Des distributeurs puissants ou bien organisés peuvent être en mesure de forcer/d'inciter un ou plusieurs fournisseurs à fixer leur prix de vente et, ce faisant, les aider à stabiliser un équilibre collusif. Cet affaiblissement de la concurrence par les prix semble particulièrement problématique lorsque les prix imposés sont suggérés par les acheteurs, dont on peut s'attendre à ce que les intérêts horizontaux collectifs portent atteinte à ceux des consommateurs. Troisièmement, les prix de vente imposés peuvent plus généralement atténuer la concurrence entre les producteurs et/ou entre les détaillants, en particulier lorsque les producteurs passent par les mêmes distributeurs pour distribuer leurs produits et que des prix de vente imposés sont appliqués par l'ensemble ou une grande partie d'entre eux. Quatrièmement, les prix de vente imposés auront pour effet immédiat que tous les distributeurs, ou certains d'entre eux, se verront empêchés de baisser leurs prix de vente pour la marque considérée. En d'autres termes, l'effet direct des prix de vente imposés est une hausse de prix. Cinquièmement, les prix de vente imposés peuvent atténuer la pression exercée sur la marge bénéficiaire du fabricant, en particulier lorsque celui-ci a un problème dit «d'engagement», c'est-à-dire qu'il a intérêt à baisser le prix pratiqué à l'égard d'autres distributeurs. Dans un tel cas de figure, le fabricant peut préférer accepter des prix imposés pour réduire la pression sur sa propre marge et lui permettre de s'engager à ne pas baisser le prix pour ces autres distributeurs. Enfin, les prix de vente imposés peuvent réduire le dynamisme et l'innovation au niveau de la distribution. En empêchant la concurrence par les prix entre différents distributeurs, ils peuvent empêcher de nouveaux détaillants d'entrer sur le marché avec des prix inférieurs. Ils peuvent aussi empêcher ou gêner l'introduction et l'expansion de modes de distribution fondés sur des prix peu élevés, tels que les discompteurs.

(221) Toutefois, les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence; ils peuvent parfois entraîner des gains d'efficacité, qui seront appréciés conformément à l'article 81, paragraphe 3. Lorsqu'un fabricant lance une nouvelle marque ou entre sur un nouveau marché, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à développer la demande pour le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de promotion et, si les distributeurs sur ce nouveau marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également. De même, des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximum, peuvent être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée qui profitera également aux consommateurs. Compte tenu de sa brièveté (2 à 6 semaines, en général), il est possible que cette mesure n'ait même pas d'effet négatif sensible. Occasionnellement, les prix de vente imposés peuvent aussi être utiles pour éviter qu'un distributeur important n'utilise une marque particulière comme produit d'appel. Cette pratique, qui consiste à vendre un produit à perte, profitera dans un premier temps aux consommateurs, mais elle peut aussi, si le produit est déréférencé par les autres détaillants, conduire à une réduction de la concurrence intermarques à plus long terme, au détriment des consommateurs.

(222) La pratique qui consiste à conseiller un prix de vente à un revendeur ou à exiger d'un revendeur qu'il respecte un prix de vente maximal est couverte par le règlement d'exemption par catégorie lorsque la part de marché de chacune des parties à l'accord n'excède pas le seuil de 30 %. Pour les cas qui se situent au-delà de ce seuil et pour les cas de retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie, ce sont les critères suivants qui sont utilisés.

(223) Du point de vue de la concurrence, les prix maxima et conseillés risquent d'avoir le même effet que des prix de vente imposés: ils risquent de fonctionner comme point de convergence pour les revendeurs et d'être suivis par la plupart, voire la totalité d'entre eux et/ou ils sont susceptibles de faciliter la collusion entre les fournisseurs. Outre ce qui est exposé ci-dessus concernant le risque d'effets négatifs des prix de vente imposés, dans le contexte des prix maxima et conseillés, il sera aussi important d'examiner s'il existe un mécanisme de contrôle et une possibilité de rétorsion au cas où un distributeur s'écarterait du prix de convergence.

(224) Un élément important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels d'un prix de vente maximal ou conseillé est aussi la «position du fournisseur sur le marché». Plus cette position est forte, plus le risque est grand que ce prix incite les revendeurs à s'en servir comme point de convergence et à s'aligner plus ou moins uniformément sur son niveau. Les revendeurs pourraient estimer qu'il est difficile de s'écarter de ce qu'ils perçoivent comme le prix de vente privilégié par un fournisseur très puissant sur le marché.

(225) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie dans le cas de prix de vente maximum ou conseillés, la question se pose d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 81, paragraphe 3. Pour les prix de vente maxima, le gain d'efficacité décrit au point 103, paragraphe 6 (éviter une double marginalisation) peut être déterminant.

2.11. Autres restrictions verticales

(226) Les restrictions verticales et combinaisons décrites ci-dessus ne constituent pas une liste exhaustive. Il existe d'autres restrictions et combinaisons pour lesquelles aucun critère

d'évaluation direct n'est fourni dans le présent document. Elles seront toutefois traitées selon les mêmes principes et en faisant porter l'accent sur l'effet sur le marché.