

I

(Communications)

COMMISSION

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices sur les restrictions verticales

(2000/C 291/01)

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

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Points</i>	<i>Page</i>
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	3
II. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 1	8-20	4
1. Accords d'importance mineure et PME	8-11	4
2. Contrats d'agence	12-20	4
III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	21-70	6
1. Zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie	21-22	6
2. Champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	23-45	6
3. Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie	46-56	11
4. Conditions prévues par le règlement d'exemption par catégorie	57-61	13
5. Absence de présomption d'illegalité pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	62	14
6. Inutilité d'une notification à titre préventif	63-65	14
7. Séparabilité des restrictions	66-67	15
8. Gamme des produits distribués par un même réseau de distribution	68-69	15
9. Période transitoire	70	15

IV.	RETRAIT DE L'EXEMPTION PAR CATÉGORIE ET EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	71-87	16
1.	Procédure de retrait de l'exemption	71-79	16
2.	Exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	80-87	17
V.	QUESTIONS RELATIVES À LA DÉFINITION DES MARCHÉS ET AU CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ	88-99	18
1.	Communication de la Commission sur la définition du marché en cause ...	88	18
2.	Le marché en cause aux fins du calcul du seuil de 30 % prévu par le règlement d'exemption par catégorie	89-95	18
3.	Le marché en cause pour l'appréciation cas par cas	96	19
4.	Calcul de la part de marché en vertu du règlement d'exemption par catégorie	97-99	20
VI.	POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE COMMUNAUTAIRES CAS PAR CAS	100-229	20
1.	Cadre de l'analyse	103-136	21
1.1.	Effets négatifs des restrictions verticales	103-114	21
1.2.	Effets positifs des restrictions verticales	115-118	22
1.3.	Règles générales applicables à l'évaluation des restrictions verticales	119	24
1.4.	Méthode d'analyse	120-136	26
1.4.1.	Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1	121-133	26
1.4.2.	Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3	137-229	28
2.	Analyse de certaines restrictions verticales	137-229	28
2.1.	Monomarquisme	138-160	28
2.2.	Distribution exclusive	161-177	32
2.3.	Exclusivité de clientèle	178-183	35
2.4.	Distribution sélective	184-198	36
2.5.	Franchise	199-201	39
2.6.	Fourniture exclusive	202-214	40
2.7.	Vente liée	215-224	42
2.8.	Prix de revente recommandés ou maximaux	225-228	44
2.9.	Autres restrictions verticales	229	44

I. INTRODUCTION

1. **Objet des présentes lignes directrices**

(1) Les présentes lignes directrices exposent les principes d'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 81 CE. L'article 2, paragraphe 1, du règlement du traité CE n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (le «règlement d'exemption par catégorie») donne une définition de ce qu'il faut entendre par «accords verticaux»⁽¹⁾. Les présentes lignes directrices ne préjugent pas d'une possible application parallèle de l'article 82 du traité aux accords verticaux. La structure des lignes directrices est la suivante:

- la section II (points 8 à 20) décrit les accords verticaux qui ne tombent généralement pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1,
- la section III (points 21 à 70) commente l'application du règlement d'exemption par catégorie,
- la section IV (points 71 à 87) 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 88 à 99) traite des questions relatives à la définition des marchés et au calcul des parts de marché,
- et enfin la section VI (points 100 à 229) décrit le cadre général d'analyse et la politique que la Commission entend suivre pour l'application des règles de concurrence communautaires, 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 concerner des biens et services intermédiaires comme 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 et celles de «fournisseur» et d'«acheteur» sont utilisées pour tous les niveaux du commerce.

(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 la lumière des faits qui lui sont propres. La Commission appliquera les présentes lignes directrices avec bon sens et souplesse.

(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 aux accords verticaux.

2. **Applicabilité de l'article 81 aux accords verticaux**

(5) L'article 81 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»)⁽²⁾. 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 anticoncurrentiels.

(6) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence intermarques est insuffisante, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur ou à celui de l'acheteur, ou à ces deux niveaux. Si la concurrence intermarques est insuffisante, il y a alors lieu de protéger celle-ci ainsi que la concurrence intramarque.

(7) La protection de la concurrence est l'objectif premier de la politique de concurrence communautaire, car elle améliore le bien-être des consommateurs et permet une allocation efficace des ressources. Lorsqu'elle applique les règles de concurrence communautaires, la Commission adopte une approche économique fondée sur l'examen des effets produits sur le marché. Les accords verticaux doivent donc être analysés dans leur contexte juridique et économique. Toutefois, en cas de restrictions par objet telles qu'énumérées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie, la Commission n'est pas tenue d'examiner les effets produits sur le marché. L'intégration des marchés constitue un objectif supplémentaire de la politique communautaire de concurrence. En effet, l'intégration des marchés renforce la concurrence dans la Communauté. Il ne faut pas laisser les entreprises recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés.

⁽²⁾ Voir, notamment, les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes 56/64 et 58/64, Grundig-Consten/Commission, Recueil 1966, p. 429, et dans l'affaire 56/65, Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH, Recueil 1966, p. 337 et l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire T-77/92, Parker Pen Ltd/Commission, Recueil 1994, p. II-549.

⁽¹⁾ JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

II. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT 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, paragraphe 1. Les présentes lignes directrices ne préjugent pas de l'application de la communication sur la «règle de minimis» actuellement en vigueur ni de toute communication future en la matière⁽¹⁾.

(9) Sous réserve des conditions énoncées aux points 11, 18 et 20 de la communication «de minimis» en ce qui concerne les aspects liés aux restrictions caractérisées et à l'effet cumulatif, les accords verticaux conclus par des entreprises dont la part ne dépasse pas 10 % du marché en cause sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 81, paragraphe 1. Les accords verticaux conclus par des entreprises dont la part de marché n'est pas supérieure à 10 % ne sont pas présumés enfreindre automatiquement l'article 81, paragraphe 1. Il se peut aussi que des accords entre entreprises dont la part de marché est supérieure à 10 % n'aient pas d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou ne constituent pas une restriction sensible au jeu de la concurrence⁽²⁾. Ces accords doivent être appréciés en étant replacés dans leur contexte juridique et économique. Les critères d'appréciation des accords cas par cas sont exposés aux points 100 à 229.

(10) En ce qui concerne les restrictions caractérisées décrites dans la communication «de minimis», l'article 81, paragraphe 1, peut s'appliquer en dessous du seuil de 10 %, 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 instance⁽³⁾. Il faut également tenir compte de la situation particulière du lancement d'un nouveau produit ou de la pénétration d'un nouveau marché, qui fait l'objet d'une analyse dans les présentes lignes directrices au point 119, sous 10).

(1) Voir la communication concernant les accords d'importance mineure (JO C 372 du 9.12.1997, p. 13).

(2) Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-7/93, Langnese-Iglo GmbH/Commission, Recueil 1995, p. II-1533, point 98.

(3) Voir les arrêts de la Cour de justice dans l'affaire 5-69, Völk/Vervaecke, Recueil 1969, p. 295; l'affaire 1-71, Cadillon/Höss, Recueil 1971, p. 351 et l'affaire C-306/96, Javico/Yves Saint-Laurent, Recueil 1998, p. I-1983, points 16 et 17.

(11) De plus, la Commission estime que, sous réserve de l'absence d'effet cumulatif et de restrictions caractérisées, les accords entre petites et moyennes entreprises telles qu'elles sont définies dans l'annexe de la recommandation 96/280/CE⁽⁴⁾ de la Commission 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 relèvent néanmoins de l'article 81, paragraphe 1, la Commission s'abstient normalement d'ouvrir la procédure en raison de l'absence d'intérêt communautaire suffisant à moins que les entreprises concernées ne détiennent, collectivement ou séparément, une position dominante sur une partie substantielle du marché commun.

2. Contrats d'agence

(12) Les points 8 à 20 remplacent la communication de 1962 relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce⁽⁵⁾. Ils doivent être lus en liaison avec la directive 86/653/CEE du Conseil⁽⁶⁾.

Les contrats d'agence couvrent les cas dans lesquels une personne physique ou morale (l'agent) est 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

— l'achat de biens ou de services fournis par le commettant.

(13) Dans le cas des vrais contrats d'agence, les obligations imposées à l'agent quant aux contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1. Le facteur déterminant pour apprécier si l'article 81, paragraphe 1, est applicable est le risque commercial et financier que supporte l'agent en ce qui concerne 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. Les autres contrats d'agence peuvent tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1; dans ce cas, le règlement d'exemption par catégorie et les autres sections des présentes lignes directrices s'appliquent.

(4) JO L 107 du 30.4.1996, p. 4.

(5) JO L 139 du 24.12.1962, p. 2921/62.

(6) JO L 382 du 31.12.1986, p. 17.

- (14) Deux types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour l'appréciation de la véritable nature d'un contrat d'agence au regard de l'article 81, paragraphe 1 : tout d'abord les risques 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 s'ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou si les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes lors de l'abandon du domaine d'activité considéré.
- (15) Le contrat d'agence est considéré comme un vrai contrat d'agence et par conséquent ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1, si l'agent ne supporte pas tous les risques ou alors n'en supporte qu'une partie négligeable en ce qui concerne les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant et pour ce qui est des investissements spécifiques au marché considéré pour ce domaine d'activité. La fonction de vente ou d'achat fait alors partie des activités du commettant, même si l'agent est une entreprise distincte. Le commettant supporte donc les risques commerciaux et financiers correspondants, et l'agent n'exerce pas d'activité économique indépendante en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné. Dans le cas contraire, le contrat d'agence n'est pas considéré comme un vrai contrat d'agence et peut relever de l'article 81, paragraphe 1. Dans ce cas, l'agent supporte de tels risques et sera regardé comme un distributeur indépendant qui doit rester libre de déterminer sa stratégie commerciale de manière à pouvoir recouvrer les investissements qu'il a réalisés et qui sont liés au contrat ou qui sont spécifiques au marché considéré. 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) La question du risque doit être analysée cas par cas et en tenant compte de la réalité économique plutôt que de la forme juridique. Pour autant, la Commission considère que, d'une manière générale, l'article 81, paragraphe 1, n'est pas applicable aux obligations imposées à l'agent quant aux contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant 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 en particulier lorsque l'agent :
- 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,
 - 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 tient pas, à ses propres frais ou à ses propres 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 la responsabilité pour faute de l'agent ne soit engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité suffisantes pour empêcher cette perte),
 - ne crée pas ou n'exploite pas de services d'après-vente, de réparation ou de garantie, à moins d'être remboursé intégralement par le commettant,
 - ne réalise pas d'investissements spécifiques au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel (par exemple, un réservoir d'essence pour la vente au détail de carburant ou un logiciel spécialisé pour la vente de polices d'assurance dans le cas d'agents d'assurance),
 - 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 la responsabilité pour faute de l'agent 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).
- (17) Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant, si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts précités, l'article 81, paragraphe 1, peut s'appliquer au contrat d'agence comme à tout autre accord vertical.

- (18) Si un contrat d'agence ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1, aucune des obligations imposées à l'agent quant aux contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne tombe sous le coup de cette disposition. Les obligations suivantes qui pèsent sur l'agent sont, en règle générale, 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 ces biens ou services,
 - limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre ces biens ou services,
 - prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter ces biens ou ces services.
- (19) Outre la stipulation des conditions de vente ou d'achat par l'agent de biens ou de 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, un contrat d'agence peut contenir une disposition qui interdit au commettant de désigner d'autres agents pour un type d'opérations, de clientèle ou de territoire déterminé (clauses d'exclusivité) ou une disposition qui interdit à l'agent d'agir en tant qu'agent ou distributeur d'entreprises concurrentes du commettant (clause de non-concurrence). Les clauses d'exclusivité ne concernent que la concurrence intramarque et n'entraînent généralement pas d'effets anticoncurrentiels. Les clauses de non-concurrence, y compris l'obligation de non-concurrence après l'expiration de l'accord, concernent la concurrence intermarques et peuvent enfreindre l'article 81, paragraphe 1, si elles entraînent le verrouillage du marché en cause sur lequel les biens ou les services contractuels se vendent ou s'achètent (voir les points 138 à 160).
- (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 d'utiliser ces mêmes agents, ou se servent de ces agents pour s'entendre sur une stratégie commerciale, ou pour échanger entre eux des informations sensibles sur le marché.
- III. **APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE**
1. **Zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie**
- (21) Le règlement d'exemption par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux selon la part de marché que détient le fournisseur ou l'acheteur. En vertu de l'article 3 du règlement, c'est en général la part que détient le fournisseur sur le marché où il vend les produits ou les services contractuels qui détermine l'applicabilité de l'exemption catégorielle. Pour que l'exemption puisse s'appliquer, la part de marché du fournisseur ne doit pas dépasser le seuil de 30 %. En revanche, lorsque l'accord contient une obligation de fourniture exclusive, selon la définition qu'en donne l'article 1^{er}, point c), du règlement d'exemption par catégorie, c'est la part détenue par l'acheteur sur le marché où il achète les produits ou les services contractuels qui ne doit pas être supérieure au seuil de 30 % pour que l'exemption catégorielle puisse s'appliquer. Sur la question des parts de marché, voir la section V (points 88 à 99).
- (22) D'un point de vue économique, un accord vertical peut avoir des effets non seulement sur le marché où se rencontrent le fournisseur et l'acheteur, mais aussi sur les marchés de l'acheteur situés en aval. L'approche simplifiée qui est celle du règlement d'exemption par catégorie et qui ne tient compte que de la part de marché du fournisseur ou de l'acheteur (selon le cas) sur le marché où se rencontrent ces deux parties, se justifie par le fait qu'en dessous du seuil de 30 %, les effets sur les marchés en aval sont généralement limités. De surcroît, cette seule prise en compte du marché entre le fournisseur et l'acheteur est un facteur de simplification de la mise en œuvre du règlement d'exemption par catégorie et de sécurité juridique, étant entendu que l'instrument du retrait (voir points 71 à 87) demeure disponible pour remédier à d'éventuels problèmes sur les autres marchés connexes.
2. **Champ d'application du règlement d'exemption par catégorie**
- i) *Définition des accords verticaux*
- (23) 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 chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services».

(24) Cette définition contient trois éléments principaux:

- il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée entre deux ou plus de deux entreprises. Les accords verticaux conclus avec les consommateurs finals qui ne sont pas des entreprises ne sont pas couverts. 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. Cela ne porte pas atteinte à l'application éventuelle de l'article 82 du traité;
- chacune des entreprises participant à l'accord ou à la pratique concertée opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution; cela veut dire, par exemple, qu'une entreprise produit une matière première que l'autre entreprise utilise comme bien intermédiaire, ou que 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 fournis par le 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 fournis par le fournisseur que les biens et 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 une exemption par catégorie sectorielle telle que celle qui est accordée par le règlement (CE) n° 1475/95 de la Commission⁽¹⁾. L'acheteur peut revendre les biens ou les services fournis ou les utiliser comme biens ou services intermédiaires afin de produire ses propres biens ou services.

(25) 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 régis 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 mais que les parties peuvent avoir introduites dans un accord par ailleurs vertical, comme par exemple une obligation interdisant aux parties au contrat de mener des activités de recherche et de développement indépendantes. 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*

(26) 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 seront traités, quant à leurs éventuels effets de collusion, dans les futures lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux coopérations horizontales⁽²⁾. Les aspects verticaux de ces accords doivent, quant à eux, être appréciés au regard des présentes lignes directrices. L'article 1^{er}, point a), du règlement d'exemption par catégorie définit les entreprises concurrentes comme des «fournisseurs actuels ou potentiels sur le même marché de produits», indépendamment du fait de savoir s'ils sont ou non en concurrence sur le même marché géographique. Les entreprises concurrentes sont des entreprises qui sont des fournisseurs actuels ou potentiels du bien ou du service contractuel, ou de biens ou services qui sont substituables au bien ou service contractuel. Un fournisseur potentiel est une entreprise qui ne produit pas encore de produit concurrent mais pourrait le faire et serait en outre prêt à le faire, 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 théorique⁽³⁾.

(27) L'exclusion générale des accords verticaux entre concurrents est soumise à trois exceptions, qui sont toutes exposées à l'article 2, paragraphe 4, et concernent les accords non réciproques. Un accord est dit «non réciproque» lorsque, par exemple, un fabricant se charge de la distribution des produits d'un autre fabricant mais que ce dernier ne se charge pas de la distribution des produits du premier. Le règlement d'exemption par catégorie ne couvre les accords non réciproques entre concurrents que dans l'une des situations suivantes: 1) l'acheteur réalise un chiffre d'affaires annuel ne dépassant pas 100 millions d'euros, 2) le fournisseur est un producteur et un distribu-

⁽²⁾ Projet publié au JO C 118 du 27.4.2000, p. 14.

⁽³⁾ 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 65, et la décision 90/410/CE de la Commission dans l'affaire n° IV/32.009, Elopak/Metal Box-Odin (JO L 209 du 8.8.1990, p. 15).

⁽¹⁾ JO L 145 du 29.6.1995, p. 25.

teur de biens alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas de biens concurrents ou 3) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux du commerce alors que l'acheteur ne fournit pas de services concurrents au niveau du commerce où il achète les services contractuels. La deuxième exception recouvre 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 troisième exception recouvre des situations comparables de distribution duale, mais de services cette fois, lorsque le fournisseur est aussi prestataire de services au niveau du commerce où l'acheteur achète les services.

iii) *Associations de détaillants*

(28) 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, par conséquent, 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 cette association et ses fournisseurs, que si tous ses membres sont détaillants de biens (et non de services) et sous réserve qu'aucun des membres de cette association 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 nombre limité de membres de l'association ne change normalement pas l'appréciation au regard de l'article 81.

(29) 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 futures lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux coopérations horizontales. 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, les accords horizontaux conclus par les membres de l'association ou les 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 l'association, devront être appréciés en premier lieu en tant qu'accord horizontal. C'est seulement si la conclusion de cette appréciation est 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)*

(30) 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 utilisés par celui-ci,
- les dispositions concernant les DPI ne doivent pas constituer l'objet principal de l'accord,
- ces dispositions 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 ou un effet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du règlement d'exemption par catégorie.

(31) 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 utilisés par celui-ci. Autrement dit, 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.

(32) 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, dans sa publicité, comme mécène officiel d'un événement particulier,
- les licences de droits d'auteur telles que les contrats de radiodiffusion prévoyant le droit d'enregistrer ou de diffuser un événement.

(33) 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 d'une cession d'un savoir-faire au sous-traitant⁽¹⁾ 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 qui décrivent les biens ou services qui doivent être fournis sont couverts par l'exemption par catégorie.

(34) 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 de DPI ou la concession de licences de DPI. L'objet principal de l'accord doit être l'achat ou la distribution de biens ou de services, et les dispositions en matière de DPI doivent servir à l'exécution de l'accord vertical.

(35) La quatrième condition implique que les dispositions concernant les DPI visent à faciliter l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou services par l'acheteur ou ses clients. Les biens ou services destinés à une telle utilisation ou revente sont normalement fournis par le donneur de licence mais ils peuvent aussi être achetés par le preneur de licence auprès d'un tiers. 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 la commercialisation des 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.

(36) La cinquième condition implique notamment que les dispositions relatives aux DPI ne doivent pas avoir un objet ou un effet identique à celui des restrictions caractérisées énumérées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie ni à celui des restrictions non couvertes par le règlement d'exemption en vertu de l'article 5 (voir les points 46 à 61).

(37) 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 domaines principaux: marques, droit d'auteur et savoir-faire.

Les marques

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

Le droit d'auteur

(39) 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 concernés 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.

(40) 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»).

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

(41) 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

(42) 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 l'assistance font partie intégrante de la méthode commerciale faisant l'objet de la franchise.

(43) L'octroi de licence prévu dans un accord de franchise bénéficie de l'exemption par catégorie si chacune des cinq conditions énumérées au point 30 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 l'accord de franchise prévoit seulement, ou à titre principal, la concession d'une licence de DPI, un tel accord n'est pas couvert par l'exemption par catégorie, mais sera traité d'une manière comparable aux accords de franchise qui sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie.

(44) 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, des participations financières qui lui donneraient le pouvoir d'influencer le comportement économique d'une telle 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'à d'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*

(45) 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° 240/96 de la Commission sur les accords de transfert de technologie⁽¹⁾, par le règlement (CE) n° 1475/95 de la Commission sur la distribution de véhicules automobiles⁽²⁾, par les règlements (CEE) n° 417/85⁽³⁾ et (CEE) n° 418/85⁽⁴⁾ de la Commission sur l'exemption des accords verticaux conclus en liaison avec des accords horizontaux tels que modifiés en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2236/97⁽⁵⁾ ou par tout autre règlement futur en la matière.

⁽¹⁾ JO L 31 du 9.2.1996, p. 2.

⁽²⁾ JO L 145 du 29.6.1995, p. 25.

⁽³⁾ JO L 53 du 22.2.1985, p. 1.

⁽⁴⁾ JO L 53 du 22.2.1985, p. 5.

⁽⁵⁾ JO L 306 du 11.11.1997, p. 12.

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

- (46) Le règlement d'exemption par catégorie énumère, à l'article 4, une liste des restrictions caractérisées qui entraînent l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement. 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 de la Cour du 28 avril 1998 dans l'affaire C-306/96, *Javico/Yves Saint-Laurent*, Recueil 1998, p. I-1983. L'exemption individuelle d'accords verticaux qui contiendraient de telles restrictions caractérisées est également improbable.
- (47) 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 doit appliquer. 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 s'écartent du niveau de prix standard). De la même manière, la fixation directe ou indirecte des prix peut être rendue plus efficace si ces moyens sont combinés avec des mesures susceptibles de dissuader l'acheteur de diminuer le prix de vente (lorsque, par exemple, le fournisseur imprime un prix de vente recommandé sur le produit ou oblige l'acheteur à appliquer une clause «du client le plus favorisé»). Les mêmes moyens indirects et les mêmes mesures d'accompagnement peuvent être utilisés pour faire d'un prix maximal ou recommandé l'équivalent d'un prix de vente imposé. La communication par le fournisseur à l'acheteur d'une liste de prix conseillés ou de prix maximaux n'est toutefois pas considérée en soi comme conduisant à des prix de vente imposés.
- (48) Dans le cadre 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 accord d'agence relève de l'article 81, paragraphe 1 (voir points 12 à 20), 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. L'agent doit donc rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant⁽¹⁾.
- (49) 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 une restriction des ventes réalisées par l'acheteur, pour autant qu'elle concerne le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens contractuels. Cette restriction caractérisée est liée au partage du marché en territoires ou en clientèles. Elle peut être le résultat d'obligations directes, comme l'obligation de ne pas revendre à certains clients ou à des clients situés sur certains territoires, ou encore l'obligation de renvoyer à d'autres distributeurs les commandes de ces clients. Elle peut aussi être le résultat de mesures indirectes destinées à dissuader le distributeur de revendre à ces clients, telles que le refus ou la réduction des primes ou des remises, le refus de livrer, la diminution des volumes de livraison ou limitation des volumes de livraison en fonction de la demande sur le territoire ou le groupe de 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 toute la Communauté, garantie en vertu de laquelle tous les distributeurs doivent assumer ce service, en contrepartie duquel ils sont remboursés par le fournisseur, même en ce qui concerne 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, l'interdiction pour tous les distributeurs de vendre à certains utilisateurs finals n'est pas regardée comme une restriction caractérisée s'il existe une justification objective liée au produit, telle que l'interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons liées à la sécurité ou à la 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.

(1) Voir, par exemple, la décision 91/562/CEE de la Commission dans l'affaire n° IV/32.737 — *Eirpage*, JO L 306 du 7.11.1991, p. 22, en particulier le considérant 6.

- (50) Il y a quatre exceptions aux restrictions caractérisées visées 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 ses acheteurs directs vers un territoire ou 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 dans un territoire ou à une clientèle donnée et, d'autre part, le distributeur exclusif est protégé à l'égard 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 vers ces territoires ou 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 à l'intérieur du territoire exclusif ou parmi la clientèle exclusive d'un autre distributeur, par exemple par publipostage ou au moyen de visites, le fait de prospector une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné concédés exclusivement à un autre distributeur, 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 du territoire exclusif d'un autre distributeur,
 - 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 des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive.
- (51) 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 ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou les ventes *via* internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs. En général, le recours à internet n'est pas considéré comme une forme de vente active vers 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 sur internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, et aussi une livraison, il s'agit là d'une vente passive. La langue utilisée sur le site en question ou dans la communication ne joue normalement aucun rôle à cet égard. Dans la mesure où un site sur internet n'est pas clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'un groupe de clientèle exclusivement concédés à un autre distributeur, par exemple en utilisant des bandeaux publicitaires ou des liens dans les pages de fournisseurs d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée, ce site n'est pas considéré comme une forme de vente active. En revanche, un message non sollicité, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminé, est considéré comme une vente active. Les mêmes considérations valent dans le cas de la vente sur catalogue. Indépendamment des remarques qui précèdent, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cette remarque pourrait s'appliquer en particulier à la distribution sélective. L'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée. Quoi qu'il en soit le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet.
- (52) Il y a trois autres exceptions à la deuxième restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie. Ces trois exceptions autorisent toutes la restriction des ventes actives et des ventes passives. C'est ainsi que sont autorisées la restriction des ventes d'un grossiste aux utilisateurs finals, la restriction des ventes, à tous les stades du commerce, d'un distributeur désigné, membre d'un système de distribution sélective, à des distributeurs non agréés dans les marchés où un tel système est mis en œuvre, ainsi que la restriction de la capacité d'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.
- (53) 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. Cela signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective,

tel qu'il est défini à l'article 1^{er}, point d), du règlement, quant aux utilisateurs, ou aux agents d'achat agissant au nom de ces utilisateurs, auxquels ils sont autorisés à vendre. Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait aussi être libre de faire de la publicité et de vendre via internet. La distribution sélective peut être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et les ventes passives ne soient nulles part limitées. Le fournisseur peut donc s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur ou un nombre limité de distributeurs sur un territoire donné.

(54) En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité dans des locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. 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.

(55) 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. Elle 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 biens contractuels entre les distributeurs sélectionnés. Ces derniers doivent rester libres d'acheter les biens contractuels aux autres distributeurs désignés, membres du réseau, qui opèrent 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 biens contractuels exclusivement auprès d'un fournisseur déterminé (engagement d'achat exclusif, par exemple). 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.

(56) 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 et prestataires de services indépendants 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, ainsi qu'à des réparateurs ou 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 et à des réparateurs ou prestataires de services indépendants d'utiliser ces pièces détachées. En revanche, l'accord peut prévoir des restrictions concernant la fourniture des pièces détachées aux réparateurs ou aux prestataires de services auxquels l'équipementier a confié la réparation ou l'entretien de ses biens. Autrement dit, l'équipementier peut imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien de lui acheter les pièces détachées.

4. Conditions prévues par le règlement d'exemption par catégorie

(57) L'article 5 du règlement d'exemption par catégorie exclut certaines obligations du bénéfice 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.

(58) 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 d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % du total de ses achats de l'année précédente en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables [voir la définition donnée à l'article 1^{er}, point b), du règlement d'exemption par catégorie]. Elles empêchent l'acheteur d'acheter des biens ou services concurrents, ou limite de tels achats à moins de 20 % du total de ses achats. Dans le cas où les données d'achat ne sont pas disponibles pour l'année précédant la conclusion du contrat, on peut 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 qui sont tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans ne sont pas non plus couvertes par l'exemption. En revanche, les obligations de non-concurrence bénéficient de l'exemption lorsque leur durée ne dépasse pas cinq ans, ou que leur renouvellement au-delà de cinq ans exige le consentement exprès des deux parties 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. Le remboursement doit s'effectuer au moyen de versements échelonnés d'un montant égal ou dégressif, et non progressif. Cela ne porte pas atteinte à la possibilité, pour un nouveau point de vente par exemple, de reporter le début des remboursements pendant la première ou les deux premières années,

tant que les ventes n'ont pas atteint un certain niveau. L'acheteur doit avoir la possibilité de rembourser le solde de sa dette au cas où celle-ci ne serait pas entièrement remboursée au terme de l'obligation de non-concurrence. De même, quand le fournisseur fournit à l'acheteur un équipement qui n'est pas spécifique 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.

- (59) 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.
- (60) La deuxième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie est prévue à l'article 5, point b), et concerne les obligations de non-concurrence qui subsistent à l'expiration de l'accord. En principe, ces obligations ne sont pas couvertes par le REC, 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 opéré pendant la durée du contrat et si leur durée est d'un an au maximum. D'après la définition qu'en donne l'article 1^{er} du règlement, le savoir-faire doit être «substantiel», ce qui signifie qu'il «doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels».
- (61) 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)⁽¹⁾.

5. Absence de présomption d'illégalité pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie

- (62) Les accords verticaux qui ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie ne seront pas présumés illégaux, mais peuvent nécessiter un examen individuel. Les entreprises sont invitées à évaluer elles-mêmes ces accords sans procéder à une notification. 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. S'il est établi que l'accord produit des effets anticoncurrentiels sensibles, les entreprises peuvent démontrer l'existence de gains d'efficacité et exposer les raisons pour lesquelles un certain système de distribution est susceptible d'entraîner des avantages qui satisfont aux conditions prévues pour bénéficier de l'exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3.

6. Inutilité d'une notification à titre préventif

- (63) Aux termes de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 17, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité⁽²⁾, tel que modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1216/1999 du Conseil⁽³⁾, les accords verticaux peuvent bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, à compter de la date de leur prise d'effet, même s'ils sont notifiés ultérieurement. Cela veut dire, d'un point de vue pratique, qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une notification préventive. Si un litige survient, une entreprise peut encore procéder à la notification, auquel cas la Commission peut exempter l'accord vertical avec effet rétroactif à compter de la date de sa prise d'effet, si les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies. La partie notificante n'est pas tenue d'exposer les raisons pour lesquelles elle n'a pas notifié plus tôt l'accord en question, et l'exemption avec effet rétroactif ne peut lui être refusée au seul motif qu'elle ne l'a pas notifié avant. Toute notification sera examinée sur le fond. Cette modification apportée à l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 17 devrait mettre un terme aux démarches contentieuses procédurales devant les juridictions nationales et, ainsi, renforcer le caractère exécutoire des contrats au civil. Elle tient également compte du cas où les entreprises n'ont pas notifié l'accord parce qu'elles présumaient qu'il relevait du règlement d'exemption par catégorie.

(1) 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 dans l'affaire n° IV/33542, Parfum Givenchy (JO L 236 du 19.8.1992, p. 11).

(2) JO 13 du 21.2.1962, p. 204/62.

(3) JO L 148 du 15.6.1999, p. 5.

(64) Comme la date de notification ne limite plus la possibilité d'obtenir de la Commission une exemption, les juridictions nationales doivent évaluer les probabilités d'application de l'article 81, paragraphe 3, aux accords verticaux qui relèvent de l'article 81, paragraphe 1. Si cette probabilité existe, les juridictions nationales doivent surseoir à statuer tant que la Commission n'a pas pris position. Cependant, les juridictions nationales peuvent prendre des mesures provisoires en attendant l'appréciation de la Commission sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, comme c'est déjà le cas lorsqu'elles posent une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes en vertu de l'article 234 du traité. Aucun sursis à statuer n'est nécessaire dans le cas d'une procédure en référé, les juridictions nationales étant alors autorisées à déterminer elles-mêmes les probabilités que l'article 81, paragraphe 3, soit applicable⁽¹⁾.

(65) En l'absence d'un litige devant une juridiction nationale ou d'une plainte, les notifications d'accords verticaux ne seront pas considérées par la Commission comme prioritaires dans ses tâches. En tant que telles, les notifications n'emportent aucune validité provisoire pour l'exécution des accords. Si des entreprises n'ont pas notifié un accord parce qu'elles présumaient de bonne foi être en dessous du seuil de part de marché en vertu du règlement d'exemption par catégorie, la Commission n'infligera pas d'amende.

7. 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 tombe en ce qui concerne 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 prévues à l'article 5.

8. 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, autrement dit:

- il n'y a pas d'exemption par catégorie, mais il n'y a pas non plus de présomption d'illégalité,
- si l'article 81, paragraphe 1, est enfreint et qu'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 concerné 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.

9. Période de transition

(70) Le règlement d'exemption par catégorie s'applique à partir du 1^{er} juin 2000. L'article 12 du règlement d'exemption par catégorie prévoit une période transitoire pour les accords verticaux déjà en vigueur avant le 1^{er} juin 2000 qui ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le règlement, mais qui satisfont aux conditions d'exemption prévues par les règlements d'exemption par catégorie qui ont expiré le 31 mai 2000 (les règlements (CEE) n° 983/83, (CEE) n° 1984/83 et (CEE) n° 4087/88 de la Commission). La validité de la communication de la Commission relative aux règlements (CEE) n° 1983/83 et (CEE) n° 1984/83 expire également le 31 mai 2000. Ces accords peuvent continuer à bénéficier des dispositions de ces règlements jusqu'au 31 décembre 2001. Les accords conclus par des fournisseurs dont la part de marché ne dépasse pas 30 % et qui ont signé avec leurs acheteurs des accords de non-concurrence pour une durée supérieure à cinq ans sont ainsi couverts par le règlement d'exemption par catégorie si, au 1^{er} janvier 2002, la durée de ces accords de non-concurrence qui reste à courir ne dépasse pas cinq ans.

⁽¹⁾ Affaire C-234/89, Delimitis/Henninger Bräu, Recueil 1991, p. I-935, point 52.

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**

- (71) 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 prévues à l'article 81, paragraphe 3. Il peut en être ainsi lorsqu'un fournisseur, ou bien un acheteur dans le cas d'accords de fourniture exclusive, qui détient une part de marché ne dépassant pas 30 %, conclut un accord vertical qui n'entraîne pas d'avantages objectifs de nature à compenser le préjudice qu'il cause à la concurrence. Ce peut notamment être le cas dans la distribution de biens aux consommateurs finals, qui se trouvent souvent dans une position beaucoup moins forte que les acheteurs professionnels de biens intermédiaires. Au stade de la vente de biens aux consommateurs finals, les désavantages qu'entraîne un accord vertical peuvent avoir des effets plus prononcés qu'à celui de la vente et de l'achat de biens intermédiaires. Lorsque les conditions de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas remplies, la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie en vertu de l'article 6 du règlement de manière à établir l'existence d'une infraction à l'article 81, paragraphe 1.
- (72) 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 les quatre conditions visées à l'article 81, paragraphe 3.
- (73) Il se peut en particulier que les conditions d'exemption énoncées à l'article 81, paragraphe 3, ne soient pas satisfaites lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence dans celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées 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. Normalement, de tels effets similaires se produisent lorsque des restrictions verticales pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents entrent dans l'une des quatre catégories énumérées ci-dessous aux points 104 à 114. 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. Le

cas échéant, le retrait de l'exemption peut ne concerner que les limitations quantitatives concernant le nombre de distributeurs agréés. De plus, une décision de retrait de l'exemption peut être prise, entre autres, dans les cas où l'acheteur, par exemple dans le contexte de la fourniture ou de la distribution exclusive, dispose d'un pouvoir de marché important sur le marché en cause en aval, dans lequel il revend les biens ou effectue les prestations de services.

- (74) 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 de l'article 81, paragraphe 1⁽¹⁾, 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 137 à 229.
- (75) 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 concernés ne sont pas affectées pour la période antérieure à la date de prise d'effet du retrait.
- (76) Conformément à l'article 7 du règlement d'exemption par catégorie, l'autorité compétente 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. Si un État membre n'a pas adopté de législation qui permette à l'autorité nationale compétente en matière de concurrence d'appliquer le droit communautaire de la concurrence ou, du moins, de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie, cet État peut demander à la Commission d'engager une procédure à cet effet.
- (77) 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. Ces cas se prêtent alors souvent à une application décentralisée des règles de concurrence par les autorités nationales compétentes. La Commission se réserve toutefois le droit de traiter certaines affaires revêtant un intérêt particulier pour la Communauté, par exemple celles qui soulèvent un problème juridique nouveau.

⁽¹⁾ Arrêt Delimitis.

- (78) Les décisions nationales de retrait de l'exemption doivent être prises conformément aux procédures prévues par le droit national et n'auront d'effets que dans les limites du territoire de l'État membre concerné. Ces décisions nationales ne doivent pas porter préjudice à l'application uniforme des règles de concurrence communautaires ni au plein effet des actes pris en application de ces règles⁽¹⁾. Le respect de ce principe implique que les autorités nationales de la concurrence doivent effectuer leur appréciation au regard de l'article 81 à la lumière des critères pertinents développés par la Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal de première instance et à la lumière des communications et des décisions antérieures de la Commission.
- (79) La Commission considère que les mécanismes de consultation prévus dans la communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres⁽²⁾ doivent être utilisés pour prévenir tout risque de décisions contradictoires et de duplication des procédures.
- 2. Exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie**
- (80) L'article 8 du règlement d'exemption par catégorie habilite la Commission à exclure du champ d'application du règlement, par voie de règlement, des réseaux parallèles de restrictions verticales 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.
- (81) Tandis 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 8 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 l'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 servent de guide pour l'application de l'article 81 aux accords individuels. S'il y a lieu, la Commission rendra dans un cas donné une décision qui pourra servir de référence pour toutes les entreprises présentes sur le marché concerné.
- (82) 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. Des effets similaires découlent en principe de restrictions qui entrent dans l'une des quatre catégories énumérées ci-dessous aux points 103 à 114.
- (83) L'article 8 n'impose à la Commission aucune obligation d'agir dès que 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 utilisent des critères de sélection qui ne sont pas exigés par la nature des biens en cause, ou pratiquent une discrimination à l'égard de certains modes de distribution pourtant adaptés à la vente de ces biens.
- (84) Dans son appréciation de la nécessité d'appliquer l'article 8, 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 à l'intérieur de la Communauté.
- (85) Tout règlement adopté en vertu de l'article 8 doit préciser clairement son champ d'application. Cela signifie tout d'abord que la Commission doit définir le ou les marchés de produits et le ou les marchés géographiques en cause et, ensuite, qu'elle doit spécifier le type de restriction verticale auquel le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. Pour ce qui est de ce second aspect, 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, même 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 pourra 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 des 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 concerner 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.

(1) Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 14-68, *Walt Wilhelm et autres/Bundeskartellamt*, Recueil 1969, p. 1, point 4 et arrêt *Delimitis*.

(2) JO C 313 du 15.10.1997, p. 3, points 49 à 53.

(86) La période transitoire de six mois au moins que la Commission devra respecter, conformément à l'article 8, paragraphe 2, devrait permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords pour tenir compte du règlement d'exclusion.

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

V. QUESTIONS RELATIVES À LA DÉFINITION DES MARCHÉS ET AU CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ

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

(88) La communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence⁽¹⁾ 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

(89) En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, c'est généralement la part de marché du fournisseur qui détermine l'application de l'exemption par catégorie. Dans le cas d'accords verticaux conclus entre une association de détaillants et chacun de ses membres, l'association est le fournisseur et doit prendre en considération sa part de marché en tant que tel. C'est seulement dans le contexte de la fourniture exclusive telle qu'elle est définie à l'article 1^{er}, point c), du règlement que la part de marché de l'acheteur, et uniquement celle-ci, détermine l'application de l'exemption par catégorie.

(90) Pour calculer cette part de marché, il est nécessaire de déterminer le marché en cause. 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 le consommateur considère comme substituables 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 concernées sont engagées dans l'offre et la demande

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 parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

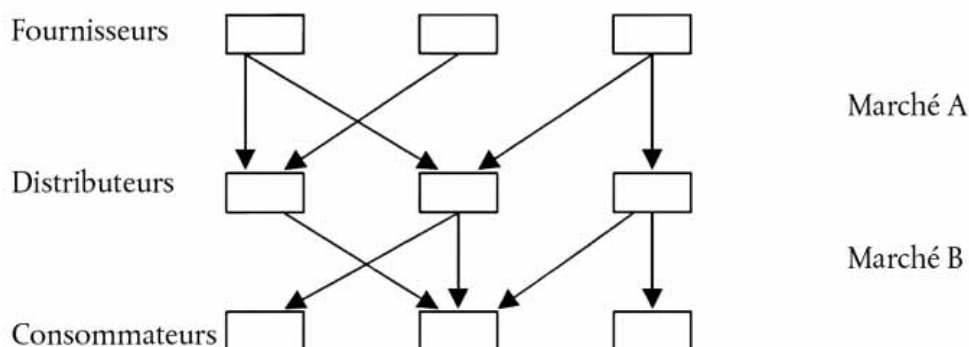
(91) Aux fins de l'application du REC, la part de marché du fournisseur correspond à sa part du marché de produits et du marché géographique en cause sur lesquels il vend ses produits à ses acheteurs⁽²⁾. Dans l'exemple ci-dessous, il s'agit du marché A. Le marché de produits dépend en premier lieu du 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 acheteurs présents sur le marché A sont des professionnels, le marché géographique est généralement plus large que le marché sur lequel les produits sont revendus aux consommateurs finals. Cela aboutit fréquemment à la définition de marchés nationaux ou de marchés géographiques plus vastes.

(92) Dans le cas de la fourniture exclusive, la part de marché de l'acheteur correspond à sa part de tous les achats sur le marché des achats en cause⁽³⁾. Dans l'exemple ci-dessous, il s'agit également du marché A.

⁽²⁾ Par exemple, le marché néerlandais des pneus neufs de remplacement pour camions et bus dans l'affaire Michelin (affaire 322/81, NV Nederlandse Banden-Industrie Michelin/Commission, Recueil 1983, p. 3461), et les différents marchés de viande dans l'affaire des abattoirs danois: décision 2000/42/CE de la Commission dans l'affaire n° IV/M.1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier (JO L 20 du 25.1.2000, p. 1).

⁽³⁾ Comme exemple de marchés d'achat, voir la décision 1999/674/CE de la Commission dans l'affaire n° IV/M.1221, Rewe/Meinl, (JO L 274 du 23.10.1999, p. 1).

⁽¹⁾ JO C 372 du 9.12.1997, p. 5.



(93) Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties qui opèrent 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 % à ces différents niveaux. 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 et celle du grossiste (ou de l'association de détaillants) ne doivent pas alors dépasser 30 % pour que cet accord puisse bénéficier de l'exemption par catégorie.

(94) 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 réparations⁽¹⁾.

(95) 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 déterminante pour que l'exemption par catégorie puisse s'appliquer. Si un franchiseur ne fournit pas de biens aux fins de la revente, mais fournit un ensemble de services 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 franchiseurs 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 franchiseurs 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 opérant sur ce marché devrait calculer sa part sur la base des chiffres de vente réalisés par ses franchiseurs sur ce même marché. Si le franchiseur, outre la méthode commerciale, fournit aussi certains biens, tels que la viande et les épices, il lui faut également calculer sa part du marché sur lequel ces produits se vendent.

3. Le marché en cause pour l'appréciation cas par cas

⁽¹⁾ 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 dans l'affaire n° IV/M.12, Varta/Bosch (JO L 320 du 22.11.1991, p. 26), la décision de la Commission dans l'affaire n° IV/M.1094, Caterpillar/Perkins Engines (JO C 93 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 également l'affaire Eastman Kodak Co/Image Technical Services, Inc et alii, Supreme Court of the United States, N° 90 1029. 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.

(96) Pour apprécier cas par cas les accords verticaux non couverts par le règlement d'exemption par catégorie, il peut s'avérer nécessaire d'étudier d'autres marchés en plus du marché en cause défini aux fins d'application dudit règlement. Un accord vertical peut avoir des effets non seulement sur le marché où se rencontrent le fournisseur et l'acheteur, mais aussi sur les marchés situés en aval. Pour apprécier un accord vertical donné, il convient d'examiner les marchés en cause à chacun des niveaux du commerce affectés par les restrictions qu'il contient:

- i) En ce qui concerne les «biens ou services intermédiaires», qui sont incorporés par l'acheteur dans ses propres biens ou services, les restrictions verticales n'affectent généralement que le marché où se rencontrent le fournisseur et l'acheteur. Par exemple, le fait que l'acheteur soit soumis à une obligation de non-concurrence peut certes écarter d'autres fournisseurs, mais n'affaiblira pas la concurrence qui s'exerce en aval au stade de la revente. Cependant, dans le contexte de la fourniture exclusive, il est également utile de connaître la position de l'acheteur sur son marché en aval car sa stratégie de verrouillage ne produira des effets négatifs sensibles que s'il possède un pouvoir de marché sur ce marché en aval.
- ii) Pour ce qui est des produits finals, une analyse qui se limiterait au marché où se rencontrent le fournisseur et l'acheteur serait probablement insuffisante car les restrictions verticales peuvent avoir pour effet négatif de réduire la concurrence intermarques ou la concurrence intramarque sur le marché de la revente, c'est-à-dire sur le marché situé en aval de l'acheteur. Par exemple, la distribution exclusive peut non seulement fermer l'accès au marché où se rencontrent le fournisseur et l'acheteur, mais aussi et surtout affaiblir la concurrence intramarque sur les territoires où revendent les distributeurs. Le marché de la revente est particulièrement important si l'acheteur est un détaillant qui revend les produits aux consommateurs finals. Une obligation de non-concurrence conclue entre un fabricant et un grossiste peut empêcher d'autres fabricants de vendre leurs produits à ce dernier, mais une réduction de la concurrence qui s'exerce à l'intérieur du point de vente n'est guère probable au niveau du commerce de gros. Le même accord conclu avec un détaillant peut, en revanche, se traduire par cette réduction supplémentaire de la concurrence intermarques dans le point de vente, sur le marché en aval.
- iii) Pour l'appréciation d'un marché de «services après-vente» donné, le marché en cause peut être celui du bien d'équipement d'origine ou celui de l'après-vente selon les circonstances de l'espèce. Dans tous les cas, la situation sur un marché distinct de l'après-vente sera évaluée en tenant compte de la situation qui prévaut sur le marché du bien d'équipement d'origine. Une position peu significative sur le marché du bien d'équipement d'origine impliquera normalement des effets anticoncurrentiels plus réduits sur le marché de l'après-vente.

4. Calcul de la part de marché en vertu du règlement d'exemption par catégorie

- (97) Le calcul de la part de marché doit en principe reposer sur des données exprimées en valeur. Au cas où de telles données ne seraient pas disponibles, 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 9, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie).

(98) 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.

(99) 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 biens vendus par le producteur et ses concurrents par l'intermédiaire de distributeurs et d'agents intégrés [voir l'article 9, paragraphe 2, point b), du règlement d'exemption par catégorie]. Les «distributeurs intégrés» sont des entreprises liées au sens de l'article 11 du règlement d'exemption par catégorie.

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

(100) Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales. La raison essentielle qui justifie une plus grande indulgence vis-à-vis des 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 «output» de l'une des parties constitue le «input» de l'autre, 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.

(101) 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. En revanche, quand elle 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 de manière à s'approprier tous les bénéfices supplémentaires.

(102) Dans son appréciation des cas, la Commission appliquera l'article 81 aux restrictions verticales selon une approche économique. Cette approche limitera le champ d'application de cet article aux entreprises qui disposent d'un certain pouvoir de marché lorsque la concurrence intermarques peut être insuffisante. Dans ces cas, la protection de la concurrence intermarques et de la concurrence intramarque est importante pour permettre aux entreprises de dégager des gains d'efficacité et aux consommateurs d'obtenir des avantages.

1. Cadre de l'analyse

1.1. Effets négatifs des restrictions verticales

(103) 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) exclusion des autres fournisseurs ou des autres acheteurs par la mise en place de barrières à l'entrée;
- ii) réduction de la concurrence intermarques entre les entreprises présentes sur un marché, y compris les mesures facilitant la collusion entre fournisseurs ou acheteurs; la notion de «collusion» désigne à la fois la «collusion explicite» et la «collusion tacite» (alignement conscient);
- iii) réduction de la concurrence intramarque entre les distributeurs de la même marque;
- iv) création d'obstacles à l'intégration du marché, y compris, avant tout, les restrictions à la liberté des consommateurs d'acheter un bien ou service dans tout État membre de leur choix.

(104) Ces effets négatifs peuvent résulter de restrictions verticales diverses. Des accords différents d'un point de vue formel peuvent avoir, sur le fond, la même incidence sur la concurrence. Pour analyser ces effets négatifs éventuels, il convient de distinguer quatre catégories de restrictions verticales: monomarchisme, distribution limitée, prix de vente imposé et cloisonnement des marchés. Les restrictions verticales à l'intérieur de chacune de ces catégories semblent produire des effets négatifs très proches sur la concurrence.

(105) Cette classification en quatre catégories se fonde sur ce qui peut être qualifié de composantes fondamentales des restrictions verticales. Les points 103 à 136 analysent ces quatre catégories différentes. Les points 137 à 229 analysent, quant à eux, les accords verticaux tels qu'ils sont utilisés dans la pratique, parce que bon nombre d'entre eux combinent plusieurs de ces composantes.

Monomarchisme

(106) La dénomination «monomarchisme» vise les accords dont le trait principal est d'inciter l'acheteur à s'approvisionner, pour un type donné de produit, auprès d'un seul fournisseur. Cette composante existe, entre autres, dans les clauses de non-concurrence et dans les quotas d'achat, lorsque, sous l'effet d'une obligation expresse ou d'un mécanisme incitatif convenu entre le fournisseur et l'acheteur, le second s'approvisionne exclusivement ou principalement auprès du premier pour couvrir ses besoins concernant un produit particulier et ses substituts. Elle se retrouve dans les ventes ou les achats liés, l'acheteur étant contraint ou incité à acheter un produit pour pouvoir acheter un autre produit. Ce premier produit est dénommé produit «lié», et le second, produit «liant».

(107) Il en résulte quatre principaux effets négatifs sur la concurrence: 1) les autres fournisseurs sur le marché ne peuvent vendre aux acheteurs concernés, ce qui peut verrouiller le marché; dans le cas d'une vente liée, cela peut fermer l'accès au marché du produit lié; 2) les parts de marché sont rigidifiées, ce qui peut favoriser la collusion lorsque plusieurs fournisseurs pratiquent le monomarchisme; 3) en ce qui concerne la distribution de biens finals, les détaillants concernés ne vendent qu'une seule marque, ce qui élimine la concurrence intermarques à l'intérieur de leur point de vente, et 4) dans le cas d'une vente liée, l'acheteur peut être amené à payer un prix plus élevé pour le produit lié que celui qu'il paierait normalement. Tous ces effets peuvent entraîner un affaiblissement de la concurrence intermarques.

(108) Cette réduction de la concurrence intermarques peut être atténuée si la concurrence initiale est vive entre les fournisseurs pour remporter les contrats de monomarchisme, mais plus la durée de l'obligation de non-concurrence est longue, moins il est probable que cette pression concurrentielle suffise pour compenser la réduction de la concurrence intermarques.

Distribution limitée

(109) La catégorie «distribution limitée» regroupe les accords qui se caractérisent principalement par le fait que le fabricant ne vend qu'à un seul acheteur ou à un nombre limité d'acheteurs. Cela peut viser à restreindre le nombre d'acheteurs sur un territoire donné ou pour une catégorie de clients déterminée, ou à sélectionner une catégorie particulière d'acheteurs. Cette composante peut se retrouver entre autres dans les situations suivantes:

- la distribution exclusive et l'exclusivité de clientèle, le fournisseur limitant ses ventes à un seul acheteur sur un territoire donné ou à une catégorie de clients déterminée,

- la fourniture exclusive et les quotas de livraison imposés au fournisseur, lorsqu'en vertu d'une obligation expresse ou d'un mécanisme incitatif convenu entre eux, le fournisseur ne vend exclusivement ou essentiellement qu'à un acheteur sur un marché donné,
 - la distribution sélective, dans le cadre de laquelle les conditions imposées aux distributeurs agréés, ou convenues d'un commun accord avec ces derniers, en restreignent généralement le nombre,
 - les restrictions à la vente de services après-vente qui limitent les possibilités de vente du fournisseur du composant.
- (110) Les effets négatifs sur la concurrence sont principalement de trois ordres: 1) certains acheteurs sur ce marché ne peuvent plus s'approvisionner auprès de ce fournisseur, et ceci peut conduire, en particulier dans le cas de la fourniture exclusive, à un verrouillage du marché des achats; 2) lorsque la plupart ou l'ensemble des fournisseurs concurrents restreignent le nombre de leurs détaillants, la collusion peut être facilitée au niveau des distributeurs ou au niveau des fournisseurs; 3) le produit considéré étant offert par un plus petit nombre de distributeurs, la concurrence intramarque diminue. Dans le cas de territoires exclusifs étendus ou d'une exclusivité de clientèle, il peut en résulter une élimination totale de la concurrence intramarque. Cette réduction de la concurrence intramarque peut à son tour entraîner un affaiblissement de la concurrence intermarques.

Prix de vente imposé

- (111) Le système du «prix de vente imposé» englobe les accords qui se caractérisent par le fait que le prix auquel l'acheteur est contraint de revendre, ou incité à revendre, le bien ne peut être ni inférieur ni supérieur à un niveau déterminé, ou doit être égal à un niveau déterminé. Entrent dans cette catégorie les prix de vente minimaux, fixes, maximaux, ainsi que le prix de vente conseillé. Les prix de vente maximaux et conseillés, qui ne constituent pas des restrictions caractérisées, peuvent néanmoins conduire à une restriction par effet.
- (112) Les effets négatifs sur la concurrence du prix de vente imposé sont essentiellement de deux ordres: 1) une réduction de la concurrence intramarque par les prix, et 2) une transparence accrue des prix. En cas d'imposition d'un prix minimal ou fixe, les distributeurs ne peuvent plus exercer de concurrence par les prix sur la marque désignée, ce qui entraîne une élimination totale de la concurrence intramarque par les prix. Un prix maximal ou conseillé peut fonctionner comme un point de convergence pour les distributeurs, ce qui peut conduire à une application plus ou moins uniforme d'un tel niveau de prix. Plus de

transparence sur les prix et sur l'origine des modifications de prix facilite la collusion horizontale entre fabricants ou entre distributeurs, du moins sur les marchés concentrés. La diminution de la concurrence intramarque, en réduisant la pression à la baisse sur le prix du bien désigné, a indirectement pour effet d'affaiblir la concurrence intermarques.

Répartition de marchés

- (113) Le «cloisonnement des marchés» regroupe les accords qui ont principalement pour effet de limiter les possibilités de l'acheteur de choisir sa source d'approvisionnement ou le marché sur lequel il écoulera un produit déterminé. Cette composante apparaît dans l'achat exclusif, lorsque, sous l'effet d'une obligation expresse ou d'un mécanisme incitatif convenu entre le fournisseur et l'acheteur, le second s'approvisionne exclusivement auprès du premier pour couvrir ses besoins concernant un produit donné, par exemple en bière de la marque X, tout en conservant la possibilité d'acheter et de vendre des produits concurrents, par exemple des bières de marques concurrentes. Elle apparaît également dans les restrictions territoriales en matière de revente, l'attribution d'une zone de responsabilité principale, les restrictions relatives au lieu d'implantation des distributeurs et les restrictions en matière de revente aux clients.
- (114) L'effet négatif principal sur la concurrence est une diminution de la concurrence intramarque, qui peut permettre au fournisseur de cloisonner le marché et, ce faisant, de faire échec à l'intégration des marchés. Il peut en résulter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou l'ensemble des fournisseurs concurrents restreignent les possibilités d'approvisionnement ou de revente de leurs acheteurs, la collusion peut s'en trouver facilitée, soit au niveau des distributeurs, soit à celui des fournisseurs.

1.2. Effets positifs des restrictions verticales

- (115) 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 un certain nombre de cas, les restrictions verticales peuvent se révéler utiles à cet égard, étant donné que 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.

(116) Bien qu'elles essayent de donner 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 très 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 contre cette forme de parasitisme.

Pour qu'il y ait problème, il faut que le parasitisme soit réel. Le parasitisme entre acheteurs n'est possible que dans les services avant la vente et non dans les services après-vente. Il faut que le produit soit relativement nouveau ou techniquement complexe, car le client sait normalement d'avance 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 service concernant les services à fournir avant la vente.

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 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. 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 spécifiques à un client déterminé doivent être réalisés soit par le fournisseur, soit par l'acheteur, comme dans le cas d'équipements spéciaux ou de formations spécifiques. Par exemple, il peut s'agir d'un fabricant de composants qui doit construire de nouvelles machines et de nouveaux outils pour satisfaire un besoin particulier de l'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 spécifique à une relation contractuelle. Un investissement réalisé par un fournisseur est considéré comme spécifique à une relation contractuelle lorsqu'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 au terme du contrat. Un investissement réalisé par un acheteur est considéré comme spécifique à une relation contractuelle lorsqu'il ne peut être utilisé par l'acheteur pour acheter 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 au terme du contrat. Un investissement est donc spécifique à une relation contractuelle lorsque, par exemple, il ne peut être utilisé que pour produire un composant d'une certaine marque ou pour stocker une marque précise, et ne peut donc être utilisé d'une manière rentable 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. 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, 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 à la disposition de l'acheteur et est substantiel et indispensable à la mise en œuvre de l'accord, cette cession peut justifier une restriction du type obligation de non-concurrence. Celle-ci ne relèvera normalement pas de l'article 81, paragraphe 1.
- 6) 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'achat exclusif.
- 7) 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 lorsque 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 de type fourniture exclusive ou quotas de livraison.
- 8) «L'uniformité et les normes de qualité»: une restriction verticale peut aussi permettre à un fabricant d'augmenter ses ventes en imposant une certaine uniformité et certaines normes de qualité à ses distributeurs, ce qui peut lui permettre d'acquérir une bonne image de marque et accroître l'intérêt du consommateur final pour son produit. La distribution sélective et la franchise en sont des exemples.
- (117) Les huit situations citées au point 116 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 développées aux points 116, 1, 5, 6 et 8).
- (118) 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'achat exclusif. Ce caractère interchangeable des restrictions verticales est important étant donné qu'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. **Règles générales applicables à l'évaluation des restrictions verticales**
- (119) Il est possible d'énoncer quelques règles générales applicables à l'évaluation des restrictions verticales sous l'angle de la politique de concurrence
- 1) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence intermarques est insuffisante, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur ou de l'acheteur, ou à ces deux niveaux. On entend par «pouvoir de marché», la capacité de pratiquer des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence et, au moins à court terme, de réaliser des bénéfices supérieurs à la normale. Des entreprises peuvent disposer d'un pouvoir de marché en deçà de la position dominante, qui marque le seuil à partir duquel l'article 82 devient applicable. Lorsque de nombreuses entreprises sont en concurrence sur un marché non concentré, on peut présumer que les restrictions verticales, autres que les restrictions caractérisées, n'auront pas d'effets négatifs sensibles sur la concurrence. Un marché est considéré comme non concentré lorsque l'indice IHH, c'est-à-dire la somme des carrés des parts de marché détenues par chacune des entreprises du marché en cause, est inférieur à 1 000.

- 2) Les restrictions verticales qui réduisent la concurrence intermarques sont d'une manière générale plus nocives que celles qui limitent la concurrence intramarque. Ainsi, les obligations de non-concurrence sont susceptibles d'avoir davantage d'effets négatifs nets que la distribution exclusive. Les premières peuvent en effet, en excluant d'autres marques, leur fermer l'accès au marché, tandis que la seconde, même si elle restreint la concurrence intramarque, n'empêche pas le produit concerné d'atteindre le consommateur final.
- 3) En l'absence d'une concurrence intermarques suffisante, les restrictions verticales qui relèvent de la catégorie «distribution limitée» peuvent restreindre sensiblement le choix offert aux consommateurs. Elles sont particulièrement préjudiciables lorsqu'elles ferment l'accès au marché des distributeurs plus efficaces ou des distributeurs utilisant un mode de distribution différent. Cela peut diminuer l'innovation dans la distribution et empêcher les consommateurs d'obtenir le service ou le rapport prix/service propre à ces distributeurs.
- 4) 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 que le quota d'achat laisse à l'acheteur la possibilité de se procurer des biens concurrents. Le degré de verrouillage des marchés peut donc être moindre en cas de quota d'achat.
- 5) 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 à 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.

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 normalement 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.

Les entreprises qui achètent des biens ou services intermédiaires ont normalement des services spécialisés ou des conseillers qui contrôlent l'évolution de l'offre. Étant donné qu'elles effectuent des transactions assez importantes, les coûts de recherche ne sont généralement pas prohibitifs. La réduction de la concurrence intramarque est donc moins importante au niveau des biens et services intermédiaires.

- 6) 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.
- 7) Les effets négatifs potentiels des restrictions verticales sont renforcés lorsque plusieurs fournisseurs et leurs acheteurs organisent leurs réseaux commerciaux d'une manière similaire. Ces effets dits cumulatifs peuvent poser un problème dans un certain nombre de secteurs.
- 8) Plus la restriction verticale est liée à une cession de savoir-faire, plus il existe de raisons d'escompter des gains d'efficacité et plus une restriction verticale peut se révéler nécessaire pour protéger ce savoir-faire cédé ou les coûts d'investissement supportés.
- 9) Plus la restriction verticale est liée à des investissements propres à une relation contractuelle, plus certaines restrictions verticales sont justifiées. Le délai nécessaire pour amortir ces investissements détermine la durée de la restriction verticale qu'il est justifié d'accepter.
- 10) Dans le cas d'un nouveau produit ou lorsqu'un produit existant est vendu pour la première fois sur un marché géographique différent, il peut être difficile pour l'entreprise de définir ce marché, ou sa part de marché peut être substantielle. Cependant, cela ne doit pas être considéré comme un grave problème, étant donné que les restrictions verticales liées à l'ouverture de nouveaux marchés de produits ou de nouveaux marchés géographiques ne restreignent généralement pas

la concurrence. Cette remarque vaut pour les deux années qui suivent la date de première mise sur le marché du produit, et quelle que soit la part de marché de l'entreprise. Sont concernées toutes les restrictions verticales autres que les restrictions caractérisées et, dans le cas d'un nouveau marché géographique, les restrictions imposées aux acheteurs directs du fournisseur situés dans d'autres marchés en ce qui concerne les ventes actives et passives de ces acheteurs directs à des intermédiaires présents sur ce nouveau marché. Lorsqu'un nouveau produit fait l'objet d'essais commerciaux sur un territoire limité ou auprès d'une clientèle limitée, les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché test peuvent être soumis à une restriction de leurs ventes actives en dehors du marché test pendant un délai maximal d'un an, sans que cela constitue une restriction contraire à l'article 81, paragraphe 1.

1.4. Méthode d'analyse

(120) L'appréciation d'une restriction verticale comprend généralement les quatre étapes suivantes

- 1) Premièrement, les entreprises concernées doivent définir le marché en cause afin d'établir la part de marché du fournisseur ou de l'acheteur, en fonction de la restriction verticale considérée (voir les points 88 à 99, en particulier les points 89 à 95).
- 2) Si la part de marché en cause 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 %, il convient de déterminer si l'accord vertical relève de l'article 81, paragraphe 1.
- 4) Si l'accord vertical relève de cette disposition, il y a lieu alors d'examiner s'il remplit les conditions d'exemption prévues à l'article 81, paragraphe 3.

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

(121) 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 les plus importants pour établir si un accord vertical entraîne une restriction sensible de la concurrence et, partant, relève de l'article 81, paragraphe 1:

- a) position du fournisseur sur le marché;
- b) position des concurrents sur le marché;
- c) position de l'acheteur sur le marché;
- d) barrières à l'entrée;
- e) maturité du marché;
- f) stade du commerce;
- g) nature du produit;
- h) autres facteurs;

(122) 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 le fournisseur détienne une part de marché élevée indique généralement qu'il possède un pouvoir de marché, mais ce n'est pas le cas lorsque les barrières à l'entrée sont faibles. Il est par conséquent impossible de définir des règles strictes en ce qui concerne l'importance des différents facteurs. Les observations suivantes peuvent toutefois être formulées.

Position du fournisseur sur le marché

(123) La position du fournisseur est déterminée en tout premier lieu par sa part du marché de produits et du marché géographique en cause. Plus sa part de marché est élevée, plus son pouvoir de marché est susceptible d'être important. La position du fournisseur sur le marché est encore renforcée s'il bénéficie de certains avantages de coûts par rapport à ses concurrents. Ces avantages concurrentiels peuvent résulter de l'avantage du premier arrivant (possession du meilleur site, etc.) ou de la détention des brevets essentiels, d'une technologie supérieure, d'une marque «leader» ou d'une gamme de produits plus complète.

Position des concurrents sur le marché

(124) Les mêmes indicateurs, à savoir la part de marché et les avantages concurrentiels possibles, servent à décrire la position des concurrents sur le marché. Plus les concurrents existants sont puissants et nombreux, plus le risque que le fournisseur ou l'acheteur en question soit capable, à lui seul, de fermer l'accès au marché et le risque de réduction de la concurrence intermarques sont faibles. Toutefois, si le nombre de concurrents est relativement limité et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire (taille, coûts, potentiel de recherche et développement, etc.), cette structure de marché peut accroître les risques de collusion. Des fluctuations ou des changements rapides de leurs parts de marché sont en général un indice de l'existence d'une vive concurrence.

Position de l'acheteur sur le marché

- (125) La puissance d'achat de l'acheteur découle de sa position sur le marché. Le premier indicateur de cette puissance d'achat est la part de marché de l'acheteur 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 de l'acheteur 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 par l'acheteur/distributeur, ainsi que sa notoriété auprès des consommateurs finals. L'incidence d'une puissance d'achat sur les effets anticoncurrentiels possibles varie d'une restriction verticale à l'autre. La puissance d'achat peut en particulier renforcer les effets négatifs dans le cas de restrictions du type distribution limitée et répartition des marchés, telles que la fourniture exclusive, la distribution exclusive et la distribution sélective quantitative.

Barrières à l'entrée

- (126) Les barrières à l'entrée sont mesurées en fonction de la capacité des entreprises en place de relever leurs prix au-delà du niveau qui résulterait du jeu de la concurrence, c'est-à-dire au-delà du coût total moyen minimal, et de réaliser des bénéfices supérieurs à la normale sans attirer de nouveaux concurrents. Sans barrières, les possibilités d'entrée facile et rapide rendraient de tels bénéfices impossibles. Lorsqu'une entrée effective sur le marché, susceptible d'empêcher la réalisation de bénéfices supérieurs à la normale ou de les lamener, est probable dans un délai d'un à deux ans, les barrières à l'entrée peuvent être considérées comme faibles.
- (127) 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 limitée⁽¹⁾, 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 à ces deux niveaux.
- (128) 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.

- (129) D'une manière générale, l'entrée sur un marché entraîne des coûts irrécouvrables, qui sont tantôt réduits, tantôt substantiels. Par conséquent, la concurrence réelle est généralement plus effective et joue un rôle plus grand que la concurrence potentielle dans l'appréciation d'un cas d'espèce.

Maturité du marché

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

Stade du commerce

- (131) Le stade du commerce est lié à la distinction établie entre biens et services intermédiaires et biens et services finals. Comme cela a été indiqué précédemment, les effets négatifs sont généralement moins susceptibles de se produire au niveau des biens et services intermédiaires.

Nature du produit

- (132) 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 concerné 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 plus de produire des effets négatifs.

⁽¹⁾ Voir la décision 97/26/CE de la Commission dans l'affaire n° IV/M.619, Gencor/Lonrho (JO L 11 du 14.1.1997, p. 30).

Autres facteurs

(133) 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, la durée de ces accords, 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 les 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).

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

(134) L'application de l'article 81, paragraphe 3, est subordonnée au respect de quatre conditions cumulatives, à savoir:

- l'accord vertical doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
- l'accord vertical doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte,
- l'accord vertical ne doit pas imposer aux entreprises intéressées de restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- l'accord vertical ne doit pas donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

(135) Le dernier critère de l'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause est lié à la question de l'existence d'une position dominante. Dans le cas d'une entreprise qui, à la suite de l'application d'un accord vertical, occupe ou est en passe d'occuper une position dominante, une restriction verticale ne peut pas en principe bénéficier d'une exemption lorsqu'elle produit des effets anticoncurrentiels sensibles. Cet accord vertical peut néanmoins sortir du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, s'il est objectivement justifié, par exemple lorsqu'il est nécessaire pour protéger des investissements propres à une relation contractuelle ou pour céder un savoir-faire substantiel sans lequel la fourniture ou l'achat de certains biens ou services ne pourrait pas avoir lieu.

(136) Lorsque le fournisseur et l'acheteur n'occupent pas de position dominante, ce sont les trois autres critères qui sont importants. Le premier critère, qui concerne l'amélioration de la production ou de la distribution et la promotion du progrès technique ou économique, vise le type de gains d'efficacité décrits aux points 115 à 118. Ces gains d'efficacité doivent être démontrés et doivent produire un effet positif net. Les allégations

reposant sur des spéculations quant à la lutte contre le parasitisme ou des affirmations générales sur la réduction des coûts ne seront pas acceptées. Les réductions de coûts découlant du simple exercice d'un pouvoir de marché ou d'un comportement anticoncurrentiel ne sauraient être admises. En vertu du deuxième critère, les avantages économiques doivent profiter non seulement aux parties à l'accord, mais aussi à l'utilisateur. D'une manière générale, la répercussion des avantages sur l'utilisateur dépend de l'intensité de la concurrence sur le marché pertinent. Les pressions concurrentielles poussent normalement à répercuter les économies réalisées par le biais d'une diminution des prix et incitent les entreprises à lancer de nouveaux produits sur le marché dans des délais aussi courts que possible. Par conséquent, s'il subsiste sur le marché une concurrence suffisante pour exercer des pressions effectives sur les parties à l'accord, le jeu de la concurrence permet normalement de réserver à l'utilisateur une partie équitable des avantages économiques. Le troisième critère joue un rôle en ce qu'il garantit que la restriction la moins préjudiciable à la concurrence sera choisie de manière à obtenir certains effets positifs.

2. Analyse de certaines restrictions verticales

(137) Les accords verticaux peuvent contenir une combinaison de deux ou plusieurs restrictions verticales décrites aux points 103 à 114. Les restrictions verticales et combinaisons de restrictions verticales les plus courantes sont analysées ci-dessous en suivant la méthode développée aux points 120 à 136.

2.1. Monomarquisme

(138) Une clause de non-concurrence repose sur un dispositif qui oblige ou incite l'acheteur à couvrir pratiquement tous 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 cela signifie qu'il n'achètera et ne revendra pas ou n'intégrera pas dans ses produits des biens ou services concurrents. Du point de vue de la concurrence, les clauses de ce type risquent 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 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.

(139) Le monomarquisme bénéficie de l'exemption par catégorie lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse 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.

- (140) La «position du fournisseur sur le marché» est un facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des obligations de non-concurrence. En général, ce type d'obligation est imposé par le fournisseur, qui a conclu des accords similaires avec d'autres acheteurs.
- (141) Ce n'est pas seulement la position du fournisseur sur le marché qui compte, mais aussi l'étendue et la durée de l'obligation de non-concurrence. Plus la part de marché liée, autrement dit la fraction de la part de marché totale qui résulte des ventes effectuées par le biais d'obligations de monomarquisme, est élevée, plus il est probable que le marché soit verrouillé dans une très large mesure. De la même manière, plus la durée des obligations de non-concurrence est longue, plus le degré de verrouillage du marché risque d'être sensible. On considère en général que des obligations de non-concurrence d'une durée inférieure à un an et 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 non-concurrence contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante et d'une durée comprise entre un an et cinq ans doivent être examinées sur la base d'un bilan des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels. En revanche, pour la plupart des types d'investissement, les obligations de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou bien produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché qu'elles produisent. Les entreprises en position dominante ne peuvent imposer des obligations de non-concurrence à leurs acheteurs à moins de pouvoir donner des raisons objectives pour justifier cette pratique commerciale dans le contexte de l'article 82.
- (142) Pour apprécier le pouvoir de marché détenu par le fournisseur, la «position occupée par ses concurrents sur ce même 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. Les fournisseurs concurrents ne courent le risque d'être évincés au moyen de procédés anticoncurrentiels que s'ils sont sensiblement plus petits que le fournisseur qui applique l'obligation de non-concurrence. Il est peu probable que les concurrents soient évincés s'ils ont une position similaire sur le marché et peuvent offrir des produits tout aussi attrayants. Dans ce cas de figure, le risque de verrouillage du marché peut toutefois se produire pour les nouveaux concurrents potentiels lorsque plusieurs grands fournisseurs ont conclu des accords de monomarquisme avec un très grand nombre de leurs acheteurs sur le marché en cause (effet cumulatif). C'est également dans ce type de scénario que les accords de non-concurrence peuvent faciliter les collusions entre fournisseurs. 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.
- (143) Lorsque la part de marché du premier fournisseur est inférieure à 30 % et que celle des cinq premiers fournisseurs (CR5 ou «5 firm concentration ratio») 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 d'autres facteurs que les obligations de non-concurrence (préférences des consommateurs, par exemple). Un problème de concurrence est improbable si, par exemple, 50 entreprises dont aucune ne possède de part de marché élevée se livrent une concurrence très vive sur un marché donné.
- (144) Les «barrières à l'entrée» sont un élément important pour établir s'il y a véritablement verrouillage. Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver des acheteurs alternatifs pour le produit considéré, 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.
- (145) La «capacité de faire contrepoids» est un élément pertinent, car des acheteurs puissants ne se laisseront pas facilement écarter de l'offre de biens ou de services concurrents. Le risque d'un verrouillage qui ne soit pas fondé sur l'efficacité et produise des effets préjudiciables aux consommateurs finals est donc plus grand lorsque les acheteurs sont dispersés. Toutefois, des accords de non-concurrence conclus avec des acheteurs importants peuvent produire de graves effets de verrouillage.
- (146) Enfin, le «stade du commerce» doit être pris en considération pour apprécier les effets de verrouillage. Les risques de verrouillage 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. En l'absence de position dominante, un grave effet de verrouillage du marché est néanmoins à craindre pour les concurrents existants ou potentiels en cas d'effet cumulatif. Il est peu probable qu'un grave effet cumulatif se produise lorsque moins de 50 % du marché est lié. Lorsque le fournisseur occupe une position dominante, toute obligation d'acheter exclusivement ou principalement à ce fournisseur peut facilement provoquer de graves effets de verrouillage sur le marché. Ce risque est d'autant plus grand que la position dominante de ce fournisseur est forte.
- (147) 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 au-dessous du seuil de position dominante 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 réel risque de verrouillage 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 leurs activités 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, les effets anticoncurrentiels peuvent se produire même si le seuil de position dominante n'est pas atteint. En outre, des effets cumulatifs sont possibles si plusieurs fournisseurs imposent des obligations de monomarkétisme à la plupart des grossistes.
- (148) 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 afin d'ouvrir des points de vente pour leurs seuls produits. En outre, c'est au stade du commerce de détail que les accords de non-concurrence 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. Ce risque est d'autant plus grand que la position dominante de ce fournisseur est forte.
- (149) Au stade du commerce de détail également, un effet de verrouillage cumulatif peut se manifester. Lorsque toutes les entreprises détiennent une part de marché inférieure à 30 %, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage 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 cumulatif si moins de 30 % du marché total est lié.
- (150) 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, cela limite les possibilités d'imposer des mesures efficaces pour corriger l'effet de verrouillage éventuel. Dans ce cas, l'intervention de la Commission lorsque le seuil de position dominante n'est pas atteint est improbable.
- (151) 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.
- (152) 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 non-concurrence, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de ladite offre. En outre, elle peut faciliter la collusion entre fournisseurs en accroissant la transparence sur le marché. Une clause anglaise peut aussi fonctionner comme un quota imposé. 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 du fournisseur conformément aux mesures d'incitation ou aux engagements convenus avec ce seul fournisseur. Les quotas imposés peuvent par exemple prendre la forme d'un engagement d'achat minimal ou de prix non linéaires, d'une remise de quantité ou de fidélité ou encore d'un prix à double composante (redevance fixe plus prix à l'unité). Les quotas imposés à l'acheteur produisent des effets de verrouillage analogues à ceux d'une obligation de non-concurrence, mais d'une moindre intensité. Le jugement porté sur ces différentes formes dépendra de leur effet sur le marché. En outre, l'article 82 interdit expressément aux entreprises détenant une position dominante d'appliquer des clauses anglaises ou des remises de fidélité.
- (153) 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 autant que le fournisseur n'occupe pas de position dominante. Pour les obligations de non-concurrence en particulier, les gains d'efficacité décrits au point 116 1 (problèmes de parasitisme entre fournisseurs), au point 116 4 et 5 (divers problèmes de renonciation à certains investissements) et au point 116 7 (imperfections du marché des capitaux) peuvent être déterminants.
- (154) Dans le cas de gains d'efficacité décrits au points 116 1, 4 et 7, 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 116 5 (problème lié à la renonciation à certains investissements dans le cadre d'un transfert de savoir-faire).
- (155) Dans le cas d'un investissement du fournisseur propre à une relation contractuelle (voir le gain d'efficacité décrit au point 116 4), un accord de non-concurrence ou un accord imposant des quotas pendant la période d'amortissement de l'investissement remplit généralement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3. Si les investissements spécifiques 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 spécifique à une relation contractuelle pourrait porter, par exemple, sur 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 concernent des capacités (supplémentaires) ne constituent pas, normalement, des investissements spécifiques 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 de sa conserverie ou à proximité de celle-ci), ces nouvelles capacités pourraient n'être rentables que pour la production destinée à ce seul client, auquel cas les investissements réalisés seraient considérés comme spécifiques à cette relation contractuelle.

(156) Quand le fournisseur accorde à l'acheteur un prêt ou lui fournit un équipement qui n'est pas spécifique à leur relation contractuelle, cela n'est normalement pas suffisant en soi pour justifier l'exemption de la restriction à l'origine d'un effet de verrouillage 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 116 7). Quand bien même le fournisseur du produit serait le plus efficace pourvoyeur de fonds, un prêt ne saurait justifier une obligation de non-concurrence que si rien n'empêche l'acheteur de mettre un terme à cette obligation et de rembourser le solde du prêt à tout moment et sans pénalité financière. Cela signifie que le remboursement du prêt doit s'effectuer selon des versements échelonnés d'un montant égal ou dégressif, et non progressif, et que l'acheteur doit avoir la possibilité de racheter l'équipement à sa valeur marchande. Cela ne porte pas atteinte à la possibilité, pour un nouveau point de vente par exemple, de reporter le début des remboursements pendant la première ou les deux premières années, tant que les ventes n'ont pas atteint un certain niveau.

(157) Le transfert d'un savoir-faire substantiel (voir le gain d'efficacité décrit au point 116 5) justifie le plus souvent une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture, comme par exemple dans le contexte de la franchise.

(158) Au-dessous du seuil de position dominante, la combinaison d'une obligation de non-concurrence et de la distribution exclusive peut aussi justifier que la première dure pendant toute la période couverte par l'accord. Dans ce dernier cas, l'obligation de non-concurrence est susceptible d'améliorer l'effort de distribution du distributeur exclusif sur son territoire (voir les points 161 à 177).

(159) Exemple d'obligation de non-concurrence

Le leader 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 du leader 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 leader 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 ses produits.

Par conséquent, 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 leader 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. Il est donc peu probable que les conditions d'exemption soient remplies.

(160) 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 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, dont la plus grande a une part de marché de 20 % et 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 quelque 25 %. Au total, c'est environ une part de 49 % 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 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, les quotas de 75 % imposés par le producteur X sont susceptibles de remplir les conditions requises pour bénéficier d'une exemption.

2.2. *Distribution exclusive*

(161) Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, le fournisseur accepte de ne vendre sa production qu'à un seul distributeur en vue de la vente 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 appliquent la distribution exclusive, cela peut faciliter les collusions, tant à leur niveau qu'à celui des distributeurs.

(162) La distribution exclusive bénéficie de l'exemption par catégorie pour autant que la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %, même si elle est asso-

ciée 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 la distribution exclusive cas par cas.

(163) La position détenue sur le marché par le fournisseur et ses concurrents est particulièrement importante, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne pose un 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 réduite. Pour qu'une exemption soit accordée, il faut que cet affaiblissement de la concurrence intramarque soit contrebalancé par de véritables gains d'efficacité.

(164) 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. Toutefois, si le nombre de concurrents devient relativement faible et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire sous l'angle des parts de marché, des capacités et du réseau de distribution, il existe un risque de collusion. 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 concessionnaire exclusif sur un territoire donné, peut encore accroître le risque de collusion. Si un concessionnaire se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents importants ou plus sur le même territoire, la concurrence intermarques est susceptible d'être sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par le concessionnaire multiple est élevée, plus le risque de collusion est grand et plus la concurrence intermarques est réduite. Des situations de ce genre peuvent justifier de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie quand les parts de marché des fournisseurs se situent au-dessous du seuil prévu par le règlement d'exemption par catégorie.

(165) 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 anti-concurrentiels 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 monomarchisme.

- (166) 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 des 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. Ce cas de figure, bien que couvert par l'exemption par catégorie lorsque la part de marché de chaque fournisseur est inférieure à 30 %, peut justifier le retrait du bénéfice de l'exemption.
- (167) La «puissance d'achat» peut aussi accroître le risque de collusion entre les acheteurs lorsque les accords de distribution exclusive sont imposés par d'importants acheteurs, éventuellement situés dans différents territoires, à un ou plusieurs fournisseurs.
- (168) 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.
- (169) Le «stade du commerce» est important, car les effets négatifs éventuels ne sont pas forcément les mêmes au niveau du commerce de gros qu'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 fournisseur proposant un service de qualité à un prix élevé et un fournisseur offrant un service meilleur marché, mais de moindre qualité.
- (170) Un fabricant qui choisit un grossiste comme distributeur exclusif le fait normalement pour un territoire plus étendu, par exemple un État membre tout entier. 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 si le fabricant n'occupe pas une position dominante. L'affaiblissement éventuel de la concurrence intramarque au stade du commerce de gros peut facilement être compensée par des gains d'efficacité au niveau de la logistique, de la promotion, etc., surtout lorsque le fabricant est situé dans un autre pays. Il ne devrait pas y avoir d'éviction des grossistes concurrents sur le territoire en question, car un fournisseur dont la part de marché est supérieure à 30 % a généralement suffisamment de pouvoir de négociation pour ne pas choisir un grossiste moins efficace. Les risques éventuels que font 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.
- (171) La combinaison de la distribution exclusive et du monomarchisme est susceptible d'entraîner un problème de verrouillage pour les fournisseurs concurrents, surtout si le réseau des distributeurs exclusifs est dense et que ceux-ci disposent de petits territoires ou s'il y a effet cumulatif. Cela peut rendre nécessaire l'application des principes exposés ci-dessus sur le monomarchisme. Toutefois, lorsqu'elle ne provoque pas de verrouillage sensible du marché, la combinaison entre distribution exclusive et monomarchisme 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 bénéficier d'une exemption pour toute la durée de l'accord, en particulier au niveau du commerce de gros.
- (172) La combinaison de la distribution exclusive et de l'achat 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'achat 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 entre 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. Aussi est-il peu probable que la combinaison entre distribution exclusive et achat exclusif bénéficie d'une exemption si la part de marché des fournisseurs dépasse 30 %, sauf si les gains d'efficacité sont patents et substantiels et permettent une diminution du prix pratiqué pour tous les consommateurs finals. L'absence de tels gains d'efficacité peut aussi entraîner le retrait de l'exemption quand la part de marché du fournisseur est inférieure à 30 %.
- (173) 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.
- (174) 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.

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

A est le 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 relevant de 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 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 une part qui se situe entre 20 % et 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 au niveau du commerce de gros. Il est donc probable, si des effets anticoncurrentiels

existent, que les conditions d'exemption soient remplies.

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

Sur le marché national d'un produit final donné, il y a quatre leaders, dont chacun détient une part 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 ces 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 l'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, l'exemption sur la base de l'article 81, paragraphe 3, pourrait ne pas être justifiée et un retrait de l'exemption par catégorie pourrait s'avérer nécessaire.

(177) Exemple de distribution exclusive combinée avec l'achat exclusif

Le fabricant A est le 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 chaque État membre, il est confronté à la concurrence d'environ sept producteurs, qui détiennent des parts de marché beaucoup plus modestes — la plus élevée d'entre elles ne dépassant pas 10 %. Ces concurrents ne sont présents que sur un ou deux marchés nationaux. A vend ses produits par l'intermédiaire de filiales nationales à des distributeurs exclusifs opérant au niveau du commerce de détail, qui sont tenus à ne pas vendre activement sur les territoires alloués en exclusivité aux autres. En outre, les détaillants sont 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. A applique des écarts de prix de 10 à 15 % d'un marché à l'autre et des écarts plus légers à l'intérieur d'un même marché. Cette politique se traduit au niveau du commerce de détail par des écarts de prix plus réduits. Le marché est relativement stable du côté de l'offre et de la demande, et il n'y a pas de changements technologiques significatifs.

Sur ces marchés, l'affaiblissement de la concurrence intramarque est due non seulement à l'exclusivité territoriale au niveau du commerce de détail, mais aussi à l'obligation d'achat exclusif imposée aux détaillants. Cette obligation contribue à maintenir des marchés et des territoires séparés en rendant tout arbitrage impossible entre les détaillants exclusifs. Les détaillants exclusifs ne peuvent pas vendre sur les territoires alloués aux autres détaillants et, en pratique, ils ont tendance à ne pas livrer en dehors de leur territoire. Cela permet une discrimination par les prix. Consommateurs et commerçants indépendants n'ont que des possibilités d'arbitrage limitées en raison du caractère volumineux du produit.

Il est peu probable que les éventuels gains d'efficacité résultant de ce système, liés à des économies d'échelle au niveau du transport et des efforts publicitaires au stade des détaillants, compensent les effets négatifs de la discrimination par les prix et de l'affaiblissement de la concurrence intramarque. Il est donc peu probable que les conditions d'exemption soient remplies.

2.3. *Exclusivité de clientèle*

(178) 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 vente à une catégorie de clients déterminée. En même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives à d'autres clientèles concédées. 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 appliquent l'exclusivité de clientèle, cela peut faciliter les collusions, tant à leur niveau qu'à celui des distributeurs.

(179) L'exclusivité de clientèle bénéficie de l'exemption par catégorie pour autant que la part de marché du fournisseur n'excède 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'achat 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 161 à 177 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.

(180) La répartition de la clientèle rend généralement plus difficile l'arbitrage par le consommateur. 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. C'est pourquoi, lorsque le seuil de part de marché de 30 % prévu par le règlement d'exemption par catégorie est dépassé, il est peu probable qu'une exemption soit accordée à l'exclusivité de clientèle sauf dans les cas où les gains d'efficacité sont patents et substantiels.

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

(182) L'exclusivité de clientèle peut produire des gains d'efficacité, en particulier 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'efficacité et ne peut donc en général pas bénéficier d'une exemption.

(183) 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 s'élevait à 20 % avec l'ancien produit. 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 d'un système d'extinction pour une catégorie de clients donnée. 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 vendre aussi 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 d'exemption seront remplies.

2.4. *Distribution sélective*

(184) 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 concerne pas les ventes actives effectuées à l'extérieur d'un territoire, mais toutes les ventes réalisées avec des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les consommateurs finals étant alors les seuls acheteurs potentiels. La distribution sélective est presque toujours utilisée pour distribuer des produits finals de marque.

(185) 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 eu égard à 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.⁽¹⁾. L'application de ces critères n'impose pas une 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 requérir 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 concerné afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement, 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 nécessaire⁽²⁾. 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.

(186) La distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption par catégorie pour autant que la part de marché n'excède 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 concerné. Toutefois, lorsque la nature du produit ne nécessite pas une distribution sélective, un tel système n'apporte généra-

⁽¹⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission, Recueil 1996, p. II-1961.

⁽²⁾ Voir les arrêts de la Cour de justice dans l'affaire 31/80, L'Oréal, Recueil 1980, p. 3775, points 15 et 16; l'affaire 26/76, Metro I, Recueil 1977, p. 1875, points 20 et 21; l'affaire 107/82, AEG, Recueil 1983, p. 3151, point 35 et l'affaire T-19/91, Vichy/Commission, Recueil 1992, p. II-415, point 65.

lement 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.

- (187) La «position détenue sur le marché 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 pose problème. Le nombre de réseaux de distribution sélective sur le même marché est un autre facteur important. Lorsque la distribution sélective est appliquée sur le marché par un seul fournisseur n'occupant pas une position dominante, la distribution sélective quantitative ne génère 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.
- (188) La position des concurrents peut avoir une double signification et jouer un rôle en particulier 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 appliquent 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 donc tout particulièrement d'éviter les pressions exercées par les discompteurs sur les marges du fabricant et sur celles des revendeurs agréés.
- (189) 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 distribu-

tion 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 concerné, 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.

- (190) 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 fournitures compétitives.
- (191) 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.

- (192) 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.
- (193) 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 monomarchisme. 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 monomarchisme. Lorsque la distribution sélective n'est pas combinée à une obligation de non-concurrence, l'éviction des fournisseurs concurrents peut toutefois poser 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 linéaire minimal 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 de marché couverte 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 %.
- (194) La «maturité du marché» est un élément important, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque et l'éviction éventuelle des fournisseurs ou des revendeurs agréés 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.
- (195) 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 116 6). 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 116 1) ou à créer une image de marque (voir le gain d'efficacité décrit au point 116 8). 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 de la distribution sélective et de la distribution exclusive est susceptible d'être contraire à l'article 81 si elle est appliquée par un fournisseur dont la part de marché excède 30 % ou en cas d'effets cumulatifs, même si les ventes actives entre territoires restent autorisées. Une combinaison de ce genre peut exceptionnellement remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3, si elle est indispensable pour protéger d'importants investissements propres à la relation contractuelle en cause, effectués par les revendeurs agréés (voir le gain d'efficacité décrit au point 116 4).
- (196) 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.
- (197) 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 d'exemption.

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

Sur le marché d'un article de sport donné, sept fabricants se font concurrence. Les 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 au réseau 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 du fournisseur et présenter ceux-ci d'une manière attrayante, le magasin 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, c'est le même revendeur qui 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 tant du côté de l'offre que de la demande, et l'image de marque ainsi que la différenciation des produits sont fortes. 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 basse 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, la circonstance que ce type d'article doive 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 vendues dans des magasins offrant un service et des prix d'un niveau moins élevé ne constitue pas une compensation, du fait que 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 l'effet cumulatif qui limite le choix des consommateurs et augmente le prix qu'ils doivent acquitter.

2.5. *Franchise*

(199) Les accords de franchise comportent une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens et de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchiseur, 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 franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale du franchiseur une redevance pour l'utilisation de la méthode commerciale en question. 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.

(200) 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 23 à 45. 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 distribu-

tion sélective, l'obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, l'exemption s'applique lorsque la part de marché du franchiseur, ou du fournisseur désigné par ce dernier, ne dépasse pas 30 %⁽¹⁾. 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.

- 1) Conformément à la règle générale n° 8 (voir le point 119), plus le transfert de savoir-faire est important, plus les restrictions verticales pourront aisément satisfaire aux conditions d'exemption.
- 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.

(201) 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 s'approvisionnent en bonbons sur le marché national soit auprès de producteurs nationaux qui répondent aux goûts nationaux, soit auprès de grossistes qui, outre qu'ils vendent 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 a 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 le marché de manière substantielle 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 prévus à l'article 81, paragraphe 3, si les engagements qu'ils contiennent relèvent de l'article 81, paragraphe 1.

2.6. *Fourniture exclusive*

- (202) La fourniture exclusive telle que définie à l'article 1^{er}, point c), du règlement d'exemption par catégorie est la forme extrême de la distribution limitée pour ce qui est du nombre d'acheteurs: l'accord dispose que le fournisseur ne peut vendre un produit final donné qu'à un seul acheteur à l'intérieur de la Communauté. Pour les biens ou services intermédiaires, la fourniture exclusive signifie qu'il n'y a à l'intérieur de la Communauté qu'un seul acheteur ou qu'un seul acheteur pour un usage déterminé. Pour les biens ou services intermédiaires, la fourniture exclusive est souvent assimilée à une fourniture industrielle.

⁽¹⁾ Voir aussi les points 89 à 95, en particulier le point 95.

- (203) La fourniture exclusive telle que définie à l'article 1^{er}, point c), du règlement d'exemption par catégorie bénéficiant de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, en liaison avec l'article 3, paragraphe 2, dudit règlement pour autant que la part de marché de l'acheteur n'excède 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 la fourniture exclusive cas par cas.
- (204) Du point de vue de la concurrence, la fourniture exclusive risque surtout de mener à l'éviction d'autres acheteurs. La part détenue par l'acheteur sur le marché des achats en amont est à l'évidence un élément important pour apprécier sa capacité à «imposer» une obligation de fourniture exclusive de nature à empêcher les acheteurs concurrents d'accéder aux approvisionnements. 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 cependant 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 %. Dans de tels cas, le retrait de l'exemption peut être nécessaire. 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.
- (205) 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 plus la durée de la fourniture exclusive est longue, plus il est probable que le marché soit verrouillé dans une mesure significative. Les accords de fourniture exclusive d'une durée inférieure à cinq ans conclus par des entreprises n'occupant pas une position dominante doivent être appréciés normalement sur la base d'un bilan entre les effets proconcurrentiels et les effets anticoncurrentiels, tandis que, pour la plupart des types d'investissement, les 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 de tels accords à long terme produisent.
- (206) 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 sensible-ment 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 de manière efficace 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.
- (207) 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 poser un problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont souvent importantes.
- (208) La «possibilité pour les fournisseurs de faire contre-poids» est un élément pertinent, car des fournisseurs importants ne se laisseront pas facilement écarter de 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) est normalement justifiée en dessous du seuil de position dominante.
- (209) Enfin, le «stade du commerce et la nature du produit» doivent être pris en considération. Les risques de verrouillage 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 flexibilité 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.
- (210) Pour les produits intermédiaires homogènes, les effets anticoncurrentiels ne sont pas un obstacle au bénéfice d'une exemption si le seuil de position dominante n'est pas atteint. 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.

(211) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, une exemption peut être accordée sur la base de l'article 81, paragraphe 3, pour autant que l'entreprise n'occupe pas une position dominante. On peut s'attendre à des gains d'efficience dans le cas de la renonciation à certains investissements (points 116 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 116 6) ne semblent pas devoir justifier la fourniture exclusive.

(212) 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.

(213) 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 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 d'exemption en raison des gains d'efficience et de l'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.

(214) La fourniture exclusive s'appuie sur une obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre qu'à un seul acheteur. L'imposition de quotas au fournisseur est fondée sur des mesures convenues entre le fournisseur et l'acheteur qui incitent le premier à concentrer ses ventes principalement sur le second. Les quotas imposés au fournisseur peuvent produire

des effets analogues à ceux de la fourniture exclusive, mais avec une intensité moindre. Le jugement porté sur l'imposition de quotas dépendra du degré d'éviction des acheteurs concurrents sur le marché en amont.

2.7. Vente liée

(215) Il y a vente liée lorsqu'un fournisseur subordonne la vente d'un produit à l'achat, auprès de ce fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci, d'un autre produit distinct. Le premier produit est appelé le bien ou service «liant» et le deuxième, le produit «lié». Lorsque les ventes liées ne sont pas objectivement justifiées par la nature des produits ou l'usage commercial, elles peuvent constituer un abus au sens de l'article 82⁽¹⁾. L'article 81 peut s'appliquer à des accords horizontaux ou à des pratiques concertées entre fournisseurs concurrents visant à subordonner la vente d'un produit à l'achat d'un autre produit distinct. Une vente liée constitue aussi une restriction verticale tombant sous le coup de l'article 81 lorsqu'il en résulte une obligation de type monomarquisme (voir les points 138 à 160) pour le produit lié. Seule cette dernière situation est couverte par les présentes lignes directrices.

(216) Ce qui est considéré comme un produit distinct est déterminé en premier lieu par la demande des acheteurs. Deux produits sont distincts si, en l'absence de ventes liées, ces produits sont, du point de vue des acheteurs, acquis par ces derniers sur deux marchés différents. Par exemple, le souhait des consommateurs étant d'acheter des chaussures avec lacets, l'usage commercial, pour les fabricants de chaussures, est de fournir des chaussures avec lacets. La vente de chaussures avec lacets n'est par conséquent pas une vente liée. Certaines combinaisons sont devenues pratique courante du fait que la nature du produit rend techniquement difficile la livraison d'un produit sans la livraison d'un autre produit.

(217) Le principal effet anticoncurrentiel des ventes liées est que celles-ci peuvent verrouiller le marché du produit lié. 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. Les ventes liées peuvent aussi aboutir à des prix supraconcurrentiels, en particulier dans trois situations. Premièrement, lorsque le produit liant et le produit lié sont en partie substituables

⁽¹⁾ Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-333/94, P Tetra Pak/Commission, Recueil 1996, p. I-5951, point 37.

pour l'acheteur. 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. Enfin, les ventes liées peuvent aussi augmenter les barrières à l'entrée, à la fois sur le marché du produit liant et sur celui du produit lié.

(218) Les ventes liées bénéficient de l'exemption par catégorie en vertu de l'article 2, paragraphe 1, lu en liaison avec l'article 3 du règlement lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30 % à la fois sur le marché du produit lié et sur celui du produit liant. Elles peuvent être combinées avec 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 l'achat exclusif. Lorsque le seuil de part de marché est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier les ventes liées cas par cas.

(219) 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.

(220) Pour apprécier le pouvoir de marché du fournisseur, la «position de ses concurrents sur le marché» du produit liant est importante. Tant que les concurrents sont suffisamment nombreux et puissants, des effets anticoncurrentiels sont improbables, car les acheteurs auront suffisamment d'alternatives pour acheter le produit liant sans le produit lié, à moins que d'autres fournisseurs lient les ventes de manière 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 avec une obligation de non-concurrence pour le produit liant, la position du fournisseur s'en trouve considérablement renforcée.

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

(222) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question se pose d'une éventuelle exemp-

tion sur la base de l'article 81, paragraphe 3, pour autant que l'entreprise n'occupe pas une position dominante. 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. Les ventes liées ne peuvent toutefois bénéficier d'une exemption que s'il est démontré qu'une partie au moins de ces réductions de coûts est répercutée sur le consommateur. Aussi ne peuvent-elles normalement pas bénéficier d'une exemption lorsque le détaillant peut se procurer sur une base régulière des produits identiques ou équivalents aux mêmes conditions ou à des conditions meilleures que celles offertes par le fournisseur appliquant la pratique en question. 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 (gain d'efficacité n° 8). Cependant, il convient de démontrer que ces effets positifs ne pourraient pas être obtenus avec la même efficacité en imposant à l'acheteur d'utiliser ou de revendre des produits satisfaisant à des normes de qualité minimales, sans lui demander d'acheter ces biens 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.

(223) La hausse des prix à un niveau supraconcurrentiel est en elle-même un effet anticoncurrentiel. L'effet d'éviction dépend du pourcentage des ventes totales qui sont liées sur le marché du produit lié en question. Pour la question de savoir ce qu'il convient de considérer comme un verrouillage sensible en application de l'article 81, paragraphe 1, l'analyse relative au monomarchisme peut être appliquée. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, il est improbable que les ventes liées soient exemptées, sauf si elles permettent de réaliser des gains d'efficacité clairs et que ces derniers sont répercutés, au moins en partie, sur les consommateurs. Il est encore moins probable que les ventes liées bénéficient d'une exemption lorsqu'elles sont combinées avec une obligation de non-concurrence pour le produit lié ou le produit liant.

(224) Le bénéfice de l'exemption par catégorie est susceptible d'être retiré lorsqu'aucun gain d'efficacité ne résulte des ventes liées ou lorsque ces gains ne sont pas répercutés sur le consommateur (voir le point 222). Il peut aussi y avoir retrait en cas d'effet cumulatif, lorsqu'une majorité de fournisseurs appliquent des dispositifs similaires en matière de ventes liées sans que les éventuels gains d'efficacité ne soient répercutés, au moins en partie, sur les consommateurs.

2.8. *Prix de vente conseillés ou maximaux*

- (225) 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 — sous réserve des commentaires faits à cet égard aux points 46 à 56 sur la pratique des prix de vente imposés — lorsque la part de marché du fournisseur 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, les critères suivants sont utilisés.
- (226) Du point de vue de la concurrence, les prix maximaux ou conseillés risquent surtout de fonctionner comme point de convergence pour les revendeurs et d'être suivis par la plupart voire la totalité d'entre eux. Ils risquent ensuite de faciliter les collusions entre fournisseurs.
- (227) L'élément le plus important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels d'un prix de vente maximal ou conseillé est la «position du fournisseur sur le marché». Plus cette position est forte, plus grand est le risque que ledit prix incite les revendeurs à s'en servir comme point de convergence et à s'aligner sur ce niveau d'une manière plus ou moins uniforme. Les revendeurs pourraient estimer qu'il est difficile de s'écarter de ce qu'ils perçoivent comme le prix de vente

privilegié par un fournisseur très puissant sur le marché. Dans ces circonstances, la pratique qui consiste à imposer un prix de vente maximal ou à conseiller un prix de vente pourrait enfreindre l'article 81, paragraphe 1, si elle mène à la fixation d'un niveau de prix uniforme.

- (228) La «position des concurrents sur le marché» est le second élément le plus important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des prix maximaux ou conseillés. En particulier dans un oligopole étroit, la pratique consistant à utiliser ou à publier des prix maximaux ou conseillés est susceptible de faciliter les collusions entre les fournisseurs grâce à l'échange d'informations sur le meilleur niveau des prix et en rendant moins probable la réduction des prix de vente. La pratique qui consiste à imposer un prix de vente maximal ou à conseiller un prix de vente pourrait aussi être contraire à l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'elle produit de tels effets.

2.9. *Autres restrictions verticales*

- (229) 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 direct n'est fourni dans le présent document. Elles seront toutefois traitées selon les mêmes principes, sur la base des mêmes règles générales et en faisant porter l'accent sur l'effet sur le marché.