

II

*(Communications)*COMMUNICATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS, ORGANES ET
ORGANISMES DE L'UNION EUROPÉENNE

COMMISSION EUROPÉENNE

Lignes directrices sur les restrictions verticales**(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

(2010/C 130/01)

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 101 aux accords verticaux	5-7	3
II. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1	8-22	4
1. Accords d'importance mineure et PME	8-11	4
2. Contrats d'agence	12-21	4
2.1. Définition des contrats d'agence	12-17	4
2.2. Application de l'article 101, paragraphe 1 aux contrats d'agence	18-21	6
3. Accords de sous-traitance	22	6
III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	23-73	7
1. Zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie	23	7
2. Champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	24-46	7
2.1. Définition des accords verticaux	24-26	7
2.2. Accords verticaux entre concurrents	27-28	8
2.3. Associations de détaillants	29-30	9
2.4. Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle («DPI»)	31-45	9
2.5. Rapports avec les autres règlements d'exemption par catégorie	46	11
3. Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie	47-59	11
4. Cas individuels de restriction de vente caractérisée susceptibles de ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, ou de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3	60-64	15
5. Restrictions exclues par le règlement d'exemption par catégorie	65-69	16

	<i>Points</i>	<i>Page</i>
6. Séparabilité des restrictions	70-71	17
7. Gamme des produits distribués par un même réseau de distribution	72-73	17
IV. RETRAIT DE L'EXEMPTION PAR CATÉGORIE ET EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	74-85	18
1. Procédure de retrait de l'exemption	74-78	18
2. Exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	79-85	18
V. DÉFINITION DES MARCHÉS ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ	86-95	19
1. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause	86	19
2. Définition du marché en cause aux fins du calcul du seuil de 30 % prévu par le règlement d'exemption par catégorie	87-92	19
3. Calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption par catégorie	93-95	21
VI. POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION AUX CAS INDIVIDUELS	96-229	21
1. Cadre de l'analyse	96-127	21
1.1. Effets négatifs des restrictions verticales	100-105	22
1.2. Effets positifs des restrictions verticales	106-109	23
1.3. Méthode d'analyse	110-127	25
1.3.1. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	111-121	25
1.3.2. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3	122-127	27
2. Analyse de certaines restrictions verticales	128-229	28
2.1. Monomarquisme	129-150	28
2.2. Distribution exclusive	151-167	31
2.3. Exclusivité de clientèle	168-173	35
2.4. Distribution sélective	174-188	36
2.5. Franchise	189-191	39
2.6. Fourniture exclusive	192-202	40
2.7. Redevances d'accès payables d'avance	203-208	42
2.8. Accords de gestion par catégorie	209-213	43
2.9. Vente liée	214-222	43
2.10. Restrictions concernant le prix de vente	223-229	45

I. INTRODUCTION

1. Objet des présentes lignes directrices

(1) Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*) (ci-après «l'article 101») ⁽¹⁾. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ⁽²⁾ (ci-après «le règlement d'exemption par catégorie») définit la notion d'«accord vertical» (voir les points 24 à 46). Les présentes lignes directrices ne préjugent pas d'une possible application parallèle de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après «l'article 102») aux accords verticaux. La structure des présentes lignes directrices est la suivante:

- la section II (points 8 à 22) décrit les accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1;
- la section III (points 23 à 73) précise les conditions d'application du règlement d'exemption par catégorie,
- la section IV (points 74 à 85) 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 86 à 95) donne des orientations sur la définition du marché en cause et le calcul des parts de marché;
- la section VI (points 96 à 229) décrit le cadre général d'analyse et la politique que la Commission entend suivre pour l'application des règles de concurrence aux cas individuels d'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 distri-

bution des biens. En outre, les accords verticaux peuvent porter sur des biens et services intermédiaires comme sur des biens et services finals. Sauf indication contraire, l'analyse et les arguments développés dans les présentes lignes directrices s'appliquent à tous les types de biens et de services et à tous les stades du commerce. La notion de «produits» englobe donc à la fois les biens et les services. Les notions de «fournisseur» et d'«acheteur» sont utilisées pour tous les stades du commerce. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords conclus avec les consommateurs finals lorsque ceux-ci ne sont pas des entreprises, étant donné que l'article 101 ne s'applique qu'aux accords entre entreprises.

- (3) La Commission publie les présentes lignes directrices afin d'aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence de l'UE. Les critères qui y sont exposés ne peuvent être appliqués mécaniquement, mais en tenant dûment compte des circonstances propres à chaque cas. Chaque cas doit être apprécié à la lumière des faits qui lui sont propres.
- (4) Les présentes lignes directrices sont sans préjudice de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'application de l'article 101 aux accords verticaux. La Commission continuera à évaluer l'application du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur la base d'informations concernant le marché venant des intéressés et des autorités nationales de la concurrence et peut réviser la présente communication à la lumière de développements futurs et de l'état de ses connaissances.

2. Applicabilité de l'article 101 aux accords verticaux

- (5) L'article 101 s'applique aux accords verticaux qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence (ci-après «restrictions verticales») ⁽³⁾. L'article 101 fournit un cadre juridique pour l'appréciation des restrictions verticales, qui tient compte de la distinction entre les effets anticoncurrentiels et les effets favorables à la concurrence. L'article 101, paragraphe 1, interdit les accords qui restreignent ou faussent sensiblement la concurrence, tandis que l'article 101, paragraphe 3, accorde une exemption aux accords qui produisent des avantages suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels ⁽⁴⁾.

(*) A compter du 1^{er} décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE sont devenus respectivement les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»). Dans les deux cas, les dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins de la présente communication, les références faites aux articles 101 et 102 du TFUE s'entendent, s'il y a lieu, comme faites respectivement aux articles 81 et 82 du traité CE. Le TFUE a également introduit certaines modifications de terminologie, telles que le remplacement de «Communauté» par «Union» et de «marché commun» par «marché intérieur». La terminologie du TFUE est utilisée dans les présentes lignes directrices.

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

⁽²⁾ JO L 102 du 23.4.2010, p. 1.

⁽³⁾ Voir, entre autres, les arrêts de la Cour de justice du 13 juillet 1966, *Grundig-Consten/Commission* (affaires jointes 56/64 et 58/64, Recueil 1966, p. 429) et du 30 juin 1966, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm* (56/65, Recueil 1966, p. 337), et l'arrêt du Tribunal du 14 juillet 1994, *Parker Pen/Commission* (T-77/92, Recueil 1994, p. II-549).

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

- (6) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales et elles peuvent permettre de réaliser des gains d'efficacité substantiels.
- (7) L'article 101 vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords (en l'espèce, à des accords verticaux) pour restreindre la concurrence sur le marché, au détriment des consommateurs. L'examen des restrictions verticales est aussi important dans le contexte de l'objectif plus large de réalisation d'un marché intérieur intégré. L'intégration des marchés renforce la concurrence dans l'Union européenne. Les entreprises ne devraient pas pouvoir recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés.

II. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 101, 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 101, paragraphe 1. Le règlement d'exemption par catégorie n'est applicable qu'aux accords entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1. Les présentes lignes directrices ne préjugent pas l'application de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*)⁽¹⁾ ni toute communication future en la matière.
- (9) Sous réserve des conditions énoncées dans la communication *de minimis* en ce qui concerne les restrictions caractérisées et l'effet cumulatif, les accords verticaux conclus par des entreprises non concurrentes dont la part de marché individuelle ne dépasse pas 15 % du marché en cause sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1⁽²⁾. Les accords verticaux conclus par des entreprises dont la part de marché est supérieure à 15 % ne sont pas présumés enfreindre automatiquement l'article 101, paragraphe 1. Il se peut que des accords entre entreprises dont la part de marché est supérieure à 15 % n'aient pas d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou

ne constituent pas une restriction sensible au jeu de la concurrence⁽³⁾. Ces accords doivent être appréciés dans leur contexte juridique et économique. Les critères d'appréciation des accords individuels sont exposés aux points 96 à 229.

- (10) En ce qui concerne les restrictions caractérisées visées dans la communication *de minimis*, l'article 101, paragraphe 1, peut s'appliquer au-dessous du seuil de 15 %, à condition qu'il y ait un effet sensible sur le commerce entre les États membres et sur la concurrence. À cet égard, il convient de se référer à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice et du Tribunal⁽⁴⁾. Il peut aussi être nécessaire d'apprécier les effets positifs et négatifs des restrictions caractérisées tel que décrit en particulier au point 47 des présentes lignes directrices.
- (11) De plus, la Commission estime que, sous réserve de l'absence d'effet cumulatif et de restrictions caractérisées, les accords verticaux entre petites et moyennes entreprises telles qu'elles sont définies dans l'annexe de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises⁽⁵⁾ sont rarement de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres ou à restreindre sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et ne relèvent donc pas, d'une manière générale, de cette disposition. Lorsque de tels accords remplissent néanmoins les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 1, la Commission s'abstient normalement d'ouvrir la procédure en raison de l'absence d'un intérêt suffisant pour l'Union européenne, à moins que les entreprises concernées ne détiennent, collectivement ou séparément, une position dominante sur une partie substantielle du marché intérieur.

2. Contrats d'agence

2.1. Définition

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

— l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de

— la vente de biens ou de services fournis par le commettant.

(1) JO C 368 du 22.12.2001, p. 13.

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

(3) Voir l'arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, *Langnese-Iglo GmbH/Commission* (T-7/93, Recueil 1995, p. II-1533), point 98.

(4) Voir les arrêts de la Cour de justice du 9 juillet 1969, *Völk/Vervaecke* (5/69, Recueil 1969, p. 295), du 6 mai 1971, *Cadillon/Höss* (1/71, Recueil 1971, p. 351), et du 28 avril 1998, *Javico/Yves Saint Laurent* (C-306/96, Recueil 1998, p. I-1983), points 16 et 17.

(5) JO L 124 du 20.5.2003, p. 36.

- (13) Le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné⁽¹⁾. À cet égard, le fait que l'agent agisse pour le compte d'un ou de plusieurs commettants est sans incidence, de même que la qualification donnée à l'accord par les parties ou par la législation nationale.
- (14) Trois types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1. Premièrement les risques propres à chaque contrat, qui sont directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, comme le financement des stocks. Deuxièmement, les risques liés aux investissements propres au marché. Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier ce type de contrat. Ces investissements sont généralement irrécouvrables, ce qui signifie que lors de l'abandon du domaine d'activité considéré, ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes. Troisièmement, les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques.
- (15) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation.
- (16) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, un accord sera donc généralement considéré comme un contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels et qu'il:
- a) 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;
 - b) ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens contractuels, et notamment ne supporte pas le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks, et peut retourner au commettant, sans frais, les invendus, à moins que sa responsabilité pour faute ne soit engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité suffisantes pour empêcher cette perte);
 - c) n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par le produit vendu (responsabilité du fait des produits), sauf si sa responsabilité pour faute est engagée à cet égard;
 - d) 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);
 - e) 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;
 - f) ne réalise pas d'investissements propres au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel (par exemple, dans un réservoir d'essence pour la vente au détail de carburant ou dans un logiciel spécialisé pour la vente de polices d'assurance dans le cas d'agents d'assurance), sauf si ces coûts lui sont intégralement remboursés par le commettant;
 - g) ne se charge pas d'autres activités sur le même marché de produits à la demande du commettant, sauf si ces activités lui sont intégralement remboursées par ce dernier.

⁽¹⁾ Voir l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 2005, *Daimler Chrysler AG/Commission*, (T-325/01, Recueil 2005, p. II-3319), et les arrêts de la Cour de justice du 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*, (C-217/05, Recueil 2006, p. I-11987) et du 11 septembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*, (C-279/06, Recueil 2008, p. I-6681).

(17) Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant, si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités aux points 14, 15 et 16, l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence. 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 des raisons pratiques, l'analyse de risque peut débiter par l'appréciation des risques propres au contrat. Le fait que ces risques soient supportés par l'agent suffit à conclure que celui-ci est un distributeur indépendant. Au contraire, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse et d'apprécier les risques liés aux investissements propres au marché. Enfin, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat ni des risques liés aux investissements propres au marché, il y a lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits.

2.2. Application de l'article 101, paragraphe 1, aux contrats d'agence

(18) Dans le cas des contrats d'agence définis à la section 2.1, la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant. Le commettant supportant les risques commerciaux et financiers liés à la vente et à l'achat des biens ou des services contractuels, aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1. Les obligations suivantes qui pèsent sur l'agent sont considérées comme inhérentes à un contrat d'agence, dans la mesure où chacune d'elles est liée à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels, ce qui est essentiel si le commettant doit assumer les risques et doit, par conséquent, être à même de déterminer la stratégie commerciale:

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

(19) En plus de stipuler les conditions de vente ou d'achat par l'agent des biens ou services contractuels pour le compte du commettant, un contrat d'agence contient souvent des dispositions concernant les relations entre l'agent et le commettant. En particulier, il peut contenir une disposition qui interdit au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité) ou une disposition qui interdit à l'agent d'agir en tant qu'agent ou distributeur pour le compte d'entreprises concurrentes du commettant (clauses de monomarchisme). L'agent étant une entreprise distincte du commettant, les dispositions régissant leur relation peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1. Les clauses d'exclusivité n'entraînent généralement pas d'effets anticoncurrentiels. En revanche, les clauses de monomarchisme et de non-concurrence après l'expiration de l'accord, qui concernent la concurrence intermarques, peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1, si elles entraînent un effet de verrouillage (cumulatif) du marché en cause sur lequel les biens ou services contractuels se vendent ou s'achètent, ou y contribuent (voir notamment la section VI.2.1). Ces dispositions peuvent bénéficier de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie, en particulier lorsque les conditions prévues par l'article 5 dudit règlement la régissant sont remplies. Elles peuvent aussi être individuellement justifiées par des gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3, ainsi qu'il est expliqué aux points 144 à 148.

(20) Même si le commettant supporte tous les risques commerciaux et financiers correspondants, un contrat d'agence peut également relever de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'il facilite la collusion. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'un certain nombre de commettants font appel aux mêmes agents et empêchent collectivement d'autres commettants de recourir à ces mêmes agents, ou se servent de ces agents pour s'entendre sur une stratégie commerciale ou pour s'échanger des informations sensibles sur le marché.

(21) Lorsque l'agent supporte un ou plusieurs des risques pertinents décrits au point (16), l'accord entre l'agent et le commettant ne constitue pas un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1. Dans ce cas, l'agent sera considéré comme une entreprise indépendante et l'accord le liant au commettant relèvera de l'article 101, paragraphe 1, comme tout autre accord vertical.

3. Accords de sous-traitance

(22) Un accord de sous-traitance est un accord par lequel un donneur d'ordre fournit une technologie ou un équipement à un sous-traitant qui s'engage à fabriquer certains produits (exclusivement) pour le donneur d'ordre sur la base de cette technologie ou de cet équipement. Les accords de sous-traitance sont couverts par la communication de la Commission du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après «communication sur la sous-traitance») ⁽¹⁾. Conformément à cette communication, qui reste applicable, les contrats de sous-traitance en vertu desquels le sous-traitant s'engage à fabriquer certains produits exclusivement pour le donneur d'ordre ne sont généralement pas visés par l'article 101, paragraphe 1, pour autant que la technologie ou l'équipement considérés soient nécessaires pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits. Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement ou de ne pas produire, en général, pour des tiers, peuvent relever de l'article 101 ⁽²⁾.

⁽¹⁾ JO C 1 du 3.1.1979, p. 2.

⁽²⁾ Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.

III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

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

(23) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Selon les parts de marché que détiennent le fournisseur et l'acheteur, le règlement d'exemption par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux, pour autant qu'ils ne comportent pas de restriction caractérisée de la concurrence, c'est-à-dire de restriction de la concurrence par objet. Conformément à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens ou les services contractuels et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les biens ou les services contractuels déterminent l'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie s'applique, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur doivent être chacune inférieures ou égales à 30 %. La section V des présentes lignes directrices donne des orientations sur la définition du marché en cause et le calcul des parts de marché. Au-delà du seuil de 30 % de parts de marché, il n'est pas présumé qu'un accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, ou ne remplit pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3, mais il n'est pas non plus présumé qu'un accord vertical relevant de l'article 101, paragraphe 1, remplira généralement les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

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

2.1. Définition des accords verticaux

(24) L'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie définit un accord vertical comme «un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services».

(25) La définition d'«accord vertical» visée au point (24) contient quatre éléments principaux:

(a) le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords et aux pratiques concertées. Il ne s'applique pas à un comportement unilatéral des entreprises concernées. Ce comportement unilatéral peut relever de l'article 102, qui interdit les abus de position dominante. Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 101, il suffit que les parties aient exprimé leur intention commune de se comporter d'une manière particulière sur le marché. La forme sous

laquelle cette intention est exprimée n'est pas importante, pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci. En l'absence d'accord explicite exprimant la volonté concordante des parties, la Commission devra prouver que la stratégie unilatérale d'une partie reçoit l'acquiescement de l'autre. Dans le cas d'accords verticaux, cet acquiescement à une stratégie unilatérale particulière peut être établi de deux manières. Premièrement, il peut être déduit des pouvoirs conférés aux parties dans le cadre d'un accord général établi préalablement. Si les clauses de l'accord préétabli prévoient ou permettent qu'une partie adopte ultérieurement une stratégie unilatérale particulière qui sera contraignante pour l'autre partie, l'acquiescement à cette stratégie par l'autre partie peut être établi sur cette base⁽¹⁾. Deuxièmement, en l'absence d'acquiescement explicite, la Commission peut démontrer l'existence d'un acquiescement tacite. Pour ce faire, il convient de montrer, premièrement, qu'une partie exige, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre partie à la mise en œuvre de sa stratégie unilatérale et, deuxièmement, que l'autre partie se plie à cette exigence en mettant cette stratégie unilatérale en œuvre⁽²⁾. À titre d'exemple, si après l'annonce par un fournisseur d'une réduction unilatérale de ses livraisons afin d'empêcher tout commerce parallèle, les distributeurs réduisent immédiatement leurs commandes et cessent de pratiquer un commerce parallèle, il y a acquiescement tacite de leur part à la stratégie unilatérale du fournisseur. Ce n'est toutefois pas le cas si les distributeurs continuent de pratiquer un commerce parallèle ou s'efforcent de trouver de nouveaux moyens d'y parvenir. De même, dans le cas d'accords verticaux, l'acquiescement tacite peut être déduit du niveau de la coercition exercée par une partie pour imposer sa stratégie unilatérale à l'autre ou aux autres parties à l'accord, en liaison avec le nombre de distributeurs qui mettent effectivement en œuvre la stratégie unilatérale du fournisseur dans la pratique. Par exemple, un système de suivi et de pénalités instauré par un fournisseur pour sanctionner les distributeurs qui ne respectent pas sa stratégie unilatérale dénote un acquiescement tacite à cette stratégie si ce système permet au fournisseur de mettre en œuvre sa stratégie dans la pratique. Les deux manières d'établir l'existence d'un acquiescement décrites au présent point peuvent être utilisées conjointement;

(b) il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises. Les accords verticaux conclus avec les consommateurs finals qui ne sont pas des entreprises ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie. D'une manière plus générale, les accords conclus avec des consommateurs finals ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, car cet article ne s'applique qu'aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées entre entreprises. Ceci ne porte pas atteinte à l'application éventuelle de l'article 102;

⁽¹⁾ Arrêt de la Cour de justice du 13 juillet 2006, *Commission/Volkswagen AG*, (C-74/04 P, Recueil 2006, p. I-6585).

⁽²⁾ Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, *Bayer AG/Commission* (T-41/96, Recueil 2000, p. II-3383).

(c) chacune des entreprises participant à l'accord ou à la pratique concertée agit, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution. À titre d'exemple, une entreprise produit une matière première que l'autre entreprise utilise comme bien intermédiaire, ou la première est un fabricant, la deuxième un grossiste et la troisième un détaillant; ceci n'exclut pas les cas où une entreprise est présente à plus d'un niveau de la chaîne de production ou de distribution;

(d) 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. Tant les biens ou les services fournis par le fournisseur que les biens ou services qui en résultent sont considérés comme des biens ou des services contractuels au sens du règlement d'exemption par catégorie. 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 spécifique, comme celle qui est prévue par le règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile⁽¹⁾ ou celui qui lui succédera. L'acheteur peut revendre les biens ou les services acquis auprès du fournisseur ou les utiliser comme biens ou services intermédiaires aux fins de sa propre activité de production.

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

2.2. Accords verticaux entre concurrents

(27) L'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie exclut expressément de son champ d'application

les «accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes». Les accords verticaux entre concurrents sont traités, quant à leurs éventuels effets de collusion, dans les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale⁽²⁾. Les aspects verticaux de ces accords doivent toutefois être appréciés au regard des présentes lignes directrices. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie définit une entreprise concurrente comme «un concurrent actuel ou potentiel». Deux entreprises sont considérées comme des concurrents actuels si elles sont présentes sur le même marché en cause. Une entreprise est considérée comme un concurrent potentiel d'une autre entreprise si, en l'absence d'accord, en cas de hausse légère mais permanente des prix relatifs, il est probable que, dans un bref délai, normalement inférieur à un an, elle procéderait aux investissements supplémentaires nécessaires ou engagerait les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause sur lequel l'autre entreprise est présente. Cette évaluation doit être réaliste, une possibilité d'entrée sur le marché n'étant pas suffisante si elle est purement théorique⁽³⁾. 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.

(28) L'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie prévoit deux exceptions à l'exclusion générale des accords verticaux entre concurrents, qui concernent les accords non réciproques. Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords non réciproques entre concurrents lorsque a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents ou b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels. La première exception couvre les situations de double distribution, c'est-à-dire celles où le fabricant d'un produit particulier est aussi distributeur de ce produit, en concurrence avec des distributeurs indépendants qui vendent aussi son produit. Dans un tel cas de figure, on considère qu'en règle générale, toute incidence potentielle sur la relation de concurrence entre le fabricant et le détaillant au niveau du commerce de détail est de moindre importance que l'incidence potentielle de l'accord de fourniture vertical sur la concurrence en général au niveau de la fabrication ou du commerce de détail. La seconde exception couvre des situations comparables de double distribution, mais de services cette fois, lorsque le fournisseur est aussi prestataire de services au niveau du commerce de détail où l'acheteur opère.

⁽²⁾ JO C 3 du 6.1.2001, p. 2. Un réexamen de ces lignes directrices est prévu.

⁽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 55, et la décision 90/410/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin* (JO L 209 du 8.8.1990, p. 15).

⁽¹⁾ JO L 203 du 1.8.2002, p. 30.

2.3. Associations de détaillants

(29) L'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie inclut dans son champ d'application les accords verticaux conclus par une association d'entreprises qui remplit certaines conditions et, partant, il exclut du bénéfice de l'exemption par catégorie les accords verticaux conclus par toutes les autres associations. Le règlement ne s'applique aux accords verticaux conclus entre une association et ses membres, ou entre une association et ses fournisseurs, que si tous les membres sont détaillants de biens (non de services) et qu'aucun d'eux ne réalise individuellement un chiffre d'affaires qui dépasse 50 millions d'euros. Les détaillants sont des distributeurs qui revendent les biens au consommateur final. Un dépassement du seuil de chiffre d'affaires de 50 millions d'euros par un nombre réduit de membres de l'association qui, ensemble, représentent moins de 15 % du chiffre d'affaires cumulé de tous les membres de l'association, n'affectera normalement pas l'appréciation au regard de l'article 101.

(30) Une association d'entreprises peut impliquer l'existence à la fois d'accords horizontaux et d'accords verticaux. Les accords horizontaux doivent être appréciés en appliquant les principes exposés dans les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale⁽¹⁾. Si cette appréciation amène à conclure qu'une coopération entre entreprises en matière d'achats ou de ventes est acceptable, une évaluation complémentaire sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus par l'association avec ses fournisseurs ou chacun de ses membres. Cette évaluation complémentaire s'effectuera au regard des dispositions du règlement d'exemption par catégorie et des présentes lignes directrices. Ainsi, des accords horizontaux conclus entre les membres de l'association ou des décisions adoptées par l'association, telles que les décisions imposant aux membres l'obligation d'acheter à l'association ou concédant des territoires exclusifs aux membres de l'association, devront être appréciés en premier lieu en tant qu'accords horizontaux. Si cette appréciation mène à la conclusion que l'accord horizontal n'est pas anticoncurrentiel, il sera nécessaire d'examiner les accords verticaux entre l'association et chacun de ses membres ou entre l'association et les fournisseurs.

2.4. Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle (ci-après «DPI»)

(31) L'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie inclut dans son champ d'application les accords verticaux qui contiennent certaines dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de DPI et, ce faisant, exclut du champ d'application dudit 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:

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

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

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

- a) 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,
- b) 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,
- c) les licences pures de marque ou de signes distinctifs à des fins de marchandisage,

⁽¹⁾ Voir le point 27.

- d) les contrats de parrainage ou de mécénat portant sur le droit de se présenter comme mécène officiel d'un événement,
- e) les licences de droits d'auteur telles que les contrats de radiodiffusion prévoyant le droit d'enregistrer et/ou de diffuser un événement.
- (34) La deuxième condition implique que le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas lorsque les DPI sont cédés par l'acheteur au fournisseur, indépendamment du fait de savoir si les DPI concernent le mode de fabrication ou de distribution. Un accord sur la cession de DPI au fournisseur qui contiendrait d'éventuelles restrictions quant aux ventes réalisées par ce dernier ne serait pas couvert par le règlement d'exemption par catégorie. Cela signifie notamment qu'un accord de sous-traitance assorti de la cession d'un savoir-faire au sous-traitant⁽¹⁾ ne relève pas du champ d'application dudit règlement (voir aussi le point 22). Toutefois, les accords verticaux en vertu desquels l'acheteur ne procure au fournisseur que des caractéristiques techniques décrivant les biens ou services qui doivent être fournis relèvent du champ d'application dudit règlement.
- (35) La troisième condition précise que, pour être couvert par le règlement d'exemption par catégorie, l'objet principal de l'accord ne doit pas être la cession ou l'octroi sous licence de DPI. L'objet principal de l'accord doit être l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services, et les dispositions en matière de DPI doivent servir à l'exécution de l'accord vertical.
- (36) La quatrième condition implique que les dispositions concernant les DPI visent à faciliter l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. Les biens ou services destinés à l'utilisation ou à la revente sont normalement fournis par le concédant de licence, mais ils peuvent aussi être achetés à un tiers par le bénéficiaire de licence. Les 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 une licence pour l'utilisation de sa marque et de son savoir-faire pour commercialiser les biens. C'est aussi le cas lorsque le fournisseur d'un extrait concentré concède à l'acheteur une licence pour lui permettre de diluer et d'embouteiller cet extrait concentré avant de le vendre à l'état de boisson.
- (37) La cinquième condition implique notamment que les dispositions relatives aux DPI ne doivent pas avoir un objet identique à celui des restrictions caractérisées énumérées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie ni à celui des restrictions exclues du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie en vertu de l'article 5 dudit règlement (voir les points 47 à 69 des présentes lignes directrices).
- (38) Les DPI pertinents pour l'exécution d'accords verticaux au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie, concernent généralement trois

domaines principaux: les marques, le droit d'auteur et le savoir-faire.

Les marques

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

Le droit d'auteur

- (40) Les revendeurs de biens protégés par le droit d'auteur (livres, logiciels, etc.) peuvent être contraints par le titulaire du droit d'auteur de ne revendre les biens 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 101, paragraphe 1, sont couvertes par le règlement d'exemption par catégorie.

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

- (42) En ce qui concerne le matériel informatique dans lequel sont incorporés des logiciels protégés par le droit d'auteur, le titulaire du droit d'auteur peut interdire à l'acheteur d'enfreindre ce droit; il peut par conséquent 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 101, paragraphe 1, sont couvertes par le règlement d'exemption par catégorie.

Le savoir-faire

- (43) Les accords de franchise, à l'exception des accords de franchise industrielle, sont le meilleur exemple de communication de savoir-faire à l'acheteur à des fins commerciales⁽²⁾. 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

⁽¹⁾ Voir la communication sur la sous-traitance (visée au point 22)

⁽²⁾ Les points 43 à 45 s'appliquent par analogie à d'autres types d'accords de distribution qui impliquent le transfert d'un savoir-faire substantiel entre le fournisseur et l'acheteur.

franchisé une assistance commerciale ou technique pendant toute la durée de l'accord, telle que des services en matière d'approvisionnement, une formation, des conseils immobiliers, une planification financière, etc. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée.

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

(45) Les obligations suivantes liées à des DPI sont généralement considérées comme nécessaires à la protection des DPI du franchiseur et, si elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, sont également couvertes par le règlement d'exemption par catégorie:

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

2.5. Rapports avec les autres règlements d'exemption par catégorie

(46) L'article 2, paragraphe 5, dispose que le règlement d'exemption par catégorie «ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit». Le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique donc pas aux accords verticaux couverts par le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie⁽¹⁾, par le règlement (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile⁽²⁾ ou par le règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation⁽³⁾ et le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement⁽⁴⁾ sur l'exemption des accords verticaux conclus en liaison avec des accords horizontaux, ni par tout autre règlement futur en la matière, sauf si un de ces règlements le prévoit.

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

(47) L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie énumère une liste de restrictions caractérisées qui entraînent l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement⁽⁵⁾. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les

⁽¹⁾ JO L 123 du 27.4.2004, p. 11.

⁽²⁾ Voir le point 25.

⁽³⁾ JO L 304 du 5.12.2000, p. 3.

⁽⁴⁾ JO L 304 du 5.12.2000, p. 7.

⁽⁵⁾ Cette liste de restrictions caractérisées s'applique aux accords verticaux concernant les échanges au sein de l'Union. Pour ce qui est des accords verticaux qui concernent les exportations vers un pays tiers ou des (ré)importations dans l'Union, voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 avril 1998, *Javico/Yves Saint Laurent* (C-306/96, Recueil 1998, p. I-1983). Dans cet arrêt, la Cour a jugé, au point 20, qu'«un accord comportant l'engagement pris par le revendeur à l'égard du producteur de destiner la commercialisation des produits contractuels à un marché situé à l'extérieur de la Communauté ne saurait être considéré comme ayant pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et comme étant susceptible d'affecter en tant que tel le commerce entre les États membres».

entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné ⁽¹⁾. Si les entreprises établissent que des gains d'efficacité probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et démontrent que, globalement, toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier effectivement l'incidence négative probable sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies ⁽²⁾.

- (48) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter. Lorsque des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées fixent directement le prix de vente, la restriction est flagrante. Toutefois, un prix de vente peut aussi être imposé par des moyens indirects. À titre d'exemples, on pourrait citer un accord qui fixe la marge du distributeur ou le niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini, un accord qui subordonne au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes ou le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur, le fait de relier le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par la concurrence, ainsi que des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions, des retards ou suspensions de livraison ou la résiliation de l'accord en cas de non-respect d'un niveau de prix donné. L'efficacité des moyens directs ou indirects de fixation des prix peut être accrue si ces moyens sont combinés avec des mesures visant à détecter les distributeurs qui vendent à bas prix, comme la mise en œuvre d'un système de surveillance des prix ou l'obligation pour le détaillant de dénoncer les autres membres du réseau de distribution qui s'écartent du niveau de prix standard. De la même manière, la fixation directe ou indirecte des prix peut être rendue plus efficace si elle est combinée avec des mesures susceptibles de dissuader l'acheteur de diminuer le prix de vente, lorsque, par exemple, le fournisseur imprime un prix de vente conseillé sur le produit ou oblige l'acheteur à appliquer une clause de «client le plus favorisé». Les mêmes moyens indirects et les mêmes mesures d'accompagnement peuvent être utilisés pour faire d'un prix maximal ou conseillé l'équivalent d'un prix de vente imposé. Le recours à une mesure d'accompagnement particulière ou la communication par le fournisseur à l'acheteur d'une liste de prix conseillés ou de prix maxi-

maux ne sont toutefois pas considérés en soi comme conduisant à des prix de vente imposés.

- (49) Dans le cas des contrats d'agence, le commettant fixe normalement le prix de vente, étant donné que l'agent ne devient pas propriétaire des biens. Cependant, si un tel accord ne peut être considéré comme un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1 (voir points 12 à 21), une obligation qui interdit à l'agent de partager sa commission, qu'elle soit fixe ou variable, avec le client, ou restreint sa faculté de le faire, constituerait une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie. Pour que l'accord soit exempt de restriction caractérisée de ce type, l'agent doit donc rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant ⁽³⁾.
- (50) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie concerne les accords et pratiques concertées qui ont directement ou indirectement pour objet de restreindre les ventes réalisées par un acheteur partie à l'accord ou par ses clients, pour autant que la restriction porte sur le territoire sur lequel, ou sur la clientèle à laquelle, l'acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels. Cette restriction caractérisée est liée au partage du marché en territoires ou en clientèles. Elle peut découler d'obligations directes, comme l'obligation de ne pas vendre à certains clients ou à des clients situés sur certains territoires ou l'obligation de transmettre à d'autres distributeurs les commandes de ces clients. Elle peut aussi être le résultat de mesures indirectes destinées à dissuader le distributeur de vendre à ces clients, telles que le refus ou la réduction des primes ou des remises, la résiliation du contrat de fourniture, la diminution des volumes de livraison ou la limitation du volume de livraison en fonction de la demande sur le territoire ou au sein de la clientèle alloués, la menace de mettre un terme à l'accord, l'application d'un prix plus élevé pour les produits destinés à l'exportation, la limitation de la part des ventes pouvant être exportée ou des obligations de transfert des bénéfices. Elle peut aussi provenir du fait que le fournisseur n'assure pas un service de garantie à l'échelle de l'Union, que tous les distributeurs sont normalement tenus d'assumer et en contrepartie duquel ils sont remboursés par le fournisseur, même pour des produits vendus sur leur territoire par d'autres distributeurs ⁽⁴⁾. Ces pratiques ont encore plus de chances d'être considérées comme une restriction

⁽¹⁾ Voir en particulier les points 106 à 109 qui décrivent globalement les gains d'efficacité possibles liés aux restrictions verticales et la section VI.2.10 sur les restrictions concernant le prix de vente. Pour des orientations générales sur ce point, voir la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

⁽²⁾ Même si, sur le plan juridique, il s'agit de deux mesures distinctes, elles peuvent, dans la pratique, être un processus itératif par lequel les parties et la Commission étoffent et améliorent en plusieurs étapes leurs argumentations respectives.

⁽³⁾ Voir, par exemple, la décision 91/562/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/32.737 – Eirpage (JO L 306 du 7.11.1991, p. 22), et notamment son considérant (6).

⁽⁴⁾ Si le fournisseur décide de pas rembourser ses distributeurs pour les services rendus au titre de la garantie à l'échelle de l'Union, il peut convenir avec eux qu'un distributeur qui réalise une vente en dehors du territoire qui lui a été alloué devra verser au distributeur désigné sur le territoire concerné une redevance basée sur le coût des services fournis (ou à fournir), majoré d'une marge bénéficiaire raisonnable. Ce type d'accord peut ne pas être considéré comme une restriction des ventes des distributeurs en dehors de leur territoire (voir l'arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, *JCB Service/Commission*, (T-67/01, Recueil 2004, p. II-49)), points 136 à 145.

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, les obligations faites au revendeur en matière de présentation de la marque du fournisseur ne sont pas considérées comme des restrictions caractérisées. L'article 4, point b), ne concernant que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients, les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas non plus des restrictions caractérisées, sous réserve de ce qui est exposé au considérant 59 concernant la vente de pièces détachées dans le contexte de l'article 4, point e), du règlement d'exemption par catégorie. L'article 4, point b), s'applique sans préjudice d'une restriction quant au lieu d'établissement de l'acheteur. De ce fait, le bénéfice de l'exemption par catégorie n'est pas exclu s'il est convenu que l'acheteur limitera son ou ses points de vente et entrepôts à une adresse, un endroit ou un territoire particuliers.

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

— par «ventes actives», on entend le fait de prospector des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospector une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont consi-

dérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire.

— par «ventes passives», on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale 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 accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs.

(52) Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des (re)ventes. En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur. L'utilisation d'un site internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectés au distributeur; toutefois, ces effets sont le résultat de la technologie qui permet un accès facile à partir de n'importe quel lieu. Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive. Il en va de même lorsqu'un client choisit d'être (automatiquement) informé par le distributeur et que cela conduit à une vente. En soi, la possibilité de choisir entre plusieurs langues offerte par le site en question ne modifie pas le caractère passif d'une telle vente. La Commission considère donc les situations suivantes comme des exemples de restrictions de vente passive caractérisées, compte tenu de leur capacité de limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients:

a) convenir que le distributeur (exclusif) empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs), ce qui n'exclut pas de convenir que le site du distributeur doit également présenter un certain nombre de liens vers les sites d'autres distributeurs et/ou du fournisseur;

- b) convenir que le distributeur (exclusif) mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif);
- c) convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par internet. Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique, ni ne fait obstacle à ce que le fournisseur s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir les points 54 et 56). Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée individuellement pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur dans le réseau ou sa situation géographique;
- d) convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement. Cela n'exclut pas que le fournisseur s'entende avec l'acheteur sur une redevance fixe (c'est-à-dire une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaudrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne.
- (53) Une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs parties à l'accord est compatible avec le règlement d'exemption par catégorie dans la mesure où la promotion des produits sur internet ou l'utilisation d'internet entraînerait, par exemple, la réalisation de ventes actives sur les territoires ou aux clients exclusifs d'autres distributeurs. La Commission considère la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients comme une forme de vente active à ces clients. À titre d'exemple, des bandeaux visant un territoire particulier placés sur les sites internet de tiers constituent une forme de vente active sur le territoire où ces bandeaux apparaissent. En règle générale, des efforts visant à atteindre spécifiquement un territoire ou une clientèle particuliers sont considérés comme une forme de vente active sur ce territoire ou à cette clientèle. Par exemple, payer un moteur de recherche ou un fournisseur d'espace publicitaire en ligne pour qu'ils diffusent une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire particulier constitue une forme de vente active sur ce territoire.
- (54) Toutefois, dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cela peut être utile en particulier pour la distribution sélective. L'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution. Des modifications ultérieures de cette condition sont également possibles dans le cadre de l'exemption par catégorie, sauf si elles ont pour objet de limiter directement ou indirectement les ventes en ligne des distributeurs. De même, un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce.
- (55) Il y a trois autres exceptions à la restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie. Toutes trois autorisent la restriction des ventes tant actives que passives. La première exception permet d'empêcher un grossiste de vendre à des clients finals, ce qui permet au fournisseur de maintenir séparés le commerce de gros et celui de détail. Cependant, cette exception n'exclut pas la possibilité d'autoriser le grossiste à vendre à certains utilisateurs finals, par exemple de gros clients finals, tout en l'empêchant de vendre à d'autres ou à tous les autres utilisateurs finals. La deuxième exception autorise un fournisseur à empêcher un distributeur désigné membre d'un système de distribution sélective de vendre, à tous les stades commerciaux, à des distributeurs non agréés établis sur un territoire où un tel système est actuellement appliqué ou sur lequel le fournisseur ne vend pas encore les produits contractuels [«le territoire sur lequel le fournisseur a décidé d'appliquer ce système» visé à l'article 4, point b) iii)]. La troisième exception permet à un fournisseur d'empêcher un acheteur de composants destinés à être incorporés dans un produit de revendre ces composants à des concurrents du fournisseur. La notion de «composant» désigne tous les biens intermédiaires, tandis que par «incorporation», on entend l'utilisation d'un bien intermédiaire pour produire un bien.
- (56) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c), du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. Par conséquent, aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un système de distribution sélective, tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point e), du règlement d'exemption par catégorie, quant au choix d'utilisateurs, ou d'agents d'achat agissant pour le compte de ces utilisateurs, auxquels ils sont autorisés à vendre, sauf pour protéger un système de distribution exclusive appliqué ailleurs (voir le point 51). Dans un système de distribution sélective, les distributeurs devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une

plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique. Cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution. Par exemple, pour empêcher les ventes à des distributeurs non agréés, un fournisseur peut exiger de ses distributeurs désignés qu'ils ne vendent pas plus d'une certaine quantité de produits contractuels à un utilisateur final individuel. Une telle exigence peut devoir être plus stricte pour les ventes en ligne s'il est plus aisé pour un distributeur non agréé d'obtenir les produits par internet. De même, elle peut devoir être plus stricte pour les ventes hors ligne s'il est plus aisé d'obtenir les produits dans un point de vente physique. Pour garantir la livraison des produits contractuels en temps voulu, un fournisseur peut exiger que les produits soient livrés immédiatement, dans le cas de ventes hors ligne. Étant donné qu'une exigence identique n'est pas possible dans le cas de ventes en ligne, le fournisseur peut imposer certains délais de livraison réalistes pour de telles ventes. Des exigences spécifiques peuvent devoir être formulées concernant un service d'aide après-vente en ligne, afin de couvrir les frais de renvoi exposés par les clients et pour l'application de systèmes de paiement sécurisés.

(57) Sur le territoire sur lequel le fournisseur pratique la distribution sélective, ce système ne peut être combiné avec la distribution exclusive, car cela conduirait à une restriction caractérisée des ventes actives ou passives par les distributeurs au sens de l'article 4, point c) du règlement d'exemption par catégorie, excepté le fait que des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de décider de l'emplacement de ses locaux commerciaux. Il peut être interdit à des distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité à partir de locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Dans ce contexte, l'utilisation par un distributeur de son propre site internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent. Si le point de vente du distributeur est mobile, une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile. En outre, le fournisseur peut s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur, ou un petit nombre de distributeurs, sur une partie donnée du territoire sur lequel le système de distribution sélective est appliqué.

(58) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point d), du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des fournitures croisées entre distributeurs désignés à l'intérieur d'un système de distribution sélective. Par conséquent, un accord ou une pratique concertée ne peut avoir directement ou indirectement pour objet d'empêcher ou de restreindre les ventes actives ou

passives des produits contractuels entre les distributeurs sélectionnés. Ces derniers doivent rester libres d'acheter les produits contractuels aux autres distributeurs désignés, membres du réseau, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent. Il en résulte que la distribution sélective ne peut être combinée avec des restrictions verticales visant à contraindre les distributeurs à s'approvisionner en produits contractuels exclusivement auprès d'un fournisseur donné. Cela signifie également qu'à l'intérieur d'un réseau de distribution sélective, aucune restriction ne peut être imposée aux grossistes désignés en ce qui concerne leurs ventes du produit contractuel aux détaillants désignés.

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

4. Cas individuels de restriction de vente caractérisée susceptibles de ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, ou de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3

(60) Des restrictions caractérisées peuvent, dans des cas exceptionnels, être objectivement nécessaires à l'existence d'un accord d'une nature ou d'un type particuliers⁽¹⁾ et par conséquent ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1. Par exemple, une restriction caractérisée peut être objectivement nécessaire pour assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé. En outre, les entreprises ont la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité conformément à l'article 101, paragraphe 3, dans un cas individuel. La présente section fournit plusieurs exemples de restrictions appliquées aux (re)ventes, tandis que le cas du prix de vente imposé est traité à la section VI.2.10.

⁽¹⁾ Voir le point 18 de la communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

- (61) Le distributeur qui sera le premier à vendre une nouvelle marque ou à vendre une marque existante sur un nouveau marché, réalisant ainsi une véritable entrée sur le marché en cause, peut être amené à effectuer des investissements importants là où auparavant il n'existait aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit de ce producteur. De telles dépenses sont souvent irrécouvrables et, dans ces circonstances, le distributeur pourrait refuser de conclure un accord de distribution en l'absence d'une protection, pendant un certain temps, contre les ventes passives (et actives) sur son territoire ou à sa clientèle par d'autres distributeurs. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'un fabricant établi sur un marché national donné pénètre sur un autre marché national et y introduit ses produits en recourant à un distributeur exclusif et que ce dernier doit réaliser des investissements pour lancer et établir la marque sur ce nouveau marché. Lorsque le distributeur doit réaliser des investissements importants pour créer et/ou développer un nouveau marché, les restrictions imposées aux ventes passives d'autres distributeurs sur le territoire concerné ou à la clientèle visée qui sont nécessaires pour que le distributeur récupère ces investissements ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, pendant les deux premières années au cours desquelles le distributeur vend les biens ou services contractuels sur ce territoire ou à cette clientèle, même si ce type de restriction caractérisée est normalement présumé relever de l'article 101, paragraphe 1.
- (62) Lorsqu'il s'agit véritablement de tester un nouveau produit sur un territoire limité ou auprès d'une clientèle limitée ou en cas d'introduction échelonnée d'un nouveau produit, le fournisseur peut, dans un accord, obliger les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché testé ou participer aux premières étapes de l'introduction échelonnée, à limiter leurs ventes actives en dehors du marché testé ou du ou des marchés où le produit est d'abord introduit sans que cette exigence ne relève de l'article 101, paragraphe 1, le temps nécessaire à l'essai ou à l'introduction du produit.
- (63) Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs désignés doivent normalement rester libres (voir le point 58). Toutefois, si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur «leur» territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat, les restrictions imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants désignés situés sur le territoire d'autres grossistes pour prévenir un éventuel parasitisme peuvent, dans certains cas, remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.
- (64) En règle générale, un accord prévoyant qu'un distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement («système de double prix») constitue une restriction caractérisée (voir le point 52).

Toutefois, dans certaines circonstances particulières, un tel accord peut remplir les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. De telles circonstances peuvent exister lorsqu'un fabricant convient d'un tel système de double prix avec ses distributeurs parce que les ventes à réaliser en ligne entraînent pour lui des coûts sensiblement plus importants que les autres formes de vente. Par exemple lorsque les ventes hors ligne incluent une installation à domicile par le distributeur, contrairement aux ventes en ligne, ces dernières peuvent occasionner davantage de plaintes et de demandes d'intervention en garantie des clients auprès du fabricant. Dans ce contexte, la Commission examinera en outre si la restriction est susceptible de limiter les ventes par internet et d'empêcher le distributeur d'atteindre des clients différents et plus nombreux.

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

- (65) 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. Ledit règlement continue toutefois à s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical, si celles-ci sont dissociables des obligations non exemptées.
- (66) La première exclusion est prévue à l'article 5, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie et concerne les obligations de non-concurrence. Tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption par catégorie, les obligations de non-concurrence sont des arrangements qui imposent à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables, calculés sur la base des achats effectués au cours de l'année civile précédente. Elles empêchent ainsi l'acheteur d'acquiescer des biens ou services concurrents, ou limite leur volume à moins de 20 % du total de ses achats. Au cours de la première année qui suit la conclusion de l'accord, en l'absence de données concernant les achats effectués par l'acheteur l'année précédant la conclusion du contrat, il est permis d'utiliser ses estimations les plus précises de ses besoins totaux annuels. Ce type d'obligation de non-concurrence n'est pas couvert par l'exemption par catégorie lorsque sa durée est indéterminée ou dépasse cinq ans. Les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans ne sont pas non plus couvertes par l'exemption (voir l'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa). En général, les obligations de non-concurrence bénéficient de l'exemption lorsque leur durée ne dépasse pas cinq ans et qu'aucun obstacle n'empêche l'acheteur de mettre effectivement un terme auxdites obligations à la fin de cette période de cinq ans. Si, par exemple, un accord prévoit une obligation de non-concurrence d'une durée de cinq ans et que le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur, le remboursement du prêt ne doit pas empêcher l'acheteur de mettre effectivement fin à l'obligation de non-concurrence à la fin des cinq ans. De même, quand le fournisseur fournit à

l'acheteur un équipement qui n'est pas propre à leur relation contractuelle, l'acheteur doit avoir la possibilité de racheter l'équipement à sa valeur de marché au terme de l'obligation de non-concurrence.

(67) 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, paragraphe 2, 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. Par analogie, les mêmes principes s'appliquent lorsque l'acheteur exploite un point de vente mobile dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur. Les artifices utilisés en matière de propriété, tels que le transfert par le distributeur de ses droits de propriété sur des terrains ou des locaux au fournisseur pour une durée limitée, pour contourner la limitation de durée de cinq ans, ne peuvent bénéficier de cette exception.

(68) La deuxième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie est prévue à l'article 5, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie et concerne les obligations de non-concurrence qui subsistent pour l'acheteur à l'expiration de l'accord. En principe, ces obligations ne sont pas couvertes par le règlement d'exemption par catégorie, sauf si elles sont indispensables à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, sont limitées au point de vente à partir duquel l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée de l'accord et si leur durée n'excède pas un an (voir l'article 5, paragraphe 3 du règlement d'exemption par catégorie). D'après la définition figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point g), du règlement d'exemption par catégorie, le savoir-faire doit être «substantiel», ce qui signifie qu'il est important et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels.

(69) La troisième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie est prévue à l'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie 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⁾.

6. Séparabilité des restrictions

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

(71) La règle de séparabilité s'applique toutefois aux restrictions exclues visées à l'article 5 du règlement d'exemption par catégorie. 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.

7. Gamme de produits distribués par un même réseau de distribution

(72) 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.

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

- a) il n'y a pas d'exemption par catégorie, mais il n'y a pas non plus de présomption d'illégalité;
- b) si l'article 101, paragraphe 1, est enfreint et si aucune exemption ne peut être accordée, on pourra examiner si des mesures correctives appropriées peuvent être prises afin de résoudre le problème de concurrence dans le cadre du système de distribution existant;
- c) 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 102 s'applique à l'égard de certains produits faisant partie d'une gamme, mais pas à d'autres.

⁽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 concernant l'affaire n° IV/33.542, *Parfums Givenchy* (JO L 236 du 19.8.1992, p. 11).

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

- (74) 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 101, paragraphe 1, et ne remplit pas toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.
- (75) Il se peut en particulier que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, ne soient pas satisfaites lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci sont restreints de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords verticaux similaires mis en œuvre par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents. Des réseaux parallèles d'accords verticaux sont considérés comme similaires s'ils contiennent des restrictions qui produisent des effets similaires sur le marché. Ce peut être le cas, par exemple, si, sur un marché donné, certains fournisseurs 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 ou si, sur un marché donné, l'utilisation cumulative de critères qualitatifs exclut les distributeurs plus efficaces. Il faut alors tenir compte, dans l'appréciation, des effets anticoncurrentiels imputables à chaque réseau d'accords considéré séparément. S'il y a lieu, le retrait de l'exemption peut ne concerner qu'un critère qualitatif particulier ou que les limitations du nombre de distributeurs agréés.
- (76) La responsabilité de l'effet anticoncurrentiel cumulatif ne peut être imputée qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cet effet. Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'interdiction prévue par l'article 101, 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 128 à 229.
- (77) 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 101, paragraphe 1, et ne remplit pas une ou plusieurs des conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. Une décision de retrait de l'exemption ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords concernés ne sont pas affectées pour la période antérieure à la date de prise d'effet du retrait.

- (78) Ainsi qu'il est indiqué au considérant 14 du règlement d'exemption par catégorie, l'autorité de concurrence d'un État membre peut retirer le bénéfice de l'application dudit règlement à des accords verticaux qui produisent des effets anticoncurrentiels sur le territoire de cet État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct. La Commission a compétence exclusive pour retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie à des accords verticaux qui restreignent la concurrence sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire d'un seul État membre. Lorsque le territoire d'un seul État membre, ou une partie de ce territoire, constitue le marché géographique en cause, la Commission et l'État membre concerné ont des compétences concurrentes pour le retrait du bénéfice de l'exemption.

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

- (79) L'article 6 du règlement d'exemption par catégorie habilite la Commission à exclure du champ d'application dudit 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 du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.
- (80) Alors que le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie passe par l'adoption d'une décision établissant l'existence d'une infraction à l'article 101 commise par une entreprise déterminée, l'effet d'un règlement adopté conformément à l'article 6 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 101, paragraphes 1 et 3. Après l'adoption d'un règlement déclarant le règlement d'exemption par catégorie inapplicable à certaines restrictions verticales sur un marché déterminé, ce sont les critères développés par la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal et par les communications et décisions antérieures de la Commission qui guideront l'application de l'article 101 aux accords individuels. S'il y a lieu, la Commission adoptera, dans un cas donné, une décision qui pourra servir de référence pour toutes les entreprises présentes sur le marché concerné.
- (81) Pour déterminer si le seuil de 50 % de couverture du marché est dépassé ou non, il doit être tenu compte de chaque réseau individuel d'accords verticaux contenant des restrictions, ou des combinaisons de restrictions, produisant des effets similaires sur le marché. L'article 6 du règlement d'exemption par catégorie n'impose à la Commission aucune obligation d'agir lorsque ce taux de couverture de 50 % est dépassé. En règle générale, l'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie se justifie lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché sont susceptibles

⁽¹⁾ Arrêt de la Cour de justice du 28 février 1991, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, (C-234/89, Recueil 1991, p. I-935).

d'être limités sensiblement. Tel peut être le cas notamment lorsque des réseaux parallèles de distribution sélective couvrant plus de 50 % d'un marché sont susceptibles de fermer l'accès à ce marché en utilisant des critères de sélection qui ne sont pas exigés par la nature des biens en cause ou sont discriminatoires à l'égard de certains modes de distribution pourtant adaptés à la vente de ces biens.

(82) Dans son appréciation de la nécessité d'appliquer l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie, la Commission déterminera si une décision de retrait de l'exemption ne serait pas une mesure corrective plus appropriée. La réponse à cette question peut dépendre, en particulier, du nombre d'entreprises concurrentes qui contribuent à l'effet cumulatif sur un marché ou du nombre de marchés géographiques affectés au sein de l'Union.

(83) Tout règlement visé à l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie doit préciser clairement son champ d'application. La Commission doit donc tout d'abord définir le ou les marchés de produits et le ou les marchés géographiques en cause, puis spécifier le type de restriction verticale auquel le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. Pour ce second point, la Commission peut moduler le champ d'application de son règlement en fonction du problème de concurrence qu'elle entend viser. À titre d'exemple, si tous les réseaux parallèles d'accords du type monomarchisme doivent être pris en considération afin d'établir si le seuil de 50 % de couverture du marché est atteint, la Commission peut néanmoins limiter le champ d'application du règlement d'exclusion aux seules obligations de non-concurrence qui dépassent une certaine durée. Ainsi, les accords conclus pour de courtes durées ou ayant une nature moins restrictive pourraient ne pas être affectés par le règlement adopté parce que l'effet de verrouillage du marché imputable à ces restrictions est moindre. De même, lorsqu'un système de distribution sélective est pratiqué sur un marché déterminé en combinaison avec des restrictions supplémentaires telles qu'une obligation de non-concurrence ou des quotas d'achat imposés à l'acheteur, le règlement d'exclusion peut ne viser que ces restrictions supplémentaires. La Commission peut, s'il y a lieu, fournir également des indications en précisant le niveau de part de marché qui, dans le contexte propre au marché en cause, peut être considéré comme insuffisant pour entraîner une contribution significative d'une entreprise donnée à l'effet cumulatif.

(84) Conformément au règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées ⁽¹⁾, la Commission devra prévoir une période transitoire de six mois au moins avant qu'un règlement d'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie ne devienne applicable, afin de permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords pour tenir compte du règlement d'exclusion

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

(85) Le règlement d'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie n'affectera pas les situations nées de l'exemption des accords en cause pour toute la période précédant sa date d'application.

V. DÉFINITION DES MARCHÉS ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ

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

(86) La communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence ⁽²⁾ donne des orientations quant aux règles, critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie lorsqu'elle examine la question de la définition des marchés. Ladite communication, qui ne sera pas expliquée davantage dans les présentes lignes directrices, doit 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 ladite communication.

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

(87) En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont déterminantes pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie s'applique, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits contractuels doivent être chacune inférieures ou égales à 30 %. Dans le cas d'accords entre des petites et moyennes entreprises, il n'est généralement pas nécessaire de calculer les parts de marché (voir le point 11).

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

⁽¹⁾ JO 36 du 6.3.1965, p. 533.

⁽²⁾ JO C 372 du 9.12.1997, p. 5.

- (89) La définition du marché de produits dépend en premier lieu du caractère substituable des produits aux yeux des 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 conviennent entre eux ne portent que sur la vente et l'achat de ce produit et non sur la vente du produit final. Au stade de la distribution des biens finals, ce sont généralement les préférences des consommateurs finals qui influencent, voire déterminent, les produits que les acheteurs directs considèrent comme substitués. Un distributeur, en sa qualité de revendeur, ne peut ignorer les préférences des consommateurs finals lorsqu'il achète le bien final. En outre, au niveau de la distribution, les restrictions verticales concernent généralement 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 substitut. Étant donné que les distributeurs sont des acheteurs professionnels, le marché géographique de gros est généralement plus vaste que le marché de détail sur lequel les produits sont revendus aux consommateurs finals. Cela aboutit fréquemment à la définition de marchés de gros nationaux ou plus vastes. Toutefois, les marchés de détail peuvent aussi être plus vastes que la zone de recherche des consommateurs finals lorsque les conditions de marché sont homogènes et que des zones de chalandise locales ou régionales se chevauchent.
- (90) Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties actives chacune à un stade commercial différent, il faut, pour qu'il puisse bénéficier de l'exemption par catégorie, que la part de marché de chacune des parties soit inférieure ou égale à 30 %. Comme l'indique l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie, lorsque, aux termes d'un accord multipartite, une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord, l'exemption par catégorie ne s'applique que si sa part de marché en tant qu'acheteur et que fournisseur n'excède pas le seuil de 30 %. Par exemple, si un accord conclu entre un fabricant, un grossiste (ou une association de détaillants) et un détaillant prévoit une obligation de non-concurrence, les parts de marché du fabricant et du grossiste (ou de l'association de détaillants) sur leurs marchés en aval respectifs ne doivent pas dépasser 30 % et les parts de marché du grossiste (ou de l'association de détaillants) et du détaillant sur leurs marchés d'achat respectifs ne doivent pas dépasser 30 % pour que cet accord puisse bénéficier de l'exemption par catégorie.
- (91) 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 d'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 pour l'équipement d'origine et un autre pour l'après-vente, en fonction des circonstances de l'espèce, telles que les effets des restrictions en cause, la durée de vie de l'équipement et le coût des réparations⁽¹⁾. Dans les faits, il convient de déterminer si une proportion significative des acheteurs fait son choix en tenant compte des coûts pour toute la durée de vie du produit. Si tel est le cas, cela indique qu'il n'y a qu'un seul marché, pour l'équipement d'origine et les pièces détachées.
- (92) Lorsque l'accord vertical, outre ses dispositions sur la fourniture des biens contractuels, 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 les biens contractuels, la part de marché du fournisseur sur le marché où il vend les biens contractuels est pertinente aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie. Si un franchiseur ne fournit pas de biens aux fins de la revente, mais fournit un ensemble de services et de biens assortis de dispositions concernant les droits de propriété intellectuelle, le tout formant la méthode commerciale faisant l'objet de la franchise, il doit tenir compte de sa part de marché en tant que fournisseur d'une telle méthode. A cet effet, il doit calculer sa part de marché où la méthode commerciale en question est exploitée, c'est-à-dire le marché où les franchiseurs exploitent la méthode commerciale pour fournir des biens ou des services à des 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 un tel 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 d'un tel marché, l'existence d'un marché des services de restauration rapide, un franchiseur présent sur ce marché devrait calculer sa part de marché sur la base des chiffres de vente pertinents réalisés par ses franchiseurs sur ce même marché.

⁽¹⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire Pelikan/Kyocera, (1995), COM/96/126, non publiée, point 87, la décision 91/595/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.12, *Varta/Bosch* (JO L 320 du 22.11.1991, p. 26), la décision de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.1094, *Caterpillar/Perkins Engines* (JO C 94 du 28.3.1998, p. 23), et la décision de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.768, *Lucas/Varity* (JO C 266 du 13.9.1996, p. 6). Voir aussi le point 56 de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (voir point 86).

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

- (93) Le calcul des parts de marché doit en principe reposer sur des données relatives à la valeur. À défaut, des estimations dûment étayées peuvent être utilisées. Ces estimations peuvent être fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, telles que des données relatives au volume [voir l'article 7, point a), du règlement d'exemption par catégorie].
- (94) 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.
- (95) En revanche, dans le cas d'une double distribution 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 en cause et le calcul de la part de marché doivent tenir compte des ventes de ses propres biens réalisées par le producteur par l'intermédiaire de distributeurs et d'agents verticalement intégrés [voir l'article 7, point c), du règlement d'exemption par catégorie]. Les «distributeurs intégrés» sont des entreprises liées au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie⁽¹⁾.

VI. POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION AUX CAS INDIVIDUELS

1. Cadre de l'analyse

- (96) En dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il importe d'examiner si, dans le cas individuel, l'accord relève de l'article 101, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. S'il ne comporte pas de restriction de la concurrence par objet, et notamment de restriction caractérisée de la concurrence, un accord vertical ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie en raison d'un dépassement du seuil de part de marché n'est pas présumé relever

de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Une appréciation individuelle des effets probables de l'accord est nécessaire. Les entreprises sont invitées à évaluer elles-mêmes leurs accords. Les accords qui, soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont valides et applicables. Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité⁽²⁾, aucune notification n'est nécessaire pour bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 101, paragraphe 3. Au cas où un examen individuel serait effectué par la Commission, c'est à cette dernière qu'il incombe de prouver que l'accord en question enfreint l'article 101, paragraphe 1. Il incombe aux entreprises invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 101, paragraphe 3, d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies. S'il est établi que l'accord est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, les entreprises peuvent démontrer l'existence de gains d'efficacité et exposer les raisons pour lesquelles un système de distribution donné est indispensable pour entraîner des avantages probables pour les consommateurs sans éliminer la concurrence, avant que la Commission ne décide si l'accord remplit les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

- (97) Pour déterminer si un accord vertical a pour effet de restreindre la concurrence, une comparaison sera effectuée entre la situation réelle du marché en cause avec les restrictions verticales, ou son évolution probable, et la situation qui existerait en l'absence des restrictions verticales contenues dans l'accord. Pour apprécier les cas individuels, la Commission tiendra compte, s'il y a lieu, des effets tant réels que probables. Pour que des accords verticaux restreignent la concurrence par leur effet, ils doivent affecter la concurrence réelle ou potentielle dans une mesure telle que l'on puisse s'attendre, avec un degré de probabilité raisonnable, à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la variété et la qualité des biens et des services sur le marché en cause. Les effets négatifs probables sur la concurrence doivent être sensibles⁽³⁾. Des effets anticoncurrentiels sensibles sont probables lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient un certain pouvoir sur le marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir ou permet aux parties d'exploiter un tel pouvoir de marché. Le pouvoir de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou de maintenir la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive, et ce pendant une période non négligeable. Le degré de pouvoir de marché normalement requis pour conclure à une infraction à l'article 101, paragraphe 1, est inférieur à celui qui est requis pour conclure à l'existence d'une position dominante au sens de l'article 102.

⁽¹⁾ Aux fins de la définition du marché en cause et du calcul de la part de marché, la circonstance que le distributeur intégré vende aussi des biens de concurrents n'est pas pertinente.

⁽²⁾ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1

⁽³⁾ Voir la section II.1.

- (98) Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales. La raison essentielle qui justifie une plus grande attention à l'égard des restrictions horizontales tient au fait que de telles restrictions peuvent concerner un accord conclu entre des concurrents produisant des biens ou services identiques ou substituables. Dans de telles relations horizontales, l'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise (qui vendrait ses produits à un prix plus élevé) pourrait profiter à ses concurrents. Cela pourrait inciter les concurrents à s'encourager mutuellement à adopter un comportement anticoncurrentiel. Dans les relations verticales, le produit de l'une des parties constitue un intrant pour l'autre; en d'autres termes, les activités des parties à l'accord sont complémentaires, de sorte que l'exercice d'un pouvoir de marché soit par l'entreprise en amont, soit par l'entreprise en aval, serait normalement dommageable pour 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.
- (99) Ce caractère «autorégulateur» ne doit pourtant pas être surestimé. Lorsqu'une entreprise n'a pas de pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution, avec ou sans l'aide de restrictions verticales. Plus généralement, en raison du rôle complémentaire des parties à un accord vertical dans la mise sur le marché d'un produit, les restrictions verticales peuvent permettre de réaliser des gains d'efficacité substantiels. Toutefois, quand une entreprise jouit d'un pouvoir de marché, elle peut aussi essayer d'accroître ses bénéfices aux dépens de ses concurrents immédiats, en augmentant leurs coûts, et au détriment de ses acheteurs et, en fin de compte, des consommateurs, en essayant de s'approprier une part de leur surplus. Un tel cas de figure peut se produire lorsque l'entreprise en amont et l'entreprise en aval se partagent les bénéfices supplémentaires ou que l'une des deux utilise les restrictions verticales pour s'approprier tous les bénéfices supplémentaires.
- 1.1. *Effets négatifs des restrictions verticales*
- (100) Les effets négatifs que les restrictions verticales sont susceptibles d'avoir sur le marché et que les règles de concurrence de l'UE visent à empêcher sont les suivants:
- a) éviction anticoncurrentielle d'autres fournisseurs ou d'autres acheteurs par la mise en place de barrières à l'entrée ou à l'expansion;
 - b) atténuation de la concurrence entre le fournisseur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre fournisseurs, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intermarques ⁽¹⁾;
 - c) atténuation de la concurrence entre l'acheteur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre concurrents, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intramarque si elle concerne la concurrence entre distributeurs sur la base de la marque ou du produit d'un même fournisseur;
 - d) création d'obstacles à l'intégration du marché, y compris, avant tout, les restrictions à la possibilité pour les consommateurs d'acheter un bien ou service dans tout État membre de leur choix.
- (101) L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des producteurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de gros des produits, de limiter le choix ou de faire baisser la qualité des produits ou de réduire le degré d'innovation de produit. L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des distributeurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de détail des produits, de limiter le choix de combinaisons prix-service et de formats de distribution, de diminuer la disponibilité et la qualité des services de détail et de réduire le degré d'innovation de la distribution.
- (102) Sur un marché où des distributeurs individuels distribuent la ou les marques d'un seul fournisseur, une réduction de la concurrence entre distributeurs d'une même marque entraînera une réduction de la concurrence intramarque entre eux, mais peut ne pas avoir d'effet négatif sur la concurrence entre les distributeurs dans leur ensemble. Dans un tel cas de figure, si la concurrence intermarques est rude, il est peu probable qu'une réduction de la concurrence intramarque ait des effets négatifs sur les consommateurs.
- (103) Les accords d'exclusivité sont généralement plus anticoncurrentiels que les accords non exclusifs. Les accords exclusifs ont pour effet, en vertu de dispositions expresses ou de leurs effets pratiques, qu'une partie contracte de manière exclusive ou quasi-exclusive avec une autre partie. Une obligation de non-concurrence, par exemple, limite les approvisionnements de l'acheteur à une seule marque, tandis qu'un quota d'achat laisse à l'acheteur une certaine latitude pour acquérir des biens concurrents. Le degré de verrouillage des marchés peut donc être moindre en cas de quota d'achat.
- (104) 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 tend à augmenter la différenciation des produits et à réduire les possibilités de substitution du produit par un autre, ce qui réduit l'élasticité de la demande et facilite la majoration des prix. La 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.

⁽¹⁾ La notion de «collusion» couvre à la fois la «collusion explicite» et la «collusion tacite» (alignement conscient).

(105) En général, une combinaison de restrictions verticales aggrave leurs effets négatifs individuels. Toutefois, certaines combinaisons de restrictions verticales sont moins anticoncurrentielles que lorsque ces mêmes restrictions sont utilisées séparément. Par exemple, dans un système de distribution exclusive, le distributeur peut être tenté d'augmenter 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 de prix. Les effets négatifs potentiels des restrictions verticales sont renforcés lorsque plusieurs fournisseurs et leurs acheteurs organisent leur commerce d'une manière similaire, ce qui entraîne des effets dits cumulatifs.

1.2. Effets positifs des restrictions verticales

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

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

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

⁽¹⁾ Pour déterminer si les consommateurs retirent un bénéfice global des efforts de promotion supplémentaires, il y a lieu d'examiner si la promotion informe, convainc et donc attire de nombreux nouveaux consommateurs, ou si elle atteint principalement des clients qui savent déjà ce qu'ils veulent acheter et pour lesquels la promotion supplémentaire se traduit uniquement ou principalement par une hausse de prix.

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

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

b) «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 récupérer ses coûts d'investissement en appliquant temporairement des prix plus élevés. Il faut alors dissuader, pendant une période limitée, les distributeurs établis sur d'autres marchés de vendre leurs produits sur ce nouveau marché (voir aussi le point 61 à la section III.4). Il s'agit d'un cas particulier de parasitisme [voir le point a)];

c) le «parasitisme de certification»: dans certains secteurs, certains détaillants ont 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 nouveau 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;

d) le problème de la «renonciation à certains investissements»: il arrive parfois que certains investissements propres à un client déterminé doivent être réalisés soit par le fournisseur, soit par l'acheteur, par exemple des équipements spéciaux ou des formations. Il peut par exemple s'agir d'un fabricant de composants qui doit construire de nouvelles machines et de nouveaux outils pour satisfaire un besoin particulier d'un de ses clients. Ce fabricant ne s'engagerait peut-être pas à réaliser les investissements nécessaires avant d'avoir convenu avec ce client de certains arrangements en matière d'approvisionnement.

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

e) le «problème spécifique de la renonciation à certains investissements dans le cas de la cession de savoir-faire substantiel»: le savoir-faire, une fois transmis, ne peut pas être repris, et le fournisseur du savoir-faire peut ne pas souhaiter que celui-ci soit utilisé pour le compte de ses concurrents ou par ceux-ci. Dans la mesure où ce savoir-faire n'était pas facilement accessible à l'acheteur et est substantiel et indispensable à la mise en œuvre de l'accord, sa cession peut justifier une restriction du type obligation de non-concurrence. Celle-ci ne relèvera normalement pas de l'article 101, paragraphe 1;

f) le problème des «externalités verticales»: un détaillant peut ne pas retirer l'intégralité du bénéfice de ses actions visant à améliorer ses ventes, une partie en revenant au fabricant. Toute unité supplémentaire vendue par le détaillant en abaissant son prix ou en augmentant son effort de vente entraîne un bénéfice pour le fabricant, si son prix de gros dépasse ses coûts de production marginaux. De ce fait, le fabricant peut bénéficier d'une externalité positive découlant des actions du détaillant et, du point de vue du fabricant, le détaillant pratique peut-être des prix trop élevés et/ou fait trop peu d'efforts pour vendre ses produits. L'externalité négative d'un prix trop élevé pratiqué par le détaillant est quelquefois appelée le «problème de la double marginalisation»; celui-ci peut être évité en imposant un prix de revente maximum au détaillant. Pour augmenter les efforts de vente du détaillant, un système de distribution sélective ou exclusive ou des restrictions similaires peuvent être utiles ⁽¹⁾;

g) les «économies d'échelle au niveau de la distribution»: afin de tirer parti de telles économies et, ce faisant, d'abaisser le prix de détail de son produit, le fabricant peut souhaiter confier la revente de celui-ci à un nombre limité de distributeurs. À cette fin, il pourrait recourir à la distribution exclusive, aux quotas sous la forme d'un volume d'achat minimal imposé, à la distribution sélective combinée avec de tels quotas ou à l'approvisionnement exclusif;

h) les «imperfections du marché des capitaux»: les pourvoyeurs de fonds traditionnels (banques, marchés des actions) peuvent fournir des capitaux à des conditions non optimales lorsqu'ils disposent d'informations imparfaites concernant la solvabilité de l'emprunteur ou que le prêt n'est pas garanti de manière adéquate. L'acheteur ou le fournisseur peut être mieux informé et capable, par une relation exclusive, d'obtenir une garantie supplémentaire pour son investissement. Lorsque le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur, il peut lui imposer une restriction du type obligation de non-concurrence ou quotas d'achat. Lorsque l'acheteur accorde un prêt au fournisseur, il peut lui imposer une restriction du type fourniture exclusive ou quotas de livraison;

i) «l'uniformité et les normes de qualité»: une restriction verticale peut aussi permettre à un fabricant d'imposer une certaine uniformité et certaines normes de qualité à ses distributeurs, et donc d'acquérir une bonne image de marque, d'accroître l'intérêt du consommateur final pour son produit et d'augmenter ses ventes. La distribution sélective et la franchise en sont des exemples.

⁽¹⁾ Voir toutefois la note de bas de page précédente.

(108) Les neuf situations énumérées au point 107 montrent clairement que, sous certaines conditions, les accords verticaux sont susceptibles de permettre la réalisation de gains d'efficacité et le développement de nouveaux marchés, et que ces effets positifs peuvent compenser les éventuels effets négatifs. Les restrictions verticales d'une durée limitée qui permettent la mise sur le marché de nouveaux produits complexes ou protègent des investissements propres à une relation contractuelle sont généralement les plus justifiées. Une restriction verticale est parfois nécessaire aussi longtemps que le fournisseur vend son produit à l'acheteur [voir en particulier les situations décrites au point 107, sous a), e), f), g) et i)].

(109) Il y a une forte substituabilité entre les différentes restrictions verticales. Par conséquent, un même problème d'inefficacité peut être résolu au moyen de différentes restrictions verticales. Par exemple, une entreprise peut réaliser des économies d'échelle au niveau de la distribution en recourant à la distribution exclusive ou sélective, aux quotas ou à l'approvisionnement exclusif. Les différentes restrictions verticales ne produisent toutefois pas toutes les mêmes effets négatifs sur la concurrence, ce qui intervient lorsque le caractère indispensable des restrictions verticales est apprécié, au regard de l'article 101, paragraphe 3.

1.3. Méthode d'analyse

(110) L'appréciation d'une restriction verticale comprend généralement les quatre étapes suivantes ⁽¹⁾:

- a) Tout d'abord, les entreprises concernées doivent établir les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur les marchés sur lesquels ils vendent, respectivement achètent, les biens contractuels.
- b) Si les parts de marché en cause, tant du fournisseur que de l'acheteur, ne dépassent pas chacune le seuil de 30 %, l'accord vertical bénéficie de l'exemption par catégorie, sous réserve de ne contenir aucune des restrictions caractérisées ni aucune des restrictions exclues visées par le règlement d'exemption par catégorie.
- c) Si la part de marché en cause dépasse le seuil de 30 % pour le fournisseur et/ou l'acheteur, il convient de déterminer si l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1.
- d) Si l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, il y a lieu d'examiner s'il remplit les conditions d'exemption prévues à l'article 101, paragraphe 3.

1.3.1. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1

(111) Lors de l'examen des cas dans lesquels le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, la Commission réalisera une

analyse complète de la situation sous l'angle de la concurrence. Les facteurs suivants sont particulièrement importants pour établir si un accord vertical entraîne une restriction sensible de la concurrence et, partant, relève de l'article 101, paragraphe 1:

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

(112) L'importance des différents facteurs peut varier d'un cas à l'autre et dépend de l'ensemble des autres facteurs. Par exemple, le fait que les parties détiennent une grande part de marché constitue généralement un bon indicateur de leur pouvoir sur le marché, sauf lorsque les barrières à l'entrée sont faibles. Il n'est donc pas possible d'établir des règles strictes concernant l'importance respective de ces différents facteurs.

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

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

⁽¹⁾ Ces étapes n'ont pas pour objet de présenter un raisonnement juridique que la Commission devrait suivre dans cet ordre pour prendre une décision.

- (115) Ces indicateurs, à savoir la part de marché et les avantages concurrentiels possibles, servent à apprécier la position des concurrents sur le marché. Plus les concurrents sont forts et nombreux, moins il y a de risques que les parties puissent exercer individuellement un pouvoir de marché et fermer l'accès au marché ou atténuer la concurrence. Il importe également d'examiner s'il existe des contre-stratégies efficaces et opportunes que les concurrents seraient susceptibles de mettre en œuvre. Toutefois, si le nombre de concurrents devient relativement limité et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire (taille, coûts, potentiel de recherche et développement, etc.), une telle structure de marché peut accroître les risques de collusion. Des fluctuations ou des changements rapides des parts de marché sont en général le signe de l'existence d'une vive concurrence.
- (116) La position des clients des parties sur le marché permet de voir si un ou plusieurs de ces clients possèdent ou non une puissance d'achat. Le premier indicateur de puissance d'achat est la part de marché du client sur le marché des achats. Cette part de marché reflète l'importance de sa demande pour ses fournisseurs potentiels. Les autres indicateurs concernent la position du client sur son marché de la revente, y compris les caractéristiques telles qu'une large couverture géographique de ses points de vente, l'utilisation de marques propres, y compris des marques de distributeur, ainsi que la notoriété de sa marque auprès des consommateurs finals. Dans certains cas, la puissance d'un acheteur peut empêcher les parties d'exercer leur pouvoir de marché et prévenir ainsi un problème de concurrence susceptible de se poser. C'est notamment le cas lorsque des clients puissants ont la capacité et l'intérêt nécessaires pour introduire de nouvelles sources d'approvisionnement sur le marché en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs. Lorsque des clients puissants obtiennent simplement des conditions favorables pour eux-mêmes ou se contentent de répercuter chaque augmentation de prix sur leurs clients, la position qu'ils détiennent n'empêche pas les parties d'exercer leur puissance sur le marché.
- (117) Les barrières à l'entrée sont évaluées en calculant la mesure dans laquelle les entreprises présentes sur le marché peuvent augmenter leur prix au-delà du niveau concurrentiel sans provoquer l'arrivée de nouveaux concurrents. En l'absence de barrières à l'entrée, la possibilité d'une entrée facile et rapide rendrait de telles augmentations non rentables. Lorsque des entrées effectives, qui empêchent ou limitent l'exercice d'un pouvoir de marché, sont susceptibles d'intervenir dans un délai d'un an ou deux, on considère généralement que les barrières à l'entrée sont faibles. Les barrières à l'entrée peuvent être liées à un grand nombre de facteurs, tels que les économies d'échelle et de gamme, les réglementations administratives - en particulier lorsqu'elles confèrent des droits exclusifs - les aides d'État, les droits frappant les produits importés, les droits de propriété intellectuelle, la possession de ressources pour lesquelles l'offre est par exemple 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 pendant un certain temps. 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 exister uniquement au niveau des fournisseurs ou à celui des acheteurs, ou bien aux deux niveaux. Pour savoir si certains de ces facteurs doivent être considérés comme des barrières à l'entrée, il convient de déterminer s'ils sont liés à des coûts irrécouvrables. Les coûts irrécouvrables sont les coûts qui sont nécessaires pour entrer ou être actif sur un marché, mais qui sont perdus lorsque l'on se retire de ce marché. Les coûts de publicité destinés à fidéliser la clientèle constituent en principe des coûts irrécouvrables, à moins que l'entreprise qui se retire du marché puisse, soit vendre sa marque, soit l'utiliser sur un autre marché sans pertes. Plus les coûts irrécouvrables sont importants, plus les nouveaux arrivants potentiels devront évaluer les risques liés à l'entrée sur le marché et plus la menace que les entreprises déjà présentes sur le marché puissent rivaliser avec ces nouveaux concurrents sera crédible, car le montant des coûts irrécouvrables rendrait onéreux le retrait de ces entreprises du marché. Par exemple, si des distributeurs sont liés à un fabricant par une obligation de non-concurrence, l'effet de verrouillage sera d'autant plus important que la mise en place de leur propre réseau de distribution impose des coûts irrécouvrables aux potentiels nouveaux venus. D'une manière générale, l'entrée sur un marché entraîne des coûts irrécouvrables, qui sont tantôt réduits, tantôt substantiels. C'est pourquoi une concurrence réelle est généralement plus effective et pèsera plus lourd dans l'appréciation d'un cas d'espèce que la concurrence potentielle.
- (118) Un marché parvenu à maturité est un marché qui existe depuis un certain temps et sur lequel la technologie utilisée est bien connue, répandue et n'évolue guère, les marques sont peu innovantes et la demande est relativement stable, voire en recul. Sur ce type de marché, la probabilité que des effets négatifs se produisent est plus forte que sur des marchés plus dynamiques.
- (119) Le stade commercial est lié à la distinction établie entre biens et services intermédiaires et biens et services finals. Les biens et services intermédiaires sont vendus à des entreprises pour produire d'autres biens ou services et ne sont généralement pas identifiables dans le bien ou service final. Les acheteurs de produits intermédiaires sont habituellement des clients bien informés, capables d'apprécier la qualité de ces produits et dont la décision d'achat repose donc moins sur la marque et sa réputation. Les biens finals sont, directement ou indirectement, vendus aux consommateurs finals, qui attachent souvent plus d'importance à la marque et à sa réputation. Étant donné que les distributeurs doivent répondre à la demande des consommateurs finals, la concurrence peut être plus affectée lorsque la vente d'une ou plusieurs marques est rendue impossible pour certains distributeurs que lorsque certains acheteurs de produits intermédiaires sont empêchés de s'approvisionner en produits concurrents auprès de certaines sources.

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

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

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

1.3.2. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3

(122) Les accords verticaux restrictifs peuvent aussi produire des effets favorables à la concurrence, sous la forme de gains d'efficacité susceptibles de compenser leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation se fera au regard de l'article 101, paragraphe 3, qui prévoit une dérogation à la règle d'interdiction figurant à l'article 101, paragraphe 1. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord vertical doit apporter des avantages économiques objectifs, les restrictions de la concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces gains d'efficacité, les consommateurs doivent recevoir une partie équitable de ces gains et l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence⁽¹⁾.

(123) Les accords restrictifs sont évalués au regard de l'article 101, paragraphe 3, dans le cadre réel où ils se produisent⁽²⁾ et sur la base des faits existant à un

moment donné. L'appréciation tient compte des modifications importantes des faits. La règle d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas⁽³⁾. Lorsque l'on applique l'article 101, paragraphe 3, conformément à ces principes, il convient de tenir compte des investissements réalisés par les parties ainsi que des délais ou des contraintes nécessaires à l'engagement et à la récupération d'un investissement destiné à accroître l'efficacité d'une entreprise.

(124) La première condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3, demande une appréciation des avantages objectifs en termes de gains d'efficacité produits par l'accord. À cet égard, les accords verticaux sont souvent susceptibles de contribuer à réaliser des gains d'efficacité, ainsi qu'il est expliqué à la section 1.2, en améliorant la manière dont les parties exercent leurs activités complémentaires.

(125) Pour s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige l'article 101, paragraphe 3, la Commission examinera notamment si chaque restriction permet de produire, acheter et/ou (re)vendre les produits contractuels plus efficacement qu'en l'absence de la restriction. Cette appréciation doit tenir compte des conditions du marché et des réalités auxquelles les parties sont confrontées. Les entreprises qui invoquent le bénéfice de l'article 101, paragraphe 3, ne sont pas tenues d'envisager des alternatives hypothétiques ou théoriques. Elles doivent cependant expliquer et démontrer pourquoi des alternatives apparemment réalistes et sensiblement moins restrictives seraient nettement moins efficaces. Si le recours à une possibilité se révélant réaliste sur le plan commercial et moins restrictive devait entraîner des pertes d'efficacité sensibles, la restriction sera considérée comme indispensable.

(126) La condition selon laquelle les consommateurs doivent recevoir une partie équitable des profits signifie que les consommateurs des produits achetés et/ou (re)vendus dans le cadre de l'accord vertical doivent au moins bénéficier de compensations pour les effets négatifs de l'accord⁽⁴⁾. En d'autres mots, les gains d'efficacité doivent compenser intégralement l'incidence négative probable de l'accord sur les prix, sur la production et sur d'autres éléments pertinents.

⁽¹⁾ Voir la communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

⁽²⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 17 septembre 1985, *Ford/Commission*, (affaires jointes 25/84 et 26/84, Recueil 1985, p. 2725).

⁽³⁾ Voir par exemple à cet égard la décision 1999/242/CE de la Commission (affaire n° IV/36.237-TPS) (JO L 90 du 2.4.1999, p. 6). De même, l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, s'applique tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

⁽⁴⁾ Voir le point 85 de la communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

(127) La dernière condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3, selon laquelle l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, présuppose une analyse des autres sources de pression concurrentielle sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces sources de concurrence. Lors de l'application de la dernière condition figurant à l'article 101, paragraphe 3, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 101, paragraphe 3, et l'article 102. Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 101, paragraphe 3, ne peut faire obstacle à l'application de l'article 102⁽¹⁾. En outre, comme les articles 101 et 102 ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, pour des raisons de cohérence, que l'article 101, paragraphe 3, soit interprété comme excluant toute application de la dérogation aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante⁽²⁾. L'accord vertical ne peut pas éliminer la concurrence effective, en supprimant l'ensemble ou l'essentiel des sources existantes de concurrence réelle ou potentielle. La rivalité entre entreprises est un moteur essentiel de l'efficacité économique, notamment par des gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovations. En son absence, l'entreprise dominante ne sera pas suffisamment incitée à continuer de réaliser des gains d'efficacité et à les répercuter. En l'absence de concurrence résiduelle et de menace prévisible de nouvelle entrée sur le marché, la protection de la rivalité et du jeu de la concurrence prime sur les gains d'efficacité possibles. Un accord restrictif qui maintient, crée ou renforce une position sur le marché approchant celle d'un monopole ne peut normalement se justifier au motif qu'il génère aussi des gains d'efficacité.

2. Analyse de certaines restrictions verticales

(128) Les restrictions verticales et combinaisons de restrictions verticales les plus courantes sont analysées dans la partie restante des présentes lignes directrices en suivant le cadre d'analyse exposé aux points 96 à 127. Il existe d'autres restrictions et combinaisons pour lesquelles aucun critère d'évaluation direct n'est fourni dans les présentes lignes directrices. Elles seront toutefois traitées selon les mêmes principes et en mettant de la même manière l'accent sur l'effet sur le marché.

⁽¹⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge/Commission*, (affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Recueil 2000, p. I-1365), point 130). De même, l'application de l'article 101, paragraphe 3, ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ces dispositions sont, dans certaines circonstances, applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 101, paragraphe 1; voir à cet égard l'arrêt de la Cour de justice du 19 février 2002, *Wouters* (C-309/99, Recueil 2002, p. I-1577), point 120.

⁽²⁾ Voir à cet égard l'arrêt du Tribunal du 10 juillet 1990, *Tetra Pak/Commission* (T-51/89, Recueil 1990, p. II-309). Voir également le point 106 de la communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

2.1. Monomarquisme

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

(130) Du point de vue de la concurrence, le monomarquisme risque de fermer l'accès du marché pour des fournisseurs concurrents ou potentiels, d'atténuer la concurrence, 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. De tels effets restrictifs ont une incidence directe sur la concurrence intermarques.

(131) Le monomarquisme bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur ne dépassent pas chacune 30 % et sous réserve que la durée de l'obligation de non-concurrence soit limitée à cinq ans. La partie restante de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des cas individuels si le seuil de part de marché est dépassé ou si la durée est supérieure à cinq ans.

(132) Les obligations de monomarquisme d'un fournisseur donné risquent plus particulièrement de produire des effets d'éviction anticoncurrentiels lorsque, en leur absence, une forte pression concurrentielle est exercée par des concurrents qui, soit ne sont pas encore présents sur le marché au moment de la conclusion de ces accords, soit ne sont pas en mesure d'entrer en concurrence pour l'approvisionnement total des clients. Les

concurrents peuvent ne pas être à même d'entrer en concurrence pour la demande totale d'un client donné parce que le fournisseur en question est un partenaire commercial inévitable au moins pour une partie de la demande sur le marché, par exemple du fait que sa marque est un «produit incontournable» préféré par un grand nombre de consommateurs finals ou que les contraintes de capacité pesant sur les autres fournisseurs sont telles qu'une partie de la demande ne peut être satisfaite que par le fournisseur en question⁽¹⁾. La position du fournisseur sur le marché est donc un facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des obligations de monomarchisme.

- (133) Si les concurrents peuvent s'affronter sur un pied d'égalité pour tenter de répondre à la demande totale de chaque client individuel, les obligations de monomarchisme d'un fournisseur particulier sont généralement peu susceptibles de nuire à l'exercice d'une concurrence effective, sauf si le changement de fournisseur est rendu difficile par la durée et la couverture de marché des obligations de monomarchisme. Plus sa part de marché liée, autrement dit la fraction de sa part de marché totale qui résulte des ventes effectuées dans le cadre d'une obligation de monomarchisme, est élevée, plus il est probable que le marché est verrouillé dans une très large mesure. De la même manière, plus la durée des obligations de monomarchisme est longue, plus le degré de verrouillage du marché risque d'être sensible. On considère en général que des obligations de monomarchisme d'une durée inférieure à un an contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante ne donnent pas lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles ou à des effets négatifs nets. Les obligations de monomarchisme d'une durée comprise entre un an et cinq ans contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante doivent généralement être examinées sur la base d'un bilan de leurs effets favorables à la concurrence et de leurs effets anticoncurrentiels. En revanche, pour la plupart des types d'investissement, les obligations de monomarchisme d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet d'éviction qu'elles génèrent. Les obligations de monomarchisme sont plus susceptibles d'entraîner un verrouillage anticoncurrentiel du marché lorsqu'elles sont contractées par des entreprises occupant une position dominante.
- (134) Pour apprécier le pouvoir de marché détenu par le fournisseur, la position de ses concurrents sur le marché est un élément important. Tant que ceux-ci sont suffisamment nombreux et forts, il n'y a pas lieu de craindre des effets anticoncurrentiels sensibles. Il est très peu probable que les concurrents soient évincés s'ils détiennent une position similaire sur le marché et peuvent offrir des produits tout aussi attrayants. Dans ce cas de figure, il peut toutefois exister un risque de verrouillage du marché pour les nouveaux concurrents potentiels, lorsque plusieurs grands fournisseurs concluent des accords de

monomarchisme avec un grand nombre d'acheteurs sur le marché en cause (effet cumulatif). C'est également dans ce type de scénario que les accords de monomarchisme peuvent faciliter les collusions entre fournisseurs concurrents. Si ces fournisseurs relèvent individuellement du règlement d'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 contribue pas de façon significative à un tel effet cumulatif de verrouillage.

- (135) Lorsque la part de marché du plus grand fournisseur est inférieure à 30 % et que celle des cinq plus grands fournisseurs est inférieure à 50 %, l'existence d'un effet anticoncurrentiel unique ou cumulatif est peu probable. Si un nouveau concurrent potentiel ne peut rentabiliser son entrée sur le marché, cela sera vraisemblablement imputable à des facteurs autres que les obligations de monomarchisme, par exemple aux préférences des consommateurs.
- (136) Les barrières à l'entrée sont un élément important pour établir s'il y a verrouillage anticoncurrentiel. Tant qu'il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver d'autres acheteurs pour leur produit, le verrouillage ne devrait pas être un réel problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont fréquentes, tant au niveau de la production qu'à celui de la distribution.
- (137) 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. Plus généralement, pour convaincre ses clients d'accepter le monomarchisme, le fournisseur peut devoir leur offrir une compensation, totale ou partielle, pour la réduction de concurrence résultant de l'exclusivité. Dans ce cas, il peut être de l'intérêt individuel d'un client de contracter une obligation de monomarchisme avec le fournisseur. Toutefois, il serait erroné d'en conclure automatiquement que toutes les obligations de monomarchisme, prises dans leur ensemble, sont globalement bénéfiques pour les clients sur ce marché ou pour les consommateurs finals. Il est en particulier peu probable que l'ensemble des consommateurs en bénéficie s'il y a un grand nombre de clients et que les obligations de monomarchisme, prises globalement, ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes.
- (138) Enfin, le stade commercial doit être pris en considération. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont en effet moins élevés pour les produits intermédiaires. Lorsque le fournisseur d'un produit intermédiaire n'occupe pas une position dominante, ses concurrents peuvent couvrir la partie substantielle de la demande qui ne lui est pas liée. Au-dessous du seuil de position dominante, le risque de verrouillage du marché peut toutefois se produire en cas d'effet cumulatif. Il est peu probable qu'un effet cumulatif anticoncurrentiel se produise tant que moins de 50 % du marché est lié.

⁽¹⁾ Arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd/Commission* (T-65/98, Recueil 2003, p. II-4653), points 104 et 156.

- (139) Si l'accord porte sur la fourniture en gros d'un produit final, la question de savoir si un problème de concurrence risque de se manifester dépend dans une large mesure du type de commerce de gros dont il s'agit et des barrières à l'entrée qui existent à ce niveau. Il n'y a pas de risque réel de verrouillage anticoncurrentiel si les producteurs concurrents peuvent aisément mettre en place leur propre réseau de vente en gros. La faiblesse des barrières à l'entrée dépend en partie du type de commerce de gros, autrement dit du fait de savoir si les grossistes peuvent exercer leur activité efficacement s'ils ne commercialisent que le produit visé par l'accord (par exemple, des glaces) ou s'il est plus efficace de commercialiser toute une gamme de produits (par exemple, des surgelés). Dans ce dernier cas, il n'est pas efficace pour un fabricant qui ne vendrait qu'un seul produit de créer son propre réseau de vente en gros. Dans ce cas, des effets anticoncurrentiels peuvent se produire. En outre, des effets cumulatifs sont possibles si plusieurs fournisseurs lient la plupart des grossistes.
- (140) Pour les produits finals, le risque de verrouillage est en général plus grand au stade de la vente au détail en raison des barrières à l'entrée élevées que doivent surmonter la plupart des producteurs pour ouvrir des points de vente pour leurs seuls produits. En outre, c'est au stade du commerce de détail que les accords de monomarkisme 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.
- (141) Au stade du commerce de détail, un effet de verrouillage cumulatif peut également se manifester. Lorsque tous les fournisseurs détiennent une part de marché inférieure à 30 %, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage anticoncurrentiel cumulatif si la part de marché liée totale est de moins de 40 % et le retrait du bénéfice de l'exemption est par conséquent peu probable. 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 par le règlement d'exemption par catégorie, mais qu'aucune n'occupe une position dominante, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage anticoncurrentiel cumulatif si moins de 30 % du marché total est lié.
- (142) Lorsque l'acheteur exerce son activité dans des locaux et sur un terrain appartenant au fournisseur ou que le fournisseur loue à un tiers non lié à l'acheteur, la possibilité d'imposer des mesures efficaces pour corriger l'effet de verrouillage éventuel est limitée. Dans ce cas, une intervention de la Commission alors que le seuil de position dominante n'est pas atteint est improbable.
- (143) 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.
- (144) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 101, paragraphe 3 se pose. Pour les obligations de non-concurrence, les gains d'efficacité décrits au point 107, a) (problèmes de parasitisme entre fournisseurs), d), e) (problèmes de renonciation à certains investissements) et h) (imperfections du marché des capitaux) peuvent être particulièrement importants.
- (145) Dans le cas des gains d'efficacité décrits au point 107, a), d) et h), 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 107, e) (problème de la renonciation à certains investissements dans le cadre d'un transfert de savoir-faire).
- (146) Dans le cas d'un investissement propre à une relation contractuelle réalisé par le fournisseur [voir le point 107, d)], un accord de non-concurrence ou un accord imposant des quotas pendant la période d'amortissement de l'investissement remplit généralement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. Si les investissements propres à la relation contractuelle sont lourds, une obligation de non-concurrence contractée pour une durée supérieure à cinq ans peut se justifier. Un investissement propre à une relation contractuelle pourrait être, par exemple, l'installation ou l'adaptation d'un équipement par le fournisseur lorsque cet équipement ne peut servir que pour produire des composants destinés à un acheteur déterminé. Les investissements généraux ou propres à un marché qui portent sur des capacités (supplémentaires) ne constituent normalement pas des investissements propres à une relation contractuelle. Cependant, si un fournisseur crée de nouvelles capacités spécifiquement liées à l'activité d'un acheteur particulier (par exemple, une entreprise produisant des boîtes de conserve qui crée de nouvelles capacités de production à l'intérieur ou à proximité d'une conserverie), celles-ci pourraient n'être rentables qu'en liaison avec ce seul client, auquel cas les investissements réalisés seraient considérés comme propres à cette relation contractuelle.
- (147) Quand le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur ou lui fournit un équipement qui n'est pas propre à leur relation contractuelle, cela n'est normalement pas suffisant en soi pour justifier l'exemption d'une restriction à l'origine d'un effet de verrouillage anticoncurrentiel du marché. En cas d'imperfection du marché des capitaux, il peut être plus efficace pour le fournisseur d'un produit que pour une banque d'accorder un prêt [voir le point 107, h)]. Toutefois, dans un tel cas, le prêt devrait être accordé de la manière la moins restrictive possible et l'acheteur devrait donc en règle générale conserver la possibilité de mettre un terme à l'obligation et de rembourser le solde du prêt à tout moment et sans pénalité financière.

(148) Le transfert d'un savoir-faire substantiel [voir le point 107, e)] justifie habituellement une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture, comme par exemple dans le contexte de la franchise.

(149) Exemple d'obligation de non-concurrence

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

Il résulte de cette situation qu'une part de 46 % (36 % + 10 %) du marché est fermée aux nouveaux concurrents potentiels et aux concurrents déjà en place qui n'ont pas de points de vente liés. Il est d'autant plus difficile aux premiers de s'imposer dans les régions à forte densité de population que l'effet de verrouillage y est encore plus prononcé, même si c'est dans ces régions qu'ils souhaiteraient prendre pied sur le marché. En outre, en raison de la forte différenciation entre les marques et les produits et des coûts de recherche relativement élevés par rapport au prix du produit, l'absence de concurrence intermarques au sein d'un même point de vente entraîne une perte de bien-être supplémentaire pour les consommateurs. Les éventuels gains d'efficacité liés à l'exclusivité imposée aux points de vente, qui, selon le fournisseur dominant du marché, résultent de la diminution des coûts de transport et un possible problème de renonciation à certains investissements concernant le mobilier de rangement, sont limités et ne compensent pas les effets préjudiciables à la concurrence. Ces gains sont en effet limités, car les frais de transport sont liés à la quantité et non à l'exclusivité et le mobilier de rangement n'intègre pas un savoir-faire particulier et n'est pas propre à la marque. En conséquence, il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies.

(150) Exemple de quotas imposés

Un producteur X, qui détient 40 % du marché, vend 80 % de sa production par le biais de contrats 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, au cours desquels

le remboursement du prêt doit être effectué par des versements échelonnés d'un montant égal. Après les deux premières années, les acheteurs peuvent toutefois mettre fin au contrat moyennant un préavis de six mois s'ils remboursent le solde du prêt et rachètent l'équipement à sa valeur marchande. À la fin des cinq ans, l'équipement devient la propriété de l'acheteur. La plupart des producteurs concurrents sont de petites entreprises (douze au total, la plus grande détenant une part de marché de 20 %) qui ont conclu des contrats 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 de marché cumulée d'environ 8 %, en partie grâce au rachat de prêts d'un certain nombre de revendeurs avec lesquels ils ont en échange conclu des contrats.

La part de marché liée du producteur X est de 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40$ %). La part de marché liée des autres producteurs s'élève à près de 25 %. Au total, c'est donc une part de 49 % environ du marché qui est fermée, au moins durant les deux premières années des contrats de fourniture, aux nouveaux concurrents potentiels et aux concurrents déjà en place qui ne disposent pas de points de vente qui leur sont liés. Le marché montre que les revendeurs ont souvent des difficultés à obtenir des prêts bancaires et sont en général trop petits pour se procurer des capitaux par d'autres voies, telles que l'émission d'actions. De plus, le producteur X est à même de démontrer qu'en concentrant ses ventes sur un nombre limité de revendeurs, il peut mieux planifier ses ventes et économiser sur les coûts de transport. Étant donné les gains d'efficacité réalisés, d'une part, et le fait que les contrats conclus par le producteur X laissent aux acheteurs la possibilité de s'approvisionner librement pour 25 % de leurs besoins et prévoient réellement la possibilité de résilier le contrat par anticipation, que de nouveaux producteurs sont entrés récemment sur le marché et que la moitié environ des revendeurs ne sont pas liés, d'autre part, les quotas de 75 % imposés par le producteur X sont susceptibles de remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

2.2. Distribution exclusive

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

- (152) La distribution exclusive bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie pour autant que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 %, même si elles sont associées à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence limitée à cinq ans, l'imposition de quotas ou l'achat exclusif. La combinaison de la distribution exclusive avec la distribution sélective ne bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie que si les ventes actives dans d'autres territoires ne sont pas limitées. La suite de la présente section donne des orientations pour l'appréciation de la distribution exclusive dans des cas individuels lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé.
- (153) La position sur le marché détenue par le fournisseur et par ses concurrents est particulièrement importante, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne pose problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque est grave. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, la concurrence intramarque risque d'être sensiblement atténuée. Pour que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies, cet affaiblissement de la concurrence intramarque peut devoir être contrebalancé par de véritables gains d'efficacité.
- (154) La position des concurrents peut avoir une double signification. Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera en règle générale compensée par une concurrence intermarques suffisante. Si, en revanche, le nombre de concurrents devient relativement faible et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire en termes de parts de marché, de capacités et de réseau de distribution, il existe un risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. La diminution de la concurrence intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs fournisseurs exploitent des systèmes de distribution similaires. La distribution exclusive multiple, à savoir le fait pour différents fournisseurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné, peut encore accroître le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. Si un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents importants ou plus sur le même territoire, la concurrence intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence intermarques sera réduite. Si un détaillant est distributeur exclusif d'un certain nombre de marques, il peut ne pas être incité à répercuter sur le consommateur final les éventuelles baisses du prix de gros décidées par un des fabricants pour sa marque, car cela diminuerait les ventes et les bénéfices qu'il réalise sur les autres marques. Contrairement à ce qui se passerait en l'absence de distribution exclusive multiple, les fabricants n'ont donc qu'un intérêt limité à se faire concurrence par les prix. De telles situations d'effet cumulatif peuvent justifier de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie quand les parts de marché des fournisseurs et des acheteurs se situent au-dessous du seuil prévu par le règlement d'exemption par catégorie.
- (155) Les barrières à l'entrée qui sont susceptibles d'empêcher les fournisseurs de se créer de nouveaux débouchés ou de trouver d'autres distributeurs sont un élément moins important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution exclusive. L'accès du marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarkisme.
- (156) 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 à d'autres distributeurs, non désignés, ne sont pas soumises à restrictions. L'éviction d'autres distributeurs peut en revanche devenir un problème 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 d'un marché. 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 être aggravé en cas de distribution exclusive multiple.
- (157) La puissance d'achat peut aussi accroître le risque de collusion entre les acheteurs lorsque les accords de distribution exclusive sont imposés par des acheteurs importants, éventuellement situés sur des territoires différents, à un ou plusieurs fournisseurs.
- (158) 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.
- (159) Le stade commercial est important, car les effets négatifs éventuels ne sont pas forcément les mêmes au niveau du commerce de gros et à celui du commerce de détail. La distribution exclusive s'applique surtout à la distribution de biens et de services finals. La concurrence intramarque risque de s'affaiblir surtout au stade du commerce de détail, si la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus, car les consommateurs finals pourraient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité entre un distributeur proposant un service de qualité à un prix élevé et un distributeur offrant un service bon marché, mais de qualité moindre.

- (160) Un fabricant qui choisit un grossiste comme distributeur exclusif le fait normalement pour un territoire plus étendu, par exemple un État membre dans son ensemble. Tant que le grossiste peut vendre les produits sans restriction aux détaillants situés en aval, il est peu probable qu'il y ait des effets anticoncurrentiels sensibles. L'affaiblissement éventuel de la concurrence intramarque au stade du commerce de gros peut facilement être compensé par des gains d'efficacité au niveau de la logistique, de la promotion, etc., surtout lorsque le fabricant est établi dans un autre pays. Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence intermarques la distribution exclusive multiple sont cependant plus élevés au niveau du commerce de gros qu'à celui du commerce de détail. Si un grossiste devient distributeur exclusif pour un nombre important de fournisseurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite, mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau du commerce de gros.
- (161) Ainsi qu'il a été indiqué au point 155, l'accès du marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarquisme. Toutefois, même lorsque la distribution exclusive est combinée avec des obligations de monomarquisme, une exclusion anticoncurrentielle des autres fournisseurs est peu probable, sauf peut-être lorsque les obligations de monomarquisme sont appliquées à un réseau dense de distributeurs exclusifs actifs sur de petits territoires ou en cas d'effet cumulatif. Dans un tel cas il peut être nécessaire d'appliquer les principes sur le monomarquisme exposés à la section 2.1. Toutefois, lorsqu'elle ne provoque pas de verrouillage sensible du marché, la combinaison entre distribution exclusive et monomarquisme peut favoriser la concurrence en incitant davantage le distributeur exclusif à concentrer ses efforts sur la marque en question. Par conséquent, en l'absence d'un tel effet de verrouillage, la combinaison de la distribution exclusive et d'une obligation de non-concurrence peut très bien remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, pour toute la durée de l'accord, en particulier au niveau du commerce de gros.
- (162) La combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif augmente le risque d'un affaiblissement de la concurrence intramarque et d'un cloisonnement du marché, qui peuvent faciliter notamment une discrimination par les prix. La distribution exclusive limite déjà les possibilités d'arbitrage des clients, étant donné qu'elle restreint le nombre de distributeurs et, souvent, la liberté de ces derniers de réaliser des ventes actives. L'approvisionnement exclusif, qui oblige les distributeurs exclusifs à se procurer les produits de la marque en question directement auprès du fabricant, élimine en outre la possibilité d'un arbitrage par les distributeurs exclusifs, car il leur est interdit d'acheter à d'autres distributeurs membres du système. Il est donc plus facile pour le fournisseur de limiter la concurrence intramarque en appliquant des conditions de vente dissemblables au détriment des consommateurs, sauf si la combinaison permet la création de gains d'efficacité aboutissant à une baisse des prix pour l'ensemble des consommateurs finals.
- (163) La nature du produit n'est pas un élément particulièrement pertinent pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence de la distribution exclusive. Il convient toutefois d'en tenir compte pour l'appréciation d'éventuels gains d'efficacité, c'est-à-dire lorsque l'existence d'un effet anticoncurrentiel sensible a été établie.
- (164) 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.
- (165) Exemple de distribution exclusive au niveau du commerce de gros
- A est leader sur le marché d'un produit de consommation durable. Il vend son produit par le biais de grossistes exclusifs. Les territoires assignés aux grossistes correspondent à l'État membre tout entier pour les petits États membres, et à une région pour les autres. Ces distributeurs exclusifs sont responsables des ventes à l'ensemble des détaillants situés sur leur territoire. Ils ne vendent pas aux consommateurs finals. Les grossistes sont chargés de la promotion sur les marchés qui leur sont affectés. Il leur faut à ce titre parrainer des manifestations locales, mais aussi expliquer et promouvoir les nouveaux produits auprès des détaillants sur leur territoire. La technologie et les produits évoluent plutôt rapidement sur ce marché, et le service de prévente auprès des détaillants et des consommateurs finals joue un rôle important. Les grossistes ne sont pas tenus de couvrir tous leurs besoins pour la marque du fournisseur A en s'approvisionnant auprès du fabricant lui-même et les grossistes et les détaillants ont la possibilité de 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 UE de la vente aux grossistes, A dispose d'une part de marché d'environ 50 %. Sa part de marché sur les différents marchés nationaux au niveau du commerce de détail varie entre 40 % et 60 %. A compte de 6 à 10 concurrents sur chaque marché national: B, C et D sont ses concurrents les plus importants, également présents sur chaque marché national, avec des parts de marché allant de 5 % à 20 %. Les autres producteurs 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 dans cet exemple, 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 au niveau du commerce de gros. Au stade du commerce de détail, ni la concurrence intramarque ni la concurrence intermarques ne sont entravées. En outre, la concurrence intermarques n'est quasiment pas affectée par les accords d'exclusivité conclus au niveau du commerce de gros. Il est donc probable que, même en présence d'effets anti-concurrentiels, les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies.

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

Le marché national d'un produit final donné est dominé par quatre fournisseurs dominants, chacun détenant une part de marché d'environ 20 %. Ces quatre fournisseurs dominants 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 marché de 5 % sur le marché national. Ces fabricants locaux écoulent en général leur production par le biais d'autres détaillants, notamment parce que les distributeurs exclusifs des quatre plus grands fournisseurs se montrent en général peu désireux de vendre des marques moins connues et meilleur marché. 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 tel marché oligopolistique, il y a un risque de collusion entre les quatre leaders de marché. Ce risque est aggravé par la distribution exclusive multiple. La concurrence intramarque est limitée par l'exclusivité territoriale. La concurrence entre les quatre marques leaders est restreinte au niveau du commerce de détail, car un détaillant fixe le prix de ces quatre marques sur chaque territoire. Dans le cadre d'une telle distribution exclusive multiple, le détaillant n'est pas incité à répercuter sur le consommateur final les éventuelles baisses de prix décidées par un des fabricants, car cela diminuerait les ventes et les bénéfices qu'il réalise sur les autres marques. Les fabricants n'ont donc qu'un intérêt limité à se faire concurrence par les prix. La concurrence intermarques par les prix est principalement confinée aux produits des petits fabricants jouissant d'une faible image de marque. Les éventuels gains d'efficacité dus au recours

à des distributeurs exclusifs (communs) sont limités, car le produit est relativement simple, la revente n'exige pas d'investissements spécifiques ou de formation et la publicité se fait surtout au niveau des fabricants.

Même si la part de marché détenue par chacun des leaders est inférieure au seuil, les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, pourraient ne pas être remplies et un retrait de l'exemption par catégorie pourrait s'avérer nécessaire dans le cas d'accords conclus avec des distributeurs dont la part de marché est inférieure à 30 % sur le marché des achats.

(167) Exemple de distribution exclusive combinée avec un approvisionnement exclusif.

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

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

Si l'argument des éventuels gains d'efficacité pour justifier le recours à des distributeurs exclusifs peut être convaincant, en particulier en raison de l'encouragement des détaillants, il est peu probable que les éventuels gains d'efficacité résultant de la combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif, et notamment les éventuels gains d'efficacité résultant de l'approvisionnement exclusif, principalement liés à des économies d'échelle au niveau du transport, compensent les effets négatifs de la discrimination par les prix et de l'affaiblissement de la concurrence intramarque. En conséquence, il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies.

2.3. Exclusivité de clientèle

(168) Dans le cadre d'un accord d'exclusivité de clientèle, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée. En même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives à d'autres clientèles (concedées exclusivement). Le règlement d'exemption par catégorie ne limite pas la manière dont il est possible de définir une clientèle exclusive; il peut, par exemple, s'agir d'un type de clients particulier, défini par leur profession, ou d'une liste de clients sélectionnés sur la base d'un ou de plusieurs critères objectifs. Du point de vue de la concurrence, ce système risque surtout d'affaiblir la concurrence intramarque et de cloisonner le marché, ce qui pourrait faciliter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou la totalité des fournisseurs pratiquent l'exclusivité de clientèle, la concurrence peut s'en trouver atténuée et les collusions facilitées, tant au niveau des fournisseurs qu'à celui des distributeurs. Enfin, l'exclusivité de clientèle peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire la concurrence à ce niveau.

(169) L'exclusivité de clientèle bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas le seuil de part de marché de 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence, l'imposition de quotas ou l'approvisionnement exclusif. La combinaison entre exclusivité de clientèle et distribution sélective constitue normalement une restriction caractérisée, car d'ordinaire, les distributeurs désignés ne peuvent pas librement procéder à des ventes actives auprès des utilisateurs finals. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, les critères énoncés aux points 151 à 167 s'appliquent également pour l'appréciation de l'exclusivité de clientèle, sous réserve des remarques spécifiques indiquées dans le reste de la présente section.

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

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

(172) L'exclusivité de clientèle peut générer des gains d'efficacité, particulièrement lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements, par exemple pour se doter d'un équipement, de compétences ou d'un savoir-faire particuliers afin de s'adapter à la demande de leur clientèle. 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 de produits intermédiaires, c'est-à-dire des produits vendus à différents types d'acheteurs professionnels. L'attribution de consommateurs finals entraîne rarement des gains d'efficacité.

(173) Exemple d'exclusivité de clientèle

Une société a conçu un système d'extinction d'incendie sophistiqué. Sa part de marché est actuellement de 40 % sur le marché des systèmes d'extinction d'incendie. Lorsqu'elle a commencé à commercialiser ce nouveau système sophistiqué, elle avait une part de marché de 20 % avec un produit plus ancien. L'installation du nouveau système est fonction du type de bâtiment auquel il est destiné, ainsi que de l'affectation de ce dernier (bureaux, usine chimique, hôpital, etc.). La société a sélectionné un certain nombre de distributeurs pour vendre et installer le système. Chaque distributeur a dû former son personnel aux besoins généraux et spécifiques que pose l'installation de ce système d'extinction en fonction de la catégorie de clients. Pour que les distributeurs se spécialisent, la société a attribué en exclusivité à chacun d'entre eux une catégorie de clients et lui a interdit de réaliser des ventes actives aux clientèles exclusives de ses autres distributeurs. À l'expiration d'une période de cinq ans, tous les distributeurs exclusifs seront autorisés à procéder à des ventes actives à toutes les catégories de clients, ce qui mettra donc fin au système d'exclusivité de clientèle. Le fournisseur pourra alors aussi commencer à vendre à d'autres distributeurs. Le marché est très dynamique, deux nouveaux concurrents y ont récemment pris pied et la technologie évolue. Les concurrents, dont la part de marché se situe entre 5 % et 25 %, 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 d'apprendre à connaître le commerce, et que les éventuels effets anticoncurrentiels semblent limités sur un marché dynamique, il est probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies.

2.4. *Distribution sélective*

- (174) À l'instar des accords de distribution exclusive, les accords de distribution sélective restreignent d'une part le nombre de distributeurs agréés et d'autre part leurs possibilités de revente. Contrairement à ce qui se passe pour la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs agréés ne dépend pas du nombre de territoires, mais de critères de sélection liés tout d'abord à la nature du produit. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente ne porte pas sur les ventes actives sur un territoire, mais sur toutes les ventes à des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les clients finals étant les seuls acheteurs potentiels. La distribution sélective est presque toujours utilisée pour distribuer des produits finals de marque.
- (175) 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, d'atténuer la concurrence et de faciliter les collusions entre fournisseurs ou acheteurs. Pour apprécier les effets préjudiciables que la distribution sélective peut avoir sur la concurrence au regard de l'article 101, 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 tels critères n'impose pas de limitation directe au nombre de revendeurs agréés. On considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient remplies. Premièrement, la nature du produit en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de 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 fixant le nombre de revendeurs agréés, etc.
- (176) La distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 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 sans restriction 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 et des critères de sélection. Toutefois, lorsque les caractéristiques du produit⁽³⁾ ne nécessitent pas une distribution sélective ni l'application de critères, tels que, par exemple, l'obligation faite aux distributeurs de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques, ou de fournir des services spécifiques, un tel système n'apporte généralement pas de gains d'efficacité suffisants pour compenser une réduction significative de la concurrence intramarque. En cas d'effets préjudiciables sensibles sur la concurrence, le bénéfice de l'exemption par catégorie sera probablement retiré. En outre, le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation de la distribution sélective dans les cas individuels ne relevant pas du règlement d'exemption par catégorie ou en cas d'effets cumulatifs résultant de réseaux parallèles de distribution sélective.
- (177) La position détenue par le fournisseur et ses concurrents sur le marché est particulièrement importante pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne constitue un problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque fait problème. Le nombre de réseaux de distribution sélective présents sur le même marché est un autre facteur important. Lorsque la distribution sélective est appliquée sur le marché par un seul fournisseur, la distribution sélective quantitative ne produit généralement pas d'effets négatifs nets pour autant que les biens contractuels, eu égard à leur nature, requièrent le recours à un système de distribution sélective et que les critères de sélection appliqués soient nécessaires pour en assurer une distribution efficace. En réalité, toutefois, la distribution sélective est souvent appliquée par plusieurs fournisseurs sur un marché donné.
- (178) La position des concurrents peut avoir une double signification et joue un rôle spécialement en cas d'effet cumulatif. Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera en règle générale facilement compensé par une concurrence intermarques suffisante. Toutefois, lorsqu'une majorité des principaux fournisseurs pratiquent la distribution sélective, il en résultera

⁽¹⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission* (T-88/92, Recueil 1996, p. II-1961).

⁽²⁾ Voir les arrêts de la Cour de justice du 11 décembre 1980, *L'Oréal/PVBA «De Nieuwe AMCK»* (31/80, Recueil 1980, p. 3775) points 15 et 16; du 25 octobre 1977, *Metro I* (26/76, Recueil 1977, p. 1875) points 20 et 21; du 25 octobre 1983, *AEG* (107/82, Recueil 1983, p. 3151), point 35; et l'arrêt du Tribunal du 27 février 1992, *Vichy/Commission* (T-19/91, Recueil 1992, p. II-415) point 65.

⁽³⁾ Voir par exemple les arrêts du Tribunal du 12 décembre 1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission*, (T-19/92, Recueil 1996, p. II-1851), points 112 à 123 et *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission*, (T-88/92, Recueil 1996, p. II-1961), points 106 à 117 et la jurisprudence citée à la note de bas de page précédente.

un affaiblissement sensible de la concurrence intra-marque, 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 distribution sélective 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 magasins discount (qu'ils soient des distributeurs hors ligne ou des distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet) sur les marges du fabricant et sur celles des revendeurs agréés. L'éviction de tels modes de distribution, qu'elle résulte d'une application cumulative de la distribution sélective ou de son application par un seul fournisseur détenant une part de marché supérieure à 30 %, réduit les possibilités pour les consommateurs de bénéficier des avantages propres à ces modes de distribution, tels que des prix plus bas, une transparence accrue et un accès plus large aux produits.

(179) Lorsque le règlement d'exemption par catégorie s'applique à des réseaux individuels de distribution sélective, le retrait de l'exemption par catégorie ou l'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie peuvent être envisagés en cas d'effets cumulatifs. Il est cependant peu probable qu'un effet cumulatif se manifeste si la part de marché couverte par la distribution sélective est inférieure à 50 %. De même, il est peu probable qu'un problème se pose lorsque le taux de couverture du marché dépasse 50 %, si la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants n'atteint pas 50 %. Lorsqu'à la fois la part de ces cinq fournisseurs et la part couverte par la distribution sélective excèdent 50 %, l'appréciation peut dépendre du fait que les cinq principaux fournisseurs appliquent ou non la distribution sélective. Plus la position des concurrents n'appliquant pas la distribution sélective est forte, moins il est probable que d'autres distributeurs soient évincés. Si les cinq principaux fournisseurs appliquent tous la distribution sélective, des problèmes de concurrence peuvent tout particulièrement se poser pour les accords qui recourent à des critères de sélection quantitative en limitant directement le nombre des revendeurs agréés ou qui incluent des critères qualitatifs, tels que l'obligation de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques, ou de fournir des services spécifiques, qui ont pour effet d'exclure certains modes de distribution. En règle générale, il est peu probable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, soient remplies lorsque les systèmes de distribution sélective en cause empêchent de nouveaux distributeurs susceptibles de vendre les produits en question de manière adéquate (notamment les magasins discount ou les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet, qui offrent aux consommateurs des prix plus bas) 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 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 en relation avec le type de produits en question et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que le fournisseur récupère les investissements propres à cette relation contractuelle et/ou réalise des économies d'échelle dans la distribution. En ce qui concerne l'appréciation de la contribution individuelle de chaque fournisseur, on considère en général qu'un fournisseur dont la part de marché n'atteint pas 5 % ne contribue pas de manière significative à l'effet cumulatif.

(180) 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 en général beaucoup de temps et des investissements considérables pour que les détaillants exclus lancent leurs propres marques ou obtiennent ailleurs des produits compétitifs.

(181) La puissance d'achat peut accroître le risque de collusion entre les revendeurs agréés et donc modifier sensiblement l'analyse des éventuels effets préjudiciables à la concurrence résultant de la distribution sélective. Les détaillants plus efficaces sont particulièrement susceptibles d'être évincés du marché lorsqu'une forte organisation de revendeurs agréés impose au fournisseur des critères de sélection destinés à limiter la distribution à l'avantage de ses membres.

(182) L'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie dispose que le fournisseur ne peut pas imposer aux revendeurs agréés d'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 par les 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.

(183) L'éviction d'autres fournisseurs ne pose normalement pas de 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 autres fournisseurs. Dans une telle hypothèse, il a lieu d'appliquer les principes exposés à la section 2.1 sur le monomarkisme. Lorsque la distribution sélective n'est pas combinée à une obligation de non-concurrence, l'éviction des fournisseurs concurrents peut toutefois faire problème si les principaux fournisseurs non seulement appliquent des critères de sélection purement qualitatifs, mais imposent aussi à leurs revendeurs agréés des obligations supplémentaires, telles que l'obligation de réserver à leurs produits un minimum d'espace sur leurs linéaires de présentation ou de veiller à ce que les ventes de leurs produits représentent un pourcentage minimal du chiffre d'affaires total du revendeur agréé. Il y a peu de risque qu'un tel problème surgisse si la part du marché couvert par la distribution sélective est inférieure à 50 % ou, lorsque ce taux de couverture est dépassé, si la part de marché des cinq principaux fournisseurs est inférieure à 50 %.

- (184) La maturité du marché est un élément important, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque et l'éviction éventuelle de fournisseurs ou de revendeurs peuvent constituer un problème grave sur un marché mûr, mais être plus anodins sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent.
- (185) 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 point 107, g)]. Toutefois, de tels 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 point 107, a)] ou d'aider à créer une image de marque [voir le point 107, i)]. En règle générale, l'argument des gains d'efficacité est plus convaincant pour les produits nouveaux, les produits complexes ou encore les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience), voire même après consommation (produits dits de conviction). La combinaison d'une distribution sélective et d'une clause d'implantation, qui protège un revendeur agréé contre l'ouverture, par d'autres revendeurs agréés, de points de vente à proximité du sien, peut en particulier remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, si cette combinaison est indispensable pour protéger des investissements substantiels et propres à la relation contractuelle effectués par le revendeur agréé [voir le point 107, d)].
- (186) 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.
- (187) 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 du magasin 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 chaque province ou de chaque zone urbaine. 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 de marché des autres fabricants étant plus faible. A est le seul fabricant à recourir à la distribution sélective. Les distributeurs sélectifs de la marque A commercialisent tous quelques marques concurrentes. Toutefois, les marques concurrentes sont aussi très présentes dans des magasins qui ne font pas partie du réseau de distribution sélective de A. Les canaux de distribution sont variés: à titre d'exemple, les marques B et C sont vendues dans la plupart des magasins sélectionnés par 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 qualité 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 qualité 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 marques concurrentes et que, en raison du plafond imposé au nombre de détaillants pour la marque A, il reste d'autres détaillants offrant un haut niveau de service pour 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 les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3 seront remplies.

(188) Exemple de distribution sélective avec effets cumulatifs

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

Sur ce marché, les magasins discount généralistes et les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet n'ont pas accès aux marques des cinq leaders. En effet, l'exigence portant sur le fait que ce type d'article doit représenter au moins 30 % de l'activité du revendeur agréé et les critères relatifs à la présentation et aux services de prévente excluent la plupart des magasins discount du réseau des revendeurs agréés. L'obligation de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques exclut quant à elle les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet. 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 entre les cinq marques leaders est-elle réduite. Le fait que les deux marques les moins importantes puissent être achetées dans des magasins offrant un service et des prix d'un niveau moins élevé ne constitue pas une compensation, car l'image de marque des cinq marques leaders est bien meilleure. 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 cinq 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 leur réseau de distribution sélective s'accompagne de gains d'efficacité évidents, il est probable que l'exemption par catégorie devra être retirée en raison de ses effets cumulatifs qui ont pour conséquence de limiter le choix des consommateurs et d'augmenter le prix qu'ils doivent acquitter.

2.5. Franchise

(189) Les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, 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 une redevance du franchisé pour l'utilisation de cette méthode commerciale. 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 une obligation de non-concurrence et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions.

(190) L'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie à l'octroi d'une licence relative à des droits de propriété intellectuelle prévu dans un accord de franchise est traitée aux points 24 à 46. En ce qui concerne les restrictions verticales à l'achat, à la vente et à la revente de biens et services relevant d'un accord de franchise, telles que la distribution sélective, une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, l'exemption par catégorie s'applique lorsque la part de marché ne dépasse pas 30 %⁽¹⁾. Les orientations fournies en relation avec ces types de restrictions s'appliquent également aux accords de franchise, sous réserve des deux remarques qui suivent:

- a) plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions généreront des gains d'efficacité et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3;

⁽¹⁾ Voir aussi les points 86 à 95, en particulier le point 92.

- b) une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 101, 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 101, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même.

(191) Exemple de franchise

Un fabricant a conçu un nouveau concept pour la vente de bonbons dans des magasins dits magasins ludiques («fun-shops»), où les bonbons peuvent être colorés spécialement à la demande du client. Le fabricant de bonbons 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 des bonbons du fabricant passe par un certain nombre de points de vente au détail propres 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 franchisé ne peut pas désigner un autre franchisé ni exploiter lui-même un commerce de détail sur le territoire contractuel. Il est aussi tenu de constamment développer ses produits, la conception des magasins et le manuel de fonctionnement et de mettre ces améliorations à la disposition de tous les détaillants franchisés. Les accords de franchise sont conclus pour une durée de dix ans.

Les détaillants de bonbons s'approvisionnent sur le marché national soit auprès de producteurs nationaux qui répondent aux goûts nationaux, soit auprès de grossistes qui, en plus de vendre des produits de producteurs nationaux, importent des bonbons de fabricants étrangers. Sur ce marché, les produits du franchiseur doivent soutenir la concurrence d'autres marques de bonbons. Le franchiseur détient une part de marché de 30 % sur le marché des bonbons vendus aux détaillants. Il fait face à la concurrence de plusieurs marques nationales et internationales, dont certaines appartiennent à de grandes sociétés alimentaires diversifiées. Les points de vente de bonbons potentiels sont nombreux: débits de tabac, commerces alimentaires de détail généralistes, cafétérias et commerces spécialisés. Sur le marché des machines de coloration d'aliments, la part de marché 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 101, paragraphe 1. Les restrictions relatives aux ventes (territoire contractuel et distribution sélective) incitent les franchisés à investir dans la machine de coloration et le concept de franchise et, si elles ne sont pas nécessaires à cet effet, contribuent du moins à maintenir l'identité commune et, partant, à compenser l'affaiblissement de la concurrence intramarque. La clause de non-concurrence, qui exclut les autres marques de bonbons dans les magasins pendant toute la durée des accords, permet au franchiseur de maintenir l'uniformité des points de vente et d'empêcher les concurrents de profiter de son enseigne. Elle ne verrouille pas substantiellement le marché puisque de nombreux points de vente potentiels restent disponibles pour les autres fabricants de bonbons. Ces accords de franchise remplissent vraisemblablement les conditions d'exemption énoncées à l'article 101, paragraphe 3, si les engagements qu'ils contiennent relèvent de l'article 101, paragraphe 1.

2.6. Fourniture exclusive

- (192) La catégorie fourniture exclusive couvre les restrictions qui ont pour trait principal d'obliger ou d'inciter le fournisseur à vendre les produits contractuels uniquement ou principalement à un seul acheteur, en général ou pour un usage particulier. Ces restrictions peuvent prendre la forme d'une obligation de fourniture exclusive, qui contraint le fournisseur à ne vendre le bien contractuel qu'à un seul acheteur à des fins de revente ou pour un usage particulier; elle peut aussi consister en une imposition de quotas au fournisseur, dans le cadre de laquelle le fournisseur et l'acheteur conviennent de mesures d'incitation pour que le fournisseur réalise l'essentiel de ses ventes auprès d'un acheteur. Pour les biens ou services intermédiaires, la fourniture exclusive est souvent appelée fourniture industrielle.
- (193) La fourniture exclusive bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation de la fourniture exclusive dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.
- (194) Du point de vue de la concurrence, la fourniture exclusive risque surtout de mener à l'éviction anticoncurrentielle d'autres acheteurs. Il y a là une similarité avec les effets possibles de la distribution exclusive, en particulier lorsque le distributeur exclusif devient l'acheteur exclusif pour l'ensemble d'un marché (voir la section 2.2, et notamment le point 156). La part de marché détenue par l'acheteur sur le marché des achats en amont est à

l'évidence un élément important pour apprécier sa capacité d'«imposer» une obligation de fourniture exclusive de nature à empêcher d'autres acheteurs d'accéder aux produits. Le poids de l'acheteur sur le marché en aval est cependant le facteur qui détermine si un problème de concurrence est susceptible de se poser. Si l'acheteur n'a pas de pouvoir de marché en aval, on ne peut s'attendre à aucun effet négatif sensible pour les consommateurs. Des effets négatifs peuvent se produire lorsque la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché en aval sur lequel il vend les produits contractuels et sur le marché en amont sur lequel il achète ces produits dépasse 30 %. Lorsque la part détenue par l'acheteur sur le marché en amont n'excède pas 30 %, des effets d'éviction sensibles peuvent toutefois se manifester, surtout si la part détenue par cet acheteur sur son marché en aval est supérieure à 30 % et si la fourniture exclusive concerne un usage particulier des produits contractuels. Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché en aval, toute obligation de vendre exclusivement ou principalement ses produits à l'acheteur dominant peut facilement produire des effets anticoncurrentiels significatifs.

(195) Ce n'est pas seulement la position de l'acheteur sur le marché en amont et en aval qui est importante, mais aussi l'étendue et la durée de l'obligation de fourniture exclusive qu'il applique. Plus la part de marché liée est élevée et la durée de la fourniture exclusive est longue, plus il est probable que le marché sera verrouillé dans une mesure significative. Les accords de fourniture exclusive d'une durée inférieure à cinq ans contractés par des entreprises n'occupant pas une position dominante doivent normalement être appréciés en faisant un bilan entre leurs effets favorables à la concurrence et leurs effets préjudiciables à la concurrence, tandis que, pour la plupart des types d'investissement, des accords d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugés nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché que ces accords de fourniture exclusive à long terme produisent.

(196) La position des acheteurs concurrents sur le marché en amont est un élément important, car ils risquent d'être évincés pour des raisons anticoncurrentielles, à savoir pour augmenter leurs coûts, s'ils sont sensiblement plus petits que l'acheteur qui verrouille le marché. Il est peu probable que des acheteurs concurrents soient évincés si ces derniers ont un pouvoir d'achat similaire et peuvent offrir aux fournisseurs des conditions de vente comparables. Dans un tel cas de figure, le risque d'éviction ne pourrait concerner que les entrants potentiels, qui ne peuvent peut-être pas assurer leur approvisionnement 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.

(197) Les barrières à l'entrée au niveau des fournisseurs sont un élément pertinent pour établir s'il y a véritablement

verrouillage. Dans la mesure où il est efficace pour les acheteurs concurrents de fournir le bien ou le service eux-mêmes grâce à une intégration verticale en amont, le verrouillage ne devrait pas véritablement faire problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont souvent importantes.

(198) La possibilité pour les fournisseurs de faire contrepois est un élément pertinent, car des fournisseurs importants ne se laisseront pas facilement écarter des autres acheteurs. Le risque de verrouillage existe donc surtout lorsque les fournisseurs sont faibles et les acheteurs forts. Si les fournisseurs sont puissants, la fourniture exclusive peut être combinée à une obligation de non-concurrence. Cette combinaison rend les règles définies pour le monomarchisme applicables. 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, c'est-à-dire l'exclusivité réciproque dans les accords de fourniture industrielle, peut souvent être justifiée, en particulier au-dessous du seuil de position dominante.

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

(200) On peut s'attendre à des gains d'efficacité dans le cas de la renonciation à certains investissements [point 107, d) et e)], et de tels gains d'efficacité sont plus probables pour des produits intermédiaires que pour des produits finals. Les autres gains d'efficacité sont moins probables. Les économies d'échelle éventuelles dans la distribution [point 107, g)] ne semblent pas pouvoir justifier la fourniture exclusive.

(201) 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, comme par exemple, un engagement de fourniture minimale pourrait bien s'avérer une solution moins restrictive.

(202) 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 et 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 de cinq ans. A et B peuvent continuer à vendre, et à acheter, les autres versions du composant auprès d'autres opérateurs. La part de marché détenue par l'acheteur B sur le marché en amont des composants et sur le marché en aval des biens finals est de 40 %. La part de marché détenue par le fournisseur de composants est de 35 %. Il existe deux autres fournisseurs de composants, dont la part de marché tourne autour de 20-25 %, et plusieurs autres, d'une taille plus petite.

Vu l'importance des investissements, l'accord remplit vraisemblablement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, en raison des gains d'efficacité et de son effet d'éviction limité. D'autres acheteurs ne peuvent pas se procurer une version particulière du produit du fournisseur A, dont la part de marché s'élève à 35 % et d'autres fournisseurs de composants pourraient développer des produits similaires. L'impossibilité à laquelle se heurtent d'autres fournisseurs de satisfaire une partie de la demande émanant de l'acheteur B ne porte au plus que sur 40 % du marché.

2.7. *Redevances d'accès payables d'avance*

(203) Les redevances d'accès payables d'avance sont des redevances fixes versées par les fournisseurs aux distributeurs dans le cadre d'une relation verticale, au début d'une certaine période, pour pouvoir accéder à leur réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent les détaillants. Cette catégorie recouvre diverses pratiques, telles que les primes d'allocation d'espace («slotting allowances») ⁽¹⁾, les redevances dites «de maintien» («pay-to-stay fees») ⁽²⁾, les paiements pour avoir accès aux campagnes de promotion d'un distributeur, etc. Les redevances d'accès payables d'avance bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des redevances d'accès payables d'avance dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.

⁽¹⁾ Redevances fixes que les fabricants versent aux détaillants pour accéder à leurs rayonnages.

⁽²⁾ Sommes forfaitaires versées pour prolonger la durée de présence d'un produit sur un rayonage.

(204) Les redevances d'accès payables d'avance peuvent parfois conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres distributeurs si elles incitent le fournisseur à écouler ses produits par l'intermédiaire d'un seul distributeur ou d'un nombre limité de distributeurs. Une redevance élevée peut pousser un fournisseur à chercher à écouler une part importante de ses ventes par l'intermédiaire du distributeur concerné afin de couvrir le coût de la redevance. Dans un tel cas, les redevances d'accès payables d'avance peuvent avoir le même effet d'éviction en aval qu'une obligation de type fourniture exclusive. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue par analogie avec celle des obligations de fourniture exclusive (voir en particulier les points 194 à 199).

(205) À titre exceptionnel, les redevances d'accès payables d'avance peuvent aussi conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres fournisseurs, si leur utilisation répandue renforce les barrières à l'entrée pour les nouveaux entrants de petite taille. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue par analogie avec celle des obligations de monomarkisme (voir en particulier les points 132 à 141).

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

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

(208) En outre, en raison de l'asymétrie des informations mentionnée au point 207, les fournisseurs peuvent être incités à détourner à leur profit les efforts promotionnels des distributeurs pour lancer sur le marché des produits qui ne sont pas optimaux. Si un produit ne rencontre pas de succès, les distributeurs paieront une partie des coûts de l'échec. Le recours à des redevances d'accès payables d'avance peut empêcher ce type de détournement en réorientant le risque d'échec du produit vers les fournisseurs, ce qui contribue à un taux d'introduction de nouveaux produits optimal.

2.8. Accords de gestion par catégorie

(209) Les accords de gestion par catégorie sont des accords par lesquels, dans le cadre d'un accord de distribution, le distributeur confie au fournisseur (le «capitaine de catégorie») la commercialisation d'une catégorie de produits incluant, en général, non seulement les produits du fournisseur, mais aussi ceux de ses concurrents. Le capitaine de catégorie peut ainsi avoir une influence sur, par exemple, le choix, le placement et la promotion des produits vendus dans le magasin. Ces accords bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des accords de gestion par catégorie dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.

(210) Si, dans la plupart des cas, les accords de gestion par catégorie ne posent pas de problème, ils peuvent parfois fausser la concurrence entre fournisseurs et, en fin de compte, conduire à une exclusion anticoncurrentielle d'autres fournisseurs si le capitaine de catégorie est en mesure, en raison de son influence sur les décisions de commercialisation du distributeur, de limiter ou de désavantager la distribution des produits de fournisseurs concurrents. Si, en règle générale, le distributeur n'a probablement pas intérêt à limiter son choix de produits, lorsqu'il vend aussi des produits concurrents sous sa propre marque (marques de distributeur), il peut être incité à exclure certains fournisseurs, en particulier ceux fournissant des produits de gamme intermédiaire. L'appréciation d'un tel effet d'éviction en amont s'effectue par analogie avec celle des obligations de monomarchisme (voir en particulier les points 132 à 141), sur la base d'éléments tels que la couverture de marché de ces accords, la position sur le marché détenue par les fournisseurs concurrents et l'éventuelle utilisation cumulative d'accords de ce type.

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

(212) Les accords de gestion par catégorie peuvent aussi faciliter la collusion entre fournisseurs en augmentant les possibilités qui s'offrent à eux de s'échanger, par l'intermédiaire des détaillants, des informations sensibles sur le marché, telles que, par exemple des informations sur les

prix, les plans promotionnels ou les campagnes de publicité à venir ⁽¹⁾.

(213) Toutefois, le recours à des accords de gestion par catégorie peut aussi entraîner des gains d'efficacité. Ces accords peuvent permettre aux distributeurs de bénéficier de l'expertise du fournisseur en matière de commercialisation d'un certain groupe de produits et de réaliser des économies d'échelle, en garantissant la présentation, au bon moment et directement sur les rayonnages, d'une quantité optimale de produits. La gestion par catégorie étant fondée sur les habitudes des clients, les accords de gestion par catégorie sont susceptibles d'aboutir à une plus grande satisfaction des clients, car ils contribuent à mieux répondre à leurs attentes. En règle générale, plus la concurrence intermarques est rude et plus les coûts de changement d'enseigne sont faibles pour les consommateurs, plus la gestion par catégorie est susceptible de générer des gains d'efficacité sur le plan économique.

2.9. Vente liée

(214) On parle de vente liée lorsque les clients qui achètent un produit (le produit liant) sont également tenus d'en acheter un autre, distinct (le produit lié), auprès du même fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci. La vente liée peut constituer un abus au sens de l'article 102 ⁽²⁾. Une vente liée peut également constituer une restriction verticale relevant de l'article 101 lorsqu'il en résulte une obligation du type monomarchisme (voir les points 129 à 150) pour le produit lié. Seule cette dernière situation est couverte par les présentes lignes directrices.

(215) Pour déterminer si des produits sont distincts, il y a lieu d'examiner la demande des clients. Deux produits sont distincts si, en l'absence de vente liée, un grand nombre de clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, ce qui permet aux deux produits d'être fabriqués d'une manière autonome ⁽³⁾. Parmi les éléments démontrant que deux produits sont distincts figurent les preuves directes que les clients, s'ils ont le choix, achètent le produit liant et le produit lié séparément auprès de sources d'approvisionnement différentes, ou des preuves indirectes, telles que la présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la production ou la vente du produit lié sans le produit liant ⁽⁴⁾, ou encore

⁽¹⁾ Les échanges d'informations directs entre concurrents ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie, voir l'article 2, paragraphe 4, dudit règlement et les points 27 et 28 des présentes lignes directrices.

⁽²⁾ Arrêt de la Cour de justice du 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commission* (C-333/94 P, Recueil 1996, p. I-5951) point 37. Voir aussi la communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (JO C 45 du 24.2.2009, p. 7).

⁽³⁾ Arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission* (T-201/04, Recueil 2007, p. II-3601), points 917, 921 et 922.

⁽⁴⁾ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1991, *Hilti AG/Commission* (T-30/89, Recueil 1991, p. II-1439) point 67.

des éléments indiquant que les entreprises ne jouissant que d'un pouvoir de marché limité, en particulier sur des marchés concurrentiels, ont tendance à ne pas lier ni grouper les produits en question. Par exemple, le souhait des consommateurs étant d'acheter des chaussures avec lacets et compte tenu du fait qu'il n'est pas pratique pour les distributeurs de lacer de nouvelles chaussures avec les lacets de leur choix, l'usage commercial veut que les fabricants de chaussures fournissent les chaussures avec lacets. La vente de chaussures avec lacets n'est par conséquent pas une vente liée.

- (216) Une vente liée peut avoir des effets d'éviction anticoncurrentiels sur le marché lié, le marché liant, ou les deux marchés à la fois. L'effet d'éviction dépend du pourcentage des ventes totales qui sont liées sur le marché du produit lié en question. Pour déterminer ce qu'il convient de considérer comme un verrouillage sensible susceptible de relever de l'article 101, paragraphe 1, l'analyse relative au monomarquisme peut être appliquée. Lier les ventes revient à imposer à l'acheteur au moins une certaine forme de quota d'achat pour le produit lié. Si une obligation de non-concurrence est en outre contractée pour le produit lié, la possibilité que des effets d'éviction se manifestent sur le marché du produit lié est accrue. La vente liée peut affaiblir la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié, mais pas le produit liant. Si le nombre de clients achetant uniquement le produit lié n'est pas suffisant pour soutenir les concurrents du fournisseur sur le marché lié, la vente liée peut exposer ces clients à des prix plus élevés. Si le produit lié constitue un produit complémentaire important pour les acheteurs du produit liant, une diminution du nombre d'autres fournisseurs possibles pour le produit lié et, partant, la rarefaction de ce produit peuvent rendre l'entrée sur le seul marché liant plus difficile.
- (217) La vente liée peut aussi aboutir directement à des prix au-dessus du niveau concurrentiel, en particulier dans trois situations. Premièrement, si le produit liant et le produit lié peuvent être utilisés dans des proportions variables comme intrants dans un processus de production, les clients peuvent réagir à une hausse du prix du produit liant en augmentant leur demande pour le produit lié et en la réduisant pour le produit liant. En liant les deux produits, le fournisseur peut chercher à éviter cette substitution de manière à pouvoir relever ses prix. Deuxièmement, lorsqu'une vente liée permet de pratiquer une discrimination par les prix en fonction de l'usage fait par le client du produit liant, par exemple le fait de lier la vente de cartouches d'encre à la vente de photocopieuses. Troisièmement, dans le cas de contrats à long terme ou dans le cas de marchés secondaires pour l'équipement d'origine à longue durée de vie, où il est difficile pour les clients de calculer les conséquences de la vente liée.
- (218) Les ventes liées bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30 % sur le marché du produit lié et sur celui du produit liant et que celle de l'acheteur ne dépasse pas 30 % sur les marchés en cause situés en amont. La vente liée peut être combinée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas des restrictions caractérisées au sens du règlement d'exemption par catégorie, telles qu'une clause de non-concurrence ou un quota d'achat concernant le produit liant, ou un approvisionnement exclusif. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des ventes liées dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.
- (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 ces concurrents sont suffisamment nombreux et puissants, des effets anticoncurrentiels sont improbables, car les acheteurs auront suffisamment d'autres possibilités d'acheter le produit liant sans le produit lié, à moins que d'autres fournisseurs ne pratiquent une vente liée similaire. Par ailleurs, les barrières à l'entrée sur le marché du produit liant sont à prendre en considération pour établir la position du fournisseur sur le marché. Lorsqu'une vente liée est combinée à une obligation de non-concurrence pour le produit liant, la position du fournisseur s'en trouve considérablement renforcée.
- (221) La puissance d'achat est un élément pertinent, car des acheteurs puissants n'accepteront pas facilement une vente liée sans profiter d'une partie au moins des gains d'efficacité éventuels. Par conséquent, les ventes liées qui ne sont pas fondées sur un gain d'efficacité constituent surtout un risque lorsque les acheteurs n'ont pas de puissance d'achat significative.
- (222) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question se pose de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. Une obligation de vente liée peut contribuer à la réalisation de gains d'efficacité grâce à une production conjointe ou à une distribution conjointe. Si le produit lié n'est pas fabriqué par le fournisseur, l'achat par ce dernier de quantités élevées de ce produit peut entraîner des gains d'efficacité. La vente liée ne peut toutefois remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, que s'il est démontré qu'une partie au moins de ces réductions de coûts est répercutée sur le consommateur, ce qui n'est normalement pas le cas lorsque le détaillant peut se procurer régulièrement des produits identiques ou équivalents aux mêmes conditions ou à des conditions meilleures que celles offertes par le fournisseur pratiquant la vente liée. Un autre gain d'efficacité peut exister lorsque la vente liée contribue à assurer une certaine uniformité et une certaine normalisation de la qualité [voir le point 107, i)]. Cependant, il convient de démontrer que ces effets positifs ne pourraient pas être obtenus avec la même efficacité en imposant à l'acheteur l'obligation d'utiliser ou de revendre des

produits satisfaisant à des normes de qualité minimales sans l'obliger à acquérir ces produits auprès du fournisseur ou de quelqu'un désigné par ce dernier. Les exigences relatives aux normes de qualité minimales ne relèvent normalement pas de l'article 101, 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 101, paragraphe 1, en particulier si le fournisseur du produit liant ne tire pas un avantage (financier) direct de la désignation des fournisseurs du produit lié.

2.10. Restrictions concernant le prix de vente

(223) Ainsi qu'il est expliqué à la section III.3, les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur doit appliquer, sont considérés comme des restrictions caractérisées. Si un accord inclut des prix de vente imposés, cet accord est présumé restreindre la concurrence, et donc relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, auquel cas l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné. Il incombe aux parties de démontrer qu'il est probable que des gains d'efficacité résultent de l'introduction de prix de vente imposés dans l'accord et que toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. Il revient alors à la Commission d'apprécier effectivement les effets négatifs probables sur la concurrence et les consommateurs avant de statuer sur la question de savoir si les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies.

(224) Les prix de vente imposés peuvent restreindre la concurrence de plusieurs manières. Premièrement, ils peuvent faciliter la collusion entre fournisseurs en améliorant la transparence des prix sur le marché, ce qui permet de détecter plus aisément si un fournisseur s'écarte de l'équilibre collusoire en baissant son prix. Les prix de vente imposés limitent aussi l'intérêt que le fournisseur aurait à réduire le prix qu'il pratique à l'égard de ses distributeurs, car le prix de vente fixé l'empêchera de profiter d'un accroissement des ventes. Cet effet négatif est particulièrement plausible lorsque le marché est enclin aux collusions, par exemple si les fabricants forment un oligopole restreint, et qu'une partie importante du marché est couverte par des prix de vente imposés. Deuxièmement, en éliminant la concurrence intramarque par les prix, les prix de vente imposés peuvent aussi faciliter la collusion entre les acheteurs, c'est-à-dire au niveau de la distribution. Des distributeurs puissants ou bien organisés peuvent être en mesure de forcer ou d'inciter un ou plusieurs fournisseurs à fixer leur prix de vente au-dessus du niveau concurrentiel et, ce faisant, les aider à instaurer ou à stabiliser un équilibre collusoire. L'affaiblissement

de la concurrence par les prix qui en résulte semble particulièrement problématique lorsque les prix imposés sont suggérés par les acheteurs, dont on peut s'attendre à ce que les intérêts horizontaux collectifs portent atteinte à ceux des consommateurs. Troisièmement, les prix de vente imposés peuvent plus généralement atténuer la concurrence entre les producteurs et/ou entre les détaillants, en particulier lorsque les producteurs passent par les mêmes distributeurs pour distribuer leurs produits et que des prix de vente imposés sont appliqués par l'ensemble ou une grande partie d'entre eux. Quatrièmement, les prix de vente imposés auront pour effet immédiat que tous les distributeurs, ou certains d'entre eux, se verront empêchés de baisser leurs prix de vente pour la marque concernée. En d'autres termes, l'effet direct des prix de vente imposés est une hausse de prix. Cinquièmement, les prix de vente imposés peuvent atténuer la pression sur la marge bénéficiaire du fabricant, en particulier lorsque celui-ci a un problème dit «d'engagement», c'est-à-dire lorsqu'il a intérêt à baisser le prix pratiqué à l'égard de distributeurs subséquents. Dans un tel cas de figure, le fabricant peut préférer accepter des prix imposés pour lui permettre de s'engager à ne pas baisser le prix pour les distributeurs subséquents et pour réduire la pression sur sa propre marge. Sixièmement, un fabricant disposant d'un pouvoir de marché peut recourir aux prix de vente imposés pour évincer du marché des concurrents plus petits. La marge supérieure que les prix de vente imposés sont susceptibles de garantir aux distributeurs peut inciter ces derniers à recommander aux clients la marque en question plutôt que d'autres marques concurrentes, même si ce conseil n'est pas dans l'intérêt de ces clients, ou à ne pas vendre du tout les marques concurrentes. Enfin, les prix de vente imposés peuvent réduire le dynamisme et l'innovation au niveau de la distribution. En empêchant la concurrence par les prix entre différents distributeurs, les prix de vente imposés peuvent empêcher des détaillants plus efficaces d'entrer sur le marché ou de parvenir à une taille critique grâce à des prix inférieurs. Ils peuvent aussi empêcher ou gêner l'introduction et l'expansion de modes de distribution fondés sur des prix peu élevés, tels que les magasins discount.

(225) Toutefois, les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficacité, qui seront appréciés conformément à l'article 101, paragraphe 3. En particulier lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles, pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît, pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de vente et, si les distributeurs sur ce marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également⁽¹⁾. De même, des prix de vente imposés, et non pas seulement

⁽¹⁾ En supposant que le fournisseur n'ait pas la possibilité en pratique d'imposer à tous les acheteurs, par voie de contrat, des obligations de promotion effective; voir aussi le point 107, a).

des prix de vente maximum, peuvent être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs. Parfois, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes. Si un nombre suffisant de clients s'appuient sur ces services pour faire leur choix, mais achètent ensuite les produits à un prix plus bas à des détaillants qui ne fournissent pas ces services (et, de ce fait, n'en supportent pas les coûts), les détaillants offrant un haut niveau de service peuvent réduire ou supprimer ces services qui augmentent la demande pour le produit du fournisseur. Les prix de vente imposés peuvent contribuer à prévenir un tel parasitisme au niveau de la distribution. Les parties devront démontrer à suffisance qu'il peut être attendu des prix de vente imposés que non seulement ils donnent les moyens de surmonter un éventuel parasitisme entre les détaillants sur ces services, mais aussi qu'ils incitent à le faire, et que les services de prévente profitent globalement aux consommateurs, comme élément de la démonstration du respect de toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

(226) La pratique qui consiste à conseiller un prix de vente à un revendeur ou à exiger d'un revendeur qu'il respecte un prix de vente maximal est couverte par le règlement d'exemption par catégorie lorsque la part de marché de chacune des parties à l'accord n'excède pas le seuil de 30 %, à condition que cela n'équivaille pas à un prix de vente minimum ou fixe sous l'effet de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par

elle. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des prix de vente maximaux ou recommandés dans les cas individuels où ce seuil est dépassé et pour les cas de retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie.

(227) Du point de vue de la concurrence, les prix maxima et conseillés risquent de fonctionner comme point de convergence pour les revendeurs et d'être suivis par la plupart, voire la totalité d'entre eux et/ou ils sont susceptibles d'atténuer la concurrence ou de faciliter la collusion entre les fournisseurs.

(228) Un élément 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 le risque est grand qu'un prix de vente maximal ou conseillé mène à l'application plus ou moins uniforme de ce niveau de prix par les revendeurs parce qu'ils pourraient s'en servir comme point de convergence. Les revendeurs pourraient estimer qu'il est difficile de s'écarter de ce qu'ils perçoivent comme le prix de vente privilégié proposé par un fournisseur tellement important sur le marché.

(229) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie dans le cas de prix de vente maximum ou conseillés, la question se pose d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 101, paragraphe 3. Pour les prix de vente maxima, le gain d'efficacité décrit au point 107, f) (éviter une double marginalisation) peut être particulièrement pertinent. Un prix de vente maximal peut aussi contribuer à garantir que la marque en question tienne mieux tête à ses concurrentes, y compris les propres marques de distributeur, distribuées par le même distributeur.