

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION****Approbation du contenu d'un projet de communication de la Commission — Communication de la Commission: Lignes directrices sur les restrictions verticales**

(2021/C 359/02)

La Commission a approuvé le contenu d'un projet de communication de la Commission — Communication de la Commission: Lignes directrices sur les restrictions verticales du 9 juillet 2021.

Le projet de communication de la Commission: Lignes directrices sur les restrictions verticales est joint en annexe à la présente communication. Le projet de communication de la Commission est soumis à une consultation publique à l'adresse suivante:

<http://ec.europa.eu/competition/consultations/open.html>

---

## ANNEXE

**PROJET DE COMMUNICATION DE LA COMMISSION****Communication de la Commission: Lignes directrices sur les restrictions verticales****TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Page</i>
1. Introduction .....	15
1.1. Objet et structure des présentes lignes directrices .....	15
1.2. Applicabilité de l'article 101 aux accords verticaux .....	16
2. Effets des accords verticaux .....	17
2.1. Effets positifs .....	17
2.2. Effets négatifs .....	19
3. Accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1 .....	20
3.1. Absence d'effet sur le commerce, accords d'importance mineure et PME .....	20
3.2. Contrats d'agence .....	21
3.2.1. Définition des contrats d'agence .....	21
3.2.2. Application de l'article 101, paragraphe 1, aux contrats d'agence .....	25
3.2.3. L'agence et l'économie des plateformes en ligne .....	26
3.3. Accords de sous-traitance .....	26
4. Champ d'application du règlement d'exemption .....	27
4.1. La zone de sécurité créée par le règlement d'exemption .....	27
4.2. Définition des accords verticaux .....	27
4.2.1. Les comportements unilatéraux n'entrent pas dans le champ d'application du règlement d'exemption .....	28
4.2.2. Les entreprises opèrent à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution .....	28
4.2.3. Les accords portent sur l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services .....	29
4.3. Les accords verticaux dans l'économie des plateformes en ligne .....	29
4.4. Les limites de l'application du règlement d'exemption .....	30
4.4.1. Associations de détaillants .....	30
4.4.2. Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle («DPI») .....	31
4.4.3. Accords verticaux entre concurrents .....	33
4.5. Rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie .....	35
4.6. Principaux types de systèmes de distribution .....	36
4.6.1. Systèmes de distribution exclusive .....	37
4.6.2. Systèmes de distribution sélective .....	42
4.6.3. Franchise .....	46
5. Définition des marchés et calcul des parts de marché .....	48
5.1. Communication sur la définition du marché .....	48
5.2. Le calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption .....	48
5.3. Calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption .....	49

6.	Application du règlement d'exemption .....	49
6.1.	Restrictions caractérisées conformément au règlement d'exemption .....	49
6.1.1.	Prix de vente imposés .....	51
6.1.2.	Restrictions caractérisées au sens de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption .....	55
6.1.3.	Restrictions des ventes de pièces détachées .....	63
6.2.	Restrictions exclues du règlement d'exemption .....	63
6.2.1.	Obligations de non-concurrence dépassant une durée de cinq ans .....	63
6.2.2.	Obligations de non-concurrence subsistant à l'expiration de l'accord .....	64
6.2.3.	Obligation de non-concurrence imposée aux membres d'un système de distribution sélective .....	64
6.2.4.	Obligations de parité .....	64
7.	Retrait et non-application .....	64
7.1.	Retrait du bénéfice du règlement d'exemption [article 29 du règlement (CE) n° 1/2003] .....	64
7.2.	Règlement déclarant le règlement d'exemption inapplicable (article 6 du règlement d'exemption) .....	67
8.	Politique suivie pour l'application aux cas individuels .....	67
8.1.	Cadre de l'analyse .....	67
8.1.1.	Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1 .....	68
8.1.2.	Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3 .....	70
8.2.	Analyse de certaines restrictions verticales .....	71
8.2.1.	Monomarquisme .....	71
8.2.2.	Fourniture exclusive .....	75
8.2.3.	Restrictions relatives à l'utilisation des places de marché en ligne .....	77
8.2.4.	Restrictions de l'utilisation d'outils de comparaison des prix .....	79
8.2.5.	Obligations de parité .....	81
8.2.6.	Redevances d'accès payables d'avance .....	84
8.2.7.	Accords de gestion par catégorie .....	85
8.2.8.	Vente liée .....	86

## 1. INTRODUCTION

### 1.1. Objet et structure des présentes lignes directrices

- (1) Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux et des pratiques concertées au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après l'«article 101») <sup>(1)</sup> et du règlement (UE) [[X]/2022] de la Commission du [[X] 2022] 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 (ci-après le «règlement d'exemption») <sup>(2)</sup>. Pour plus de facilité, sauf indication contraire, dans les présentes lignes directrices, le terme «accord» couvre également les pratiques concertées.
- (2) 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. Chaque accord doit toutefois être apprécié à la lumière des faits qui lui sont propres <sup>(3)</sup>. Les présentes lignes directrices ne peuvent donc pas être appliquées mécaniquement. Elles sont en outre sans préjudice de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour de justice»).
- (3) Les accords verticaux peuvent porter sur des biens et services intermédiaires comme sur des biens et services finals. Sauf indication contraire, les présentes lignes directrices s'appliquent à tous les types de biens et de services et à tous les stades du commerce.
- (4) Les lignes directrices sont structurées comme suit:
  - cette première section est une introduction, qui inclut des explications sur les raisons pour lesquelles la Commission fournit des orientations sur les accords verticaux, ainsi que sur la portée de ces orientations. Le reste de l'introduction décrit le contexte dans lequel l'article 101 s'applique aux accords verticaux,
  - la deuxième section fournit un aperçu des effets positifs et négatifs engendrés par les accords verticaux. Le règlement d'exemption dans son intégralité, les présentes lignes directrices et la politique suivie par la Commission pour l'application aux cas individuels ont été élaborés en tenant compte de ces effets,
  - la troisième section traite des accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1. Si le règlement d'exemption ne s'applique pas à ces accords, il est nécessaire de fournir des orientations sur les conditions dans lesquelles les accords verticaux ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1,
  - la quatrième section propose des orientations supplémentaires sur la portée du règlement d'exemption. Elle inclut des explications sur la zone de sécurité créée par le règlement d'exemption et la définition d'un accord vertical. Cette section aborde également plus en détail les accords verticaux liés à l'économie des plateformes en ligne, qui joue un rôle de plus en plus important dans la distribution des biens et services et dans laquelle les accords verticaux entre entreprises peuvent être difficiles à catégoriser à l'aide des concepts traditionnellement associés aux accords verticaux. Cette section explique en outre les limites de l'application du règlement d'exemption, telles qu'exposées à l'article 2, paragraphes 2 à 4, du règlement d'exemption, ainsi que le rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie au titre de l'article 2, paragraphe 8, du règlement d'exemption. Elle contient également une description des principaux types de systèmes de distribution. Cette description est pertinente pour plusieurs dispositions du règlement d'exemption, notamment la liste de restrictions caractérisées fournie à l'article 4, point b), du règlement d'exemption,
  - la cinquième section traite de la définition des marchés en cause et du calcul des parts de marché des entreprises parties à un accord vertical. Le but est d'évaluer si les seuils de part de marché prévus à l'article 3 du règlement d'exemption et déterminant l'applicabilité du règlement d'exemption sont dépassés,
  - la sixième section aborde les restrictions caractérisées établies à l'article 4 du règlement d'exemption et les restrictions exclues visées à l'article 5 du règlement d'exemption, en fournissant notamment des explications sur les raisons pour lesquelles la qualification en tant que restriction caractérisée ou exclue est pertinente,

<sup>(1)</sup> Les présentes lignes directrices remplacent la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur les restrictions verticales» (JO C 130 du 19.5.2010, p. 1).

<sup>(2)</sup> JO L [X] du [X].[X].[X], p. [X].

<sup>(3)</sup> La Commission continuera d'évaluer l'application du règlement d'exemption et des présentes lignes directrices et peut réviser la présente communication à la lumière de développements futurs.

- la septième section contient des orientations sur le retrait du bénéfice du règlement d'exemption au titre de l'article 29 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 <sup>(4)</sup> et des règlements déclarant le règlement d'exemption inapplicable au titre de l'article 6 du règlement d'exemption,
- la huitième section décrit la politique suivie par la Commission pour l'application aux cas individuels. À cette fin, elle explique la manière dont les accords verticaux sont évalués au titre de l'article 101, paragraphes 1 et 3, en dehors du champ d'application du règlement d'exemption, et fournit des orientations relatives à une liste non exhaustive d'accords verticaux particuliers.

## 1.2. Applicabilité de l'article 101 aux accords verticaux

- (5) L'article 101 vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords, qu'ils soient horizontaux ou verticaux <sup>(5)</sup>, pour empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché, au détriment, en fin de compte, des consommateurs. L'article 101 poursuit également l'objectif plus large de réaliser un marché intérieur intégré <sup>(6)</sup>, renforçant la concurrence dans l'Union européenne. Les entreprises ne peuvent pas utiliser des accords verticaux pour recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés.
- (6) L'article 101 s'applique aux accords verticaux et aux restrictions incluses dans ceux-ci qui affectent le commerce entre États membres et qui empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence <sup>(7)</sup>. Il fournit un cadre juridique pour l'appréciation des restrictions verticales <sup>(8)</sup>, 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 relevant de l'article 101, paragraphe 1, qui procurent des avantages suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels <sup>(9)</sup>.
- (7) S'il n'y a pas de chronologie obligatoire à respecter pour l'évaluation des accords verticaux, celle-ci implique généralement les étapes ci-après.
- 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 ou services 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 la zone de sécurité créée par le règlement d'exemption, pour autant qu'il n'inclue aucune restriction caractérisée et aucune restriction exclue ne pouvant être dissociée du reste de l'accord vertical.
  - 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 individuelle prévues à l'article 101, paragraphe 3.

<sup>(4)</sup> JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

<sup>(5)</sup> Aux fins de l'application du règlement d'exemption, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), dudit règlement définit un «accord vertical» comme étant «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». Plus d'orientations sur cette définition sont fournies à la section 4.2 des présentes lignes directrices.

<sup>(6)</sup> Voir, par exemple, les arrêts de la Cour de justice du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission*, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, points 25 et 26; du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, point 22; du 27 mars 2012, *Post Danmark A/S/Konkurrencerådet*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, points 20 à 24; et du 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc./Commission*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, point 133.

<sup>(7)</sup> Voir notamment les arrêts de la Cour de justice du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission de la CEE*, 56/64 et 58/64, ECLI:EU:C:1966:41; et du 30 juin 1966, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38; et l'arrêt du Tribunal du 14 juillet 1994, *Parker Pen/Commission*, T-77/92, ECLI:EU:T:1994:85.

<sup>(8)</sup> Aux fins de l'application du règlement d'exemption, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption définit une «restriction verticale» comme étant une «restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1» [italiques ajoutés]. Plus d'orientations sur les accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, sont fournies à la section 3 des présentes lignes directrices.

<sup>(9)</sup> 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.

## 2. EFFETS DES ACCORDS VERTICAUX

- (8) L'évaluation des restrictions verticales au titre de l'article 101 et l'application du règlement d'exemption doivent tenir compte de tous les paramètres pertinents de la concurrence, tels que les prix, la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits et l'innovation. Elles doivent également tenir compte du fait que les accords verticaux conclus entre entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution sont généralement moins préjudiciables que les accords horizontaux entre des concurrents fournissant des biens ou des services substituables. Cela s'explique, en principe, par la nature complémentaire des activités des parties à un accord vertical, qui implique généralement que les actions favorables à la concurrence de l'une des entreprises bénéficient à l'autre partie à l'accord, et, en fin de compte, aux consommateurs. Contrairement aux accords horizontaux, les parties à un accord vertical sont donc généralement incitées à se mettre d'accord sur des prix plus bas et des niveaux de service plus élevés, ce qui bénéficie également aux consommateurs. Compte tenu de la nature complémentaire des activités des parties à un accord vertical en ce qui concerne la mise sur le marché de biens ou de services, des restrictions verticales peuvent également permettre de réaliser des gains d'efficacité substantiels, par exemple en optimisant les processus de fabrication et de distribution et les services.
- (9) Les entreprises jouissant d'un pouvoir de marché peuvent tenter d'utiliser des restrictions verticales pour poursuivre un objet contraire à la concurrence qui sera, en fin de compte, préjudiciable pour les consommateurs. 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. Toutefois, compte tenu de la nature complémentaire des activités des parties à un accord vertical, l'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise en amont ou en aval serait normalement dommageable pour la demande de biens ou services contractuels de l'autre entreprise partie à l'accord vertical. Les entreprises parties à un accord vertical ont donc généralement une bonne raison d'empêcher l'autre partie au contrat d'exercer un pouvoir de marché.

### 2.1. Effets positifs

- (10) Les accords verticaux peuvent avoir des effets positifs, par exemple en baissant les prix, en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que les prix ou en améliorant la qualité des services. Les relations 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, peuvent souvent conduire à un niveau d'investissements et de ventes trop faible, étant donné qu'elles ne tiennent pas compte des externalités découlant de la nature complémentaire des activités du fournisseur et de ses distributeurs. Ces externalités se divisent en deux catégories: les externalités verticales et les externalités horizontales.
- (11) Les externalités verticales se produisent parce que les décisions et les mesures prises à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement et de distribution déterminent des aspects de la vente de biens ou de services, tels que le prix, la qualité, les services connexes et la commercialisation, qui affectent non seulement l'entreprise prenant les décisions mais aussi d'autres entreprises situées à d'autres niveaux de la chaîne d'approvisionnement et de distribution. Par exemple, un distributeur peut ne pas retirer l'intégralité du bénéfice de ses efforts visant à accroître ses ventes, une partie en revenant au fournisseur. En effet, toute unité supplémentaire vendue par le distributeur en abaissant son prix ou en augmentant ses efforts de vente entraîne un bénéfice pour le fournisseur, si son prix de gros dépasse ses coûts de production marginaux. De ce fait, le fournisseur peut bénéficier d'une externalité positive découlant des actions du distributeur. À l'inverse, il peut exister des situations dans lesquelles, du point de vue du fournisseur, le distributeur pratique peut-être des prix trop élevés<sup>(10)</sup> et/ou fait trop peu d'efforts pour vendre ses produits.
- (12) Des externalités horizontales peuvent se produire entre des distributeurs des mêmes biens ou services lorsque l'un d'entre eux n'est pas en mesure de retirer pleinement le bénéfice de ses efforts de vente. Par exemple, des services de prévente fournis par un distributeur et augmentant la demande, tels que des conseils personnalisés relatifs à des biens ou services donnés, peuvent entraîner une augmentation des ventes des distributeurs concurrents proposant les mêmes biens ou services et inciter par conséquent des distributeurs à détourner à leur profit les services onéreux fournis par d'autres. Dans un environnement de distribution reposant sur les deux canaux de commercialisation (en ligne et hors ligne), un tel parasitisme peut se produire dans les deux directions<sup>(11)</sup>. Par exemple, des clients peuvent se rendre dans un point de vente physique pour tester des biens ou services ou

<sup>(10)</sup> Ce que l'on appelle parfois le «problème de la double marginalisation».

<sup>(11)</sup> Voir le document de travail des services de la Commission — Évaluation du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux [SWD(2020) 172 final du 10.5.2017 (en anglais uniquement), p. 31 à 42], et l'étude d'évaluation qui y est mentionnée; et le rapport final de la Commission relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique [COM(2017) 229 final du 10.5.2017], point 11.

obtenir d'autres informations utiles sur lesquelles ils fonderont leur décision d'achat, mais commander ensuite le produit en ligne, auprès d'un autre distributeur. À l'inverse, les clients peuvent collecter des informations préalablement à leur achat (notamment de l'inspiration, des informations et des évaluations) auprès d'un point de vente en ligne, puis se rendre dans un point de vente physique, demander de tester des biens ou services donnés sur la base de ces informations, et enfin procéder à l'achat hors ligne, dans un point de vente physique. Lorsqu'un tel parasitisme est possible, et lorsque le distributeur qui fournit les services de prévente n'est pas en mesure de retirer pleinement le bénéfice de ces services, la fourniture de tels services peut ne pas être optimale sur le plan des quantités ou de la qualité.

- (13) En présence de telles externalités, les fournisseurs sont incités à contrôler certains aspects des opérations de leurs distributeurs. En particulier, les accords verticaux peuvent permettre aux fournisseurs d'internaliser les effets externes susmentionnés et d'accroître le bénéfice conjoint de la chaîne d'approvisionnement et de distribution verticale et, dans certaines circonstances, le bien-être des consommateurs.
- (14) Bien qu'elles s'efforcent de fournir une vue d'ensemble exhaustive des différents motifs pouvant justifier la mise en œuvre de restrictions verticales, les présentes lignes directrices ne prétendent pas à l'exhaustivité. Les motifs exposés ci-après peuvent justifier l'application de certaines restrictions verticales.
- a) Le problème des externalités verticales ou de la double marginalisation: la fixation d'un prix trop élevé par le distributeur, sans tenir compte de l'effet de ses décisions sur le fournisseur, peut être évitée si le fournisseur impose un prix de revente maximum au distributeur. Pour augmenter les efforts de vente du distributeur, le fournisseur peut, par exemple, avoir recours à la distribution sélective ou exclusive.
  - b) Le problème du parasitisme: le parasitisme entre acheteurs peut se produire au niveau du commerce de gros ou de détail, en particulier lorsque le fournisseur n'a pas la possibilité d'imposer à tous les acheteurs des obligations de promotion ou de service effectives. 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. Les efforts de prévente susceptibles de faire l'objet d'un parasitisme peuvent être importants, par exemple, lorsque les biens ou services sont relativement nouveaux, techniquement complexes ou de grande valeur, ou lorsque leur réputation joue un rôle majeur dans leur demande. Des restrictions prenant la forme d'une obligation de non-concurrence peuvent constituer une réponse satisfaisante au parasitisme entre fournisseurs.
  - c) L'ouverture ou la pénétration de nouveaux marchés: lorsqu'un fournisseur souhaite pénétrer sur un nouveau marché géographique, par exemple en exportant ses produits vers un autre pays, cela peut impliquer certains investissements à fonds perdus 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. Cela peut justifier d'empêcher les distributeurs situés sur d'autres marchés géographiques de vendre sur le nouveau marché (voir également point 167 des présentes lignes directrices). Il s'agit d'un cas particulier du problème de parasitisme décrit au point b) ci-dessus.
  - d) Le parasitisme de certification: dans certains secteurs, certains distributeurs ont la réputation de ne commercialiser que des produits de qualité ou de ne fournir que des services de qualité (ce que l'on appelle des «distributeurs premium»). Dans ces conditions, le recours à ces distributeurs peut se révéler essentiel, notamment pour le lancement d'un produit nouveau. Si le fournisseur ne peut limiter ses ventes à ces distributeurs premium, il court le risque de voir son produit dévalorisé. Il peut donc être justifié d'autoriser une distribution exclusive ou sélective.
  - e) 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 investissements dans des équipements spéciaux ou des formations. Par exemple, un fabricant de composants peut devoir construire de nouvelles machines et de nouveaux outils pour satisfaire un besoin particulier d'un de ses clients. Lorsque de tels investissements propres à un client ne peuvent être réalisés sur la base d'un contrat direct, ou seulement de manière incomplète, l'entreprise concernée risque de ne pas pouvoir s'engager à assurer le niveau d'investissements optimal du point de vue du fournisseur, et, une fois sélectionné par ce dernier, l'acheteur risque de ne pouvoir réaliser que des investissements trop faibles. Des accords verticaux peuvent contribuer à éliminer ou à atténuer de tels problèmes d'engagement.

- f) 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 prenant la forme d'une obligation de non-concurrence. Celle-ci ne relèvera normalement pas de l'article 101, paragraphe 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 ses produits ou services, le fabricant peut souhaiter confier la revente de ceux-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) L'uniformité et les normes de qualité: une restriction verticale peut 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, accroissant ainsi l'intérêt du consommateur final pour ses produits ou services et, partant, augmentant ses ventes. Cela s'applique par exemple à la distribution sélective et à la franchise.
- i) Les imperfections du marché des capitaux: les pourvoyeurs de fonds tels que les banques et les 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 obligation de non-concurrence ou des 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.
- (15) Les neuf situations énumérées au point précédent montrent que, de manière générale, 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 qui facilitent l'introduction de biens ou services nouveaux et 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 ses biens ou services à l'acheteur [voir en particulier les situations décrites au point précédent, sous-points a), b), f), g) et h)].
- (16) Il y a une forte substituabilité entre les différentes restrictions verticales, ce qui signifie qu'un même problème d'inefficacité peut être résolu au moyen de différentes restrictions verticales. Par exemple, une entreprise peut réaliser des économies d'échelle au niveau de la distribution en recourant à la distribution exclusive ou sélective, aux quotas ou à l'approvisionnement exclusif. 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.

## 2.2. Effets négatifs

- (17) 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 notamment 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 (explicite ou tacite) <sup>(12)</sup> entre fournisseurs, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intermarques;
- c) atténuation de la concurrence entre l'acheteur et ses concurrents ou facilitation de la collusion (explicite ou tacite) entre ces acheteurs. Toutefois, une réduction de la concurrence intramarque (c'est-à-dire de la concurrence entre les distributeurs des biens ou services du même fournisseur) est intrinsèquement peu susceptible d'entraîner des effets négatifs pour les consommateurs à partir du moment où la concurrence intermarques (c'est-à-dire la concurrence entre les distributeurs des biens ou services de différents fournisseurs) est élevée;
- d) création d'obstacles à l'intégration du marché, y compris, notamment, les restrictions à la possibilité pour les consommateurs d'acheter des biens ou services dans tout État membre de leur choix.

<sup>(12)</sup> En ce qui concerne les notions de collusion explicite et tacite, voir l'arrêt de la Cour de justice du 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85 à 129/85, ECLI:EU:C:1993:120.

- (18) L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des fournisseurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de gros des biens ou services (et d'augmenter ainsi potentiellement les prix de détail), de limiter le choix de biens ou de services, de faire baisser la qualité de ces derniers ou de réduire le degré d'innovation au niveau des fournisseurs. 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 biens ou services, 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 au niveau de la distribution.
- (19) Sur un marché où des détaillants 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.
- (20) 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 <sup>(13)</sup>.

### 3. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1

#### 3.1. Absence d'effet sur le commerce, accords d'importance mineure et PME

- (21) Avant d'aborder le champ d'application du règlement d'exemption, son application et, plus généralement, l'évaluation des accords verticaux au regard de l'article 101, paragraphes 1 et 3, il importe de rappeler que le règlement d'exemption ne s'applique qu'aux accords entrant *dans* le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1.
- (22) Les accords qui ne sont pas de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres (absence d'effets sur le commerce) ou qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence (accords d'importance mineure) ne relèvent pas du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1 <sup>(14)</sup>. La Commission a fourni des orientations sur l'absence d'effets sur le commerce dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (ci-après les «lignes directrices relatives à l'affectation du commerce») <sup>(15)</sup> ainsi que sur les accords d'importance mineure dans sa communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après la «communication de minimis») <sup>(16)</sup>. Les présentes lignes directrices sont sans préjudice des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce et de la communication de minimis, ainsi que de toute orientation future publiée par la Commission à cet égard.
- (23) Les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce exposent les principes élaborés par les juridictions de l'Union afin d'interpréter la notion d'affectation du commerce et d'indiquer quand les accords ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Elles incluent une présomption négative réfutable applicable à tous les accords au sens de l'article 101, paragraphe 1, quelle que soit la nature des restrictions figurant dans ces accords, et donc également aux accords contenant des restrictions caractérisées <sup>(17)</sup>. Selon cette présomption, les accords verticaux ne sont pas, en principe, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque i) la part de marché totale des parties sur un marché de l'Union en cause affecté par l'accord n'excède pas 5 %, et ii) le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans l'Union par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros <sup>(18)</sup>. La Commission peut écarter cette présomption si une analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire.

<sup>(13)</sup> Des effets cumulatifs peuvent notamment justifier le retrait du bénéfice du règlement d'exemption; voir section 7.1 des présentes lignes directrices.

<sup>(14)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 13 décembre 2012, Expedia/Autorité de la concurrence e.a., C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, points 16 et 17, avec d'autres références.

<sup>(15)</sup> JO C 101 du 27.4.2004, p. 81.

<sup>(16)</sup> JO C 291 du 30.8.2014, p. 1.

<sup>(17)</sup> Point 50 des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce.

<sup>(18)</sup> Point 52 des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce.

- (24) Comme énoncé dans la communication de minimis, les accords verticaux conclus entre non-concurrents sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord <sup>(19)</sup>. Cette règle générale admet deux exceptions. Premièrement, en ce qui concerne les restrictions caractérisées, l'article 101, paragraphe 1, s'applique indépendamment des parts de marché des parties <sup>(20)</sup>. En effet, un accord qui est de nature à porter atteinte au commerce entre les États membres et a un objet anticoncurrentiel peut constituer, de par sa nature et indépendamment de ses effets concrets, une restriction sensible de la concurrence <sup>(21)</sup>. Deuxièmement, les seuils de part de marché de 15 % sont réduits à 5 % lorsque, sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords. Les points 241 à 243 des présentes lignes directrices traitent des effets cumulatifs dans le contexte du retrait du bénéfice du règlement d'exemption. Comme précisé dans la communication de minimis, on considère que les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage <sup>(22)</sup>.
- (25) En outre, les accords verticaux conclus par des entreprises dont une au moins possède une part de marché individuelle supérieure à 15 % ne sont pas présumés relever automatiquement de l'article 101, paragraphe 1. De tels accords peuvent tout de même ne pas avoir d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou ne pas constituer une restriction sensible du jeu de la concurrence <sup>(23)</sup>. Ils doivent donc être appréciés dans leur contexte juridique et économique. Les présentes lignes directrices incluent des critères pour l'appréciation individuelle de ces accords.
- (26) En outre, la Commission considère que les accords verticaux entre petites et moyennes entreprises (ci-après les «PME») <sup>(24)</sup> sont rarement de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres. Elle estime également qu'il est rare que de tels accords restreignent sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, à moins qu'ils ne comportent des restrictions de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1. Par conséquent, les accords verticaux entre PME ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1. 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, à moins que les entreprises ne détiennent, collectivement ou séparément, une position dominante sur une partie substantielle du marché intérieur.

## 3.2. Contrats d'agence

### 3.2.1. Définition des contrats d'agence

- (27) 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.
- (28) Dans certaines circonstances, la relation entre un agent et son commettant peut être caractérisée comme une relation dans laquelle l'agent n'agit plus en tant qu'opérateur économique indépendant. Tel est le cas lorsque l'agent ne supporte aucun risque financier ou commercial, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut ou négocie au nom du commettant, comme expliqué plus en détail ci-dessous <sup>(25)</sup>. Dans ce cas, le contrat d'agence n'entre pas dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1. La qualification donnée à l'accord par les parties ou par la législation nationale est sans incidence pour l'évaluation. Étant donné qu'elles constituent une exception à l'applicabilité générale de l'article 101 aux accords entre entreprises, les conditions de la qualification d'un accord en tant que contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, devraient faire l'objet d'une interprétation étroite.

<sup>(19)</sup> Point 8 de la communication de minimis, qui inclut également un seuil de part de marché pour les accords conclus entre concurrents existants ou potentiels, selon lequel ces accords ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord.

<sup>(20)</sup> Voir les arrêts de la Cour de justice du 9 juillet 1969, Voelk/Vervaecke, 5/69, ECLI:EU:C:1969:35; du 6 mai 1971, Cadillon/Höss, 1/71, ECLI:EU:C:1971:47; et du 28 avril 1998, Javico/Yes Saint Laurent Parfums SA, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, points 16 et 17.

<sup>(21)</sup> Arrêt de la Cour de justice du 13 décembre 2012, Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a., C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, point 37.

<sup>(22)</sup> Point 8 de la communication de minimis.

<sup>(23)</sup> Voir l'arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, point 98.

<sup>(24)</sup> Telles que définies dans l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 36).

<sup>(25)</sup> Voir l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 2005, DaimlerChrysler/Commission, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322; et les arrêts de la Cour de justice du 14 décembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784; et du 11 septembre 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL, C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485.

- (29) Trois types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour la qualification d'un accord en tant que contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1.
- Premièrement, il y a 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, il y a 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, il y a les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent, dans le cadre de la relation d'agence, de se charger de ces activités non pas pour son compte en tant qu'agent, mais à ses propres risques.
- (30) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, un accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque relevant des trois types susmentionnés, ou n'en supporte qu'une partie négligeable. L'importance de ces risques éventuellement supportés par l'agent doit généralement être appréciée sur la base des recettes générées par l'agent en fournissant les services d'agence, et non sur la base des recettes générées par la vente des biens ou services couverts par le contrat d'agence. 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 pouvant être utilisé pour n'importe quel type d'activité, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation.
- (31) Eu égard à ce qui précède, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, la liste ci-après propose des exemples de caractéristiques généralement observées dans les contrats d'agence. Tel est le cas lorsque l'agent:
- a) ne fait pas l'acquisition des biens achetés ou vendus en vertu du contrat d'agence et ne fournit pas lui-même les services contractuels. Le fait que l'agent puisse temporairement, pour une très brève période, faire l'acquisition des biens contractuels pendant qu'il les vend pour le compte du commettant n'empêche pas l'existence d'un contrat d'agence, pour autant que l'agent n'assume aucun des coûts ou des risques liés à ce transfert de propriété;
  - b) 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;
  - c) 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);
  - d) n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client (par exemple, en cas de non-paiement 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'assume pas de responsabilité vis-à-vis des clients ou d'autres tiers pour les pertes ou dommages résultant de la fourniture des biens ou des services contractuels, sauf si, en tant qu'agent, sa responsabilité pour faute est engagée à cet égard;
  - f) n'est pas tenu, directement ni indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes, y compris en contribuant au budget publicitaire du commettant ou aux activités publicitaires ou promotionnelles spécifiquement liées aux biens ou services contractuels;

- g) ne réalise pas d'investissements propres au marché dans des équipements, des locaux, la formation du personnel ou la publicité propre aux biens ou services contractuels, 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, ou dans la publicité relative aux itinéraires ou destinations dans le cas d'agents de voyage qui vendent des vols ou des logements en hôtel, sauf si ces coûts lui sont intégralement remboursés par le commettant;
- h) ne se charge pas d'autres activités sur le même marché de produits à la demande du commettant dans le cadre de la relation d'agence (par exemple, la livraison des biens), sauf si ces activités lui sont intégralement remboursées par ce dernier.
- (32) Si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités aux points 28 à 31 des présentes lignes directrices, 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 l'agent supporte des risques propres au contrat qui ne sont pas négligeables suffit à conclure que l'agent est un distributeur indépendant. 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 peut y avoir lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités demandées dans le cadre de la relation d'agence et menées sur le même marché de produits.
- (33) Un commettant peut utiliser différentes méthodes pour rembourser les risques pertinents, pour autant que ces méthodes garantissent que l'agent ne supporte aucun risque relevant des types mentionnés aux points 28 à 31 des présentes lignes directrices, ou n'en supporte qu'une partie négligeable. Par exemple, un commettant peut choisir de rembourser les coûts exacts supportés, il peut couvrir les coûts au moyen d'une somme forfaitaire fixe, ou il peut aussi verser à l'agent un pourcentage fixe des recettes générées par les biens ou services vendus dans le cadre du contrat d'agence. Pour s'assurer que tous les risques pertinents sont couverts, il peut être nécessaire de prévoir une méthode simple permettant à l'agent de déclarer et de demander le remboursement de tous les coûts excédant la somme forfaitaire ou le pourcentage fixe convenu. Il peut également être nécessaire que le commettant assure un contrôle systématique de toute modification des coûts pertinents et adapte le montant forfaitaire ou le pourcentage fixe en conséquence. Lorsque les coûts pertinents sont remboursés au moyen d'un pourcentage du prix des produits vendus dans le cadre du contrat d'agence, le commettant devrait également tenir compte de la possibilité que l'agent supporte des coûts pertinents d'investissements propres au marché même lorsqu'il ne réalise que des ventes faibles, voire nulles, pendant une période donnée. Ces coûts doivent être remboursés par le commettant.
- (34) Un distributeur indépendant de certains biens ou services d'un fournisseur peut également servir d'agent pour d'autres biens ou services du même fournisseur, pour autant que les activités et risques couverts par le contrat d'agence puissent être effectivement déterminés (par exemple parce qu'ils concernent des biens ou services présentant des fonctionnalités supplémentaires ou des caractéristiques nouvelles). Pour que l'accord soit considéré comme un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, le distributeur indépendant doit être véritablement libre de le conclure (par exemple, le commettant ne peut pas imposer de fait la relation d'agence en menaçant l'agent de résilier le contrat de distribution ou d'en dégrader les conditions), et, comme mentionné aux points 28 à 31 des présentes lignes directrices, tous les risques pertinents liés à la vente des biens ou services couverts par le contrat d'agence, y compris les investissements propres au marché, doivent être supportés par le commettant.
- (35) Lorsqu'un agent se charge d'autres activités pour le même fournisseur, ou pour d'autres, à ses propres risques, il est possible que les conditions qui lui sont imposées pour son activité d'agent influencent ses motivations et limitent sa liberté de décision au moment de vendre des produits en tant qu'activité indépendante. En particulier, il existe un risque que la politique de prix pratiquée par le commettant pour les produits vendus dans le cadre du contrat d'agence influence les motivations de l'agent/distributeur à fixer indépendamment le prix des produits qu'il vend en tant que distributeur indépendant. En outre, la combinaison du rôle d'agent et du rôle de distributeur indépendant pour le même fournisseur fait qu'il est difficile de distinguer les investissements et les coûts relatifs au rôle d'agent, y compris les investissements propres au marché, des investissements uniquement liés à l'activité indépendante. Dans un tel cas de figure, il peut donc s'avérer particulièrement complexe de déterminer si une relation d'agence remplit les conditions énoncées aux points 28 à 31 des présentes lignes directrices <sup>(26)</sup>.

<sup>(26)</sup> Arrêt de la Cour de justice du 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA e.a./Commission, affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, points 537 à 557.

- (36) Les risques décrits aux points 28 à 31 des présentes lignes directrices sont particulièrement significatifs lorsque l'agent se charge d'autres activités en tant que distributeur indépendant pour le même commettant sur le même marché de produits. À l'inverse, ces risques sont moins susceptibles de survenir si les autres activités dont se charge l'agent en tant que distributeur indépendant concernent un autre marché de produits<sup>(27)</sup>. Plus généralement, moins les produits sont interchangeable, moins ces risques sont susceptibles de survenir. Sur les marchés de produits comprenant des produits qui ne présentent pas de caractéristiques objectivement distinctes, telles qu'une qualité supérieure, des caractéristiques nouvelles ou des fonctions supplémentaires, une telle détermination semble plus difficile et il existe donc un risque élevé que l'agent soit influencé par les conditions du contrat d'agence, notamment en ce qui concerne la fixation des prix, pour les produits qu'il distribue de manière indépendante.
- (37) Afin de déterminer les investissements propres au marché à rembourser au moment de conclure un contrat d'agence avec l'un de ses distributeurs indépendants déjà actif sur le marché en cause, le commettant devrait se fonder sur la situation hypothétique d'un agent qui n'est pas encore actif sur le marché en cause pour apprécier quels sont les investissements qui sont pertinents pour le type d'activité pour lequel l'agent est désigné. Les seuls investissements propres au marché que le commettant ne devrait pas couvrir seraient ceux qui concernent exclusivement la vente de produits différenciés sur le même marché de produits qui ne sont pas vendus dans le cadre du contrat d'agence, mais sont distribués de manière indépendante, par opposition aux investissements propres au marché nécessaires pour opérer sur le marché de produits en cause, que le commettant devrait couvrir dans tous les cas. En effet, l'agent ne supporterait pas les coûts propres au marché correspondant aux produits différenciés s'il n'agissait pas également en tant que distributeur indépendant pour ces produits en plus des produits qu'il distribue en tant qu'agent, pour autant qu'il puisse opérer sur le marché en cause sans vendre les premiers produits. Dans la mesure où les investissements pertinents ont déjà été amortis (par exemple, des investissements dans des meubles propres à l'activité), le remboursement peut être adapté proportionnellement.
- (38) Exemple de manière dont les coûts peuvent être répartis dans le cas d'un distributeur qui agit également en qualité d'agent pour certains produits pour le même fournisseur.

Un distributeur indépendant vend les produits A, B et C. Les produits A et B appartiennent au même marché de produits, qui comprend des produits différenciés présentant objectivement des caractéristiques différentes. Le produit C appartient à un autre marché de produits.

Un fournisseur du produit B distribue généralement ses produits en faisant appel à des distributeurs indépendants. Toutefois, pour la distribution d'un type donné du même produit, à savoir le produit A présentant une nouvelle fonctionnalité, il souhaite avoir recours à un contrat d'agence, qu'il propose à ses distributeurs indépendants existants sur le même marché de produits, sans les contraindre, de droit ou de fait, à conclure ce contrat.

Pour que le contrat d'agence ne relève pas du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et remplisse les conditions des points 28 à 31 des présentes lignes directrices, le commettant doit couvrir l'ensemble des investissements pertinents pour l'activité de vente des produits A et B (et non pas uniquement des produits A), étant donné qu'ils appartiennent au même marché de produits. Par exemple, tous les coûts supportés afin d'adapter ou d'aménager un magasin en vue de présenter et de vendre les produits A et B sont probablement propres au marché. De même, les coûts exposés afin de former le personnel à vendre les produits A et B et ceux liés au matériel de stockage spécifique susceptible d'être nécessaire pour les produits A et B sont, eux aussi, probablement propres au marché. Ces investissements pertinents, qu'un agent devrait normalement réaliser pour entrer sur le marché et commencer à vendre les produits A et B, devraient être supportés par le commettant même si l'agent en question est déjà établi sur ce marché en tant que distributeur indépendant.

En revanche, le commettant ne devrait pas couvrir les investissements relatifs à la vente du produit C, lequel n'appartient pas au même marché de produits que les produits A et B. Par ailleurs, si la vente du produit B nécessitait des investissements spécifiques non nécessaires pour la vente du produit A (par exemple, du mobilier spécifique ou une formation du personnel), ces investissements ne seraient pas pertinents et ne devraient donc pas être couverts par le commettant, pour autant qu'un distributeur puisse opérer sur le marché en cause comprenant les produits A et B en vendant uniquement le produit A.

<sup>(27)</sup> Arrêt du Tribunal (cinquième chambre) du 15 septembre 2005, DaimlerChrysler AG/Commission, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, points 100 et 113.

En ce qui concerne la publicité, les investissements destinés à assurer la publicité du magasin de l'agent en lui-même (et non la publicité du produit A spécifiquement) bénéficieraient à la fois au magasin de l'agent en général et aux ventes des produits A, B et C, alors que seul le produit A est vendu dans le cadre du contrat d'agence. Ces coûts seraient donc en partie pertinents pour l'évaluation du contrat d'agence, dans la mesure où ils concernent la vente du produit A, qui est vendu dans le cadre du contrat d'agence, alors qu'ils sont également pertinents pour l'activité générale de la vente des produits A et B. Les coûts d'une campagne publicitaire concernant exclusivement les produits B ou C, en revanche, ne seraient pas pertinents et ne devraient donc pas être couverts par le commettant, pour autant qu'un distributeur puisse opérer sur le marché en cause en ne vendant que le produit A.

Les mêmes principes s'appliquent aux investissements dans un site internet ou une boutique en ligne, puisqu'une partie de ces investissements ne seraient pas pertinents étant donné qu'ils devraient être réalisés même en l'absence des produits vendus dans le cadre du contrat d'agence. Dès lors, des investissements généraux dans la conception d'un site internet ne devraient pas être remboursés, dans la mesure où la structure du site internet elle-même pourrait être utilisée pour vendre d'autres produits que ceux appartenant au marché de produits en cause (par exemple, des produits C, ou, plus généralement, des produits autres que les produits A et B). En revanche, des investissements relatifs à l'activité de vente ou de publicité des produits sur le marché de produits en cause (c'est-à-dire les produits A et B) sur le site internet seraient pertinents. Par conséquent, en fonction du niveau d'investissement requis pour vendre et faire la publicité des produits A et B sur le site internet, le commettant devrait couvrir une partie des coûts d'établissement du site internet ou de la boutique en ligne. D'éventuels investissements visant à vendre uniquement le produit B ou à en faire la publicité ne devraient pas être couverts, pour autant qu'un distributeur puisse opérer sur le marché en cause en ne vendant que le produit A.

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

- (39) Lorsqu'un accord remplit les conditions requises pour être qualifié de contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 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. La prise en charge, par l'agent, des obligations énumérées à la fin du présent point sera considérée comme inhérente à un contrat d'agence, étant donné que ces obligations sont liées à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels. Cela est essentiel pour que le commettant assume les risques relatifs aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour son compte. Le commettant est ainsi en mesure de déterminer sa stratégie commerciale concernant:
- a) les limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre ces biens ou services;
  - b) les limitations quant aux groupes de clients auxquels l'agent peut vendre les biens ou services contractuels; ou
  - c) les prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter les biens ou services contractuels.
- (40) En revanche, lorsque l'agent supporte un ou plusieurs des risques pertinents décrits aux points 28 à 31 des présentes lignes directrices, 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. C'est pour cette raison que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point k), du règlement d'exemption précise qu'une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101, paragraphe 1, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise est un acheteur.
- (41) Même si l'agent ne supporte aucun des risques décrits aux points 28 à 31 des présentes lignes directrices, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, il demeure une entreprise distincte du commettant, et, dès lors, les dispositions régissant la relation entre l'agent et le commettant peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1, indépendamment du fait qu'elles fassent partie de l'accord régissant la vente ou l'achat des produits contractuels ou d'un accord distinct. Ces dispositions peuvent bénéficier du règlement d'exemption, en particulier lorsque les conditions prévues par l'article 5 dudit règlement la régissant sont remplies; en dehors du règlement d'exemption, elles peuvent également satisfaire les conditions de l'article 101, paragraphe 3, dans des cas spécifiques, comme décrit à la section 8.1.2 des présentes lignes directrices. Par exemple, les contrats d'agence peuvent 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). 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 contribuent à un effet de verrouillage (cumulatif) du marché en cause sur lequel les biens ou services contractuels se vendent ou s'achètent (voir notamment les sections 8.2.1 et 6.2.2 des présentes lignes directrices).

- (42) 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.
- (43) Dans le cas d'un distributeur indépendant qui agit également en tant qu'agent pour certains biens ou services du même fournisseur, le respect des exigences énoncées aux points 34 à 37 des présentes lignes directrices doit faire l'objet d'une évaluation stricte. Cela est nécessaire pour éviter un abus de la notion d'agent dans les cas où le fournisseur ne devient pas réellement actif au stade du commerce de détail, en prenant toutes les décisions de distribution associées et en assumant tous les risques s'y rapportant conformément aux principes énoncés aux points 28 à 31, mais établit plutôt un moyen facile de contrôler les prix de détail pour les produits qui lui permettent d'obtenir des marges de revente élevées. Étant donné que les prix de vente imposés constituent une restriction caractérisée au titre de l'article 4 du règlement d'exemption, comme exposé à la section 6.1.1 des présentes lignes directrices, les fournisseurs ne doivent pas abuser de la notion d'agence afin de contourner l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

### 3.2.3. *L'agence et l'économie des plateformes en ligne*

- (44) Les entreprises qui fournissent des services d'intermédiation en ligne relèvent de la catégorie des fournisseurs au titre du règlement d'exemption (voir également les points 60 à 64 des présentes lignes directrices) et ne peuvent donc pas, en principe, être considérées comme des agents aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1. Par ailleurs, les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne agissent généralement en tant qu'opérateurs économiques indépendants et non en tant qu'entités faisant partie des entreprises des vendeurs auxquels ils fournissent ces services. Des effets de réseau significatifs et d'autres caractéristiques de l'économie des plateformes en ligne peuvent contribuer à un important déséquilibre au niveau de la taille et du pouvoir de négociation des parties contractantes et engendrer une situation dans laquelle les conditions de vente des biens ou services contractuels et la stratégie commerciale sont déterminées par le fournisseur des services d'intermédiation en ligne et non par les vendeurs des biens ou services faisant l'objet d'une intermédiation. En outre, les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne desservent souvent un très grand nombre de vendeurs en parallèle, ce qui les empêche de faire réellement partie de l'entreprise de l'un ou l'autre de ces vendeurs. Par ailleurs, les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne réalisent généralement d'importants investissements propres au marché, par exemple dans des logiciels, des services publicitaires et après-vente, ce qui indique que ces entreprises supportent d'importants risques financiers ou commerciaux associés aux contrats négociés pour le compte des vendeurs ayant recours à leurs services d'intermédiation en ligne.

### 3.3. **Accords de sous-traitance**

- (45) Les accords de sous-traitance, tels que définis dans 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 la «communication sur la sous-traitance») <sup>(28)</sup>, ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1. La communication sur la sous-traitance demeure applicable et comprend des orientations supplémentaires sur l'application de cette règle générale. En particulier, elle dispose que, lorsqu'un donneur d'ordre impose des limites quant à l'utilisation de la

<sup>(28)</sup> JO C 1 du 3.1.1979, p. 2, qui définit les accords de sous-traitance comme étant des accords en vertu desquels une entreprise, le «donneur d'ordre», charge, suivant ses directives, une autre entreprise, le «sous-traitant», de la fabrication de produits, de la prestation de services ou de l'exécution de travaux qui sont destinés à être fournis au donneur d'ordre ou exécutés pour son compte.

technologie ou de l'équipement qu'il fournit à un sous-traitant, cette technologie ou cet équipement doit être nécessaire pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits concernés <sup>(29)</sup>. Elle clarifie également le champ d'application de cette règle générale, notamment en précisant que d'autres limitations imposées au sous-traitant relèvent généralement du champ d'application de l'article 101, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement ou de ne pas produire pour des tiers <sup>(30)</sup>.

#### 4. CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION

##### 4.1. La zone de sécurité créée par le règlement d'exemption

(46) L'exemption par catégorie prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption établit une zone de sécurité pour les accords verticaux au sens dudit règlement, pour autant que les parts de marché détenues par le fournisseur et l'acheteur sur le ou les marchés en cause respectifs ne dépassent pas les seuils prévus à l'article 3 du règlement d'exemption (voir la section 5.2 des présentes lignes directrices) <sup>(31)</sup>, et que l'accord n'inclue pas de restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement d'exemption (voir la section 6.1 des présentes lignes directrices) <sup>(32)</sup>. Cette zone de sécurité s'applique tant que le bénéfice de l'exemption par catégorie n'a pas été retiré dans un cas particulier par la Commission ou l'autorité de concurrence d'un État membre (ci-après l'«ANC») en vertu de l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 (voir la section 7.1 des présentes lignes directrices).

(47) L'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption établit également une zone de sécurité lorsqu'un fournisseur utilise le ou les mêmes accords pour distribuer plusieurs types de biens ou services. Dans un tel cas de distribution d'une gamme de produits, le règlement d'exemption s'applique à l'accord vertical dans la mesure où les conditions de l'application dudit règlement sont remplies et pour les biens ou services pour lesquels ces conditions sont remplies. À l'inverse, l'article 101 s'applique aux accords verticaux pour les biens ou services qui ne sont pas couverts par le règlement d'exemption. Cela signifie donc qu'il n'y a aucune exemption par catégorie au titre de l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption, mais pas non plus de présomption d'illégalité de tels accords.

##### 4.2. Définition des accords verticaux

(48) L'article 101, paragraphe 1, fait référence aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées. Il n'opère aucune distinction selon que ces entreprises opèrent au même niveau ou à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution. L'article 101, paragraphe 1, s'applique donc à la fois aux accords et pratiques concertées horizontaux et aux accords et pratiques concertées verticaux <sup>(33)</sup>.

(49) Le 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 <sup>(34)</sup>, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1215/1999 du Conseil du 10 juin 1999 <sup>(35)</sup> (ci-après le «règlement d'habilitation»), habilite la Commission, conformément à l'article 101, paragraphe 3, à adopter des règlements d'exemption par catégorie concernant des accords et pratiques concertées verticaux.

(50) Conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 3 du règlement d'habilitation, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption 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» <sup>(36)</sup>. Cette définition reflète au moins trois grandes exigences, qui seront abordées successivement ci-après.

<sup>(29)</sup> Voir le point 2 de la communication sur la sous-traitance, qui apporte des clarifications supplémentaires, notamment, sur l'utilisation des droits de propriété industrielle et du savoir-faire.

<sup>(30)</sup> Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.

<sup>(31)</sup> Au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, les accords verticaux ne sont pas présumés relever de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

<sup>(32)</sup> Voir, en ce qui concerne les restrictions exclues et la signification de l'article 5 du règlement d'exemption, la section 6.2 des présentes lignes directrices.

<sup>(33)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 30 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, p. 240.

<sup>(34)</sup> JO 36 du 6.3.1965, p. 35.

<sup>(35)</sup> JO L 148 du 15.6.1999, p. 1.

<sup>(36)</sup> Dans les présentes lignes directrices, comme à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption, le terme «accord vertical» inclut les pratiques concertées verticales, sauf indication contraire.

#### 4.2.1. *Les comportements unilatéraux n'entrent pas dans le champ d'application du règlement d'exemption*

- (51) Le règlement d'exemption s'applique aux accords et pratiques concertées verticaux. Il ne s'applique pas aux comportements unilatéraux des entreprises. Ces comportements unilatéraux peuvent relever de l'article 102 du TFUE (ci-après l'«article 102»), qui interdit les abus de position dominante <sup>(37)</sup>. 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 (ce que l'on appelle la volonté concordante des parties). La forme sous laquelle cette intention est exprimée n'est pas importante, pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci.
- (52) En l'absence d'accord explicite exprimant la volonté concordante des parties, la Commission doit prouver, aux fins de l'application de l'article 101, 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 spécifique peut être établi de deux manières.
- a) Premièrement, il peut être déduit explicitement des pouvoirs conférés aux parties dans le cadre d'un accord général établi préalablement. Si les clauses d'un tel accord général 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 <sup>(38)</sup>.
- b) Deuxièmement, un acquiescement tacite nécessite 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 <sup>(39)</sup>. 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.
- (53) Au vu de ce qui précède, des conditions générales de vente, même lorsqu'elles sont imposées par une partie et tacitement acceptées par l'autre partie, constituent un accord aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE <sup>(40)</sup>.

#### 4.2.2. *Les entreprises opèrent à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution*

- (54) Le règlement d'exemption s'applique aux accords ou pratiques concertées entre au moins deux entreprises indépendamment de leur modèle économique. Étant donné que les consommateurs finals n'opèrent pas en tant qu'entreprises, le règlement d'exemption ne couvre pas les accords verticaux ou pratiques concertées avec des consommateurs.
- (55) Par ailleurs, pour relever de la définition de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption, un accord doit être conclu entre des entreprises opérant, aux fins de l'accord, à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution. Par exemple, il y a accord vertical lorsque l'une des entreprises produit une matière première ou fournit un service et vend cette matière première ou ce service à une autre entreprise qui s'en sert comme intrant. De même, il y a accord vertical lorsque, par exemple, un fabricant vend un produit à un grossiste qui le revend à un détaillant.
- (56) Étant donné que la définition figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption fait référence à l'objectif de l'accord en question, le fait qu'une entreprise partie à l'accord soit active à plusieurs niveaux de la chaîne d'approvisionnement ou de distribution n'empêche pas l'application du règlement d'exemption. Toutefois, en cas d'accord entre entreprises concurrentes, l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption doit être pris en considération. Pour des orientations sur l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption, voir la section 4.4.3 des présentes lignes directrices.

<sup>(37)</sup> À l'inverse, en présence d'un accord vertical au sens de l'article 101, le règlement d'exemption et les présentes lignes directrices ne préjugent pas d'une possible application parallèle de l'article 102 à cet accord vertical.

<sup>(38)</sup> Arrêt de la Cour de justice du 13 juillet 2006, Commission/Volkswagen, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460.

<sup>(39)</sup> Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, Bayer AG/Commission, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242.

<sup>(40)</sup> Voir la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 *Guess*, point 97, faisant référence à la jurisprudence constante.

#### 4.2.3. *Les accords portent sur l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services*

- (57) L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption dispose que, pour entrer dans le champ d'application dudit règlement, les accords verticaux doivent concerner les conditions dans lesquelles le fournisseur et l'acheteur «peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services». Conformément à la finalité générale d'un règlement d'exemption par catégorie, qui est d'apporter une sécurité juridique, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption doit être interprété de manière large en ce sens qu'il s'applique à tous les accords verticaux, que ceux-ci concernent des biens ou services intermédiaires ou finals. Tant les biens ou services fournis que, dans le cas de biens et services intermédiaires, les biens ou services finals qui en résultent sont considérés comme des biens ou services contractuels aux fins de l'application du règlement d'exemption aux accords concernés.
- (58) Les accords verticaux conclus dans l'économie des plateformes en ligne, y compris ceux conclus avec des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne tels que visés à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, sont couverts par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a), dudit règlement. Tant la fourniture de services d'intermédiation en ligne que les biens ou services faisant l'objet des transactions facilitées par ces services sont considérés comme des biens ou services contractuels aux fins de l'application du règlement d'exemption à l'accord sur la base duquel les services d'intermédiation en ligne sont fournis et à l'accord sur la base duquel les biens ou services intermédiaires sont fournis.
- (59) Le règlement d'exemption ne couvre pas les restrictions verticales qui ne concernent pas les conditions d'achat, de vente et de revente de certains biens ou services contractuels. Ces accords doivent être évalués individuellement, en examinant si, dans le cas individuel, ils relèvent de l'article 101, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. Par exemple, le règlement d'exemption ne s'applique pas à une obligation interdisant aux parties de mener des activités de recherche et de développement indépendantes, que les parties peuvent avoir introduites dans leur accord vertical. Un autre exemple est celui des baux et contrats de location. Si le règlement d'exemption s'applique aux biens vendus ou achetés en vue d'être loués à des tiers, il ne régit pas les baux et contrats de location en tant que tels, étant donné qu'aucun bien ni service n'est vendu par le fournisseur à l'acheteur.

#### 4.3. **Les accords verticaux dans l'économie des plateformes en ligne**

- (60) L'économie des plateformes en ligne joue un rôle de plus en plus important dans la distribution des biens et services. Les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne adoptent de nouvelles pratiques commerciales, dont certaines ne sont pas faciles à catégoriser à l'aide des concepts traditionnellement associés aux relations verticales entre fournisseurs et distributeurs dans l'environnement physique.
- (61) Le règlement d'exemption considère les entreprises actives dans la chaîne d'approvisionnement et de distribution comme étant des fournisseurs ou des acheteurs. Selon qu'une entreprise relève de l'une ou de l'autre catégorie, le règlement d'exemption peut s'appliquer différemment, notamment dans les domaines suivants:
- a) l'exemption des accords verticaux non réciproques entre concurrents au titre de l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption (voir la section 4.4 des présentes lignes directrices);
  - b) le calcul des parts de marché pour l'application des seuils établis à l'article 3, paragraphe 1, du règlement d'exemption (voir la section 5 des présentes lignes directrices);
  - c) le retrait du bénéfice du règlement d'exemption au titre de l'article 4 dudit règlement (voir la section 6.1 des présentes lignes directrices); et
  - d) l'exclusion de certaines restrictions de la zone de sécurité prévue par le règlement d'exemption au titre de l'article 5 de ce dernier (voir la section 6.2 des présentes lignes directrices).
- (62) Le règlement d'exemption inclut des définitions des notions de fournisseur, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), et d'acheteur, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point j). Afin de concilier la difficulté de définir ces notions de manière exhaustive avec l'objectif du règlement d'exemption d'apporter autant de sécurité juridique que possible, ces dispositions se limitent à préciser que certains types d'entreprises appartiennent à l'une ou l'autre catégorie.
- (63) L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption dispose qu'une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne relève de la catégorie des fournisseurs au titre du règlement d'exemption. Autrement dit, conformément à la distinction opérée dans le règlement d'exemption entre fournisseurs et acheteurs, l'entreprise ne peut être considérée simultanément comme un acheteur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point j), du règlement d'exemption pour la transaction qu'elle facilite. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption précise en outre qu'un fournisseur de services d'intermédiation en ligne est un fournisseur au sens

duit règlement, y compris lorsqu'il est partie à une transaction qu'il facilite. Par conséquent, lorsqu'une entreprise fournit des services d'intermédiation en ligne et entre donc dans le champ d'application de la définition fournie à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, elle ne peut contourner sa qualification en tant que fournisseur pour les services d'intermédiation en ligne fournis, par exemple en devenant partie à la transaction qu'elle facilite ou en stipulant contractuellement qu'elle est un acheteur des biens ou services fournis dans le cadre de la transaction en question.

- (64) La définition de fournisseur de services d'intermédiation en ligne incluse à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption repose sur les définitions figurant dans le règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (ci-après le «règlement relatif aux relations entre les plateformes et les entreprises») <sup>(41)</sup>. Elle est fondée sur l'idée selon laquelle une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne le fait dans le but de faciliter les transactions directes entre vendeurs et acheteurs, ou entre vendeurs et consommateurs, au moyen de ses services d'intermédiation en ligne. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption est fondé sur l'idée selon laquelle un fournisseur de services d'intermédiation en ligne fournit généralement une infrastructure permettant aux entreprises de rencontrer d'autres entreprises ou consommateurs en ligne et de réaliser des transactions avec eux, sans être responsable, en droit ou en fait, de leurs transactions.

#### 4.4. Les limites de l'application du règlement d'exemption

##### 4.4.1. Associations de détaillants

- (65) L'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption inclut dans le champ d'application de ce dernier les accords verticaux conclus par une association d'entreprises qui remplit certaines conditions et, partant, il exclut de la zone de sécurité les accords verticaux conclus par toutes les autres associations. Dès lors, le règlement d'exemption ne s'applique aux accords verticaux conclus entre une association et des membres individuels, ou entre une association et des fournisseurs individuels, que si tous les membres sont des détaillants, qui vendent des biens (et non des services) à des consommateurs finals, et qu'aucun d'eux ne réalise individuellement un chiffre d'affaires annuel qui dépasse 50 millions d'euros <sup>(42)</sup>. Toutefois, un dépassement du seuil de chiffre d'affaires annuel 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 ne modifiera normalement pas l'appréciation au regard de l'article 101.
- (66) 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 101 du traité aux accords de coopération horizontale (ci-après les «lignes directrices horizontales») <sup>(43)</sup>. Si cette appréciation amène à conclure qu'une coopération entre entreprises en matière d'achats ou de ventes est acceptable, car elle répond aux conditions spécifiques établies dans les présentes lignes directrices concernant les accords d'achat et/ou de commercialisation, une évaluation complémentaire sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus par l'association avec des fournisseurs ou des membres individuels à la lumière des dispositions du règlement d'exemption, en particulier des conditions établies aux articles 3 à 5, 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. Ce n'est que si cette appréciation mène à la conclusion que l'accord horizontal n'est pas anticoncurrentiel qu'il sera nécessaire d'examiner les accords verticaux entre l'association et chacun de ses membres ou entre l'association et des fournisseurs individuels.

<sup>(41)</sup> JO L 186 du 11.7.2019, p. 57.

<sup>(42)</sup> Le plafond de chiffre d'affaires annuel de 50 millions d'euros est fondé sur le plafond de chiffre d'affaires établi pour les PME à l'article 2 de l'annexe de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 39).

<sup>(43)</sup> JO C 11 du 14.1.2011, p. 1; telles que modifiées par le rectificatif (publié au JO C 33 du 2.2.2011, p. 20). Un réexamen de ces lignes directrices est prévu.

4.4.2. *Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle («DPI»)*

- (67) L'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption dispose que les accords verticaux qui contiennent certaines dispositions concernant la cession ou l'utilisation de DPI peuvent entrer dans le champ d'application dudit règlement. En revanche, l'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption exclut tous les autres accords verticaux qui contiennent des dispositions en matière de DPI du champ d'application du règlement.
- (68) Le règlement d'exemption s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions en matière de DPI lorsque cinq conditions sont remplies:
- les dispositions concernant les DPI doivent faire partie intégrante d'un accord vertical, c'est-à-dire d'un accord concernant les conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
  - les DPI doivent être cédés à l'acheteur ou celui-ci doit être autorisé à les utiliser;
  - les dispositions concernant les DPI ne doivent pas constituer l'objet principal de l'accord;
  - les dispositions concernant les DPI doivent être directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. 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; et
  - 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.
- (69) Ces conditions garantissent que le règlement d'exemption 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. Cela signifie que les restrictions relatives à la cession ou à l'utilisation de DPI peuvent être couvertes par le règlement d'exemption lorsque l'objet principal de l'accord est l'achat ou la distribution de biens ou de services.
- (70) 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 ne couvre pas, par exemple:
- les accords en vertu desquels une partie fournit à l'autre partie une recette et lui concède une licence pour la production d'une boisson à partir de cette recette;
  - les accords aux termes desquels une partie fournit à l'autre partie un moule ou un original et lui concède une licence pour la production et la distribution de copies;
  - les licences pures de marque ou de signes distinctifs à des fins de merchandising;
  - les contrats de parrainage ou de mécénat portant sur le droit de se présenter comme mécène officiel d'un événement;
  - les licences de droits d'auteur telles que les contrats de radiodiffusion prévoyant le droit d'enregistrer et/ou de diffuser un événement.
- (71) La deuxième condition implique que le règlement d'exemption ne s'applique pas lorsque l'acheteur cède les DPI 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. Cela signifie notamment qu'un accord de sous-traitance assorti de la cession d'un savoir-faire au sous-traitant ne relève pas du champ d'application dudit règlement (voir aussi la section 3.3 des présentes lignes directrices). 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 du règlement d'exemption.
- (72) La troisième condition précise que, pour être couvert par le règlement d'exemption, 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.

- (73) 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.
- (74) 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 ni à celui des restrictions exclues du champ d'application du règlement d'exemption en vertu de l'article 5 dudit règlement (voir la section 6 des présentes lignes directrices).
- (75) Les DPI pertinents pour l'exécution d'accords verticaux au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption, concernent généralement trois domaines principaux: les marques, le droit d'auteur et le savoir-faire.

#### 4.4.2.1. Les marques

- (76) 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.

#### 4.4.2.2. Le droit d'auteur

- (77) Les revendeurs de biens ou services protégés par le droit d'auteur (par exemple livres et logiciels) 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.
- (78) 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, 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 (licence «shrink wrap»).
- (79) 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.

#### 4.4.2.3. Le savoir-faire

- (80) 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 <sup>(44)</sup>. Les accords de franchise contiennent des licences de DPI concernant des marques, des signes distinctifs ou un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou pour la prestation de services. Outre la licence de DPI, le franchiseur fournit habituellement au franchisé une assistance commerciale ou technique pendant toute la durée de l'accord, telle que des services en matière d'approvisionnement, une formation, des conseils immobiliers et une planification financière. La licence et l'assistance fournie font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée.

<sup>(44)</sup> 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.

- (81) L'octroi de licence prévu dans un accord de franchise bénéficie du règlement d'exemption si chacune des cinq conditions énumérées au point 70 des lignes directrices 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 le règlement d'exemption, mais la Commission appliquera généralement les principes énoncés dans le règlement d'exemption et dans les présentes lignes directrices à un tel accord.
- (82) 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:
- 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.

#### 4.4.3. *Accords verticaux entre concurrents*

- (83) Lorsque, conformément à l'article 2, paragraphe 8, du règlement d'exemption, sur lequel des orientations sont fournies à la section 4.5 des présentes lignes directrices, le règlement d'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit, la première phrase de l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption exclut aussi expressément de son champ d'application les accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes, à moins que les accords verticaux ne relèvent de l'une des exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement d'exemption. Dès lors, les accords verticaux entre concurrents qui sont exclus du champ d'application du règlement d'exemption doivent être évalués sur la base des lignes directrices horizontales, y compris des orientations relatives aux échanges d'informations dans le contexte d'accords verticaux entre entreprises concurrentes. Lorsqu'un accord vertical relève d'une exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), du règlement d'exemption et ne comporte pas de restriction de la concurrence par objet, cet accord doit être évalué sur la seule base des présentes lignes directrices.
- (84) L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption définit une entreprise concurrente comme un concurrent réel ou potentiel. Deux entreprises sont considérées comme des concurrents réels si elles sont présentes sur le même marché (géographique ou de produits) 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, en tenant compte de la structure du marché et du contexte juridique et économique dans lequel il opère. Une possibilité d'entrée sur le marché n'est donc pas suffisante si elle est purement théorique. Il doit exister des

possibilités réelles et concrètes pour cette entreprise d'entrer sur le marché, sans barrières insurmontables à l'entrée. En revanche, il est inutile de démontrer avec certitude que l'entreprise entrera réellement sur le marché concerné et, a fortiori, qu'elle sera ensuite capable d'y conserver sa place <sup>(45)</sup>.

- (85) 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, ni, dès lors, comme un concurrent du fabricant. Par conséquent, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption s'applique aux accords conclus entre un distributeur qui vend de tels biens, fabriqués par un tiers, sous sa marque et un fournisseur de biens de marque sur le même marché en cause. En revanche, les distributeurs qui produisent des biens en interne sous leur marque sont considérés comme des fabricants. Dès lors, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption ne s'applique pas aux accords entre ces distributeurs et les fournisseurs de biens de marque sur le même marché en cause. Ces accords doivent donc être évalués au regard des lignes directrices horizontales.
- (86) La deuxième phrase de l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption contient deux exceptions à la règle générale selon laquelle les accords verticaux entre concurrents sont exclus de la zone de sécurité établie par le règlement d'exemption. Ces deux exceptions, à savoir l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement d'exemption, concernent les accords de double distribution entre un fournisseur de biens ou de services également actif sur le marché de détail et ses distributeurs. Ce sont généralement des situations dans lesquelles le fournisseur est essentiellement actif sur le marché en amont et exerce des activités accessoires limitées sur le marché de détail. Dans les cas où la part de marché cumulée du fournisseur et de l'acheteur sur le marché en cause au niveau du commerce de détail ne dépasse pas [10] %, des problèmes horizontaux sont peu susceptibles de survenir et toute incidence potentielle sur la concurrence horizontale entre les parties au niveau du commerce de détail est considérée comme moins importante que l'incidence potentielle de l'accord vertical des parties sur la concurrence en général au niveau de l'approvisionnement ou de la distribution.
- (87) Dès lors, un accord vertical entre concurrents relevant de l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement d'exemption bénéficie d'une exemption par catégorie au titre de l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption, si les conditions ci-après sont remplies:
- a) l'accord ne relève pas d'un autre règlement d'exemption par catégorie, comme énoncé à l'article 2, paragraphe 8, du règlement d'exemption;
  - b) la part de marché cumulée du fournisseur et de l'acheteur sur le marché en cause au niveau du commerce de détail ne dépasse pas [10] % et ne restreint donc pas de manière sensible la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 <sup>(46)</sup>, et l'accord ne comporte pas de restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement d'exemption;
  - c) les conditions visées à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), du règlement d'exemption sont remplies; et
  - d) l'accord ne comporte pas de restriction horizontale de la concurrence par objet, comme énoncé à l'article 2, paragraphe 6, du règlement d'exemption.

Cette exemption concerne tous les aspects des accords verticaux non réciproques et toutes les restrictions horizontales par effet, y compris celles résultant de l'échange d'informations entre les entreprises concurrentes. Les restrictions horizontales de la concurrence par objet ne sont pas couvertes par les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b) <sup>(47)</sup>. La question de savoir si un accord peut être considéré comme un accord de double distribution aux fins de l'application de l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), du règlement d'exemption devrait faire l'objet d'une interprétation étroite, en raison de la nature exceptionnelle de cette disposition.

<sup>(45)</sup> Voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (ci-après la «communication de la Commission sur la définition du marché en cause») (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5), points 20 à 24. Un réexamen de cette communication est prévu. Voir également le XIII<sup>e</sup> rapport de la Commission sur la politique de concurrence, point 55, et les arrêts de la Cour de justice du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a./Competition and Markets Authority*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, points 36 à 45; et du 25 mars 2021, *H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd/Commission européenne*, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, points 54 à 57.

<sup>(46)</sup> Point 8 de la communication de minimis.

<sup>(47)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 13 décembre 2012, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, point 37.

- (88) L'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, point a), du règlement d'exemption concerne les situations dans lesquelles le fournisseur est un fabricant, un grossiste ou un importateur et est également un distributeur de biens, tandis que l'acheteur n'est qu'un distributeur qui n'est pas en concurrence avec le fabricant en amont.
- (89) L'exception prévue par l'article 2, paragraphe 4, point b), du règlement d'exemption concerne les situations dans lesquelles le fournisseur est un fournisseur de services qui opère à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur n'opère qu'au stade de la vente au détail et n'est pas en concurrence avec le fournisseur au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.
- (90) L'article 2, paragraphe 5, du règlement d'exemption dispose qu'un accord vertical entre des entreprises concurrentes dont la part de marché cumulée au niveau du commerce de détail dépasse [10] % bénéficie tout de même d'une exemption par catégorie au titre de l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption si les conditions ci-après sont remplies:
- l'accord ne relève pas d'un autre règlement d'exemption par catégorie, comme énoncé à l'article 2, paragraphe 8, du règlement d'exemption;
  - le seuil de part de marché visé à l'article 3 du règlement d'exemption est respecté et l'accord ne comporte pas de restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement d'exemption;
  - les conditions visées à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), du règlement d'exemption sont remplies;
  - tout échange d'informations entre les parties est compatible avec le chapitre applicable des lignes directrices horizontales traitant de l'appréciation des échanges d'informations sous l'angle de la concurrence; et
  - l'accord ne comporte pas de restriction horizontale de la concurrence par objet, comme énoncé à l'article 2, paragraphe 6, du règlement d'exemption.
- (91) L'article 2, paragraphe 7, du règlement d'exemption dispose que les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, qui ont une fonction hybride, c'est-à-dire qu'ils fournissent des services d'intermédiation en ligne et vendent des biens ou services en concurrence avec les entreprises auxquelles ils fournissent lesdits services, ne peuvent bénéficier des exceptions relatives à la double distribution. Étant donné que les activités de détail des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ayant un tel rôle hybride créent généralement des problèmes horizontaux non négligeables, elles ne correspondent pas à la raison d'être de l'exception relative à la double distribution, laquelle doit, en tout état de cause, faire l'objet d'une interprétation étroite. Pour la même raison, le règlement d'exemption ne couvre pas les éventuelles restrictions relatives à la mesure dans laquelle ou aux conditions auxquelles des services d'intermédiation en ligne peuvent être fournis à des tiers. Cela vaut non seulement pour les restrictions mentionnées dans un accord conclu avec un acheteur de services d'intermédiation en ligne, mais aussi pour les accords relatifs à l'achat des biens ou services vendus par le fournisseur de services d'intermédiation en ligne ayant un rôle hybride.
- (92) Les accords verticaux conclus avec des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne hybrides doivent être évalués au cas par cas, notamment à la lumière des présentes lignes directrices (voir section 8 de celles-ci) et des lignes directrices horizontales. Cette évaluation doit couvrir tous les aspects des relations entre les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ayant un rôle hybride et les entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne, y compris, par exemple, les éventuels échanges d'informations entre eux.

#### 4.5. Rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie

- (93) Comme expliqué aux sections 4.1 et 4.2 des présentes lignes directrices, le règlement d'exemption s'applique aux accords conclus entre des entreprises opérant chacune à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution et relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens et services. Ces accords verticaux sont évalués exclusivement à la lumière du règlement d'exemption et des présentes lignes directrices, quel que soit le résultat de cette évaluation. Ils bénéficieront de la zone de sécurité créée par le règlement d'exemption si les seuils de part de marché ne sont pas dépassés et si les accords ne comportent pas de restrictions caractérisées.
- (94) Toutefois, l'article 2, paragraphe 8, du règlement d'exemption dispose que ce dernier «ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit». Il est donc important de vérifier d'emblée si un accord vertical relève du champ d'application d'un autre règlement d'exemption par catégorie. Par exemple, comme énoncé à l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption, les accords verticaux conclus entre des entreprises concurrentes sont en principe exclus du champ d'application du règlement d'exemption et doivent être évalués au regard des règles applicables aux accords horizontaux.

L'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement d'exemption prévoit des exceptions à ce principe, lesquelles doivent être lues en liaison avec l'article 2, paragraphe 5, du règlement d'exemption dans le cas où le seuil de part de marché visé à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement d'exemption est dépassé mais celui visé à l'article 3 du règlement d'exemption ne l'est pas. Ces dispositions tiennent compte du fait que les effets que les accords de double distribution ont sur le marché et les problèmes de concurrence potentiels peuvent être similaires aux accords horizontaux.

- (95) Dès lors, le règlement d'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux couverts par les règlements d'exemption par catégorie ci-après, ou par tout futur règlement d'exemption par catégorie relatif aux types d'accords mentionnés aux sous-points ci-après, sauf disposition contraire dans le règlement en question:
- règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie <sup>(48)</sup>,
  - règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement <sup>(49)</sup>,
  - règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation <sup>(50)</sup>.
- (96) Le règlement d'exemption ne s'applique pas non plus aux types d'accords entre concurrents mentionnés dans les lignes directrices horizontales, sauf disposition contraire prévue dans le chapitre pertinent de ces dernières.
- (97) Le règlement d'exemption s'applique aux accords verticaux relatifs à l'achat, à la vente ou à la revente de pièces de rechange pour les véhicules automobiles et à la fourniture de services de réparation ou d'entretien de véhicules automobiles. Ces accords ne bénéficient du règlement d'exemption que si, en plus des conditions d'exemption énoncées dans ledit règlement, ils satisfont aux exigences supplémentaires du règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 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 dans le secteur automobile <sup>(51)</sup> et des lignes directrices qui l'accompagnent.

#### 4.6. Principaux types de systèmes de distribution

- (98) Les fournisseurs sont libres d'établir leur système de distribution comme bon leur semble. Ils peuvent, par exemple, opter pour une intégration verticale, qui suppose de vendre leurs biens ou services directement aux utilisateurs finals ou de les distribuer par l'intermédiaire de leurs distributeurs verticalement intégrés, qui sont des entreprises liées au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement d'exemption. Un tel système de distribution concerne uniquement l'organisation interne à une entreprise spécifique et ne relève donc pas du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1.
- (99) Le fournisseur peut également décider de désigner des distributeurs indépendants. À cet effet, il peut créer un autre système de distribution, ou une combinaison de tels systèmes. Les plus courants sont la distribution exclusive, la distribution sélective et la franchise. Étant donné que les accords verticaux nécessaires à la création de tels systèmes de distribution sont conclus entre des entreprises indépendantes, ils peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1 et bénéficier du règlement d'exemption ou d'une exemption individuelle au titre de l'article 101, paragraphe 3, pour autant que les conditions applicables soient remplies.

<sup>(48)</sup> JO L 93 du 28.3.2014, p. 17.

<sup>(49)</sup> JO L 335 du 18.12.2010, p. 36.

<sup>(50)</sup> JO L 335 du 18.12.2010, p. 43.

<sup>(51)</sup> JO L 129 du 28.5.2010, p. 52.

#### 4.6.1. *Systèmes de distribution exclusive*

##### 4.6.1.1. Définition de système de distribution exclusive

- (100) Dans un système de distribution exclusive, le fournisseur alloue un territoire ou une clientèle exclusivement à un seul acheteur, ou à un nombre limité d'acheteurs, et/ou se le réserve à lui-même, tout en interdisant à ses autres acheteurs sur le territoire de l'Union de vendre activement sur le territoire exclusif ou à la clientèle exclusive <sup>(52)</sup>.
- (101) Les fournisseurs ont souvent recours à ce type de système pour inciter les distributeurs à réaliser les investissements financiers et non financiers nécessaires au développement de leur marque sur un territoire où ils ne sont pas connus, à la vente d'un nouveau produit sur un territoire donné ou à une clientèle donnée ou à la concentration des activités des distributeurs sur un produit donné (par exemple, une commercialisation spéciale ou des efforts de présentation). Quant aux distributeurs, ceux-ci visent, grâce à la taille du territoire ou de la clientèle qu'ils allouent exclusivement et à la protection conférée par l'exclusivité, à s'assurer un certain niveau d'activité ainsi qu'une marge justifiant leurs efforts d'investissement.
- (102) Conformément à ce raisonnement, il convient de n'accepter qu'un seul distributeur exclusif, ou un nombre limité de distributeurs (c'est-à-dire une exclusivité partagée), pour un territoire ou une clientèle donnés. La distribution exclusive ne doit pas être utilisée pour protéger un grand nombre de distributeurs de la concurrence située en dehors du territoire exclusif, car cela entraînerait un cloisonnement du marché intérieur. Il y a donc lieu de déterminer le nombre de distributeurs désignés proportionnellement au territoire ou à la clientèle alloués de manière à garantir un certain volume d'activité préservant leurs efforts d'investissement.
- (103) Les distributeurs désignés sont protégés contre les ventes actives sur le territoire exclusif ou à la clientèle exclusive par d'autres acheteurs du fournisseur. Lorsqu'un fournisseur alloue un territoire exclusif ou une clientèle exclusive à plusieurs distributeurs, ceux-ci bénéficient tous de la même protection contre les ventes actives par d'autres acheteurs, tandis que les ventes actives ou passives entre ces distributeurs ne peuvent être restreintes.
- (104) Les accords verticaux utilisés à des fins de distribution exclusive devraient délimiter le territoire ou la clientèle exclusivement alloués aux distributeurs. Le territoire exclusif peut couvrir le territoire d'un État membre ou une zone de taille inférieure ou supérieure. La clientèle exclusive peut être définie, par exemple, par la profession des clients, ou au moyen d'une liste de clients sélectionnés sur la base d'un ou de plusieurs critères objectifs. En fonction de ces critères, la clientèle peut se limiter à un seul client.
- (105) Lorsqu'un territoire ou une clientèle n'a pas encore été exclusivement alloué à un ou plusieurs distributeurs, le fournisseur peut se réserver ce territoire ou cette clientèle à lui-même et devrait en informer ses autres distributeurs. Le fournisseur ne doit pas nécessairement, pour cela, être actif au niveau commercial sur le territoire réservé ou à l'égard de la clientèle réservée: en effet, il peut vouloir se les réserver pour les allouer ultérieurement à d'autres distributeurs.

##### 4.6.1.2. Application de l'article 101 aux systèmes de distribution exclusive

- (106) Dans un système de distribution où le fournisseur alloue exclusivement un territoire ou une clientèle à un ou plusieurs acheteurs, les principaux risques envisageables du point de vue de la concurrence sont le cloisonnement du marché, qui pourrait faciliter la discrimination par les prix, et l'affaiblissement de la concurrence intramarque, surtout en cas d'exclusivité allouée à un seul acheteur. Lorsque la plupart, l'intégralité ou les plus puissants des fournisseurs actifs sur un marché exploitent un système de distribution exclusive, cela peut également affaiblir la concurrence intermarques et faciliter les collusions, tant au niveau du fournisseur qu'au niveau des distributeurs. Enfin, la distribution exclusive peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire la concurrence intramarque au niveau de la distribution.

<sup>(52)</sup> Voir article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point g), du règlement d'exemption.

- (107) Les accords de distribution exclusive sont exemptés par le règlement d'exemption lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont chacune inférieures ou égales à 30 % et lorsque ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées. Un accord de distribution exclusive peut tout de même bénéficier de la zone de sécurité prévue par le règlement d'exemption s'il est associé 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. Toutefois, lorsque le nombre de distributeurs exclusifs n'est pas limité et est déterminé proportionnellement au territoire ou à la clientèle alloués de manière à garantir un certain volume d'activité préservant leurs efforts d'investissement, un tel système de distribution est peu susceptible d'apporter des gains d'efficacité. En cas d'effets préjudiciables sensibles sur la concurrence, le bénéfice de l'exemption par catégorie sera probablement retiré.
- (108) La suite de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des accords de distribution exclusive dans des cas individuels lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé.
- (109) Le nombre de distributeurs auxquels un territoire ou une clientèle ont été exclusivement alloués est important pour l'évaluation du système de distribution exclusive. Plus le nombre de distributeurs est élevé, moins la concurrence intramarque sera restreinte, mais moins il sera probable, également, que les distributeurs exclusifs soient incités à investir afin de développer la marque et de promouvoir le ou les produits du fournisseur.
- (110) La position sur le marché détenue par le fournisseur et par ses concurrents est particulièrement importante, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne posera problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, en dépassant, notamment, le seuil de 30 %, plus il est probable que la concurrence intermarques soit faible et plus le risque pour la concurrence généré par l'affaiblissement de la concurrence intramarque est élevé.
- (111) La position des concurrents du fournisseur peut avoir une double signification. L'existence de concurrents forts indique généralement que tout affaiblissement de la concurrence intramarque, qui peut être particulièrement importante lorsqu'il n'y a qu'un seul distributeur, est compensé par une concurrence intermarques suffisante. Si, en revanche, le nombre de fournisseurs sur un marché est 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 de multiples fournisseurs de désigner un ou plusieurs mêmes distributeurs exclusifs sur un territoire donné, peut encore accroître le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence, tant au niveau du fournisseur qu'au niveau des distributeurs. Si un ou plusieurs distributeurs se voient 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, surtout en cas de tarifs de gros linéaires. 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 ou plusieurs détaillants sont les distributeurs exclusifs d'un certain nombre de marques, il existe un risque qu'aucun détaillant exclusif ne répercute sur le consommateur final les réductions du prix de gros décidées par un fournisseur pour sa marque, car cela diminuerait leurs ventes ainsi que les bénéfices qu'ils réalisent sur les autres marques. Contrairement à ce qui se passerait en l'absence de distribution exclusive multiple, les fournisseurs ne sont donc que moyennement incités à se faire concurrence par les prix. De telles situations d'effets cumulatifs peuvent justifier de retirer le bénéfice du règlement d'exemption quand les parts de marché des fournisseurs et des acheteurs se situent au-dessous du seuil de 30 % prévu par ledit règlement.
- (112) Les barrières à l'entrée qui sont susceptibles d'empêcher les fournisseurs de créer leur propre réseau de distribution intégré ou de trouver d'autres distributeurs sont un élément moins important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution exclusive, surtout dans le contexte d'une exclusivité partagée. L'accès du marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarquisme, qui oblige ou incite le distributeur à s'approvisionner, pour un type donné de produit, auprès d'un seul fournisseur. Bien que le monomarquisme n'oblige pas le distributeur à s'approvisionner auprès du fournisseur lui-même, la combinaison entre distribution exclusive et monomarquisme peut rendre plus difficile pour les autres fournisseurs de trouver d'autres distributeurs.

- (113) 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 problématique en cas de pouvoir de marché en aval, en particulier dans le cas de territoires très étendus sur lesquels un 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.
- (114) 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 le même territoire ou sur des territoires différents, à un ou plusieurs fournisseurs.
- (115) Il est important d'évaluer la dynamique du marché, car la croissance de la demande, l'évolution des technologies et les fluctuations des positions de marché peuvent rendre des effets négatifs moins probables que sur des marchés mûrs.
- (116) 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 ou 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.
- (117) 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 et de la promotion, surtout lorsque le fabricant est établi dans un autre État membre. 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 accroît également le risque de fermeture du marché au niveau du commerce de gros.
- (118) L'évaluation d'un système de distribution exclusive au moyen duquel un fournisseur alloue exclusivement une clientèle à un ou plusieurs acheteurs est soumise aux mêmes facteurs que ceux mentionnés aux points 100 à 117 des présentes lignes directrices et elle devrait également tenir compte des orientations ci-après:
- (119) Comme pour l'allocation exclusive d'un territoire, l'allocation exclusive d'une clientèle rend généralement plus difficile l'arbitrage par le client. En outre, comme chaque distributeur désigné a sa propre catégorie de clients, les distributeurs qui ne se sont pas vu allouer exclusivement une clientèle pourraient rencontrer des difficultés pour obtenir les produits auprès du fournisseur. Les possibilités d'arbitrage d'autres distributeurs sont par conséquent réduites.
- (120) Un système de distribution exclusive qui restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, peut néanmoins générer des gains d'efficacité satisfaisant aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, et être ainsi exempté de l'application de l'article 101 sur une base individuelle.
- (121) Comme indiqué au point 112 des présentes lignes directrices, il est peu probable que d'autres fournisseurs se trouvent exclus, à moins que la distribution exclusive ne soit combinée avec des obligations de monomarquisme. Toutefois, même lorsque la distribution exclusive est combinée avec des obligations de monomarquisme, une exclusion anticoncurrentielle des autres fournisseurs semble 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 y a lieu d'appliquer les principes sur le monomarquisme exposés à la section 8.2.1 des présentes lignes directrices. Cependant, lorsqu'elle ne provoque pas de verrouillage sensible du

marché, la combinaison entre distribution exclusive et monomarchisme peut en réalité favoriser la concurrence en incitant davantage le distributeur exclusif à concentrer ses efforts sur une marque donnée. Par conséquent, en l'absence d'un tel effet de verrouillage sensible, la combinaison de la distribution exclusive et d'obligations de monomarchisme peut remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, pour toute la durée de l'accord, en particulier si elles sont appliquées au niveau du commerce de gros.

- (122) La combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif, qui oblige les distributeurs exclusifs à se procurer les produits de la marque du fournisseur directement auprès de ce dernier, 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 qu'elle est souvent associée à l'imposition d'une restriction des ventes actives aux autres distributeurs afin de protéger les investissements réalisés par les distributeurs exclusifs sur le territoire exclusif. L'approvisionnement exclusif élimine en outre la possibilité d'un arbitrage par les distributeurs exclusifs, à qui il est interdit d'acheter à d'autres distributeurs membres du système de distribution exclusive. 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 de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif permet la création de gains d'efficacité aboutissant à une baisse des prix.
- (123) La nature du produit peut être pertinente pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence de la distribution exclusive. Ces effets seront moins marqués dans les secteurs où les ventes en ligne sont plus prévalentes. Il convient également 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.
- (124) 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 et fournir des services augmentant la demande. 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.
- (125) Les gains d'efficacité susceptibles d'être retirés d'une exclusivité partagée peuvent être réputés compenser tout effet négatif que pourrait éventuellement produire un tel système, pour autant que le fournisseur puisse démontrer que le nombre de distributeurs exclusifs a été déterminé proportionnellement au territoire ou à la clientèle alloués de manière à garantir un certain volume d'activité préservant leurs efforts d'investissement.
- (126) Les systèmes de distribution exclusive reposant sur l'allocation de clientèles exclusives qui restreignent la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, peuvent également satisfaire aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, et être ainsi exemptés de l'application de l'article 101 sur une base individuelle. L'exclusivité de clientèle peut produire des gains d'efficacité lorsque les investissements des distributeurs sont nécessaires pour bâtir l'image de la marque ou 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 la clientèle exclusive qui leur a été allouée, ou lorsque ces investissements génèrent des économies d'échelle ou de gamme au niveau de la logistique (par exemple en ayant un détaillant qui se consacre spécifiquement à traiter les appels d'offres des administrations publiques pour des ordinateurs ou des fournitures de bureau). La période d'amortissement de ces investissements donne une idée de la période durant laquelle un système de distribution exclusive fondé sur l'allocation de clientèles exclusives peut être justifié. En général, la justification d'un système d'exclusivité de clientèle est d'autant plus convaincante 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 vendus à différents types d'acheteurs professionnels. L'attribution de consommateurs finals entraîne rarement des gains d'efficacité.

## (127) 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 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.

## (128) 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 (par exemple, bureaux, usine chimique ou hôpital). La société a sélectionné un certain nombre de distributeurs pour vendre et installer le système sophistiqué. Chaque distributeur a dû former son personnel aux besoins généraux et spécifiques que pose l'installation de ce système d'extinction sophistiqué 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 ont des parts de marché comprises entre 25 % et 5 % et 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 efforts de vente initiaux 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.

#### 4.6.2. *Systèmes de distribution sélective*

##### 4.6.2.1. Définition de système de distribution sélective

- (129) Comme énoncé à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point f), du règlement d'exemption, dans un système de distribution sélective, le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système.
- (130) Les critères utilisés par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs peuvent être de nature qualitative et/ou quantitative. Les critères qualitatifs sont des critères objectifs requis par la nature du produit, tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente et l'assortiment des produits vendus <sup>(53)</sup>. Les critères quantitatifs limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés, en imposant par exemple un niveau de vente minimal ou maximal ou en fixant le nombre de revendeurs agréés. Ces critères peuvent être modifiés tout au long de la durée de l'accord de distribution sélective.
- (131) Les systèmes de distribution sélective sont comparables aux systèmes de distribution exclusive en ce qu'ils restreignent le nombre de distributeurs agréés et les possibilités de revente. La différence avec la distribution exclusive est la restriction du nombre de revendeurs agréés sur la base de critères de sélection spécifiques. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente associée à la distribution sélective ne porte pas sur les ventes actives sur un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive, mais sur les ventes actives et passives à des distributeurs non agréés, les distributeurs agréés et les clients finals étant les seuls acheteurs potentiels.

##### 4.6.2.2. Application de l'article 101 aux systèmes de distribution sélective

- (132) Du point de vue de la concurrence, les systèmes de distribution sélective risquent d'affaiblir la concurrence intramarque et, surtout s'il y a effet cumulatif, d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs, ainsi que d'atténuer la concurrence et de faciliter potentiellement les collusions entre acheteurs en limitant le nombre de ces derniers.
- (133) L'appréciation des éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution sélective devrait être axée tout d'abord sur la conformité du système de distribution sélective avec l'article 101, paragraphe 1. À cet effet, il convient d'opérer une distinction entre la distribution sélective purement qualitative et la distribution sélective quantitative.
- (134) La distribution sélective purement qualitative, qui consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs requis par la nature du produit, n'impose pas de limitation directe au nombre de revendeurs agréés. Pour autant que les trois conditions établies par la Cour de justice dans l'arrêt Metro <sup>(54)</sup> (les «critères Metro») soient remplies, on considère généralement que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, car on peut présumer que la restriction de la concurrence intramarque associée à la distribution sélective est compensée par une amélioration de la concurrence intermarques sur le plan de la qualité <sup>(55)</sup>. Premièrement, la nature des biens ou services en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire. Autrement dit, compte tenu de la nature du produit concerné, un tel système doit constituer une exigence légitime afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Par exemple, un

<sup>(53)</sup> Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission, T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, points 125 et suivants.

<sup>(54)</sup> Voir les arrêts de la Cour de justice du 11 décembre 1980, NV L'Oréal et SA L'Oréal/PVBA «De Nieuwe AMCK», 31/80, ECLI:EU:C:1980:289, points 15 et 16; du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission («Metro I»), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, points 20 et 21; du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, point 41; et du 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, point 24.

<sup>(55)</sup> Voir les arrêts de la Cour de justice du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission («Metro I»), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, points 20 à 22; du 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Commission, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293, points 33, 34 et 73; du 22 octobre 1986, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission («Metro II»), 75/84, ECLI:EU:C:1986:399, point 45; et l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission, T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, point 106.

système de distribution sélective qui ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1 peut être utilisé pour des produits de haute qualité ou technicité <sup>(56)</sup>. L'utilisation d'un système de distribution sélective peut également être nécessaire pour les biens de luxe. La qualité de tels biens peut résulter non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de leur sensation de luxe. Dès lors, l'organisation d'un système de distribution sélective visant à assurer une présentation des biens de nature à contribuer au maintien de leur sensation de luxe peut être nécessaire pour préserver leur qualité <sup>(57)</sup>. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Bien que la jurisprudence n'exige pas que les critères qualitatifs soient communiqués à tous les revendeurs potentiels, une telle transparence peut accroître les chances de satisfaire aux critères Metro <sup>(58)</sup>. Troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire <sup>(59)</sup>.

- (135) L'appréciation de la distribution sélective au regard de l'article 101, paragraphe 1, nécessite également d'analyser séparément chacune des clauses potentiellement restrictives de l'accord sous l'angle des critères Metro <sup>(60)</sup>. Cela suppose en particulier de déterminer si la clause restrictive est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le système de distribution sélective et si elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif <sup>(61)</sup>. Il est peu probable que des restrictions caractérisées satisfassent à de telles exigences. À l'inverse, par exemple, une interdiction faite par un fournisseur de produits de luxe à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes en ligne tierces peut être jugée appropriée, pour autant que le fournisseur autorise les distributeurs agréés à faire de la publicité par l'intermédiaire de l'internet sur des plateformes tierces et à utiliser des moteurs de recherche en ligne, de telle sorte que les clients soient normalement en mesure de trouver l'offre internet des distributeurs agréés en utilisant de tels moteurs, et que l'interdiction n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'image de luxe desdits produits <sup>(62)</sup>. Si tel est le cas, l'interdiction ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, et aucune analyse supplémentaire n'est requise.
- (136) Même s'ils ne remplissent pas les critères Metro, les systèmes de distribution sélective qualitative/quantitative peuvent bénéficier de la zone de sécurité, pour autant que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 % et que l'accord ne comporte aucune restriction caractérisée <sup>(63)</sup>. Le bénéfice de l'exemption n'est pas exclu si la distribution sélective est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence. L'exemption par catégorie s'applique quelle que soit la nature du produit concerné et des critères de sélection. Cependant, lorsque les caractéristiques du produit ne nécessitent pas une distribution sélective <sup>(64)</sup> ni l'application de critères, tels que 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.
- (137) Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation individuelle des systèmes de distribution sélective qui ne remplissent pas les critères Metro et ne sont pas couverts par le règlement d'exemption ou en cas d'effets cumulatifs résultant de réseaux parallèles de distribution sélective sur le même marché.
- (138) 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, en

<sup>(56)</sup> Arrêts de la Cour de justice du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission («Metro I»), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167; et du 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Commission, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293.

<sup>(57)</sup> Voir arrêt de la Cour de justice du 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, points 25 à 29.

<sup>(58)</sup> Voir également, par analogie, l'arrêt de la Cour de justice du 14 juin 2012, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351.

<sup>(59)</sup> Voir les arrêts de la Cour de justice du 11 décembre 1980, NV L'Oréal et SA L'Oréal/PVBA «De Nieuwe AMCK», 31/80, ECLI:EU:C:1980:289, points 15 et 16; du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission («Metro I»), 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, points 20 et 21; du 25 octobre 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Commission, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293, point 35; et l'arrêt du Tribunal du 27 février 1992, Société d'hygiène dermatologique de Vichy/Commission, T-19/91, ECLI:EU:T:1992:28, point 65.

<sup>(60)</sup> Voir le point 134 des présentes lignes directrices.

<sup>(61)</sup> Voir arrêt de la Cour de justice du 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, points 43 et suivants.

<sup>(62)</sup> Voir arrêt de la Cour de justice du 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, points 43 et suivants, et en particulier le point 67.

<sup>(63)</sup> Voir arrêt de la Cour de justice du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649; voir également, par analogie, l'arrêt de la Cour de justice du 14 juin 2012, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351.

<sup>(64)</sup> Voir, par exemple, les arrêts du Tribunal du 12 décembre 1996, Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commission, T-19/92, ECLI:EU:T:1996:190, points 112 à 123; et du 12 décembre 1996, Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commission, T-88/92, ECLI:EU:T:1996:192, points 106 à 117, et la jurisprudence citée dans la note de bas de page précédente.

particulier lorsqu'elle dépasse le seuil de 30 %, plus le risque pour la concurrence généré par l'affaiblissement de la concurrence intramarque est élevé. 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. En pratique, toutefois, la distribution sélective est souvent appliquée par plusieurs fournisseurs sur un marché donné.

- (139) La position des concurrents peut avoir une double signification. D'une part, l'existence de concurrents forts indique généralement que l'affaiblissement de la concurrence intramarque, qui peut être particulièrement importante lorsqu'il n'y a qu'un seul distributeur, est compensé par une concurrence intermarques suffisante. D'autre part, en cas d'effet cumulatif, lorsqu'une majorité des principaux fournisseurs sur un marché pratiquent la distribution sélective, il pourrait en résulter une éviction de certains types de distributeurs (à savoir les magasins discount). Le risque que les distributeurs les plus efficaces soient évincés est 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, dans le cadre duquel seuls les distributeurs agréés satisfaisant aux critères ont accès au produit tandis que les distributeurs non agréés se retrouvent dans l'impossibilité de s'approvisionner. 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 strictement via l'internet) sur les marges du fabricant et sur celles des distributeurs agréés. L'éviction de tels modes de distribution, qu'elle résulte d'une utilisation cumulative de la distribution sélective ou de son utilisation 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.
- (140) Lorsque le règlement d'exemption 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 peuvent être envisagés en cas d'effets cumulatifs. Il est cependant peu probable que des effets cumulatifs se manifestent si la part de marché couverte par la distribution sélective ne dépasse pas 50 %. De même, il est peu probable que des problèmes de concurrence se posent lorsque la couverture du marché dépasse 50 %, si la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants ne dépasse pas 50 %. Lorsqu'à la fois la part des cinq plus grands 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. Des problèmes de concurrence peuvent se poser si les cinq principaux fournisseurs appliquent tous la distribution sélective. Ce serait notamment le cas si les accords conclus par les plus grands fournisseurs contenaient des critères de sélection quantitative limitant directement le nombre des revendeurs agréés ou si les critères qualitatifs appliqués avaient pour effet d'exclure certains modes de distribution, par exemple, une obligation de disposer d'un ou plusieurs points de vente physiques ou de fournir des services spécifiques qui ne peuvent habituellement l'être qu'au moyen d'un mode de distribution spécifique. En règle générale, il est peu probable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, soient remplies lorsque les systèmes de distribution sélective qui contribuent à l'effet cumulatif empêchent de nouveaux distributeurs susceptibles de vendre les produits en question de manière adéquate d'accéder au marché. En particulier, les consommateurs finals ont peu de chances de bénéficier de gains d'efficacité si les systèmes de distribution n'incluent que certains canaux existants en excluant du marché les magasins discount ou les distributeurs exerçant leur activité strictement via l'internet, qui offrent aux consommateurs des prix plus bas. Des formes plus indirectes de distribution sélective quantitative, qui résultent par exemple de la combinaison de critères de sélection purement qualitatifs et d'une obligation imposée 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. Un fournisseur dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribue en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif.
- (141) Les barrières à l'entrée constituent un élément dont il faut tenir compte surtout en cas d'éviction des distributeurs non agréés du marché. Les barrières à l'entrée peuvent être très importantes lorsque ce sont des fabricants de produits de marque qui appliquent la distribution sélective: en effet, il faut en général beaucoup de temps et des investissements considérables pour que les distributeurs exclus du système de distribution sélective lancent leurs propres marques ou obtiennent ailleurs des produits compétitifs.
- (142) La puissance d'achat peut accroître le risque de collusion entre les distributeurs. Lorsque ceux-ci détiennent une position forte sur le marché, ils peuvent inciter les fournisseurs à appliquer des critères sélectifs qui empêcheraient des distributeurs nouveaux et plus efficaces d'accéder au marché. Par conséquent, la puissance d'achat peut modifier sensiblement l'analyse des éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution sélective. Les distributeurs 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.

- (143) L'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption dispose que le fournisseur ne peut pas imposer aux distributeurs agréés d'obligation directe ou indirecte de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés. Cette disposition vise spécifiquement à éviter toute collusion horizontale qui permettrait d'exclure certaines marques par la création d'un groupe restreint de marques par les principaux fournisseurs. Une telle obligation ne devrait pas pouvoir bénéficier d'une exemption lorsque la part de marché des cinq principaux fournisseurs est égale ou supérieure à 50 %, sauf si aucun des fournisseurs qui l'imposent ne compte parmi les cinq plus grands sur le marché en question.
- (144) L'exclusion d'autres fournisseurs ne pose normalement pas de problèmes de concurrence tant que les autres fournisseurs ne sont pas empêchés d'utiliser les mêmes distributeurs, par exemple, lorsque la distribution sélective est 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 y a lieu d'appliquer les principes exposés à la section 8.2.1 des présentes lignes directrices sur le monomarchisme. 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 distributeurs des obligations supplémentaires, telles que l'obligation de réserver aux produits du fournisseur 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 distributeur. Il y a peu de risque qu'un tel problème surgisse si la part du marché couverte par la distribution sélective ne dépasse pas 50 % ou, lorsque ce taux de couverture est dépassé, si la part de marché des cinq principaux fournisseurs ne dépasse pas 50 %.
- (145) Il est important d'évaluer la dynamique du marché, car la croissance de la demande, l'évolution des technologies et les fluctuations des positions de marché peuvent rendre des effets négatifs moins probables que sur des marchés mûrs.
- (146) 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 14, g), des présentes lignes directrices]. Toutefois, de tels gains d'efficacité sont généralement marginaux dans le cadre des systèmes de distribution sélective. La nature du produit est un élément important quand il s'agit de déterminer si la distribution sélective est justifiée pour aider à résoudre un problème de parasitisme [voir le point 14, b), des présentes lignes directrices] ou pour aider à créer ou à maintenir une image de marque [voir le point 14, h), des présentes lignes directrices]. En règle générale, le recours à la distribution sélective pour réaliser ces types de gains d'efficacité est davantage susceptible de se justifier 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). La combinaison d'une distribution sélective et d'une clause d'implantation, afin de protéger un distributeur agréé contre la concurrence d'autres distributeurs agréés qui ouvrent un point 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 distributeur agréé [voir le point 14, e), des présentes lignes directrices]. Pour s'assurer que la restriction utilisée est la moins préjudiciable à la concurrence, il convient d'examiner si les mêmes gains d'efficacité pourraient être réalisés à un coût comparable, par exemple au moyen d'obligations portant uniquement sur le service.
- (147) Exemple de distribution sélective quantitative

Sur un marché de biens de consommation durables, le fabricant de marque A, qui est leader du marché avec une part de marché de 35 %, vend ses produits aux consommateurs finals par le biais d'un système de distribution sélective. Il existe plusieurs critères d'admission au système: 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 système 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. Les fabricants de marques B, C et D sont ses principaux concurrents, avec des parts de marché de respectivement 25 %, 15 % et 10 %, tandis que les autres fabricants ont des parts de marché plus petites. 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 système de distribution sélective du fabricant A. Il existe différents canaux de distribution: 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 distributeurs 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.

(148) 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 systèmes de distribution sélective sont 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 le produit doit représenter au moins 30 % de son chiffre d'affaires total. En général, le même distributeur est agréé par chacune des cinq marques. 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, il existe une forte différenciation des produits et l'image de marque est importante. Les cinq leaders bénéficient d'une image de marque forte, forgée grâce à la publicité et au parrainage, tandis que les deux fabricants plus petits ont adopté une stratégie plus basse de gamme et ne jouissent pas d'une image de marque forte.

Sur ce marché, les magasins discount généralistes et les distributeurs qui exercent leur activité strictement via l'internet n'ont pas accès aux marques des cinq leaders. En effet, l'exigence selon laquelle le produit doit représenter au moins 30 % de l'activité des distributeurs et les critères relatifs à la présentation et aux services de prévente excluent la plupart des magasins discount du réseau des distributeurs agréés. Par ailleurs, l'obligation de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques exclut du réseau les distributeurs qui exercent leur activité strictement via l'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 distributeurs n'est pas directement limité, les critères d'admission sont suffisamment stricts pour que le nombre de distributeurs des cinq marques leaders soit faible sur chaque territoire.

Les gains d'efficacité résultant de tels 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 système de distribution sélective s'accompagne de gains d'efficacité évidents, il est probable que l'exemption par catégorie devra être retirée en raison de la présence d'effets cumulatifs qui ont pour conséquence de limiter le choix des consommateurs et d'augmenter le prix qu'ils doivent acquitter.

4.6.3. *Franchise*

- (149) 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, une obligation de non-concurrence, la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions.

- (150) La franchise (à l'exception des accords de franchise industrielle) présente certaines caractéristiques spécifiques, telles que l'utilisation d'un nom commercial uniforme, l'application de méthodes commerciales uniformes (y compris l'octroi de licences de DPI) et le paiement de redevances en échange des bénéfices accordés. Compte tenu de ces spécificités, il peut être considéré que les dispositions strictement nécessaires au fonctionnement de tels systèmes de distribution ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1. Il s'agit, par exemple, des restrictions qui empêchent que le savoir-faire et l'assistance fournis par le franchiseur bénéficient à ses concurrents <sup>(65)</sup> et des obligations de non-concurrence relatives aux biens ou services achetés par le franchisé qui sont nécessaires au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans ce dernier cas, la durée de l'obligation de non-concurrence est dénuée de pertinence pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même.
- (151) Les accords de franchise sont couverts par le règlement d'exemption lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur ne dépassent pas 30 % <sup>(66)</sup>. L'octroi de licences relatives à des droits de propriété intellectuelle prévus dans un accord de franchise est abordé aux points 67 à 82 des présentes lignes directrices. Les restrictions verticales incluses dans les accords de franchise seront évaluées au regard des règles applicables au système de distribution le plus proche de la nature de l'accord de franchise en question. Par exemple, un accord de franchise qui donne lieu à un réseau fermé, compte tenu de l'interdiction faite aux membres de vendre à des non-membres, sera évalué au regard des règles applicables à la distribution sélective. En revanche, un accord de franchise accordant une exclusivité territoriale et une protection contre les ventes actives par d'autres franchisés sera évalué au regard des règles applicables à la distribution exclusive.
- (152) Les accords de franchise qui comportent des restrictions caractérisées, telles que des prix de vente imposés <sup>(67)</sup>, n'entrent pas dans le champ d'application du règlement d'exemption. Les accords non couverts par le règlement d'exemption nécessitent une appréciation individuelle au regard de l'article 101. Cette appréciation devrait tenir compte du fait que plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions verticales généreront des gains d'efficacité et/ou seront indispensables pour le protéger et qu'elles satisferont donc aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.
- (153) 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 à la demande du client. Le fabricant de bonbons a aussi élaboré les machines pour la coloration des bonbons et la production des 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 (par exemple agencement des magasins et publicité communs). Afin d'accroître ses ventes, le fabricant de bonbons a développé un système de franchise. Pour garantir une qualité de produit et une image des magasins uniformes, les franchisés sont tenus d'acheter les bonbons, le liquide et la machine à colorer au fabricant, 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 et qu'à des consommateurs finals ou à d'autres franchisés. Ils ne sont pas autorisés à vendre d'autres bonbons dans leurs magasins. Le franchiseur ne peut pas désigner un autre franchisé ni exploiter lui-même un commerce de détail sur le territoire contractuel. Il est aussi tenu 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 franchisés. Les accords de franchise sont conclus pour une durée de dix ans.

<sup>(65)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, point 16.

<sup>(66)</sup> Voir aussi les points 86 à 95, en particulier le point 92.

<sup>(67)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, point 23.

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 bonbons de producteurs nationaux, importent des bonbons de fabricants étrangers. Sur ce marché, les produits du franchiseur sont en concurrence avec plusieurs marques nationales et internationales de bonbons, dont certaines appartiennent à de grandes sociétés alimentaires diversifiées. Sur le marché des machines de coloration d'aliments, la part de marché du franchiseur est inférieure à 10 %. Le franchiseur détient une part de marché de 30 % sur le marché des bonbons vendus aux détaillants. Les points de vente de bonbons sont nombreux: débits de tabac, commerces alimentaires de détail généralistes, cafétérias et commerces spécialisés.

La plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des DPI 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 (c'est-à-dire la détermination d'un territoire contractuel et la distribution sélective) incitent les franchisés à investir dans le concept de franchise et la machine de coloration et à contribuer à maintenir l'identité commune, en compensant ainsi 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 empêche les concurrents de profiter de son enseigne. Compte tenu du nombre important de points de vente disponibles pour les autres fabricants de bonbons, elle n'entraîne pas de verrouillage substantiel. Par conséquent, les accords de franchise remplissent vraisemblablement les conditions d'exemption énoncées à l'article 101, paragraphe 3, dans la mesure où ils relèvent de l'article 101, paragraphe 1.

## 5. DÉFINITION DES MARCHÉS ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ

### 5.1. Communication sur la définition du marché

(154) La communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence <sup>(68)</sup> (ci-après la «communication sur la définition du marché») 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. Le marché en cause aux fins de l'application de l'article 101 aux accords verticaux devrait dès lors être défini sur la base de ces orientations ainsi que de toute future orientation relative à la définition du marché en cause aux fins des règles de concurrence de l'Union. Les présentes lignes directrices ne portent que sur les questions spécifiques qui se posent dans le contexte de l'application du règlement d'exemption et qui ne sont pas couvertes dans la communication sur la définition du marché.

### 5.2. Le calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption

(155) En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont déterminantes pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie. Pour que le règlement d'exemption s'applique, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits ou services contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits ou services contractuels ne doivent pas dépasser 30 %. Dans le cas d'accords entre des PME, il n'est généralement pas nécessaire de calculer les parts de marché (voir le point 26 des présentes lignes directrices).

(156) 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, que ce soit la distribution exclusive, sélective ou libre. Si les fournisseurs vendent normalement une gamme de produits, l'ensemble de cette gamme peut déterminer la définition du marché de produits lorsque cette gamme, et non les produits qu'elle contient, pris individuellement, est considérée par l'acheteur comme substitut.

(157) Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties actives chacune à un stade commercial différent, il faut, pour qu'il puisse bénéficier du règlement d'exemption, que la part de marché de chacune des parties ne dépasse pas 30 %. Comme l'indique l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption, 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 qui est également partie à l'accord, le règlement d'exemption 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

<sup>(68)</sup> JO C 372 du 9.12.1997, p. 5.

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 d'approvisionnement 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 du règlement d'exemption.

- (158) Lorsque l'accord vertical, outre ses dispositions sur la fourniture des biens ou services 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 ou services 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. Si un franchiseur ne fournit pas de biens ou de services aux fins de leur revente, mais fournit un ensemble de biens ou de services assortis de dispositions concernant les droits de propriété intellectuelle, le tout formant la méthode commerciale faisant l'objet de la franchise, il doit tenir compte de sa part de marché en tant que fournisseur d'une telle méthode pour la fourniture de biens ou services spécifiques aux utilisateurs finals. À cet effet, il doit calculer sa part du marché où la méthode commerciale en question est exploitée, c'est-à-dire le marché où les franchisés exploitent la méthode commerciale pour fournir des biens ou des services à des utilisateurs finals. Le franchiseur doit donc calculer sa part de marché sur la base de la valeur des biens ou des services que ses franchisés fournissent sur ce marché. Sur un tel marché, les concurrents du franchiseur 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 franchisés sur ce même marché.

### 5.3. Calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption

- (159) Comme énoncé à l'article 7, point a), du règlement d'exemption, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur devraient, en principe, être calculées sur la base de données relatives à la valeur. Lorsque de telles données ne sont pas disponibles, des estimations dûment étayées peuvent être effectuées sur la base d'autres informations fiables relatives au marché, telles que des données relatives au volume.
- (160) L'approvisionnement en interne de biens ou services intermédiaires pour la propre utilisation du fournisseur peut être pertinent pour l'analyse de la concurrence dans un cas déterminé, mais il ne sera pas pris en considération aux fins de la définition du marché ou du calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption. En revanche, conformément à l'article 7, point c), du règlement d'exemption, dans le cas d'une double distribution de biens finals (c'est-à-dire lorsqu'un fournisseur de biens finals est également présent sur le marché en qualité de distributeur de ces biens), la définition du marché et le calcul des parts de marché devraient tenir compte des ventes de ses propres biens réalisées par le fournisseur par l'intermédiaire de ses distributeurs et agents verticalement intégrés. Les distributeurs intégrés sont des entreprises liées au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement d'exemption <sup>(69)</sup>.

## 6. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION

### 6.1. Restrictions caractérisées conformément au règlement d'exemption

- (161) L'article 4 du règlement d'exemption énumère une liste de restrictions caractérisées, qui sont considérées comme de graves restrictions de la concurrence qui devraient, dans la plupart des cas, être interdites en raison du préjudice qu'elles causent aux consommateurs. Les accords verticaux qui comportent une ou plusieurs restrictions caractérisées sont entièrement exclus du champ d'application du règlement d'exemption.
- (162) Les restrictions caractérisées visées à l'article 4 du règlement d'exemption s'appliquent aux accords verticaux concernant les échanges *au sein* de l'Union. Dès lors, pour ce qui est des accords verticaux qui concernent les exportations vers un pays tiers ou des (ré)importations dans l'Union, la jurisprudence de la Cour de justice indique que de tels accords ne sauraient être considérés comme ayant pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur de l'Union ou comme étant susceptibles d'affecter en tant que tel le commerce entre les États membres <sup>(70)</sup>.

<sup>(69)</sup> 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 ou services de concurrents n'est pas pertinente.

<sup>(70)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 avril 1998, Javico/Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, point 20.

- (163) Les restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement d'exemption sont généralement des restrictions de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1 <sup>(71)</sup>. Les restrictions de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, sont des accords qui, par leur nature même, sont susceptibles de restreindre la concurrence <sup>(72)</sup>. À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire <sup>(73)</sup>. La constatation d'une restriction par objet nécessite une évaluation individuelle de l'accord vertical concerné. Les restrictions caractérisées, en revanche, correspondent à une catégorie de restrictions, définie par le règlement d'exemption, qui sont présumées nocives pour la concurrence, de sorte qu'un accord vertical comportant une telle restriction caractérisée ne peut bénéficier d'une exemption par catégorie en vertu de l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption.
- (164) Toutefois, les restrictions caractérisées ne relèvent pas nécessairement du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1. Lorsqu'une restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption est objectivement nécessaire pour un accord vertical d'une nature ou d'un type particulier, par exemple, pour assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé, cet accord est exceptionnellement exclu du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1. Eu égard à ce qui précède, et notamment au fait que les restrictions caractérisées sont généralement des restrictions de la concurrence par objet, la Commission appliquera les principes suivants au moment d'évaluer un accord vertical:
- lorsqu'une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement d'exemption est incluse dans un accord vertical, ce dernier relève probablement de l'article 101, paragraphe 1;
  - un accord comportant une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement d'exemption ne remplit probablement pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3 <sup>(74)</sup>.
- (165) Une entreprise a la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné <sup>(75)</sup>. À cet effet, elle doit établir que des gains d'efficacité sont probables et que ceux-ci devraient résulter de l'introduction de la restriction caractérisée dans l'accord, au moment de démontrer que toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. Lorsque tel est le cas, la Commission appréciera l'incidence négative qu'aura probablement sur la concurrence l'inclusion de la restriction caractérisée dans l'accord, avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies <sup>(76)</sup>.
- (166) Les exemples proposés aux trois points ci-après des présentes lignes directrices visent à illustrer dans quelles circonstances exceptionnelles une restriction caractérisée peut être exclue du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1.
- (167) Exemple de véritable entrée

Le distributeur qui est le premier à vendre une nouvelle marque ou une marque existante sur un nouveau marché, réalisant ainsi une véritable entrée, peut être amené à effectuer des investissements importants si, auparavant, il n'existait aucune demande pour ce type de produit en général ou pour le type de produit du producteur concerné. Dans de telles circonstances, étant donné que de telles dépenses sont souvent irrécouvrables, 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, lequel 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

<sup>(71)</sup> Voir Commission, Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice [SWD(2014) 198 final, p. 4].

<sup>(72)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, point 31.

<sup>(73)</sup> Voir arrêt de la Cour de justice du 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires (CB)/Commission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, point 49.

<sup>(74)</sup> Voir l'arrêt de la Cour de justice du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, point 57.

<sup>(75)</sup> Voir en particulier le point 14, a) à i), des présentes lignes directrices, qui décrivent globalement les gains d'efficacité possibles liés aux restrictions verticales, et la section 6.1.1 des présentes lignes directrices relative aux 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).

<sup>(76)</sup> Cette appréciation est réalisée sans préjudice du fait qu'une restriction donnée peut tout de même être nulle de plein droit si elle constitue une violation des interdictions relatives aux ventes passives énoncées dans le règlement sur le blocage géographique; voir article 6, paragraphe 2, du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE (JO L 60 I du 2.3.2018, p. 1).

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 de telles restrictions sont généralement considérées comme des restrictions caractérisées présumées relever du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1.

(168) Exemple de fournitures croisées entre distributeurs agréés

Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs agréés doivent normalement rester libres (voir le point 187 des présentes lignes directrices). Toutefois, si des grossistes agréés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur le territoire où ils distribuent les biens ou services concernés pour soutenir les ventes des distributeurs agréés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat, les restrictions imposées à ces grossistes en ce qui concerne la vente active aux distributeurs agréés 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.

(169) Exemple de véritable test

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 relève de l'article 101, paragraphe 1, le temps nécessaire à l'essai ou à l'introduction du produit.

6.1.1. *Prix de vente imposés*

(170) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point a), du règlement d'exemption 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<sup>(77)</sup>. Un accord vertical ou une pratique concertée établissant une certaine fourchette dans laquelle l'acheteur doit établir ses prix n'est donc pas conforme à l'article 4, point a), du règlement d'exemption.

(171) Les prix de vente peuvent être imposés par des moyens directs. Tel est le cas pour les dispositions contractuelles ou les pratiques concertées qui fixent directement le prix de détail et qui entraînent donc des restrictions flagrantes<sup>(78)</sup>. De telles restrictions incluent les dispositions contractuelles permettant au fournisseur de fixer le prix que l'acheteur doit facturer à son client ou d'interdire à l'acheteur de vendre au-dessous d'un certain niveau de prix. La restriction est également flagrante lorsqu'un fournisseur demande une augmentation de prix et que l'acheteur accède à cette demande.

(172) Les prix de vente peuvent aussi être imposés par des moyens indirects, notamment des incitations à appliquer un prix minimal ou des découragements à s'écarter d'un prix minimal. Les exemples ci-après visent à fournir une liste non exhaustive de ces moyens indirects:

- la fixation de la marge du distributeur,
- la fixation du niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini,

<sup>(77)</sup> Pour la distinction entre les accords verticaux et les pratiques concertées, voir les points 48 à 51 des présentes lignes directrices. Toutefois, cette distinction n'a pas, à ce jour, joué un rôle important dans l'application des règles, vu qu'il n'est pas nécessaire de l'opérer pour constater une violation de l'article 101. Il convient en outre d'observer que les prix de vente imposés peuvent être liés à d'autres restrictions, notamment une collusion horizontale prenant la forme d'un réseau en étoile, qui sont abordées au point 55 des lignes directrices horizontales.

<sup>(78)</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 *Guess*, points 84, 86 et 137.

- le fait de subordonner 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, et
- 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.

- (173) Toutefois, comme indiqué à l'article 4, point a), du règlement d'exemption, l'imposition d'un prix de détail maximal ou la formulation par le fournisseur d'une recommandation de prix de vente ne constitue pas en soi l'imposition d'un prix de vente. Toutefois, si le fournisseur associe à ce prix maximal ou à ce prix de vente conseillé des incitations à appliquer un niveau de prix donné ou des découragements à baisser le prix de vente, cela peut constituer une imposition de prix de vente. Un exemple d'incitation à appliquer un prix de vente donné serait le remboursement des coûts promotionnels en cas de respect du prix de vente maximal ou du prix de vente conseillé. Un exemple de découragement à baisser le prix de vente serait une intervention du fournisseur lorsque l'acheteur s'écarte du prix de vente maximal ou conseillé, en menaçant, par exemple, de réduire l'approvisionnement.
- (174) De même, des politiques de prix minimaux affichés («PMA»), interdisant aux détaillants d'afficher des prix inférieurs à un certain niveau fixé par le fournisseur, peuvent également constituer une imposition de prix de vente, par exemple lorsque le fournisseur sanctionne les détaillants qui ont fini par vendre au-dessous des PMA respectifs, leur impose de ne pas proposer de remises ou les empêche d'informer que le prix final pourrait être différent du PMA qui lui correspond.
- (175) 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. Ces mesures ne sont toutefois pas suffisantes en soi pour constater l'existence de prix de vente imposés: en effet, les fournisseurs pourraient s'en servir pour accroître l'efficacité de la chaîne d'approvisionnement ou de distribution ou à d'autres fins sans rapport avec des moyens directs ou indirects d'imposer des prix de vente.
- (176) La surveillance des prix est de plus en plus utilisée dans le commerce électronique, dans lequel les fabricants comme les détaillants utilisent souvent des logiciels spécifiques à cet effet <sup>(79)</sup>. Une telle surveillance des prix ne constitue pas une imposition de prix de vente à proprement parler. Elle améliore en revanche la transparence des prix sur le marché, ce qui permet aux fabricants de surveiller efficacement les prix de vente dans leur réseau de distribution et d'intervenir rapidement en cas de baisses de prix. Elle permet aussi aux détaillants de surveiller efficacement les prix de leurs concurrents et de signaler les baisses de prix au fabricant, tout en lui demandant d'intervenir contre ces baisses <sup>(80)</sup>.
- (177) Dans le cas des contrats d'agence, le commettant fixe normalement le prix de vente, étant donné qu'il supporte les risques commerciaux et financiers liés à la vente. 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, en particulier, les points 40 à 43 des présentes lignes directrices), 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, constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point a), du règlement d'exemption. Pour éviter le recours à une telle restriction caractérisée, l'agent doit rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant <sup>(81)</sup>.
- (178) La fixation du prix de vente dans un accord vertical entre un fournisseur et un acheteur portant exécution d'un accord préalable entre le fournisseur et un utilisateur final donné (ci-après un «contrat d'exécution») ne constitue pas une imposition de prix de vente lorsque l'utilisateur final a renoncé à son droit de choisir l'entreprise devant exécuter l'accord. Dans un tel cas, la fixation du prix de vente n'entraîne pas de restriction au sens de l'article 101, paragraphe 1, puisque le prix de vente n'est plus soumis à la concurrence au regard de l'utilisateur final concerné. Cela n'est toutefois valable que lorsque le contrat d'exécution ne constitue pas un contrat d'agence exclu du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, tel que décrit, en particulier, aux points 40 à 43 des présentes lignes directrices, par exemple parce que l'acheteur acquiert la propriété des biens contractuels destinés à être revendus ou parce qu'il assume davantage que des risques insignifiants en ce qui concerne l'exécution du contrat. En

<sup>(79)</sup> Voir le document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique [SWD(2017) 154 final du 10.5.2017], points 602 et 603.

<sup>(80)</sup> Voir les décisions de la Commission dans l'affaire AT.40182 *Pioneer*, points 136 et 155; dans l'affaire AT.40469 *Denon & Marantz*, point 95; dans l'affaire AT.40181 *Philips*, point 64; dans l'affaire AT.40182 *Pioneer*, point 136; et dans l'affaire AT.40465 *Asus*, point 27.

<sup>(81)</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire n° IV/32.737 *Eirpage*, en particulier le point 6.

revanche, lorsque l'utilisateur final n'a pas renoncé à son droit de choisir l'entreprise devant exécuter l'accord, le fournisseur ne peut fixer le prix de vente sans enfreindre l'article 4, point a), du règlement d'exemption. Il peut, par contre, fixer un prix de vente maximal dans le but de permettre une concurrence sur les prix pour l'exécution du contrat.

- (179) L'article 4, point a), du règlement d'exemption est pleinement applicable dans l'économie des plateformes en ligne. En particulier, si une entreprise est un fournisseur de services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, elle est un fournisseur et doit par conséquent respecter l'article 4, point a), du règlement d'exemption pour éviter une restriction caractérisée en ce qui concerne les biens ou services intermédiaires. Si cela n'empêche pas un fournisseur de services d'intermédiation en ligne d'inciter les utilisateurs des services d'intermédiation en ligne à vendre leurs biens ou services à un niveau compétitif ou à baisser leurs prix, l'article 4, point a), du règlement d'exemption interdit au fournisseur de services d'intermédiation en ligne d'imposer un prix de vente fixe ou minimal pour la transaction qu'il facilite.
- (180) La Cour de justice a déclaré à plusieurs reprises qu'un accord établissant des prix de détail fixes ou minimaux et empêchant ainsi l'acheteur de déterminer ses prix de vente de manière indépendante constituait une restriction de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1<sup>(82)</sup>. Toutefois, comme indiqué aux points 163 à 165 des présentes lignes directrices, la qualification d'une restriction comme étant une restriction caractérisée, ainsi qu'une restriction par objet, ne signifie pas que les accords qui reviennent à imposer des prix de vente constituent en soi des violations de l'article 101. Lorsqu'une entreprise considère que des prix de vente imposés apportent des gains d'efficacité dans un cas donné, elle peut soumettre une justification de l'accord par la recherche d'un gain d'efficacité en vertu de l'article 101, paragraphe 3.
- (181) Les prix de vente imposés sont généralement considérés comme une grave restriction de la concurrence, vu qu'ils peuvent affaiblir de différentes manières la concurrence intramarque et/ou intermarques:
- a) l'effet direct des prix de vente imposés est l'élimination de la concurrence intramarque sur les prix, étant donné que tous les distributeurs, ou certains d'entre eux, se verront empêchés de baisser leurs prix de vente pour la marque concernée, ce qui entraînera une augmentation des prix pour cette marque;
  - b) les prix de vente imposés peuvent faciliter la collusion entre fournisseurs, en particulier sur les marchés qui sont enclins aux collusions, par exemple si les fournisseurs forment un oligopole restreint, et qu'une partie importante du marché est couverte par des prix de vente imposés. Cela peut également être le cas lorsque des fournisseurs distribuent leurs biens ou services en faisant appel aux mêmes distributeurs, ce qui leur permet d'utiliser ces derniers comme moyen de mettre en œuvre l'équilibre collusoire. Les prix de vente imposés permettent généralement de détecter plus aisément si un fournisseur s'écarte de l'équilibre collusoire en baissant son prix. Autrement dit, si un fournisseur décidait de ne pas appliquer sa politique de prix de vente imposés afin d'augmenter ses ventes au détail, les prix de vente imposés permettraient aux autres fournisseurs de détecter plus facilement la baisse des prix de détail qui en résulte et de réagir en conséquence;
  - c) les prix de vente imposés peuvent faciliter la collusion entre acheteurs au niveau de la distribution. L'affaiblissement de la concurrence par les prix qui en résulte semble particulièrement problématique lorsque les prix de vente imposés sont suggérés par les acheteurs. Des acheteurs puissants ou bien organisés peuvent être en mesure de forcer ou d'inciter un ou plusieurs de leurs fournisseurs à fixer leur prix de vente au-dessus du niveau concurrentiel, aidant ainsi les acheteurs à instaurer ou à stabiliser un équilibre collusoire. Les prix de vente imposés servent de dispositif d'engagement visant à ce que les détaillants ne s'écartent pas de l'équilibre collusoire en pratiquant des remises sur leurs prix;
  - d) les prix de vente imposés peuvent atténuer la pression sur la marge du fournisseur, 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;
  - e) en empêchant la concurrence par les prix entre les distributeurs, les prix de vente imposés peuvent empêcher ou gêner l'introduction et l'expansion de modes de distribution nouveaux ou plus efficaces, affaiblissant ainsi l'innovation au niveau de la distribution;

<sup>(82)</sup> Arrêts dans les affaires C-243/83, Binon/AMP, ECLI:EU:C:1985:284, point 44; C-311/85, VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, ECLI:EU:C:1987:418, point 17; et C-27/87, Erauw-Jacquery/La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183, point 15.

- f) un fournisseur 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 du fournisseur 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.
- (182) Toutefois, les prix de vente imposés peuvent également générer des gains d'efficacité, en particulier lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur. Si une entreprise invoque l'article 101, paragraphe 3, pour affirmer que les prix de vente imposés peuvent donner lieu à des gains d'efficacité, il lui incombe d'avancer des éléments de preuve concrets à l'appui de cette affirmation et de démontrer que les conditions de l'article 101, paragraphe 3 sont bien remplies dans le cas individuel. Trois exemples d'une telle défense faisant valoir des gains d'efficacité sont présentés ci-après:
- a) Lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent représenter un moyen efficace d'inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question, en particulier s'il s'agit d'un produit entièrement nouveau, et à augmenter leurs efforts de vente. Si les distributeurs sur le marché concerné sont soumis à des pressions concurrentielles, celles-ci peuvent les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt, également, des consommateurs. L'article 101, paragraphe 3 dispose qu'il ne doit pas exister d'autres solutions moins restrictives. Pour satisfaire à cette exigence, les fournisseurs peuvent, par exemple, démontrer qu'ils n'ont pas la possibilité en pratique d'imposer à tous les acheteurs, par voie de contrat, des obligations de promotion effective. Dans de telles circonstances, l'imposition de prix de détail fixes ou minimaux pendant une période limitée afin de faciliter le lancement d'un nouveau produit peut être considérée, dans l'ensemble, comme favorable à la concurrence.
- b) Des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximaux, peuvent être nécessaires pour organiser une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (de 2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs. Ils peuvent notamment être nécessaires pour organiser une telle campagne dans un système de distribution dans lequel le fournisseur applique un format de distribution uniforme, tel qu'un système de franchise. Compte tenu de son caractère temporaire, l'imposition de prix de détail fixes peut être considérée, dans l'ensemble, comme favorable à la concurrence.
- c) 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. Le fournisseur devra démontrer de manière convaincante que les prix de vente imposés sont nécessaires pour surmonter un parasitisme entre les détaillants sur ces services. Dans ce cas, la probabilité que les prix de vente imposés soient considérés comme favorables à la concurrence est plus élevée lorsque la concurrence entre les fournisseurs est rude et que le fournisseur n'a qu'un pouvoir de marché limité.
- (183) 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 la zone de sécurité prévue par le règlement d'exemption 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, comme expliqué aux points 172 et 173 des présentes lignes directrices. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des prix conseillés ou maximaux qui dépassent le seuil de part de marché.
- (184) Du point de vue de la concurrence, les prix conseillés ou maximaux risquent de fonctionner comme point de convergence pour les revendeurs et d'être suivis par la plupart voire la totalité d'entre eux. Par ailleurs, des prix conseillés ou maximaux sont susceptibles d'atténuer la concurrence ou de faciliter la collusion entre les fournisseurs.
- (185) Un élément important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des prix de vente conseillés ou maximaux est la position du fournisseur sur le marché. Plus cette position est forte, plus le risque est grand qu'un prix de vente conseillé ou maximal 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.

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

6.1.2. *Restrictions caractérisées au sens de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption*

6.1.2.1. *Principes généraux au titre de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption*

(187) L'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption énumère une liste de restrictions caractérisées et d'exceptions qui s'appliquent en fonction du système de distribution utilisé par le fournisseur: la distribution exclusive, la distribution sélective ou la libre distribution. Les restrictions caractérisées visées à l'article 4, points b), c) i) et d), du règlement d'exemption concernent les accords et pratiques concertées qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet de restreindre les ventes réalisées par un acheteur ou par ses clients, pour autant que ces restrictions portent sur le territoire sur lequel, ou sur la clientèle à laquelle, l'acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels. L'article 4, point c) ii) et iii), du règlement d'exemption dispose que, dans un système de distribution sélective, la restriction des fournitures croisées entre les membres du système de distribution sélective qui agissent au même stade commercial ou à des stades différents, ainsi que la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective opérant au niveau du commerce de détail, constituent des restrictions caractérisées.

(188) L'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption s'applique indépendamment du canal de vente utilisé. Les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs, ont pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne, restreignent les territoires sur lesquels, ou les clientèles auxquelles, les acheteurs ou leurs clients peuvent vendre les biens ou services contractuels, étant donné qu'ils restreignent les ventes aux clients situés en dehors de la zone de chalandise physique des acheteurs ou de leurs clients<sup>(83)</sup>. Une interdiction des ventes en ligne, de même que des restrictions interdisant ou limitant de fait les ventes en ligne, dans la mesure où elles privent de fait les acheteurs et leurs clients de la possibilité de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne, ont pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne. Dès lors, une restriction de nature à diminuer significativement le volume global des ventes en ligne sur le marché constitue une restriction caractérisée des ventes actives ou passives au sens de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption. L'appréciation du fait qu'une restriction soit caractérisée ou non ne saurait dépendre de circonstances propres au marché ou des circonstances propres à un client ou à des clients donnés. Les restrictions qui empêchent l'utilisation effective d'un ou plusieurs supports publicitaires par les acheteurs ou leurs clients<sup>(84)</sup> ont pour objet d'empêcher ces derniers de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne et restreignent donc les ventes aux clients qui souhaitent acheter en ligne et qui sont situés en dehors de la zone de chalandise physique des acheteurs ou de leurs clients, étant donné qu'elles limitent la capacité de ces derniers à cibler ces clients, à les informer de leur offre et à les attirer sur leur boutique en ligne ou sur d'autres canaux de vente.

(189) Ces restrictions caractérisées peuvent 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. Elles peuvent également découler de mesures indirectes destinées à inciter le distributeur à ne pas vendre à de tels clients, par exemple:

- a) l'obligation de demander l'accord préalable du fournisseur<sup>(85)</sup>;
- b) le refus ou la réduction des primes ou des remises<sup>(86)</sup>, et des paiements compensatoires versés par le fournisseur si le distributeur arrête de vendre à de tels clients;
- c) la cessation des livraisons;
- d) la limitation ou la réduction des volumes de livraison, par exemple, en fonction de la demande sur le territoire ou au sein de la clientèle alloués;
- e) la menace de mettre un terme à l'accord<sup>(87)</sup> ou de ne pas le renouveler;

<sup>(83)</sup> Voir également l'arrêt dans l'affaire C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2011:649, point 54.

<sup>(84)</sup> Voir les décisions de la Commission dans l'affaire AT.40428 *Guess*, points 118 à 126.

<sup>(85)</sup> Voir, par exemple, l'arrêt dans l'affaire T-77/92, *Parker Pen/Commission*, ECLI:EU:T:1994:85, point 37.

<sup>(86)</sup> Voir, par exemple, l'arrêt dans l'affaire T-450/05, *Peugeot Nederland/Commission*, ECLI:EU:T:2009:262, point 47.

<sup>(87)</sup> Voir, par exemple, l'arrêt dans l'affaire T-62/98, *Volkswagen/Commission*, ECLI:EU:T:2000:180, point 44.

- f) la menace de réaliser des audits ou la réalisation d'audits afin de s'assurer du respect de la demande de ne pas vendre à certaines clientèles ou aux clients de certains territoires;
  - g) l'application d'un prix plus élevé pour les produits destinés à être vendus à certaines clientèles ou aux clients de certains territoires;
  - h) la limitation de la part des ventes pouvant être effectuées à certaines clientèles ou aux clients de certains territoires;
  - i) la limitation des langues à utiliser sur l'emballage ou pour la promotion des produits;
  - j) la fourniture d'un autre produit en échange de l'arrêt de ces ventes;
  - k) des paiements visant à mettre fin à ces ventes;
  - l) l'obligation de transférer au fournisseur les bénéfices tirés de ces ventes.
- (190) Ces restrictions caractérisées peuvent également provenir du fait que le fournisseur n'assure pas un service de garantie à l'échelle de toute l'Union, dans le cadre duquel il rembourse normalement tous les distributeurs pour le service de garantie obligatoire qu'ils assurent, même en ce qui concerne des produits vendus sur leur territoire par d'autres distributeurs <sup>(88)</sup>.
- (191) Les pratiques visées aux points 187 et 189 des présentes lignes directrices ont plus de chances d'être considérées comme une restriction pesant sur les ventes réalisées par l'acheteur lorsque le fournisseur les associe à un système de surveillance destiné à vérifier la destination des biens livrés, par exemple, en utilisant des étiquettes, des groupes de langues spécifiques ou des numéros de série différenciés.
- (192) En plus des obligations directes et indirectes énoncées aux points 187 à 190 des présentes lignes directrices, des restrictions caractérisées spécifiquement liées aux ventes en ligne peuvent également résulter d'obligations directes ou indirectes. Outre l'interdiction directe d'utiliser l'internet comme canal de vente, d'autres exemples d'obligations ayant directement ou indirectement pour objet d'empêcher les distributeurs de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne n'importe où, sur certains territoires ou à certaines clientèles, sont présentés ci-après:
- a) le fait d'obliger le distributeur, quel que soit le système de distribution qu'il utilise, à empêcher les clients situés sur un autre territoire de consulter son site internet ou à rediriger automatiquement ses clients vers le site internet du fabricant ou d'autres distributeurs. Cela n'exclut pas une obligation pour le distributeur de proposer sur son site internet des liens vers les sites internet d'autres distributeurs et/ou du fournisseur <sup>(89)</sup>;
  - b) le fait d'exiger que le distributeur, quel que soit le système de distribution qu'il utilise, mette un terme aux opérations en ligne des consommateurs lorsque leurs données de carte de crédit révèlent qu'ils ne sont pas établis sur son territoire <sup>(90)</sup>;
  - c) le fait d'exiger que le distributeur ne vende que dans un espace physique ou en présence physique d'un personnel spécialisé <sup>(91)</sup>;
  - d) le fait d'exiger que le distributeur demande l'autorisation préalable du fournisseur pour vendre en ligne;
  - e) le fait d'exiger que le distributeur n'utilise pas les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur sur son site internet;

<sup>(88)</sup> Si le fournisseur décide de ne 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 agréé sur le territoire concerné une redevance basée sur le coût des services 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 dans l'affaire T-67/01, JCB Service/Commission, ECLI:EU:T:2004:3, points 136 à 145).

<sup>(89)</sup> Article 3 du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE (JO L 60 I du 2.3.2018, p. 1).

<sup>(90)</sup> Article 5 du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE (JO L 60 I du 2.3.2018, p. 1).

<sup>(91)</sup> Arrêt dans l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2011:649, points 36 et 37.

f) le fait d'interdire directement ou indirectement d'utiliser un support publicitaire en ligne donné, tel que des outils de comparaison de prix ou de la publicité sur les moteurs de recherche, ou d'imposer d'autres restrictions de la publicité interdisant indirectement l'utilisation d'un support publicitaire en ligne donné, par exemple une obligation pour le distributeur de ne pas utiliser les marques déposées ou noms commerciaux du fournisseur pour faire référencer son offre dans les moteurs de recherche, ou une restriction de la fourniture d'informations liées aux prix aux outils de comparaison des prix. Si l'interdiction de l'utilisation d'un outil de comparaison des prix ou d'un moteur de recherche donné n'empêche généralement pas d'utiliser effectivement l'internet afin de vendre en ligne, étant donné que d'autres outils de comparaison des prix ou moteurs de recherche pourraient être utilisés pour faire connaître les activités de vente en ligne d'un acheteur, l'interdiction d'utiliser tous les services publicitaires les plus couramment utilisés dans le support publicitaire en ligne concerné pourrait empêcher une telle utilisation, si les outils de comparaison des prix ou moteurs de recherche restants ne permettent pas, de fait, d'attirer les clients vers la boutique en ligne de l'acheteur.

(193) En revanche, au titre du règlement d'exemption, les fournisseurs ont le droit de donner certaines instructions à leurs distributeurs concernant la manière dont leurs produits doivent être vendus. Un fournisseur a le droit d'imposer des exigences de qualité à ses distributeurs, indépendamment du modèle de distribution utilisé. Les modalités de vente n'ayant pas pour objet la restriction du territoire sur lequel et des clientèles auxquelles le produit ou service peut être vendu peuvent faire l'objet d'un accord entre les fournisseurs et leurs distributeurs. Par exemple, les accords verticaux qui comportent des exigences de qualité, notamment dans le contexte de la distribution sélective, telles que la taille minimale du magasin, les exigences de qualité relatives à l'aménagement du magasin (par exemple en ce qui concerne les installations, l'ameublement, le design, l'éclairage et le revêtement des sols), les exigences de qualité relatives à l'aspect du site internet, les exigences relatives à la présentation des produits (par exemple, le nombre minimum de choix de couleurs affichés l'un à côté de l'autre ou le nombre minimum de produits de la marque exposés, et l'espacement minimum des produits, des gammes de produits et des marques dans le magasin), sont couverts par le règlement d'exemption <sup>(92)</sup>.

(194) Les accords verticaux comportant une restriction de l'utilisation d'un canal de vente en ligne donné, par exemple les places de marché en ligne, ou établissant des normes de qualité pour la vente en ligne, peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, indépendamment du système de distribution utilisé par le fournisseur, pour autant que cette restriction n'ait pas pour objet, directement ou indirectement, isolément ou cumulée avec d'autres facteurs, d'empêcher les acheteurs ou leurs clients de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne ou d'utiliser effectivement un ou plusieurs supports publicitaires en ligne, comme expliqué au point 188 ci-dessus. Ces restrictions n'affectent pas une clientèle pouvant être délimitée parmi l'ensemble des clients potentiels, ni la capacité des acheteurs ou de leurs clients à exploiter leur propre site internet et à faire de la publicité via l'internet sur des outils de comparaison des prix ou des moteurs de recherche en ligne et de pouvoir ainsi faire connaître leurs activités en ligne et attirer des clients potentiels. Dès lors, à moins qu'elles n'aient pour objet indirect d'empêcher l'utilisation effective de l'internet à des fins de vente en ligne, de telles restrictions des ventes ne constituent pas une restriction des territoires sur lesquels ou de la clientèle à laquelle les distributeurs ou leurs clients peuvent vendre les biens ou services contractuels. Ces restrictions couvertes par une exemption par catégorie incluent, en principe:

- a) le fait d'interdire directement ou indirectement les ventes sur les marchés en ligne <sup>(93)</sup>;
- b) le fait d'exiger que l'acheteur exploite un ou plusieurs points de vente physiques ou surfaces d'exposition pour pouvoir devenir membre du système de distribution du fournisseur;
- c) le fait d'exiger que l'acheteur vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume, mais pas en proportion de ses ventes totales) des biens ou services contractuels hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique. 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.

(195) Une obligation pour un même acheteur de payer un prix différent pour les produits destinés à être revendus en ligne que pour ceux destinés à être revendus hors ligne peut bénéficier de la zone de sécurité du règlement d'exemption pour autant qu'elle ait pour objet d'encourager ou de récompenser le niveau approprié d'investissements réalisés respectivement en ligne et hors ligne. Cette différence de prix devrait correspondre à la différence entre les coûts exposés dans chaque canal par les distributeurs au niveau du commerce de détail. À cet effet, la différence de prix de gros devrait tenir compte des différents coûts et investissements supportés par un distributeur hybride, afin d'inciter ou de récompenser ce dernier pour le niveau approprié d'investissements qu'il a réalisés respectivement en ligne et hors ligne: en effet, lorsque la différence de prix de gros est totalement

<sup>(92)</sup> Pour d'autres exemples, voir le document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique [SWD(2017) 154 final du 10.5.2017], point 241.

<sup>(93)</sup> Arrêt dans l'affaire C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfumerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, points 64 à 69; voir également la section 8.2.3 des présentes lignes directrices.

dissociée de la différence entre les coûts supportés dans chaque canal, elle a peu de chances de produire des gains d'efficacité. Par conséquent, lorsque la différence de prix de gros a pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet à des fins de vente en ligne, elle constitue une restriction caractérisée, telle qu'énoncée au point 188 des présentes lignes directrices. Cela serait notamment le cas si la différence de prix rendait non rentable ou non viable financièrement l'utilisation effective de l'internet à des fins de vente en ligne.

- (196) Les restrictions de la publicité en ligne dans les accords verticaux bénéficient de l'exemption par catégorie pour autant qu'elles n'aient pas pour objet, directement ou indirectement, d'empêcher les acheteurs ou leurs clients de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne, c'est-à-dire qu'elles n'empêchent pas directement ou indirectement l'utilisation effective d'un ou plusieurs supports publicitaires en ligne donnés. Les exemples de restrictions de la publicité en ligne qui bénéficient de la zone de sécurité du règlement d'exemption incluent notamment le fait d'exiger que la publicité en ligne réponde à certaines normes de qualité ou inclue un contenu ou des informations spécifiques, ou le fait d'exiger que l'acheteur n'utilise pas les services de certains fournisseurs de services publicitaires en ligne qui ne répondent pas à certaines normes de qualité.

#### 6.1.2.2. Distinction entre les ventes actives et passives

- (197) Les restrictions du territoire sur lequel ou de la clientèle à laquelle un acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels peuvent concerner les ventes actives ou passives sur ledit territoire ou à ladite clientèle. L'article 1<sup>er</sup>, points l) et m), du règlement d'exemption définit les ventes actives et passives.
- (198) L'article 1<sup>er</sup>, point m), du règlement d'exemption dispose que les ventes à des clients qui n'ont pas été activement ciblés par la création du propre site internet ou de la propre boutique en ligne du distributeur, que ce soit sur son propre serveur ou sur un serveur tiers, sont considérées comme des ventes passives, car il s'agit d'une manière de permettre aux clients potentiels d'atteindre un distributeur donné. L'utilisation d'un site internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectés au distributeur, par exemple en permettant aux clients situés en dehors de la zone de chalandise physique du distributeur d'effectuer des achats en ligne. Si, en l'absence de tout ciblage actif par le distributeur d'un territoire ou d'une clientèle spécifiques, un client situé sur ce territoire ou appartenant à cette clientèle 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, étant donné que l'accès du client au site internet du distributeur résulte de l'utilisation effective de l'internet par le client. Il en va de même lorsqu'un client choisit d'être automatiquement informé par le distributeur et que ces informations conduisent à une vente. De même, le fait d'utiliser des techniques d'optimisation des moteurs de recherche sur un site internet, c'est-à-dire d'utiliser des outils ou techniques visant à améliorer le référencement dudit site internet sur les moteurs de recherche, est une forme de vente passive.
- (199) À l'inverse, proposer, sur un site internet ou une boutique en ligne, des options linguistiques différentes de celles habituellement utilisées sur le territoire sur lequel le distributeur est normalement établi indique que le distributeur vise le territoire sur lequel ces langues sont habituellement utilisées, et cela constitue donc une forme de vente active <sup>(94)</sup>. Proposer une option linguistique en anglais sur un site internet ou une boutique en ligne n'est pas réputé indiquer que les activités du distributeur ciblent les territoires anglophones, étant donné que l'anglais est communément utilisé dans les États membres de l'Union. De même, le fait d'utiliser pour son site internet ou sa boutique en ligne un nom de domaine correspondant à un territoire autre que celui où le distributeur est établi est une forme de vente active sur ce territoire, tandis que proposer un site internet ou une boutique en ligne utilisant un nom de domaine général et non spécifique à un pays est considéré comme une forme de vente passive.
- (200) De la publicité ou de la promotion ciblée en ligne est une forme de vente active. En particulier, dans de nombreux cas, la publicité en ligne permet au distributeur de déterminer à l'avance le public qui verra sa publicité en ligne et donc de sélectionner les territoires ou clientèles que sa publicité ciblera. Il est donc possible de restreindre la publicité en ligne ciblée destinée aux clients d'un territoire exclusif ou d'une clientèle exclusive alloués à d'autres distributeurs. Cela inclut, par exemple, la publicité personnalisée ciblant les clients situés sur le territoire exclusif ou appartenant à la clientèle exclusive, ou la soumission d'offres en vue d'un référencement payant sur un moteur de recherche ciblant un territoire exclusif ou une clientèle exclusive, ou toute autre forme de publicité en ligne permettant au distributeur de concevoir la publicité de manière à cibler ou à exclure les clients de territoires ou de clientèles exclusifs. En revanche, la publicité ou la promotion en ligne qui est destinée à atteindre les clients du territoire ou de la clientèle affectés au distributeur, mais qui ne peut pas être limitée à ce territoire ou à cette clientèle, est considérée comme une forme de vente passive, dans la mesure où elle n'est pas conçue pour cibler les clients de différents territoires ou clientèles spécifiques. Des exemples de telles publicités générales sont par

<sup>(94)</sup> Arrêt dans les affaires C-585/08 et C-144/09, Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller, ECLI:EU:C:2010:740, point 93.

exemple les contenus sponsorisés sur le site internet d'un journal local ou national accessible à n'importe quel visiteur de ce site internet, ou l'utilisation d'outils de comparaison des prix avec des noms de domaine généraux et non propres à un pays. À l'inverse, si ces publicités générales sont effectuées dans des langues non habituellement utilisées sur le territoire où le distributeur est établi ou sur des sites internet dont les noms de domaine correspondent à un territoire autre que celui où le distributeur est établi, il s'agit d'une forme de vente active sur ce territoire, étant donné que les publicités ne sont alors plus destinées à atteindre les clients du propre territoire du distributeur. La participation à des marchés publics est considérée comme une forme de vente passive indépendamment du type de procédure de passation de marché public (par exemple procédure ouverte ou restreinte). Cette qualification est conforme à la législation sur les marchés publics. Si la participation à un appel d'offres public était considérée comme une vente active, la concurrence intramarque serait considérablement affaiblie sur ces marchés, ce qui irait alors à l'encontre de la logique de la législation des marchés publics, laquelle vise notamment à faciliter la concurrence intramarque. Dès lors, la restriction de la participation d'un acheteur aux marchés publics constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption. De même, répondre à des appels d'offres privés constitue une forme de vente passive. Un appel d'offres privé est une forme de demande de vente non sollicitée adressée à de nombreux fournisseurs potentiels, et la soumission d'une offre en réponse à un tel appel est donc une vente passive.

- (201) Comme énoncé à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point n), du règlement d'exemption, dans le contexte de restrictions constituant une «restriction des ventes actives ou passives» au sens de l'article 4 du règlement d'exemption, toutes les formes de ventes autres que celles définies comme étant des ventes passives dans le règlement d'exemption et expliquées plus en détail dans les présentes lignes directrices sont considérées comme des ventes actives.

#### 6.1.2.3. Application des principes généraux

- (202) L'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption énumère une liste de restrictions caractérisées et d'exceptions qui s'appliquent en fonction du système de distribution utilisé par le fournisseur: la distribution exclusive, la distribution sélective ou la libre distribution.

#### 6.1.2.4. Lorsque le fournisseur exploite un système de distribution exclusive

- (203) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption concerne les accords ou pratiques concertées qui, directement ou indirectement, ont pour objet la restriction du territoire sur lequel ou de la clientèle à laquelle un acheteur, auquel un territoire exclusif ou une clientèle exclusive ont été alloués, peut activement ou passivement vendre les biens ou services contractuels.
- (204) Cinq exceptions ont été admises à la restriction caractérisée établie à l'article 4, point b), du règlement d'exemption.
- (205) Premièrement, l'article 4, point b) i), du règlement d'exemption permet au fournisseur de restreindre les ventes actives d'un distributeur exclusif sur un territoire ou à une clientèle exclusivement alloués à d'autres acheteurs, ou réservés au fournisseur. Afin de préserver leurs incitations à investir, les distributeurs exclusivement désignés devraient être dûment protégés contre les ventes actives, y compris la publicité en ligne, sur le territoire ou à la clientèle qui leur ont été exclusivement alloués, par les autres acheteurs du fournisseur sur le territoire de l'Union, y compris par les acheteurs auxquels d'autres territoires ou clientèles ont été exclusivement alloués par le fournisseur. Lorsque les restrictions des ventes actives imposées aux autres acheteurs du fournisseur n'apportent pas un niveau de protection adéquat pour préserver les incitations du distributeur désigné à investir sur le territoire exclusif et justifier ainsi l'établissement d'un système de distribution exclusive, le bénéfice du règlement d'exemption sera probablement retiré.
- (206) Les ventes réalisées par les clients d'un distributeur exclusif sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur a exclusivement alloués à d'autres distributeurs peuvent également décourager ces derniers d'investir dans des services de qualité ou améliorant la demande. Pour préserver les incitations à investir des distributeurs exclusivement désignés, le fournisseur peut décider d'empêcher ces autres distributeurs, ainsi que leurs clients ayant conclu un accord de distribution avec le fournisseur ou avec une partie s'étant vu octroyer des droits de distribution par ce dernier, de réaliser des ventes actives sur le territoire exclusivement alloué ou à la clientèle exclusivement allouée (en d'autres termes, il peut transmettre la restriction des ventes actives aux clients de l'acheteur) <sup>(95)</sup>.

<sup>(95)</sup> Cette transmission est autorisée par le règlement d'exemption lorsque la part de marché détenue par le fournisseur partie au contrat sur le marché sur lequel il vend les produits ou services contractuels à l'acheteur ne dépasse pas 30 % et lorsque la part de marché de l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les biens ou services contractuels ne dépasse pas 30 %.

- (207) 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.
- (208) La protection des territoires ou des clientèles exclusivement alloués n'est pas absolue. Il est impossible, si l'on veut éviter le cloisonnement du marché, d'interdire les ventes passives sur ces territoires ou à ces clientèles. Toutefois, l'article 4, point b), du règlement d'exemption ne concerne que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients, ce qui signifie que le fournisseur n'est pas empêché d'accepter une restriction totale ou partielle, tant en ligne que hors ligne, des ventes actives et passives sur le territoire exclusif ou aux clients (tous ou une partie d'entre eux) constituant une clientèle exclusive.
- (209) Deuxièmement, l'article 4, point b) ii), du règlement d'exemption permet au fournisseur qui combine l'application d'un système de distribution exclusive et d'un système de distribution sélective sur différents territoires d'empêcher un acheteur exclusif de vendre activement ou passivement à des distributeurs non agréés situés sur un territoire où le fournisseur exploite un système de distribution sélective, ce qui signifie que le fournisseur a soit désigné des distributeurs du réseau sélectif, soit réservé le territoire pour y appliquer un tel système de distribution sélective. La protection du système de distribution sélective s'étend aux ventes actives et passives réalisées par les clients de l'acheteur exclusif, qui peuvent également se voir empêchés de vendre à des distributeurs non agréés situés à l'intérieur du système de distribution sélective.
- (210) Troisièmement, l'article 4, point b) iii), du règlement d'exemption permet à un fournisseur d'établir une restriction quant au lieu d'établissement de l'acheteur auquel un territoire ou une clientèle exclusifs sont alloués (la «clause d'implantation»). De ce fait, le bénéfice du règlement d'exemption 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. Pour les points de vente mobiles, il est possible de délimiter une zone en dehors de laquelle le point de vente ne pourra pas être utilisé. 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 et elle ne peut donc pas faire l'objet de restrictions <sup>(96)</sup>.
- (211) Quatrièmement, l'article 4, point b) vi), du règlement d'exemption permet à un fournisseur de restreindre les ventes actives et passives d'un grossiste exclusif aux utilisateurs finals, étant donné que le fournisseur peut 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, quelques gros clients finals), tout en l'empêchant de vendre à d'autres ou à tous les autres utilisateurs finals.
- (212) Cinquièmement, l'article 4, point b) v), du règlement d'exemption 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 qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le 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.

#### 6.1.2.5. Lorsque le fournisseur exploite un système de distribution sélective

- (213) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c) i), du règlement d'exemption concerne les accords ou pratiques concertées qui, directement ou indirectement, ont pour objet la restriction du territoire sur lequel ou des clientèles auxquelles un distributeur sélectif peut activement ou passivement vendre les biens ou services contractuels.
- (214) Cinq exceptions ont été admises à la restriction caractérisée établie à l'article 4, point c) i), du règlement d'exemption.
- (215) La première exception concerne la restriction des ventes actives des distributeurs agréés en dehors du système de distribution sélective. Elle permet au fournisseur de restreindre les ventes actives, y compris la publicité en ligne, réalisées par des distributeurs agréés sur d'autres territoires ou à des clientèles exclusivement allouées à un ou plusieurs distributeurs ou réservées exclusivement au fournisseur. Le fournisseur peut exiger que l'acheteur transmette la restriction des ventes actives sur un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive à ses clients qui ont conclu un accord de distribution avec un fournisseur ou une partie s'étant vu octroyer des droits de distribution par le fournisseur.

<sup>(96)</sup> Voir arrêt dans l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2011:649, points 56 et 57.

- (216) La deuxième exception autorise un fournisseur à empêcher les distributeurs agréés et les clients de ces derniers de vendre à des distributeurs non agréés établis sur un territoire où le fournisseur exploite un système de distribution sélective, ce qui signifie que le fournisseur a soit désigné des distributeurs pour son réseau sélectif, soit réservé le territoire pour y appliquer un tel système de distribution sélective. La restriction peut couvrir les ventes actives ou passives, à tous les stades commerciaux.
- (217) La troisième exception permet au fournisseur d'interdire aux distributeurs agréés d'exercer leur activité à partir de locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu (la «clause d'implantation»). De ce fait, le bénéfice du règlement d'exemption 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. Pour les points de vente mobiles, il est possible de délimiter une zone en dehors de laquelle le point de vente ne pourra pas être utilisé. 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 et elle ne peut donc pas faire l'objet de restrictions.
- (218) La quatrième exception permet à un fournisseur de restreindre les ventes actives et passives d'un grossiste agréé aux utilisateurs finals, étant donné que le fournisseur peut 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, quelques gros clients finals), tout en l'empêchant de vendre à d'autres ou à tous les autres utilisateurs finals.
- (219) La cinquième exception permet à un fournisseur d'empêcher un acheteur agréé de composants destinés à être incorporés dans un produit de revendre ces composants à des concurrents du fournisseur qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le 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.
- (220) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c) iii), du règlement d'exemption 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 [voir la troisième exception à l'article 4, point c) i), et le point 217 des présentes lignes directrices]. Autrement dit, aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs agréés 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 sur un autre territoire [voir la première exception à l'article 4, point c) i), et le point 215 des présentes lignes directrices]. À l'intérieur d'un système de distribution sélective, les distributeurs agréés devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals.
- (221) Étant donné que les canaux en ligne et hors ligne ont des caractéristiques différentes, un fournisseur qui utilise un système de distribution sélective peut imposer à ses distributeurs agréés des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas identiques à celles imposées pour la vente dans des points de vente physiques, dans la mesure où les conditions imposées pour la vente en ligne n'ont pas pour objet, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs, d'empêcher les acheteurs ou leurs clients de faire un usage effectif de l'internet afin de vendre leurs biens ou services en ligne. Par exemple, un fournisseur peut définir des exigences spécifiques afin de garantir certaines normes de qualité de service pour les utilisateurs qui font des achats en ligne, telles que la création et l'exploitation d'un service d'aide après-vente en ligne, une obligation de couvrir les frais de renvoi exposés par les clients ou l'utilisation de systèmes de paiement sécurisés. Ces restrictions n'affectent pas une clientèle pouvant être délimitée parmi l'ensemble des clients potentiels, ni la capacité des acheteurs ou de leurs clients à exploiter leur propre site internet et à faire de la publicité via l'internet sur des plateformes tierces ou des moteurs de recherche en ligne et de pouvoir ainsi faire connaître leurs activités en ligne et attirer des clients potentiels.
- (222) Un système de distribution sélective ne peut être combiné avec un système de distribution exclusive, tel que défini à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point g), du règlement d'exemption, sur le même territoire, car cela conduirait à une restriction caractérisée des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les distributeurs agréés au sens de l'article 4, point c) i), du règlement d'exemption. Cependant, le fournisseur peut s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur agréé, ou un petit nombre de distributeurs agréés, sur une partie donnée du territoire sur lequel le système de distribution sélective est utilisé. Le fournisseur peut également s'engager à n'effectuer aucune vente directe lui-même sur ce territoire. En outre, comme le permet la deuxième exception à l'article 4, point c) i), du règlement d'exemption, le fournisseur peut imposer une clause d'implantation à ses distributeurs agréés.

- (223) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c) ii), du règlement d'exemption concerne la restriction des fournitures croisées entre distributeurs agréés à l'intérieur d'un système de distribution sélective. Cela signifie que le fournisseur ne peut pas empêcher les ventes actives ou passives entre ses distributeurs agréés, qui doivent rester libres d'acheter les produits contractuels aux autres distributeurs agréés membres du réseau, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent <sup>(97)</sup>. 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 agréés en ce qui concerne leurs ventes aux distributeurs agréés.

#### 6.1.2.6. Lorsque le fournisseur exploite un système de libre distribution

- (224) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point d), du règlement d'exemption concerne les accords ou pratiques concertées qui, directement ou indirectement, ont pour objet la restriction du territoire sur lequel ou des clientèles auxquelles un acheteur peut activement ou passivement vendre les biens ou services contractuels.
- (225) Cinq exceptions ont été admises à la restriction caractérisée établie à l'article 4, point d), du règlement d'exemption.
- (226) Premièrement, l'article 4, point d) i), du règlement d'exemption permet au fournisseur de restreindre les ventes actives, y compris la publicité en ligne, d'un acheteur sur un territoire ou à une clientèle réservés exclusivement au fournisseur ou alloués exclusivement à d'autres acheteurs. Le fournisseur peut exiger que l'acheteur transmette la restriction des ventes actives sur un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive à ses clients qui ont conclu un accord de distribution avec un fournisseur ou une partie s'étant vu octroyer des droits de distribution par le fournisseur. Toutefois, la protection des territoires ou des clientèles exclusivement alloués n'est pas absolue, puisqu'il est impossible d'interdire les ventes passives sur ces territoires ou à ces clientèles.
- (227) Deuxièmement, l'article 4, point d) ii), du règlement d'exemption permet au fournisseur d'empêcher un acheteur et ses clients de vendre activement ou passivement à des distributeurs non agréés établis sur un territoire où le fournisseur utilise un système de distribution sélective ou que le fournisseur a réservé à l'application d'un tel système de distribution sélective. La restriction peut couvrir les ventes actives ou passives, à tous les stades commerciaux.
- (228) Troisièmement, l'article 4, point d) iii), du règlement d'exemption permet à un fournisseur d'établir une restriction quant au lieu d'établissement d'un acheteur (la «clause d'implantation»). De ce fait, le bénéfice du règlement d'exemption 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. Pour les points de vente mobiles, il est possible de délimiter une zone en dehors de laquelle le point de vente ne pourra pas être utilisé. 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 et elle ne peut donc pas faire l'objet de restrictions <sup>(98)</sup>.
- (229) Quatrièmement, l'article 4, point d) vi), du règlement d'exemption permet à un fournisseur de restreindre les ventes actives et passives d'un grossiste aux utilisateurs finals, étant donné que le fournisseur peut 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, quelques gros clients finals), tout en lui interdisant de vendre aux autres utilisateurs finals.
- (230) Cinquièmement, l'article 4, point d) v), du règlement d'exemption 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 qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le 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.

<sup>(97)</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 *Guess*, points 65 à 78.

<sup>(98)</sup> Voir arrêt dans l'affaire C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2011:649, points 56 et 57.

### 6.1.3. Restrictions des ventes de pièces détachées

- (231) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point e), du règlement d'exemption concerne les accords qui empêchent les utilisateurs finals, les réparateurs indépendants, les grossistes 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, par exemple un équipementier, ne peut empêcher ni restreindre, directement ou indirectement, les ventes de ces pièces détachées par l'équipementier à des utilisateurs finals, à des réparateurs indépendants, à des grossistes ou à des prestataires de services. 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. Cela signifie que l'équipementier peut imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien de lui acheter les pièces détachées, ou de les acheter aux autres membres de son système de distribution sélective, lorsqu'il utilise un tel système.

### 6.2. Restrictions exclues du règlement d'exemption

- (232) L'article 5 du règlement d'exemption exclut de son champ d'application certaines obligations contenues dans des accords verticaux, indépendamment du fait que le seuil de part de marché prévu à l'article 3, paragraphe 1, du règlement d'exemption soit dépassé ou non. L'article 5 du règlement d'exemption définit les obligations dont on ne peut pas présumer avec suffisamment de certitude qu'elles remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. Les obligations énoncées à l'article 5 du règlement d'exemption ne sont pas présumées relever de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. L'exclusion de ces obligations du règlement d'exemption signifie uniquement qu'elles sont soumises à une appréciation individuelle au regard de l'article 101. Par ailleurs, contrairement à l'article 4 du règlement d'exemption, l'exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue à l'article 5 du règlement d'exemption est limitée à l'obligation en question, si celle-ci peut être dissociée du reste de l'accord vertical. Le reste de l'accord vertical continue donc de bénéficier de l'exemption par catégorie.

#### 6.2.1. Obligations de non-concurrence dépassant une durée de cinq ans

- (233) Au titre de l'article 5, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption, les obligations de non-concurrence dépassant une durée de cinq ans sont exclues du bénéfice du règlement d'exemption. Comme défini à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point e), du règlement d'exemption, 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. Ces obligations empêchent donc l'acheteur d'acquiescer des biens ou services concurrents, ou limitent leur volume à moins de 20 % du total de ses achats. En l'absence de données concernant les achats effectués par l'acheteur l'année précédant la conclusion de l'accord vertical, il est permis d'utiliser ses estimations les plus précises de ses besoins totaux annuels. Il convient néanmoins d'utiliser les données d'achat réelles dès que celles-ci sont disponibles.
- (234) Les obligations de non-concurrence ne sont pas couvertes par l'exemption par catégorie lorsque leur durée est indéterminée ou dépasse cinq ans. Les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans sont couvertes par l'exemption par catégorie, pour autant que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord vertical comportant l'obligation moyennant un préavis raisonnable et à un coût raisonnable, ce qui lui permettra de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans. Si, par exemple, un accord vertical 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.
- (235) Conformément à l'article 5, paragraphe 2, du règlement d'exemption, cette limitation de la durée à cinq ans n'est pas applicable lorsque les biens ou les services contractuels 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. 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 qu'il 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.

#### 6.2.2. *Obligations de non-concurrence subsistant à l'expiration de l'accord*

(236) Conformément à l'article 5, paragraphe 1, point b), lu en liaison avec l'article 5, paragraphe 3, du règlement d'exemption, les obligations de non-concurrence qui subsistent à l'expiration de l'accord sont exclues du règlement d'exemption, sauf si elles sont indispensables à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur et sont limitées au point de vente à partir duquel l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat et si leur durée est d'un an au maximum. Cela est uniquement le cas lorsque le savoir-faire est substantiel au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point h), du règlement d'exemption. Pour cela, il doit inclure des informations qui sont significatives et utiles pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels.

#### 6.2.3. *Obligation de non-concurrence imposée aux membres d'un système de distribution sélective*

(237) L'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption concerne la vente de biens ou services concurrents dans un système de distribution sélective. Le règlement d'exemption couvre la distribution sélective assortie d'une obligation de non-concurrence, qui interdit aux distributeurs agréés de revendre des marques concurrentes. Toutefois, si le fournisseur empêche ses distributeurs agréés, soit directement, soit indirectement, d'acheter des produits à un ou plusieurs fournisseurs concurrents donnés en vue de la revente, cette obligation n'est pas couverte par l'exemption par catégorie. En excluant ce type d'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. Un tel scénario reviendrait à évincer du marché un fournisseur concurrent en ayant recours à une forme de boycott collectif.

#### 6.2.4. *Obligations de parité*

(238) La quatrième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie, énoncée à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, concerne les obligations de parité imposées par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne au stade du commerce de détail, qui empêchent les acheteurs de ces services d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables en utilisant des services d'intermédiation en ligne concurrents. Les utilisateurs finals peuvent être des entreprises ou des consommateurs finals. Les conditions peuvent porter sur les prix, le stock, la disponibilité ou toute autre condition d'offre ou de vente. L'obligation de parité peut être expresse, ou elle peut être appliquée par d'autres moyens directs ou indirects, notamment en utilisant une différenciation des prix ou d'autres incitations ou mesures dont l'application dépend des conditions auxquelles l'acheteur des services d'intermédiation en ligne offre des biens ou services aux utilisateurs finals en faisant appel à des fournisseurs concurrents de services d'intermédiation en ligne. Par exemple, un fournisseur de services d'intermédiation en ligne peut inciter les acheteurs à lui accorder la parité par rapport aux fournisseurs concurrents de tels services en offrant une meilleure visibilité pour les biens ou services de l'acheteur sur son site internet ou en facturant des taux de commission plus bas.

(239) Tous les autres types d'obligations de parité sont couverts par l'exemption par catégorie du règlement d'exemption. Cela inclut, par exemple, les obligations de parité sur le marché du détail relatives aux canaux de vente ou de commercialisation directs des fournisseurs de biens ou services (ce que l'on appelle la parité «restreinte»); les obligations de parité relatives aux conditions auxquelles les biens ou services sont offerts aux entreprises qui ne sont pas des utilisateurs finals, et les obligations de parité relatives aux conditions auxquelles les fabricants, grossistes ou détaillants achètent des biens ou services en tant qu'intrants (voir la section 8.2.5 des présentes lignes directrices pour l'évaluation des obligations de parité dans les cas spécifiques où le règlement d'exemption ne s'applique pas).

## 7. RETRAIT ET NON-APPLICATION

### 7.1. **Retrait du bénéfice du règlement d'exemption [article 29 du règlement (CE) n° 1/2003]**

(240) La Commission peut retirer le bénéfice du règlement d'exemption conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 si elle constate que, dans un cas particulier, un accord vertical auquel s'applique le règlement d'exemption produit certains effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3. Par ailleurs, si, dans un cas particulier, un tel accord produit des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, sur le territoire

d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'ANC de cet État membre peut également retirer le bénéfice du règlement d'exemption, conformément à l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. L'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 ne mentionne pas les juridictions des États membres, lesquelles n'ont donc pas compétence pour retirer le bénéfice du règlement d'exemption <sup>(99)</sup>, à moins que la juridiction concernée ne soit une autorité compétente désignée d'un État membre au sens de l'article 35 du règlement (CE) n° 1/2003.

- (241) La Commission et les ANC peuvent retirer le bénéfice du règlement d'exemption dans deux cas de figure. Premièrement, elles peuvent retirer le bénéfice du règlement d'exemption si un accord vertical relevant de l'article 101, paragraphe 1, produit *séparément* des effets sur le marché en cause qui sont incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3. Deuxièmement, comme mentionné au considérant 18 du règlement d'exemption, elles peuvent également retirer le bénéfice du règlement d'exemption si l'accord vertical produit ces effets *en combinaison* avec des accords similaires conclus par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents. En effet, des réseaux parallèles d'accords verticaux similaires peuvent produire des effets cumulatifs incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3. La restriction de l'accès au marché en cause et la restriction de la concurrence sur ce marché sont des exemples de tels effets cumulatifs susceptibles de justifier un retrait du bénéfice du règlement d'exemption <sup>(100)</sup>.
- (242) Des réseaux parallèles d'accords verticaux sont considérés comme similaires s'ils contiennent le même type de restrictions produisant des effets similaires sur le marché. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas de l'exclusivité partagée, de la distribution sélective et des obligations de parité ou de non-concurrence. En ce qui concerne la distribution sélective, un scénario de réseaux parallèles d'accords suffisamment similaires peut se produire si, sur un marché donné, certains fournisseurs utilisent une distribution sélective purement qualitative tandis que d'autres appliquent une distribution sélective quantitative, avec des effets similaires sur le marché. De tels effets cumulatifs peuvent également apparaître lorsque, sur un marché donné, des réseaux parallèles de distribution sélective utilisent des critères qualitatifs qui évincent les distributeurs. Il faut alors tenir compte, dans l'appréciation, des effets anticoncurrentiels imputables à chaque réseau d'accords considéré séparément. Le cas échéant, le retrait du bénéfice du règlement d'exemption peut être limité à certains critères qualitatifs ou à certains critères quantitatifs qui, par exemple, limitent le nombre de distributeurs agréés.
- (243) La responsabilité de l'effet anticoncurrentiel cumulatif ne peut être imputée qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cet effet. Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1 <sup>(101)</sup>. Ils ne sont donc pas soumis au mécanisme de retrait du bénéfice de l'exemption <sup>(102)</sup>.
- (244) Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission peut retirer le bénéfice du règlement d'exemption d'office ou sur plainte. Les ANC ont notamment la possibilité de lui demander de retirer le bénéfice du règlement d'exemption dans un cas déterminé, sans préjudice de l'application des règles relatives à la coopération pour l'attribution des affaires et à l'assistance au sein du réseau européen de la concurrence <sup>(103)</sup> et sans préjudice de leur propre pouvoir de retrait au titre de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. Si au moins trois ANC lui demandent d'appliquer l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 dans un cas déterminé, la Commission examinera l'affaire dans le cadre du REC afin de décider si elle retire ou non le bénéfice du règlement d'exemption. Dans ce contexte, la Commission tiendra le plus grand compte du point de vue des ANC qui lui ont demandé de retirer le bénéfice du règlement d'exemption afin de parvenir rapidement à une conclusion quant à la satisfaction des conditions du retrait dans ce cas particulier.

<sup>(99)</sup> Les juridictions des États membres ne peuvent pas non plus modifier la portée du règlement d'exemption en étendant son champ d'application à des accords qui n'en relèvent pas. Une telle extension affecterait en effet, indépendamment de son importance, la façon dont la Commission exerce sa compétence législative (arrêt dans l'affaire C-234/89, Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91, point 46).

<sup>(100)</sup> Toutefois, il est peu probable de voir un effet de verrouillage cumulatif si les réseaux parallèles d'accords verticaux couvrent moins de 30 % du marché en cause; voir le point 10 de la communication de minimis.

<sup>(101)</sup> On considère que les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage; voir le point 10 de la communication de minimis et l'arrêt dans l'affaire C-234/89, Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91, points 24 à 27.

<sup>(102)</sup> L'appréciation de cette contribution s'effectue conformément aux critères exposés dans la politique suivie pour l'application aux cas individuels, exposés à la section 8 des présentes lignes directrices.

<sup>(103)</sup> Voir le chapitre IV du règlement (CE) n° 1/2003.

- (245) Il ressort de l'article 29, paragraphes 1 et 2, du règlement (CE) n° 1/2003 que la Commission a compétence exclusive pour retirer le bénéfice du règlement d'exemption dans l'ensemble de l'Union en ce qu'elle peut retirer ce bénéfice à des accords verticaux qui restreignent la concurrence sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire d'un seul État membre, tandis que les ANC ne peuvent retirer un tel bénéfice que pour le territoire de leur État membre.
- (246) Dès lors, le pouvoir de retrait d'une ANC individuelle concerne les cas dans lesquels le marché en cause couvre un seul État membre, ou une région située exclusivement dans l'État membre en question. Dans un tel cas, l'ANC de cet État membre a compétence pour retirer le bénéfice du règlement d'exemption à l'accord vertical ayant des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, sur ce marché national ou régional. Il s'agit d'une compétence concurrente étant donné que l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 habilite également la Commission à retirer le bénéfice du règlement d'exemption pour un marché national ou régional, pour autant que l'accord vertical en cause risque d'affecter les échanges entre États membres.
- (247) Lorsque plusieurs marchés nationaux ou régionaux distincts sont concernés, plusieurs ANC compétentes peuvent retirer en même temps le bénéfice du règlement d'exemption.
- (248) Ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, lorsque la Commission retire le bénéfice du règlement d'exemption, il lui incombe de démontrer, premièrement, que le règlement d'exemption s'applique à l'accord vertical en cause, ce qui signifie que l'accord doit relever de l'article 101, paragraphe 1<sup>(104)</sup>, et, deuxièmement, que cet accord produit des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, ce qui signifie qu'il doit échapper à au moins l'une des quatre conditions visées à l'article 101, paragraphe 3<sup>(105)</sup>. Conformément à l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, les mêmes exigences s'appliquent lorsqu'une ANC retire le bénéfice du règlement d'exemption pour son État membre. En particulier, s'agissant de la charge de prouver la satisfaction de la deuxième exigence, l'article 29 impose à l'autorité de concurrence compétente de démontrer qu'au moins l'une des quatre conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, n'est pas remplie<sup>(106)</sup>.
- (249) Si les exigences de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 sont remplies, la Commission peut retirer le bénéfice du règlement d'exemption dans un cas particulier. Un tel retrait, et ses conditions telles qu'énoncées aux points précédents, doivent être distingués des constatations formulées par la Commission dans une décision au titre du chapitre III du règlement (CE) n° 1/2003. Toutefois, un retrait peut être associé, par exemple, à la constatation d'une infraction et à l'imposition d'une mesure corrective, et même à des mesures provisoires, comme cela a été le cas dans de précédentes décisions de la Commission<sup>(107)</sup>.
- (250) Si la Commission retire le bénéfice du règlement d'exemption au titre de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, elle doit tenir compte du fait que le retrait ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords concernés resteront non affectées pour toute la période précédant la date de prise d'effet du retrait. En cas de retrait au titre de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, les ANC concernées doivent également tenir compte de leurs obligations au titre de l'article 11, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, en particulier celle leur imposant de fournir à la Commission toute décision pertinente envisagée.

<sup>(104)</sup> Si un accord vertical ne relève pas du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, comme exposé à la section 3. Dans le cadre des présentes lignes directrices, la question de l'application du règlement d'exemption ne se pose pas car le règlement d'exemption est censé définir les catégories d'accords verticaux qui remplissent normalement les conditions établies à l'article 101, paragraphe 3, ce qui présuppose qu'un accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1; voir la référence explicitement faite, à l'article 101, paragraphe 3, aux accords, décisions et pratiques concertées, ainsi qu'à l'article 101, paragraphe 1.

<sup>(105)</sup> Il suffit à la Commission de démontrer que l'une des quatre conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, n'est pas remplie. En effet, pour bénéficier de l'exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, les quatre conditions doivent être remplies.

<sup>(106)</sup> L'exigence établie à l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 concernant la charge de la preuve de l'autorité de concurrence compétente découle de la situation dans laquelle le règlement d'exemption ne s'applique pas et une entreprise invoque l'article 101, paragraphe 3, dans un cas particulier. Dans une telle situation, il incombe à l'entreprise, conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003, de démontrer que les quatre conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont toutes remplies. À cet effet, elle doit étayer ses affirmations; voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.39226 *Lundbeck*, confirmée dans les arrêts dans les affaires T-472/13, *Lundbeck/Commission*, ECLI:EU:T:2016:449, et C-591/16 P, *Lundbeck/Commission*.

<sup>(107)</sup> La Commission a fait usage de son pouvoir de retrait de l'un des règlements d'exemption par catégorie précédemment applicables dans ses décisions du 25 mars 1992 (mesures conservatoires) et du 23 décembre 1992 relatives à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/34.072 — *Mars/Langnese et Schöller* confirmées par l'arrêt dans l'affaire C-279/95 P, *Langnese-Iglo/Commission*, ECLI:EU:C:1998:447, et dans ses décisions du 4 décembre 1991 (mesures conservatoires) et du 4 décembre 1991 relatives à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/33.157 — *Eco System/Peugeot*.

## 7.2. Règlement déclarant le règlement d'exemption inapplicable (article 6 du règlement d'exemption)

- (251) Conformément à l'article 1<sup>er</sup> bis du règlement d'habilitation, l'article 6 du règlement d'exemption 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 remplissent les conditions établies dans un règlement visé à l'article 6 du règlement d'exemption. Lorsqu'elle sera appelée à évaluer la nécessité d'adopter un tel règlement, la Commission examinera si un retrait individuel ne constituerait pas une solution plus appropriée. Le nombre d'entreprises concurrentes qui contribuent à l'effet cumulatif sur un marché et le nombre de marchés géographiques affectés au sein de l'Union constituent deux aspects particulièrement pertinents pour cette appréciation.
- (252) La Commission envisagera l'adoption d'un règlement au titre de l'article 6 du règlement d'exemption si des restrictions similaires couvrant plus de 50 % du marché en cause sont susceptibles de limiter sensiblement l'accès à ce marché ou la concurrence qui y est livrée. 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 raison de l'utilisation de critères de sélection qui ne sont pas exigés par la nature des biens ou services en cause ou sont discriminatoires à l'égard de certains modes de distribution de ces biens ou services. 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. Toutefois, l'article 6 du règlement d'exemption n'impose pas à la Commission d'agir lorsque le taux de couverture de 50 % est dépassé.
- (253) Un règlement adopté au titre de l'article 6 du règlement d'exemption a pour effet que ce dernier devient inapplicable pour ce qui est des restrictions et des marchés concernés et que l'article 101, paragraphes 1 et 3, s'applique donc pleinement.
- (254) Tout règlement visé à l'article 6 du règlement d'exemption doit préciser clairement son champ d'application. Aussi la Commission doit-elle, premièrement, définir les marchés de produits et les marchés géographiques en cause et, deuxièmement, identifier le type de restriction verticale pour laquelle le règlement d'exemption ne sera plus applicable. Pour ce second point, la Commission peut moduler le champ d'application du 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 peuvent 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 d'un règlement adopté au titre de l'article 6 du règlement d'exemption 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, si des entreprises pratiquent la distribution sélective sur un marché déterminé en combinaison avec des restrictions supplémentaires, telles que des obligations de non-concurrence ou des quotas d'achat imposés à l'acheteur, un règlement adopté au titre de l'article 6 du règlement d'exemption peut ne viser que ces restrictions supplémentaires. La Commission peut également, s'il y a lieu, préciser 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.
- (255) L'article 1<sup>er</sup> bis du règlement d'habilitation dispose qu'un règlement adopté au titre de l'article 6 du règlement d'exemption doit prévoir une période transitoire de six mois au moins avant de devenir applicable. Cette période est censée permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords verticaux en conséquence.
- (256) Un règlement adopté au titre de l'article 6 du règlement d'exemption n'affectera pas les situations nées de l'exemption des accords en cause pour toute la période précédant sa date d'application.

## 8. POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION AUX CAS INDIVIDUELS

### 8.1. Cadre de l'analyse

- (257) Lorsque la zone de sécurité prévue par le règlement d'exemption ne s'applique pas à un accord vertical, il importe d'examiner si, dans le cas individuel, l'accord vertical 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 du règlement d'exemption en raison d'un dépassement des seuils 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. De tels accords nécessitent une appréciation individuelle. 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.

- (258) Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, les entreprises ne doivent pas nécessairement notifier un accord vertical 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 vertical 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 cette disposition 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.
- (259) Pour déterminer si un accord vertical a pour effet de restreindre la concurrence, une comparaison sera effectuée entre la situation du marché en cause avec les restrictions verticales et la situation qui existerait en l'absence des restrictions verticales contenues dans l'accord vertical. 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 ou des services sur le marché en cause. Les effets négatifs probables sur la concurrence doivent être sensibles <sup>(108)</sup>. Des effets anticoncurrentiels sensibles sont plus probables lorsque l'une au moins des parties à l'accord 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 à l'accord 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.

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

- (260) Au moment d'apprécier les accords verticaux individuels entre entreprises dont les parts de marché dépassent le seuil de 30 %, 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) la nature de l'accord;
  - b) la position des parties sur le marché;
  - c) la position des concurrents sur le marché (en amont et en aval);
  - d) la position des acheteurs des biens ou services contractuels sur le marché;
  - e) le niveau des échanges affectés;
  - f) la nature du produit; et
  - g) la dynamique du marché.
- (261) D'autres facteurs peuvent également être pris en considération en fonction de leur pertinence pour l'appréciation de l'accord vertical concerné.
- (262) L'importance des différents facteurs peut varier selon les circonstances propres à l'affaire. Par exemple, le fait que les parties détiennent une grande part de marché constitue généralement un bon indicateur de leur pouvoir sur le marché, mais lorsque les barrières à l'entrée sont faibles, le pouvoir de marché peut être suffisamment restreint par une entrée réelle ou potentielle. Il n'est donc pas possible d'établir des règles strictes d'applicabilité générale concernant l'importance des différents facteurs.
- (263) 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 (en aval) 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.

<sup>(108)</sup> Voir la section 3.1 des présentes lignes directrices.

- (264) 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. Le degré de différenciation du produit peut également constituer un indicateur pertinent de l'existence d'un pouvoir de marché.
- (265) La position des concurrents sur le marché est elle aussi importante. Plus la position concurrentielle des concurrents est forte, et plus les concurrents sont 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 d'entreprises sur le marché est relativement faible et leur position sur le marché (sur le plan, par exemple, de la taille, des coûts et du potentiel de R&D) est similaire, des restrictions verticales peuvent accroître le risque de collusion. Des fluctuations ou des changements rapides des parts de marché sont en général le signe de l'existence d'une vive concurrence.
- (266) La position des clients en aval des parties à l'accord 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 le marché de la revente où il est actif, 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 certaines circonstances, la puissance d'achat peut éviter que les consommateurs pâtissent d'un accord vertical qui, sans cette puissance d'achat, serait problématique. 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.
- (267) 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 règle générale, les barrières à l'entrée peuvent être considérées comme faibles lorsqu'on peut s'attendre à ce que les concurrents en place soient empêchés d'exercer un pouvoir de marché, ou freinés dans l'exercice de ce pouvoir, par une entrée effective et probable dans un délai d'un ou deux ans. Les barrières à l'entrée peuvent être dues à une grande diversité de facteurs, par exemple des économies d'échelle et de gamme (y compris des effets de réseau d'entreprises multifaces), des réglementations (notamment lorsqu'elles créent des droits exclusifs), des aides d'État, des droits de douane à l'importation, des droits de propriété intellectuelle, la possession de ressources dont la disponibilité est limitée (par exemple pour des raisons naturelles), la possession d'installations essentielles, l'avantage lié au fait d'être la première entreprise implantée sur le marché concerné et la fidélité à la marque des consommateurs créée par des actions publicitaires de grande ampleur au cours d'une période prolongée. 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 ne peuvent être récupérés 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 ne puisse, soit vendre sa marque, soit l'utiliser sur un autre marché sans pertes. Lorsque l'entrée nécessite d'importants coûts irrécouvrables, les entrants potentiels peuvent être découragés de sauter le pas en raison de la menace d'une rude concurrence par les concurrents en place après l'entrée, car ils ne peuvent justifier le risque de perdre ces investissements irrécouvrables. Les barrières à l'entrée peuvent exister uniquement au niveau des fournisseurs ou à celui des acheteurs, ou bien aux deux niveaux.
- (268) Étant donné que l'entrée nécessite généralement au moins certains coûts irrécouvrables, une concurrence réelle est généralement plus effective et pèsera plus lourd dans l'appréciation d'un cas d'espèce que la concurrence potentielle.
- (269) 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). Par exemple, une obligation de non-concurrence qui lie des distributeurs à un fournisseur peut avoir un effet de verrouillage considérable si la mise en place de ses propres distributeurs impose des coûts irrécouvrables à l'entrant potentiel.
- (270) Le stade commercial est lié à la distinction établie entre biens et services intermédiaires et biens ou services finals. Les biens ou 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 biens ou services 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 ou services finals sont, directement ou indirectement, vendus aux clients finals, qui attachent souvent plus d'importance à la marque et à sa réputation.

- (271) La nature du produit est prise en compte en particulier pour ce qui est des biens ou services 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 biens ou services vendus sur le marché en cause sont homogènes ou plutôt différenciés, 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.
- (272) La dynamique du marché doit être soigneusement évaluée au cas par cas. Si, sur certains marchés dynamiques, les effets négatifs potentiels de certaines restrictions verticales peuvent ne pas poser problème car la concurrence intermarques de concurrents dynamiques et innovants exerce une pression suffisante, dans d'autres cas, des restrictions verticales peuvent procurer un avantage concurrentiel durable à un nouvel entrant sur un marché dynamique et entraîner ainsi des effets durables sur la concurrence. Cela peut être le cas lorsqu'une restriction verticale empêche des concurrents de bénéficier d'effets de réseau ou lorsqu'un marché est susceptible de basculer.
- (273) L'appréciation d'une restriction verticale particulière au regard de l'article 101 peut également exiger la prise en considération d'autres facteurs, tels que les effets cumulatifs découlant de la couverture du marché par des accords similaires d'autres fournisseurs, le fait que l'accord soit «imposé» en ce sens que les restrictions ou obligations pèsent surtout sur une partie à l'accord ou «convenu» en ce sens que 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 et les discussions sur les prix, la rigidité des prix en réponse à une capacité excédentaire, une discrimination par les prix et les comportements collusifs passés.

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

- (274) 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 individuelle à l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord vertical doit remplir les quatre conditions ci-après: i) l'accord de licence doit apporter des avantages économiques objectifs, ii) les restrictions de la concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces gains d'efficacité, iii) les consommateurs doivent recevoir une partie équitable de ces gains d'efficacité et iv) l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des biens ou services en cause <sup>(109)</sup>.
- (275) Conformément à l'article 101, paragraphe 3, les accords verticaux sont évalués dans le cadre réel où ils se produisent <sup>(110)</sup> et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient compte des modifications importantes des faits. La dérogation individuelle prévue à l'article 101, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions sont remplies et cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas <sup>(111)</sup>. Lorsque l'on applique l'article 101, paragraphe 3, conformément à ces principes, il convient de tenir compte des investissements réalisés par les parties à l'accord ainsi que des délais et des contraintes nécessaires à l'engagement et à la récupération d'un investissement destiné à accroître l'efficacité d'une entreprise.
- (276) La première condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3, exige une appréciation des avantages objectifs en termes de gains d'efficacité produits par l'accord vertical. À cet égard, les accords verticaux sont souvent susceptibles de contribuer à générer des gains d'efficacité, ainsi qu'il est expliqué à la section 2.1 des présentes lignes directrices, en améliorant la manière dont les parties à l'accord exercent leurs activités complémentaires.
- (277) Au moment de s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige la deuxième condition de 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 à l'accord 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 solutions de remplacement apparemment réalistes et sensiblement moins restrictives ne produiraient pas les mêmes gains d'efficacité. 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.

<sup>(109)</sup> 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).

<sup>(110)</sup> Voir arrêt dans les affaires jointes 25/84 et 26/84, Ford, ECLI:EU:C:1985:340, points 24 et 25.

<sup>(111)</sup> Voir par exemple à cet égard la décision 1999/242/CE de la Commission du 3 mars 1999 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (affaire n° IV/36.237 — TPS) (JO L 90 du 2.4.1999, p. 6). De même, l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, s'applique tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

- (278) La troisième condition de l'article 101, paragraphe 3 impose que les consommateurs reçoivent une partie équitable des bénéfices. Cette condition signifie que les consommateurs des biens ou services 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 <sup>(112)</sup>. En d'autres mots, les gains d'efficacité doivent compenser intégralement l'incidence négative probable de l'accord vertical sur les prix, sur la production et sur d'autres éléments pertinents.
- (279) La quatrième condition de l'article 101, paragraphe 3 exige que l'accord vertical ne donne pas aux parties à l'accord la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des biens ou services en cause. Cette condition présuppose une analyse des autres sources de pression concurrentielle sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces autres sources de concurrence. Lors de l'appréciation de cette condition, 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 <sup>(113)</sup>. 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 cette dérogation aux accords verticaux restrictifs qui constituent un abus de position dominante <sup>(114)</sup>. Selon cette condition, 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. 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.

## 8.2. Analyse de certaines restrictions verticales

- (280) Si les précédentes sections des présentes lignes directrices, notamment la sixième, incluent des orientations sur l'évaluation des restrictions verticales qui constituent des restrictions caractérisées au titre de l'article 4 du règlement d'exemption, des restrictions exclues au titre de l'article 5 du règlement d'exemption, et des restrictions connexes, les points ci-après contiennent des orientations sur d'autres restrictions verticales particulières. Pour ce qui est des restrictions verticales qui ne sont pas spécifiquement abordées dans les présentes lignes directrices, la Commission les traitera selon les mêmes principes en tenant compte des facteurs pertinents, exposés à la huitième section des présentes lignes directrices.

### 8.2.1. Monoparquisme

- (281) La rubrique «monoparquisme» 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 obligation se retrouve, entre autres, dans les clauses de non-concurrence et de quotas d'achat imposées à l'acheteur. 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 que, de fait, 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 monoparquisme, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de l'offre.

<sup>(112)</sup> 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).

<sup>(113)</sup> Voir l'arrêt dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, ECLI:EU:C:2000:132, 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 dans l'affaire C-309/99, *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98, point 120.

<sup>(114)</sup> Voir à cet égard l'arrêt dans l'affaire T-51/89, *Tetra Pak (I)*, ECLI:EU:T:1990:41. 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).

- (282) 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.
- (283) Le monomarquisme bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption 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. Au-delà du seuil de part de marché ou de la période de cinq ans, les accords de monomarquisme ne sont plus couverts par l'exemption par catégorie et doivent donc faire l'objet d'une appréciation individuelle. 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.
- (284) Les obligations de monomarquisme d'un fournisseur donné risquent plus particulièrement de produire des effets de verrouillage anticoncurrentiels lorsque, en leur absence, une forte pression concurrentielle serait 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 <sup>(115)</sup>. La position du fournisseur sur le marché est donc un facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des obligations de monomarquisme.
- (285) Si les concurrents peuvent s'affronter sur un pied d'égalité pour tenter de répondre à la demande totale de chaque client individuel, les obligations de monomarquisme d'un fournisseur particulier sont généralement peu susceptibles de nuire à l'exercice d'une concurrence effective, sauf si le changement de fournisseur est rendu difficile par la durée et la couverture de marché des obligations de monomarquisme. Plus la fraction de sa part de marché qui résulte des ventes effectuées dans le cadre d'une obligation de monomarquisme est élevée, et/ou plus la durée des obligations de monomarquisme est longue, plus le degré de verrouillage du marché risque d'être sensible. On considère en général que des obligations de monomarquisme d'une durée inférieure à un an contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante ne donnent pas lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles ou à des effets négatifs nets. Les obligations de monomarquisme 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 monomarquisme d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet de verrouillage qu'elles génèrent. Les obligations de monomarquisme sont plus susceptibles d'entraîner un verrouillage anticoncurrentiel du marché lorsqu'elles sont contractées par des entreprises occupant une position dominante.
- (286) 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 monomarquisme 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 monomarquisme peuvent faciliter les collusions entre fournisseurs concurrents. Si ces fournisseurs relèvent individuellement du règlement d'exemption, il peut être nécessaire de leur retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie 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.
- (287) 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 monomarquisme, par exemple aux préférences des consommateurs.
- (288) 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 leur propre réseau de distribution intégré ou de trouver d'autres distributeurs 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.

<sup>(115)</sup> Arrêt dans l'affaire T-65/98, Van den Bergh Foods/Commission, ECLI:EU:T:2003:281, points 104 et 156.

- (289) 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 monarquisme, 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 monarquisme avec le fournisseur. Toutefois, il serait erroné d'en conclure que toutes les obligations de monarquisme, prises dans leur ensemble, sont globalement bénéfiques pour les clients sur ce marché et 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 monarquisme, prises globalement, ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes.
- (290) Enfin, le «stade commercial» doit être pris en considération. Les risques de verrouillage sont en effet moins élevés pour les produits intermédiaires. Lorsque le fournisseur d'un produit intermédiaire n'occupe pas une position dominante, ses concurrents peuvent couvrir la partie substantielle de la demande qui ne lui est pas liée. 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.
- (291) 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 si les producteurs concurrents peuvent aisément mettre en place leur propre système de vente en gros. La faiblesse des barrières à l'entrée dépend en partie du type de système de vente en gros que le fournisseur peut utiliser avec efficacité. Sur un marché où le commerce de gros peut fonctionner efficacement avec uniquement le produit concerné par l'accord (par exemple, des glaces), le fabricant a un intérêt à créer son propre réseau de vente en gros et a peu de risques d'être évincé de ce marché. Au contraire, sur un marché où il est plus efficace de vendre en gros une gamme entière de produits (par exemple, des surgelés), il n'est pas efficace pour un fabricant qui ne vendrait qu'un seul produit de créer son propre réseau de vente en gros. Sans accès à des grossistes établis, le fabricant risque d'être exclu de ce marché. Dans ce cas, des effets anticoncurrentiels peuvent se produire. En outre, des effets cumulatifs sont possibles si plusieurs fournisseurs lient la plupart des grossistes.
- (292) 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 monarquisme 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.
- (293) 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, 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.
- (294) 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.
- (295) 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.
- (296) 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 14, b) (problèmes de parasitisme entre fournisseurs), e), f) (problèmes de renonciation à certains investissements) et i) (imperfections du marché des capitaux), des présentes lignes directrices peuvent être particulièrement importants.

- (297) Dans le cas des gains d'efficacité décrits au point 14, b), e) et i), des présentes lignes directrices, 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 14, f), des présentes lignes directrices (problème de la renonciation à certains investissements dans le cadre d'un transfert de savoir-faire).
- (298) Dans le cas d'un investissement propre à une relation contractuelle réalisé par le fournisseur [voir le point 14, e), des présentes lignes directrices], 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.
- (299) 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 14, i), des présentes lignes directrices]. 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.
- (300) Le transfert d'un savoir-faire substantiel [voir le point 14, f), des présentes lignes directrices] justifie habituellement une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture, par exemple dans le contexte de la franchise.
- (301) 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 l'intermédiaire 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 l'intermédiaire 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.

## (302) Exemple de quotas imposés

Un producteur X, qui détient 40 % du marché, vend 80 % de sa production au moyen 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.

8.2.2. *Fourniture exclusive*

- (303) La fourniture exclusive désigne les dispositions qui obligent ou incitent 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, mais elles peuvent aussi consister, par exemple, en une imposition de quotas au fournisseur, dans le cadre de laquelle un fournisseur et un acheteur conviennent de mesures d'incitation pour que le fournisseur réalise l'essentiel de ses ventes auprès de cet acheteur. Pour les biens ou services intermédiaires, la fourniture exclusive est souvent appelée fourniture industrielle.
- (304) La fourniture exclusive bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption 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.
- (305) 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, en particulier, le point 113 des présentes lignes directrices). 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 le plus important pour déterminer 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 de verrouillage 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 est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels significatifs.

- (306) 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. Plus la part de marché liée est élevée et la durée de l'obligation de fourniture exclusive est longue, plus il est probable que l'effet de verrouillage soit significatif. 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.
- (307) La position des acheteurs concurrents sur le marché en amont est aussi un élément important, car l'accord de fourniture exclusive risque d'évincer les acheteurs concurrents pour des raisons anticoncurrentielles, par exemple, l'augmentation de leurs coûts, en particulier 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 à l'acheteur partie à l'accord et peuvent offrir aux fournisseurs des conditions de vente comparables. Dans un tel cas de figure, le risque de verrouillage 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.
- (308) L'existence de barrières à l'entrée au niveau des fournisseurs, de même que la taille de ces barrières, sont un élément pertinent pour apprécier 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.
- (309) La possibilité pour les fournisseurs de faire contrepoids devrait également être prise en considération, car des fournisseurs importants ne se laisseront pas facilement écartier des autres acheteurs par un seul acheteur. Le risque de verrouillage existe donc surtout lorsque les fournisseurs sont faibles et les acheteurs forts. Si les fournisseurs sont puissants, la fourniture exclusive peut être combinée à une obligation de non-concurrence. Cette combinaison emporte l'application des règles définies pour le monomarchisme. Lorsque des investissements propres à la relation contractuelle en question sont nécessaires de part et d'autre (problème lié à la renonciation à certains investissements), la combinaison de la fourniture exclusive et d'une obligation de non-concurrence, 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.
- (310) Enfin, le stade commercial et la nature du produit sont pertinents pour apprécier l'existence d'un éventuel effet de verrouillage. 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.
- (311) On peut s'attendre à des gains d'efficacité dans le cas de la renonciation à certains investissements [point 14, e) et f), des présentes lignes directrices], 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 14, g), des présentes lignes directrices] ne semblent pas pouvoir justifier la fourniture exclusive.
- (312) Dans le cas de la renonciation à certains investissements et, plus encore, dans le cas de la réalisation d'économies d'échelle au niveau de la distribution, l'imposition de quotas au fournisseur, par exemple, un engagement de fourniture minimale pourrait bien s'avérer une solution moins restrictive.

## 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 une version différente de ce composant, avec son propre savoir-faire et grâce à des investissements considérables dans de nouvelles machines et sur la base de spécifications fournies par B. 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 de verrouillage 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 %, mais 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.

## 8.2.3. Restrictions relatives à l'utilisation des places de marché en ligne

- (313) Les places de marché en ligne sont des plateformes en ligne qui connectent les commerçants et les clients potentiels afin de leur permettre d'effectuer des achats directs. Les plateformes en ligne qui n'offrent aucune fonctionnalité d'achat direct, mais redirigent les clients vers d'autres sites internet où ils peuvent acheter des biens et services, ne sont pas considérées comme des places de marché en ligne aux fins des présentes lignes directrices, mais comme des plateformes publicitaires.
- (314) Les places de marché en ligne sont devenues un canal de vente important pour les fournisseurs et les détaillants, en leur permettant d'accéder à un grand nombre de clients, ainsi que pour les utilisateurs finals. Les places de marché en ligne peuvent permettre aux détaillants de commencer à vendre en ligne en effectuant moins d'investissements initiaux. Elles peuvent également faciliter les ventes transfrontières et accroître la visibilité des détaillants, notamment ceux de petite taille et de taille moyenne, qui n'exploitent pas leur propre magasin en ligne ou qui ne sont pas bien connus des utilisateurs finals.
- (315) Les fournisseurs peuvent vouloir restreindre l'utilisation des places de marché en ligne par leurs acheteurs <sup>(116)</sup>, par exemple afin de protéger l'image et le positionnement de leur marque, de décourager la vente de produits contrefaits, d'assurer des services de prévente et après-vente suffisants ou de veiller à ce que le détaillant maintienne une relation directe avec les clients. Les restrictions peuvent aller d'une interdiction totale de l'usage des places de marché en ligne à l'imposition de certaines exigences de qualité que doivent respecter les places de marché en ligne. Par exemple, les fournisseurs peuvent interdire l'utilisation des places de marché sur lesquelles des produits sont vendus aux enchères, ou ils peuvent imposer aux acheteurs d'utiliser des places de marché spécialisées, afin de garantir certaines normes de qualité concernant l'environnement et les paramètres de la vente de leurs biens ou services. Certaines exigences qualitatives peuvent interdire de fait l'utilisation des places de marché en ligne, car aucune place de marché en ligne n'est en mesure d'y répondre, par exemple lorsque le fournisseur exige que le logo de la place de marché en ligne ne soit pas visible ou que le nom de domaine de tout site internet utilisé par le détaillant contienne le nom de l'activité de ce dernier.
- (316) Une restriction des ventes sur les places de marché en ligne incluse dans un accord vertical est exemptée au titre du règlement d'exemption lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 % et que l'accord vertical ne comporte aucune restriction caractérisée au titre du règlement d'exemption et aucune restriction exclue au titre du règlement d'exemption ne pouvant être dissociée du reste de l'accord vertical. Comme indiqué à l'article 1<sup>er</sup> du règlement d'exemption et à la section 6.1.2 des présentes lignes directrices, une

<sup>(116)</sup> Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique [COM(2017) 229 final du 10 mai 2017], section 4.4.

restriction ou une interdiction des ventes sur les places de marché en ligne concerne les modalités des ventes en ligne de l'acheteur et ne limite pas les ventes sur un territoire donné ou à une clientèle donnée. Bien qu'elle limite l'utilisation d'un canal en ligne spécifique, d'autres canaux en ligne restent à la disposition de l'acheteur <sup>(117)</sup>. Par exemple, malgré une restriction ou une interdiction des ventes sur les places de marché en ligne, l'acheteur peut toujours vendre les biens ou services contractuels par l'intermédiaire de son propre site internet et utiliser les supports publicitaires en ligne pour attirer les clients vers son site internet <sup>(118)</sup>.

- (317) Si toute restriction des ventes en ligne ayant directement ou indirectement pour objet d'empêcher l'acheteur ou ses clients de faire un usage effectif de l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne est une restriction caractérisée au sens de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption ainsi qu'une restriction par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, une restriction de l'utilisation des places de marché en ligne peut généralement bénéficier de la zone de sécurité prévue par le règlement d'exemption. Comme énoncé au point 194, une restriction de l'utilisation des places de marché en ligne n'affecte généralement pas un groupe d'utilisateurs en ligne pouvant être délimité parmi l'ensemble des acheteurs en ligne et ne limite pas les possibilités pour l'acheteur de vendre les biens ou services contractuels par l'intermédiaire de son propre site internet, de faire de la publicité, dans certaines circonstances, sur l'internet au moyen de plateformes tierces ou d'utiliser des moteurs de recherche en ligne pour attirer des clients vers son site internet; partant, elle ne constitue pas une restriction caractérisée au sens de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption, dans la mesure où elle n'empêche pas de fait l'utilisation effective de l'internet par les acheteurs ou leurs clients afin de vendre en ligne.
- (318) La suite de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne dans des cas individuels lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé. Les principes généraux énoncés à la section 8.1 fournissent le cadre pertinent pour cette appréciation. Les restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne pour les ventes sur des territoires ou à des clientèles exclusivement réservés au fournisseur ou alloués exclusivement à d'autres distributeurs font partie d'un système de distribution exclusive et devraient faire l'objet d'une appréciation en même temps que ce système.
- (319) Les restrictions relatives à l'utilisation des places de marché en ligne sont souvent imposées dans des systèmes de distribution sélective. La section 4.6.2 établit les conditions dans lesquelles un système de distribution sélective ne relève pas du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, à savoir i) lorsque le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme pour l'ensemble des revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, ii) lorsque les propriétés des biens ou services contractuels nécessitent un réseau de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, et iii) lorsque les critères définis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire <sup>(119)</sup>. En particulier dans les cas où le fournisseur ne conclut pas d'accord avec la place de marché en ligne et est donc dans l'impossibilité de s'assurer que cette dernière satisfait à ses critères de sélection, une restriction ou une interdiction de l'utilisation de places de marché en ligne peut remplir les conditions susmentionnées et, partant, être appropriée et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver la qualité et assurer l'utilisation adéquate des biens ou services contractuels. Toutefois, lorsqu'un fournisseur inclut l'opérateur d'une place de marché en ligne en tant que distributeur agréé dans son système de distribution sélective, ou lorsqu'il restreint l'utilisation des places de marché en ligne par certains distributeurs agréés mais pas par d'autres, ou encore lorsqu'il restreint l'utilisation d'une place de marché en ligne, mais utilise lui-même cette place de marché pour distribuer les biens ou services contractuels, il y a peu de chances que les restrictions de l'utilisation de ces places de marché en ligne satisfassent aux conditions relatives au caractère approprié et à la nécessité.
- (320) Les risques pouvant être posés, du point de vue de la concurrence, par des restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne sont un affaiblissement de la concurrence intramarque au niveau de la distribution et l'éviction de distributeurs, en particulier de petite taille et de taille moyenne, dans la mesure où les distributeurs sont privés d'un canal de vente potentiellement important.
- (321) Afin d'apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne, il est nécessaire, premièrement, d'évaluer le niveau de concurrence intermarques. Comme exposé à la section 8.1.1 des présentes lignes directrices, une concurrence intermarques suffisante peut, en principe, atténuer un éventuel affaiblissement de la concurrence intramarque. À cet effet, la position du fournisseur et de ses concurrents sur le marché devrait être prise en considération. Deuxièmement, il est nécessaire de tenir compte du type et de la portée des restrictions de l'utilisation des marchés en ligne. Par exemple, une interdiction de toutes les ventes réalisées par l'intermédiaire de places de marché en ligne est plus restrictive qu'une restriction de l'utilisation de certaines places de marché en ligne ou qu'une obligation de n'utiliser que des places de marché répondant à certains critères qualitatifs. Troisièmement, l'importance relative des places de marché en ligne soumises à restriction en tant que canal de vente sur les marchés géographiques et de produits en cause devrait être prise en considération. Enfin, il est nécessaire de tenir compte de l'effet cumulatif de toute autre restriction des ventes ou de la publicité en ligne imposée par le fournisseur.

<sup>(117)</sup> Arrêt dans l'affaire C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, points 64 à 69.

<sup>(118)</sup> Arrêt dans l'affaire C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, points 52 à 54.

<sup>(119)</sup> Arrêt dans l'affaire C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, points 24 à 36.

(322) Comme expliqué au point 314 des présentes lignes directrices, les restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne peuvent entraîner des gains d'efficacité, dus, en particulier, à la garantie de la protection de la marque ou d'un certain niveau de qualité du service, ou à la réduction des possibilités de contrefaçon. Dans la mesure où les restrictions ne sont pas déjà exclues du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, il convient de se demander, lors de l'appréciation, si ces gains d'efficacité ne pourraient pas être obtenus par des moyens moins restrictifs, conformément aux conditions établies à l'article 101, paragraphe 3. Tel pourrait être le cas lorsque la place de marché en ligne permet aux détaillants de créer leur propre boutique de marque en son sein. Il est peu probable qu'une justification avancée par le fournisseur en lien avec la qualité réponde aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, lorsque le fournisseur utilise lui-même les places de marché en ligne couvertes par les restrictions, ou lorsqu'il impose uniquement la restriction à certains distributeurs, mais pas à d'autres, ou lorsque l'opérateur de la place de marché en ligne est lui-même un membre agréé du système de distribution sélective.

#### 8.2.4. Restrictions de l'utilisation d'outils de comparaison des prix

(323) Les outils de comparaison des prix, par exemple, les sites internet ou applications de comparaison de prix, permettent aux détaillants d'accroître leur visibilité et de générer du trafic sur leur site internet, et ils offrent aux clients potentiels la possibilité de trouver des détaillants, de comparer différents produits et de comparer les offres pour un même produit. Les outils de comparaison des prix améliorent la transparence des prix et intensifient la concurrence intramarque et, éventuellement, intermarques, que se livrent les détaillants sur les prix.

(324) Contrairement aux places de marché en ligne, les outils de comparaison des prix n'offrent généralement pas de fonctionnalité de vente et d'achat, mais redirigent plutôt les clients vers le site internet du détaillant, en permettant ainsi une transaction directe entre le client et le détaillant <sup>(120)</sup>. Les outils de comparaison des prix ne constituent donc pas un canal de vente en ligne distinct, mais plutôt un support publicitaire en ligne.

(325) Les fournisseurs peuvent vouloir restreindre l'utilisation des outils de comparaison des prix <sup>(121)</sup>, par exemple pour protéger leur image de marque, vu que ces outils sont généralement axés sur le prix et ne permettent pas toujours aux détaillants de se différencier sur la base d'autres paramètres, tels que la gamme ou la qualité des biens ou services contractuels. Les restrictions de l'utilisation des outils de comparaison des prix peuvent également avoir pour motif de réduire les possibilités de contrefaçon, ou de protéger les modèles économiques reposant, par exemple, sur la spécialisation ou la qualité plutôt que sur le prix.

(326) Les restrictions de l'utilisation des outils de comparaison des prix peuvent aller d'une interdiction directe ou indirecte à des restrictions fondées sur des exigences de qualité, ou encore à des exigences visant à inclure un contenu spécifique dans les offres affichées sur l'outil de comparaison des prix. Par exemple, une restriction relative à la fourniture d'informations sur les prix aux outils de comparaison des prix, ou une obligation d'obtenir l'autorisation du fournisseur avant d'utiliser des outils de comparaison des prix, ou encore une restriction de l'utilisation de la marque du fournisseur sur les outils de comparaison des prix, peut constituer une prévention indirecte de l'utilisation de ces outils.

(327) Les restrictions de l'utilisation des outils de comparaison des prix peuvent augmenter les coûts de recherche pour les utilisateurs et ainsi affaiblir la concurrence par les prix de détail. Comme pour les autres restrictions de la publicité en ligne, les restrictions de la capacité de l'acheteur d'utiliser des outils de comparaison des prix peuvent empêcher cet acheteur de vendre à des clients situés en dehors de sa zone de chalandise physique et souhaitant effectuer des achats en ligne. Empêcher l'utilisation d'outils de comparaison des prix dans un accord vertical restreint la capacité de l'acheteur de cibler des clients potentiels, de les informer sur son offre et de les orienter vers son site internet. Tant que l'utilisation d'outils de comparaison des prix n'est pas, en soi, une forme ciblée de publicité, tel qu'énoncé au point 200 des présentes lignes directrices, le fait d'empêcher l'utilisation d'outils de comparaison des prix en tant que support publicitaire en ligne est susceptible de restreindre les ventes passives aux clients qui souhaitent effectuer des achats en ligne et qui sont situés en dehors de la zone de chalandise physique du distributeur et constitue une restriction caractérisée au titre de l'article 4, points b) à d), du règlement d'exemption. Du point de vue de la concurrence, les principaux risques, dans un tel cas de figure, sont un cloisonnement du marché, susceptible de faciliter la discrimination par les prix, et un affaiblissement de la concurrence intramarque. En revanche, si la restriction concerne uniquement l'utilisation d'outils de comparaison des prix en vue de cibler des clients sur un territoire ou dans une clientèle réservés exclusivement au fournisseur ou alloués exclusivement à d'autres distributeurs (distribution exclusive), par exemple, parce que l'outil de comparaison des prix est dans une langue non habituellement utilisée sur le territoire où l'acheteur est établi ou possède un nom de domaine non utilisé sur le territoire où l'acheteur est établi, la restriction est couverte par l'exception énoncée à l'article 4, point b) i), du règlement d'exemption.

<sup>(120)</sup> Aux fins des présentes lignes directrices, on entend par outils de comparaison des prix les plateformes en ligne qui ne permettent pas aux utilisateurs de conclure des transactions d'achat sur la plateforme elle-même. Les plateformes qui permettent aux utilisateurs de conclure des transactions d'achat sur la plateforme elle-même sont considérées comme des places de marché en ligne aux fins des présentes lignes directrices. Les restrictions relatives à l'utilisation des places de marché en ligne sont abordées à la section 8.2.3 des présentes lignes directrices.

<sup>(121)</sup> Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique [COM(2017) 229 final du 10 mai 2017], section B.4.5.

- (328) Les restrictions relatives à l'utilisation d'outils de comparaison des prix qui ne vont pas jusqu'à empêcher directement ou indirectement leur utilisation, par exemple le fait d'exiger que les outils de comparaison des prix satisfassent à certaines normes de qualité, ne restreignent pas les ventes aux clients d'un territoire ou d'une clientèle spécifique, mais déterminent plutôt les méthodes de vente et bénéficient dès lors de l'exemption par catégorie prévue par le règlement d'exemption. Les orientations ci-après concernent l'appréciation de ces restrictions lorsque le règlement d'exemption ne s'applique pas.
- (329) Les restrictions relatives à l'utilisation des outils de comparaison des prix sont souvent imposées dans des systèmes de distribution sélective. La section 4.6.2 des présentes lignes directrices établit les conditions dans lesquelles un système de distribution sélective ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1. Toutefois, il est peu probable que le fait d'empêcher l'utilisation des outils de comparaison des prix soit approprié ou nécessaire pour préserver la qualité ou assurer l'utilisation adéquate des biens ou services contractuels, vu que ces outils redirigent habituellement les clients potentiels vers le site internet du distributeur agréé pour qu'ils effectuent l'achat. Le fournisseur est en mesure d'exercer un contrôle sur le site internet du distributeur au moyen de ses critères de sélection et en imposant des exigences dans son accord vertical avec le distributeur.
- (330) Les restrictions de l'utilisation des outils de comparaison des prix qui ne vont pas jusqu'à empêcher directement ou indirectement leur utilisation, par exemple le fait de n'autoriser que l'utilisation des outils de comparaison des prix qui répondent à certaines normes de qualité, peuvent, lorsqu'elles ne sont pas couvertes par le règlement d'exemption, restreindre significativement la capacité de l'acheteur d'utiliser des outils de comparaison des prix. Dans ces cas, il peut être nécessaire d'examiner si la restriction entraîne des effets similaires à ceux de la prévention de l'utilisation des outils de comparaison des prix, à savoir un préjudice pour les consommateurs consistant en une augmentation de leurs coûts de recherche et en l'affaiblissement de la concurrence par les prix, ou un cloisonnement du marché, qui pourrait faciliter la discrimination par les prix, ce qui pourrait, à terme, avoir des effets sur la concurrence intermarques et aussi, éventuellement, la concurrence intramarque. De telles restrictions peuvent également restreindre la concurrence intramarque, par exemple lorsqu'un fournisseur n'impose pas les restrictions à tous ses distributeurs ou lorsqu'il utilise lui-même les outils de comparaison des prix couverts par la restriction. Dans la mesure où les distributeurs sont empêchés d'utiliser un support publicitaire en ligne potentiellement important, ils n'exerceraient qu'une pression concurrentielle limitée sur le fournisseur ou sur tout autre distributeur non soumis à cette restriction.
- (331) Les facteurs pertinents pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1, incluent la position du fournisseur et de ses concurrents sur le marché; l'importance des outils de comparaison des prix en tant que support publicitaire sur les marchés géographiques et de produits des biens ou services contractuels; le type et la portée des restrictions et l'importance relative de tout outil de comparaison des prix spécifique dont l'utilisation est restreinte ou interdite, ainsi que le fait que le fournisseur restreigne aussi ou non la capacité du distributeur à utiliser d'autres formes de publicité en ligne. L'effet cumulatif de ces éventuelles autres restrictions avec la restriction de l'utilisation des outils de comparaison des prix devrait être pris en considération.
- (332) Comme expliqué au point 323 des présentes lignes directrices, les restrictions de l'utilisation des outils de comparaison des prix peuvent entraîner des gains d'efficacité, dus, en particulier, à la garantie de la protection de la marque ou d'un certain niveau de qualité du service, ou à la réduction des possibilités de contrefaçon. Conformément aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, il convient de se demander, lors de l'appréciation, si ces gains d'efficacité ne pourraient pas aussi être obtenus par des moyens moins restrictifs. Cela pourrait être le cas lorsque l'outil de comparaison des prix permet également de comparer ou d'évaluer la qualité des biens ou services concernés, le service à la clientèle, la fiabilité du distributeur ou d'autres paramètres de l'offre des distributeurs. Toute appréciation des justifications liées à la qualité au regard de l'article 101, paragraphe 3, devrait tenir compte du fait que la vente n'est pas effectuée sur l'outil de comparaison des prix lui-même, mais sur le site internet du distributeur, lequel, conformément à l'accord de distribution conclu avec le fournisseur, devrait satisfaire aux exigences de qualité du fournisseur.

### 8.2.5. Obligations de parité

- (333) Les obligations de parité, également appelées clauses de la nation la plus favorisée (NPF) ou accords de parité interplateformes (APPA), imposent aux fournisseurs de biens ou services d'offrir ceux-ci à d'autres parties à des conditions qui ne sont pas moins favorables que celles qu'ils proposent à certaines autres parties ou sur certains autres canaux. Les conditions peuvent porter sur les prix, le stock, la disponibilité ou toute autre condition d'offre ou de vente. L'obligation peut être expresse, ou elle peut être appliquée par d'autres moyens directs ou indirects, notamment une différenciation des prix ou d'autres incitations ou mesures dont l'application dépend des conditions auxquelles le fournisseur offre ses biens ou services à des parties données ou sur des canaux donnés.
- (334) Les obligations de parité imposées par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne (par exemple, des places de marché en ligne ou des outils de comparaison des prix) en ce qui concerne les conditions auxquelles les biens ou services sont offerts aux utilisateurs finals (consommateurs finals ou autres entreprises) sont généralement appelées obligations de parité sur le marché de détail. Pour que ce type d'obligation soit effectif, le fournisseur de biens ou de services qui accepte l'obligation doit généralement être en mesure de contrôler le prix et les autres conditions auxquelles ses biens ou services sont offerts sur les canaux de détail visés par l'obligation. Des obligations de parité similaires peuvent être utilisées par les fournisseurs en amont de services d'intermédiation en ligne pour ce qui est des conditions auxquelles les biens ou services sont offerts aux entreprises qui ne sont pas des utilisateurs finals (par exemple, aux détaillants). Pour ce qui est des obligations de parité utilisées par les acheteurs, celles-ci incluent les obligations imposées par les fabricants, les grossistes ou les détaillants en ce qui concerne les conditions auxquelles ils achètent des intrants aux fournisseurs.
- (335) Une autre distinction concerne les canaux couverts par l'obligation de parité. L'obligation peut faire référence aux canaux de vente utilisés par un fournisseur de biens ou de services (canaux directs), aux canaux utilisés par des tiers (canaux indirects) ou à tous les canaux. Les obligations de parité qui se réfèrent uniquement aux canaux directs sont souvent appelées «restreintes», tandis que celles qui visent tous les canaux sont souvent appelées «larges».
- (336) À l'exception des obligations de parité interplateformes sur le marché de détail définies à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, l'exemption par catégorie s'applique à tous les types d'obligations de parité incluses dans des accords verticaux, pour autant que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur ne dépassent pas 30 %. Les orientations ci-après concernent l'appréciation des obligations de parité interplateformes sur le marché de détail définies à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption et les autres types d'obligations de parité dans des cas individuels au-dessus du seuil de part de marché.

#### 8.2.5.1. Obligations de parité interplateformes sur le marché de détail

- (337) Les obligations de parité sur le marché de détail qui empêchent un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals dans des conditions plus favorables au moyen de services d'intermédiation en ligne concurrents, telles que définies à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, sont davantage susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels nets que les autres types d'obligations de parité. Les obligations de parité interplateformes sur le marché de détail peuvent restreindre la concurrence comme suit:
- a) elles peuvent affaiblir la concurrence et faciliter la collusion entre les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne. En particulier, il est plus probable qu'un fournisseur qui impose ce type d'obligation de parité sera en mesure d'augmenter le prix ou de réduire la qualité de ses services d'intermédiation sans perdre de part de marché. Indépendamment du prix ou de la qualité de ses services, les vendeurs de biens ou de services qui choisissent d'utiliser sa plateforme sont tenus d'y offrir des conditions au moins aussi favorables que celles qu'ils offrent sur les plateformes concurrentes;
  - b) ils peuvent verrouiller l'entrée ou l'expansion de nouveaux ou de plus petits fournisseurs de services d'intermédiation en ligne en restreignant leur capacité d'offrir aux acheteurs et aux utilisateurs finals des combinaisons prix-service différenciées.

- (338) Pour l'appréciation de ce type d'obligation de parité, les facteurs clés sont la part des acheteurs des services d'intermédiation en ligne qui sont couverts par les obligations; le comportement d'hébergement des acheteurs des services d'intermédiation en ligne et des utilisateurs finals (le nombre de plateformes intermédiaires qu'ils utilisent); la position du fournisseur imposant l'obligation et de ses concurrents sur le marché; l'existence de barrières à l'entrée du marché des services d'intermédiation en ligne en cause, et l'incidence des ventes directes réalisées par les acheteurs de ces services.
- (339) La part des acheteurs des services d'intermédiation en ligne qui sont soumis aux obligations de parité et le comportement d'hébergement de ces acheteurs sont importants, car ils peuvent indiquer que les obligations de parité d'un fournisseur restreignent la concurrence pour une partie de la demande dépassant la part de marché du fournisseur. Par exemple, un fournisseur de services d'intermédiation en ligne peut détenir une part de 20 % du total des transactions effectuées à l'aide de ces services, mais les acheteurs auxquels il impose des obligations de parité interplateformes peuvent, puisqu'ils utilisent des plateformes multiples, représenter plus de 50 % du total des transactions de la plateforme. Dans ce cas, les obligations de parité du fournisseur restreignent la concurrence pour plus de la moitié de la demande pertinente totale.
- (340) Les acheteurs de services d'intermédiation en ligne ont souvent recours à l'hébergement multiple pour atteindre les clients qui ont recours à l'hébergement simple (c'est-à-dire qui n'utilisent qu'une seule plateforme) et ne passent pas d'une plateforme à l'autre. Les acheteurs sont incités à adopter l'hébergement multiple par les modèles économiques des plateformes, qui leur permettent de ne payer pour le service d'intermédiation que lorsque celui-ci génère une transaction. Comme expliqué ci-dessus, lorsque les acheteurs de services d'intermédiation en ligne optent pour l'hébergement multiple, cela peut accroître la part de la demande totale de ces services qui est affectée par les obligations de parité d'un fournisseur. Deuxièmement, lorsque les utilisateurs finals ont recours à l'hébergement unique, cela peut vouloir dire que chaque fournisseur de services d'intermédiation contrôle l'accès à un groupe d'utilisateurs finals distinct, ce qui peut accroître le pouvoir de négociation du fournisseur ainsi que sa capacité d'imposer des obligations de parité.
- (341) Les obligations de parité interplateformes sur le marché de détail ont généralement les effets restrictifs les plus considérables lorsqu'elles sont utilisées par un ou plusieurs fournisseurs majeurs de services d'intermédiation en ligne. Lorsque de tels fournisseurs ont un modèle économique similaire, les obligations de parité réduiront probablement les risques de perturbation de ce modèle. Ce type d'obligation peut également permettre à un acteur de premier plan sur le marché de maintenir sa position par rapport aux plus petits fournisseurs.
- (342) Les marchés de la fourniture de services d'intermédiation en ligne sont souvent caractérisés par des barrières significatives à l'entrée et à l'expansion, qui peuvent aggraver les effets négatifs des obligations de parité. Ces marchés présentent souvent des effets de réseau indirects positifs: les nouveaux ou les plus petits fournisseurs de ces services éprouvent des difficultés pour attirer les acheteurs car leurs plateformes ne donnent pas accès à un nombre suffisant d'utilisateurs finals. Lorsque les utilisateurs finals sont des consommateurs finals, la fidélité à la marque, l'hébergement unique et les stratégies de verrouillage des fournisseurs de services d'intermédiation en place peuvent également créer des barrières.
- (343) Les acheteurs de services d'intermédiation en ligne peuvent également vendre directement leurs biens ou services aux utilisateurs finals. Ces ventes directes peuvent limiter la capacité des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne d'augmenter le prix de leurs services. Il est donc nécessaire d'évaluer la proportion de ventes de biens ou de services intermédiaires qui sont réalisées par l'intermédiaire des canaux directs et indirects, ainsi que la substituabilité de ces canaux, du point de vue des fournisseurs des biens ou services et des utilisateurs finals.
- (344) Les obligations de parité interplateformes sur le marché de détail peuvent produire des effets restrictifs non négligeables lorsqu'elles sont imposées à des acheteurs représentant une part importante de la demande totale des services d'intermédiation en ligne en cause. En cas d'effet cumulatif, les effets restrictifs ne sont généralement imputés qu'aux obligations de parité des fournisseurs dont la part de marché dépasse 5 %.
- (345) En principe, les obligations de parité sur le marché de détail peuvent également être imposées par les détaillants pour ce qui est des conditions auxquelles les biens ou services d'un fournisseur sont offerts aux utilisateurs finals par des détaillants concurrents. Toutefois, lorsque ce type d'obligation de parité porte sur le prix, elle suppose généralement que le fournisseur de biens ou de services qui l'accepte impose des prix de vente minimaux aux détaillants concurrents qui sont couverts par l'obligation. Les prix de vente imposés constituent une restriction caractérisée au titre du règlement d'exemption ainsi qu'une restriction par objet au titre de l'article 101, paragraphe 1. Lorsque les entreprises sont en mesure d'appliquer de telles obligations de parité sur le marché de détail conformément aux règles relatives aux prix de vente imposés minimaux, les obligations sont couvertes par l'exemption par catégorie. Au-dessus du seuil de part de marché établi pour l'exemption par catégorie, les orientations fournies aux points 337 à 344 des présentes lignes directrices s'appliquent mutatis mutandis.

### 8.2.5.2. Obligations de parité sur le marché de détail relatives aux canaux de vente directs

- (346) Les obligations de parité sur le marché de détail imposées par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne en ce qui concerne les conditions auxquelles les acheteurs de ces services peuvent offrir des biens ou services aux utilisateurs finals sur leurs canaux de vente directs (parité «restreinte») empêchent ces acheteurs d'inciter les utilisateurs finals à se tourner vers le canal direct en offrant des conditions plus favorables (sous-cotation). Dans certaines conditions, notamment lorsque la concurrence sur le marché de la fourniture de services d'intermédiation en ligne est limitée, des obligations de parité restreintes peuvent permettre aux fournisseurs de services d'intermédiation en ligne de maintenir un prix plus élevé pour ces derniers, ce qui entraîne une augmentation des prix de détail des biens ou services intermédiaires sur tous les canaux de vente. Pour l'appréciation de ce type de restriction, les facteurs pertinents incluent la position du fournisseur imposant l'obligation de parité sur le marché, la taille relative des canaux de vente directs couverts par l'obligation, la substituabilité des canaux directs et indirects du point de vue des fournisseurs des biens et services et des utilisateurs finals, et le fait que les restrictions soient ou non imposées par de multiples fournisseurs de services d'intermédiation (effets cumulatifs).
- (347) En outre, dans certaines conditions, les obligations de parité sur le marché de détail relatives aux canaux de vente directs peuvent indirectement produire des effets restrictifs équivalents à ceux produits par les obligations de parité interplateformes sur le marché de détail. En principe, un acheteur de services d'intermédiation en ligne qui est soumis à une obligation de parité restreinte sur le marché de détail peut différencier ses offres sur l'ensemble des plateformes intermédiaires qu'il utilise («hébergement multiple»). Toutefois, pour ce faire, il doit offrir, sur ses canaux directs, des conditions qui ne sont pas plus favorables que celles qu'il offre sur la plateforme intermédiaire «la plus chère» avec laquelle il a conclu un accord de parité relatif aux canaux directs. En fonction de facteurs tels que la part des ventes réalisées via chaque canal, les coûts d'utilisation de chaque canal et l'élasticité de la demande des biens ou services intermédiaires sur l'ensemble des canaux de vente, les acheteurs et fournisseurs de services d'intermédiation en ligne peuvent n'être pas assez incités à accepter des compromis concernant le prix de ces services et les conditions auxquelles les biens ou services sont vendus par l'intermédiaire du service. Ce résultat est généralement plus probable lorsqu'une part importante des ventes est réalisée par l'intermédiaire du canal direct et lorsque les obligations de parité sur le marché de détail relatives aux canaux directs sont imposées par de multiples fournisseurs.
- (348) Les obligations de parité sur le marché de détail imposées par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne en ce qui concerne les canaux de vente directs peuvent produire des effets restrictifs non négligeables lorsque des acheteurs représentant une partie importante de la demande totale des services d'intermédiation en ligne sont soumis à de telles obligations ou à des obligations de parité interplateformes sur le marché de détail. Une appréciation similaire, faisant suite à une appréciation du retrait du règlement d'exemption, peut devoir être effectuée par la Commission ou une autorité nationale de concurrence, lorsque les parts de marché des fournisseurs concernés sont inférieures au seuil de 30 %.

### 8.2.5.3. Obligations de parité relatives à des conditions non liées au commerce de détail

- (349) Les obligations de parité imposées par des fournisseurs en amont de services d'intermédiation en ligne concernant les conditions auxquelles les biens ou services sont offerts aux entreprises qui ne sont pas des utilisateurs finals sont couvertes par l'exemption par catégorie. Ce type d'obligation est susceptible de décourager la concurrence entre les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne de la même manière que les obligations de parité, et, dès lors, les orientations fournies aux points 337 à 348 des présentes lignes directrices restent pertinentes. Cela vaut en particulier lorsqu'il n'y a aucune différence significative entre les prix ou les autres conditions auxquelles les biens ou services intermédiaires sont offerts en amont et au niveau du commerce de détail, comme cela peut être le cas lorsque l'intermédiation concerne des biens ou services finals<sup>(122)</sup>. Toutefois, pour l'appréciation de ce type d'obligation de parité, il est également nécessaire de tenir compte des conditions de concurrence en aval, c'est-à-dire entre les entreprises qui achètent les biens ou services intermédiaires.
- (350) En revanche, les obligations de parité relatives aux conditions auxquelles les biens ou services sont achetés en tant qu'intrants par des fabricants, des grossistes ou des détaillants n'affectent pas directement les conditions dans lesquelles ces entreprises se font concurrence en aval. Les orientations fournies pour l'appréciation des obligations de parité sur le marché de détail ont donc moins de chances d'être pertinentes. Le principal problème associé aux obligations de parité relatives aux conditions auxquelles les biens ou services sont achetés en tant qu'intrants est qu'elles risquent de réduire les incitations des fournisseurs d'intrants à se faire concurrence, ce qui entraînerait

<sup>(122)</sup> Dans certains cas, l'obligation de parité peut se référer à des conditions offertes à la fois en amont et au niveau du commerce de détail.

ainsi une augmentation des prix des intrants. Les facteurs pertinents pour cette appréciation incluent la taille relative et le pouvoir de marché du fournisseur et de l'acheteur qui sont convenus de l'obligation de parité, la part du marché en cause couverte par des obligations similaires et le coût de l'intrant en question par rapport aux coûts totaux de l'acheteur.

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

- (351) Lorsque les obligations de parité produisent des effets restrictifs sensibles, il y a lieu d'évaluer les éventuelles justifications fondées sur la recherche d'un gain d'efficacité au regard de l'article 101, paragraphe 3. La justification la plus courante pour l'utilisation de ces obligations par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne est la volonté de répondre à un problème de parasitisme. Par exemple, les fournisseurs peuvent ne pas être incités à investir dans le développement de leur plateforme, dans des services de prévention ou dans une promotion améliorant la demande si les bénéfices de tels investissements sur le plan de l'augmentation des ventes sont récoltés par des plateformes ou des canaux de vente directs concurrents capables d'offrir les mêmes biens ou services à des conditions plus favorables.
- (352) Les facteurs pertinents incluent le fait que les investissements réalisés par le fournisseur de services d'intermédiation en ligne procurent ou non des bénéfices objectifs, ou, autrement dit, le fait qu'ils apportent ou non une valeur ajoutée pour les consommateurs; le caractère avéré et important du risque de parasitisme, et le caractère indispensable d'une obligation de parité de ce type et de cette portée pour obtenir les bénéfices objectifs. Le niveau probable de parasitisme doit être suffisant pour avoir une incidence significative sur les incitations à investir dans le service d'intermédiation en ligne. Il est particulièrement important de disposer de preuves de la mesure dans laquelle les utilisateurs de services d'intermédiation ont recours à l'hébergement multiple, bien qu'il soit également nécessaire d'examiner si leur comportement est influencé par les effets des obligations de parité. Si le fournisseur des services d'intermédiation en ligne ou ses concurrents opèrent sur d'autres marchés comparables en utilisant des obligations de parité moins restrictives, ou aucune obligation de parité, cela peut indiquer que ces obligations ne sont pas indispensables. Lorsque la fourniture de services d'intermédiation en ligne est fortement concentrée et comporte d'importantes barrières à l'entrée, la nécessité de protéger la concurrence résiduelle peut l'emporter sur d'éventuels gains d'efficacité. Les autres justifications relatives aux bénéfices généraux apportés par les plateformes de transaction, tels que la mise en commun des dépenses promotionnelles des fournisseurs, l'amélioration de la transparence des prix ou une réduction des coûts de transaction, ne rempliront les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, que si le fournisseur des services d'intermédiation en ligne peut démontrer l'existence d'un lien de causalité direct entre le bénéfice allégué et l'utilisation de ce type spécifique d'obligation de parité.
- (353) En général, les obligations de parité sur le marché de détail relatives aux canaux de vente directs sont davantage susceptibles de remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. Cela est principalement dû au fait que leurs effets restrictifs sont habituellement moins graves que ceux des obligations de parité interplateformes sur le marché de détail et sont donc plus susceptibles d'être compensés par des gains d'efficacité. En outre, le risque de parasitisme par des fournisseurs de biens ou de services par l'intermédiaire de leurs canaux de vente directs pourrait être plus élevé, étant donné que ces fournisseurs touchent en général une marge unitaire plus élevée sur les ventes réalisées via leur canal direct que sur les ventes indirectes.

#### 8.2.6. *Redevances d'accès payables d'avance*

- (354) 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*») <sup>(123)</sup>, les redevances dites «de maintien» («*pay-to-stay fees*») <sup>(124)</sup>, les paiements pour avoir accès aux campagnes de promotion d'un distributeur, etc. La présente section donne des orientations pour l'appréciation des redevances d'accès payables d'avance dans les cas individuels où le seuil de part de marché établi à l'article 3 du règlement d'exemption est dépassé.
- (355) Les redevances d'accès payables d'avance peuvent parfois conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres distributeurs. Par exemple, une redevance élevée peut inciter un fournisseur à écouler une part importante de ses ventes par l'intermédiaire d'un seul distributeur ou d'un nombre limité de distributeurs afin de couvrir le coût de la redevance. Dans un tel cas, les redevances d'accès payables d'avance peuvent avoir le même effet de verrouillage en aval qu'une obligation de type fourniture exclusive. Pour apprécier la probabilité que ce type d'effet négatif se produise, les orientations relatives aux obligations de fourniture exclusive peuvent être appliquées par analogie (en particulier les points 305 à 310).

<sup>(123)</sup> Redevances fixes que les fabricants versent aux détaillants pour accéder à leurs rayonnages.

<sup>(124)</sup> Sommes forfaitaires versées pour prolonger la durée de présence d'un produit dans leurs rayonnages.

- (356) À titre exceptionnel, les redevances d'accès payables d'avance peuvent produire des effets d'éviction anticoncurrentielle en amont. Par exemple, si le distributeur bénéficie d'une solide position de négociation, ou lorsque l'utilisation de redevances d'accès payables d'avance est répandue, de tels paiements peuvent renforcer les barrières à l'entrée pour les fournisseurs de petite taille. Pour apprécier la probabilité que ce type d'effet négatif se produise, les orientations relatives aux obligations de monomarquisme peuvent être appliquées par analogie (en particulier les points 284 à 293 des présentes lignes directrices). L'appréciation doit également tenir compte du fait que le distributeur en question vende ou non des produits concurrents sous sa propre marque. Si c'est le cas, des problèmes horizontaux peuvent également se poser, avec pour conséquence que l'exemption par catégorie ne s'applique pas, conformément à l'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption (voir la section 4.4.3 des présentes lignes directrices).
- (357) Outre les effets de verrouillage 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.
- (358) 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. Lorsque des fournisseurs lancent de nouveaux produits, les distributeurs sont souvent moins bien informés que le fournisseur quant au potentiel de succès du nouveau produit, et, de ce fait, ils peuvent ne pas stocker la quantité optimale de produits. 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 à l'avance 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.
- (359) En outre, en raison de l'asymétrie des informations mentionnée au point précédent, 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 de lancement de nouveaux produits optimal.

#### 8.2.7. *Accords de gestion par catégorie*

- (360) 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. Les accords de gestion par catégorie sont couverts par l'exemption par catégorie lorsque ni la part de marché du capitaine de catégorie ni celle du distributeur ne dépassent 30 %, et pour autant qu'ils ne comportent pas de restrictions caractérisées, par exemple des restrictions de la capacité du distributeur de déterminer son prix de vente au sens de l'article 4, point a), du règlement d'exemption.
- (361) Dans la plupart des cas, les accords de gestion par catégorie ne soulèvent pas de problème au regard de l'article 101. Toutefois, ils peuvent parfois fausser la concurrence entre fournisseurs et conduire à une exclusion anticoncurrentielle des autres fournisseurs, lorsque le capitaine de catégorie est en mesure, en raison de son influence sur les décisions de commercialisation du distributeur, de limiter ou de gêner la distribution des produits de fournisseurs concurrents.
- (362) En général, les distributeurs n'ont pas intérêt à limiter leur choix de produits. Ils peuvent néanmoins être incités à exclure certains fournisseurs, en particulier lorsque les distributeurs vendent également des produits concurrents sous leur propre marque. Pour apprécier la probabilité d'un tel effet de verrouillage en amont, les orientations relatives aux obligations de monomarquisme peuvent être appliquées par analogie (en particulier les points 284 à 293 des présentes lignes directrices). En particulier, cette appréciation doit tenir compte, d'une part, de la couverture de marché des accords de gestion par catégorie et de l'éventuelle utilisation cumulative d'accords de ce type, et, d'autre part, de la position des fournisseurs concurrents et du distributeur sur le marché.

- (363) 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.
- (364) 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. Le règlement d'exemption ne couvre pas ces échanges d'informations directs entre concurrents; voir le point 83 des présentes lignes directrices.
- (365) 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. 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.

#### 8.2.8. Vente liée

- (366) 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<sup>(125)</sup>. Une vente liée peut également constituer une restriction verticale au sens de l'article 101 lorsqu'il en résulte une obligation du type monomarquisme (voir les points 281 à 302 des présentes lignes directrices) pour le produit lié. Seule cette dernière situation est couverte par les présentes lignes directrices.
- (367) 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<sup>(126)</sup>. 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<sup>(127)</sup>, ou encore des éléments indiquant que les entreprises ne jouissant que d'un pouvoir de marché limité, en particulier sur des marchés concurrentiels, ont tendance à ne pas 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.
- (368) Une vente liée peut avoir des effets de verrouillage anticoncurrentiels sur le marché lié, le marché liant, ou les deux marchés à la fois. L'effet de verrouillage 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 de verrouillage se manifestent sur le marché du produit lié est accrue. La vente liée peut affaiblir la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié, mais pas le produit liant. Si le nombre de clients achetant uniquement le produit lié n'est pas suffisant pour soutenir les concurrents du fournisseur sur le marché lié, la vente liée peut exposer ces clients à des prix plus élevés. Si le produit lié constitue un produit complémentaire important pour les acheteurs du produit liant, une diminution du nombre d'autres fournisseurs possibles pour le produit lié et, partant, la raréfaction de ce produit peuvent rendre l'entrée sur le seul marché liant plus difficile.

<sup>(125)</sup> Arrêt dans l'affaire C-333/94 P, Tetra Pak/Commission, ECLI:EU:C:1996:436, 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).

<sup>(126)</sup> Arrêt dans l'affaire T-201/04, Microsoft/Commission, ECLI:EU:T:2007:289, points 917, 921 et 922.

<sup>(127)</sup> Arrêt dans l'affaire T-30/89, Hilti/Commission, ECLI:EU:T:1991:70, point 67.

- (369) 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.
- (370) 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.
- (371) 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.
- (372) 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.
- (373) 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.
- (374) 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 14, h)]. 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.
-