

# 5

## L'application du droit communautaire des restrictions verticales aux accords de distribution commerciale

Nicolas PETIT<sup>1</sup>

### SOMMAIRE

Introduction

SECTION 1

Typologie des restrictions verticales 328

SECTION 2

Méthodologie d'analyse des restrictions verticales 340

SECTION 3

Problématiques récentes de droit des restrictions verticales 355

---

<sup>1</sup> Chargé de cours à l'U.Lg. et codirecteur de l'Institut d'Études juridiques européennes (www.iej.e.net) ; secrétaire exécutif du Global Competition Law Centre (G.C.L.C., College of Europe) ; collaborateur Howrey L.L.P.

## Introduction

« **La firme ou le marché** ». C'est par ces termes, que l'on attribue aux économistes Ronald Coase et Oliver Williamson, que se résume le choix auquel est confronté tout producteur entendant acheminer ses biens ou services vers le consommateur final<sup>2</sup>. S'il choisit « la firme », le producteur distribue lui-même ses produits au consommateur, en procédant à une intégration verticale en aval. On parle alors de distribution intégrée. S'il choisit le « marché », le producteur confie contractuellement cette mission à des agents spécialisés, dont il devient le « fournisseur ». On parle alors de distribution indépendante<sup>3</sup>.

**Notion d'accord vertical.** C'est ce dernier cas de figure qui va retenir notre intérêt. La convention organisant les relations entre le fournisseur et son distributeur – génériquement qualifiée d'« accord vertical » puisqu'elle scelle la coopération d'entreprises non concurrentes actives à des stades distincts de la chaîne de valeur<sup>4</sup> – intéresse de près le droit de la concurrence<sup>5</sup>.

**Restriction de concurrence « externe ».** Comme l'avait entrevu la Cour de justice des Communautés européennes (« C.J.C.E. ») dans son arrêt *Consten et Grundig* de 1966, il est en effet parfaitement concevable qu'un accord entre entreprises non concurrentes restreigne la concurrence entre l'une des parties et un agent économique tiers (on parle de concurrence « externe »)<sup>6</sup>.

2. Voir R. COASE, « The Nature of the Firm », *Economica*, vol. 4, 1937, p. 386 ; O. WILLIAMSON, *Market and Hierarchies : Analysis and antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975. Les économistes parlent parfois des stratégies de « hiérarchie » (la firme) et de « délégation » (le marché).
3. Le choix de l'un ou de l'autre mode de distribution varie de toute évidence au gré des secteurs, des époques et des préférences des entreprises. Que l'on songe un instant à la distribution d'ordinateurs personnels, traditionnellement organisée sur le modèle de la distribution indépendante, mais connaissant depuis une dizaine d'années une tendance croissante à l'intégration. De toute évidence, le producteur peut encore décider de combiner ces deux formes de distribution (on parle alors de « distribution duale »). Les recherches économiques menées sur la « théorie de la firme » ont permis d'isoler les principaux déterminants de ce choix. Selon R. Coase, « The Nature of the Firm », *supra*, le recours au mécanisme du marché (distribution indépendante) occasionne des coûts de transaction (ou de gouvernance) : recherche d'informations, coûts de négociation, problèmes d'exécution. Dans le mécanisme de l'intégration, en revanche, les entreprises évitent une partie de ces coûts puisqu'elles se trouvent dans une relation dite d'autorité. Cependant, leurs coûts de production augmentent. Il y a donc un arbitrage à faire entre les coûts de transaction et les coûts de production.
4. Les accords de distribution entre opérateurs situés au même niveau du processus de production constituent des accords horizontaux.
5. La distribution intégrée intéresse aussi le droit de la concurrence. Elle est appréciée dans le cadre des règles relatives au contrôle des opérations de concentration ou de l'abus de position dominante.
6. Voir C.J.C.E., 56 et 58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission*, 13 juillet 1966, *Rec.*, p. 429 : « Que la concurrence peut être faussée au sens de l'article [81], paragraphe 1, non seulement par des accords qui la limitent entre les parties, mais également par des accords qui empêchent ou restreignent la concurrence qui pourrait s'exercer entre l'une d'elles et les tiers ».

Que l'on songe un instant à la clause de non-concurrence qu'un fournisseur impose à l'un de ses distributeurs, afin de lui interdire de commercialiser les produits d'un fournisseur concurrent. En conséquence, l'article 81(1) T.C.E., dont l'applicabilité aux restrictions de concurrence interne, c'est-à-dire entre parties à un accord (un accord de cartel, par exemple), est évidente, doit aussi s'occuper des restrictions de concurrence externe<sup>7</sup>.

**L'« ancien » droit communautaire des accords de distribution commerciale.** La jurisprudence *Consten et Grundig* va rapidement essaimer. Un important corpus décisionnel et réglementaire régit pendant plusieurs décennies les relations verticales entre opérateurs économiques : des textes spécifiques sont adoptés dans le domaine de la distribution exclusive, de la franchise et de l'achat exclusif<sup>8</sup>. En substance, le droit communautaire s'intéresse principalement à la protection de la concurrence intra-marques (entre distributeurs d'un même produit/service). Sont interdites de nombreuses clauses qui limitent la concurrence entre points de vente d'un même produit/service (exclusivités territoriales, etc.).

**Fronde doctrinale.** À compter de 1997 cependant, la situation change. Les droits textuel et jurisprudentiel des accords verticaux font l'objet d'une véritable fronde doctrinale<sup>9</sup>. Les griefs de la doctrine sont simples. En état de relatif consensus – une fois n'est pas coutume –, la théorie économique suggère d'abord que les accords verticaux ont virtuellement autant d'effets pro-concurrentiels qu'anticoncurrentiels<sup>10</sup>. Les autorités de concurrence doivent donc uniquement s'intéresser aux cas réellement problématiques, c'est-à-dire ceux dans lesquels la concurrence inter-marques (entre biens ou services concurrents) est réellement limitée, de sorte que toute restriction supplémentaire de concurrence intra-marques apparaît problématique. On pense notamment aux marchés oligopolistiques étroits, sur lesquels la concurrence entre fournisseurs est faible. Un recentrage sur les situations dans lesquelles les parties – et spécialement les fournisseurs – détiennent un certain niveau de pouvoir de marché (c'est-à-dire le pouvoir d'influencer la concurrence sur le marché)

7. Des restrictions de concurrence externe peuvent aussi se produire dans le cadre d'accords horizontaux (par exemple un cartel horizontal de boycott collectif). Il faut encore noter qu'un accord vertical peut restreindre la concurrence interne (lorsque, par exemple, un distributeur renonce contractuellement à ne pas faire concurrence à son fournisseur sur le marché amont).

8. Voir, pour un aperçu de ces textes, F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER et A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, 2006, § 1.49 notamment.

9. Voir notamment B. E. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *Common Market Law Review*, vol. 35, 1995, p. 973.

10. Voir, sur ce point, J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1988, au chapitre IV.

semble dès lors nécessaire<sup>11</sup>. Or, le désintérêt du droit communautaire pour l'analyse économique conduit à interdire automatiquement des accords verticaux auxquels sont parties des entreprises qui, en tout état de cause, ne détiennent pas de pouvoir de marché (par exemple, de petites entreprises)<sup>12</sup>. Une approche au cas par cas (empruntant par exemple à la « règle de raison » américaine) faisant la part belle à une analyse concrète des effets anticoncurrentiels y serait préférable<sup>13</sup>.

Mais cela n'est pas tout. Le droit communautaire consacre à chaque grand type d'accord un texte réglementaire, prescrivant, avec force détails, les clauses autorisées (clauses blanches), interdites (clauses noires) et autorisables sous conditions (clauses grises). Légistiquement simple, cet ordonnancement conduit toutefois à un problème que la doctrine qualifiera d'« effet de corset » (*straitjacket effect*)<sup>14</sup>. Les textes réglementaires entraînent une uniformisation des structures de distribution dans la Communauté, résolument contraire à l'objectif de stimulation de la concurrence (qui peut aussi apparaître au stade de la mise en place d'un réseau de distribution). Les opérateurs reproduisent telles quelles les dispositions des Règlements dans leurs accords. Un recentrage des textes interdisant uniquement les quelques grandes catégories problématiques de restrictions verticales et laissant place à un régime de liberté pour le reste (plutôt que réglementant chaque type d'accord vertical) apparaît donc justifié.

**Distribution électronique.** À la fin des années 1990, aucun observateur ne parvient à dire si le commerce par Internet va se développer (les résistances des consommateurs apparaissent encore grandes)<sup>15</sup>. Son essor commande toutefois une révision du système de contrôle des accords de distribution indépendante.

**Carence.** En sus des critiques qui viennent d'être présentées, les Règlements applicables souffrent enfin d'une profonde carence. Ils ne portent que sur la revente de biens finals, et non sur la revente de biens et de services intermédiaires.

11. Les industries de réseaux, où s'exercent des monopoles ou oligopoles naturels, constituent typiquement des secteurs dans lesquels la concurrence inter-marques est limitée.
12. Ou à autoriser des restrictions sur des marchés où la concurrence inter-marques est extrêmement faible. Par petite entreprise, on entend une entreprise jouissant d'une petite position de marché.
13. Selon laquelle toute clause restrictive devrait être interdite, indépendamment de l'examen de ses effets.
14. Voir F. WIJCKMANS *et al.*, *supra*, § 1.50.
15. Voir V. KORAH et D. O'SULLIVAN, *Distribution Agreements under the E.C. Competition Rules*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2002, p. 8.

**L'« économisation » du droit des accords de distribution commerciale.** Sensible aux critiques de la doctrine, la Commission européenne (« la Commission ») décide en 1997 de mettre à l'étude une réforme du droit des accords verticaux<sup>16</sup>. Elle culmine en 1999 avec l'adoption d'un Règlement 2790/1999 d'exemption par catégorie (« le Règlement ») et de lignes directrices sur les restrictions verticales (« les lignes directrices »)<sup>17</sup>. Le régime juridique qui voit le jour est présenté comme une rupture avec l'approche jusqu'alors suivie en matière de restrictions verticales, mais aussi dans d'autres domaines. Son soubassement conceptuel est relativement simple. L'effet anti-concurrentiel de tout accord vertical dépendrait, sinon exclusivement, du moins principalement, du pouvoir de marché des parties à l'accord (et notamment de la part de marché du fournisseur, révélateur du degré de concurrence inter-marques). Dès lors, un régime commun à l'ensemble des accords de distribution – et centré sur l'analyse du pouvoir de marché des parties – serait justifié. Les nouveaux textes prévoient aussi qu'ils recouvrent la distribution par Internet<sup>18</sup>.

Techniquement, les choses sont en apparence tout aussi simples. Certes, au plus grand regret des praticiens du droit, les confortables listes de clauses noires, grises et blanches disparaissent<sup>19</sup>. Mais la Commission y substitue un régime *unique*, applicable à l'ensemble des accords verticaux<sup>20</sup>. Le système repose d'abord sur un mécanisme de filtrage, prévu par le Règlement : tout accord entre parties n'excédant pas un niveau prédéterminé de « parts de marché » et observant une liste – réduite – de clauses noires et de conditions est présumé bénéficier d'une exemption au sens de l'article 81(3) T.C.E. Au-delà des seuils de parts de marché, un examen approfondi, dit « examen individuel »<sup>21</sup>, s'impose à la lumière des principes énoncés dans les lignes directrices. C'est le grand soir de l'« approche économique », déjà expéri-

16. Voir F. WIJCKMANS *et al.*, *supra*, §§ 1.51 et suivants.

17. Voir Règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.C.E.*, L. 336, du 29 décembre 1999, pp. 21-25 ; Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O.C.E.*, C. 291, du 13 octobre 2000, pp. 1-44.

18. Voir lignes directrices, *supra*, § 51.

19. Nonobstant l'effet de simplification résultant de la disparition des nombreux textes applicables aux accords de distribution, les praticiens du droit traversent la réforme avec les plus grandes inquiétudes. C'est que les nouveaux textes empruntent abondamment au jargon nébuleux de l'économie industrielle (on parle désormais de « parts de marché », d'effets de « forclusion », d'« économies d'échelle », etc.).

20. En conséquence, un même accord de distribution pour des biens ou services distincts peut être, selon les cas, compatible ou incompatible avec le droit communautaire.

21. Voir lignes directrices, *supra*, § 61.

mentée aux États-Unis et qui consiste à examiner concrètement les effets des accords sur le marché<sup>22</sup>.

**Objet de l'étude.** À la lumière de ces propos introductifs, on comprend la perplexité des juristes confrontés à l'auto-évaluation d'un accord de distribution commerciale. L'objet de la présente étude est donc d'aider les praticiens à apprécier le risque concurrentiel émanant de la conclusion d'un accord de distribution commerciale. Puisque la matière est complexe et qu'elle recouvre une myriade de pratiques aux effets nuancés, il n'est pas possible de faire l'économie – sans mauvais jeu de mots – d'une présentation un tant soit peu conceptuelle. C'est pourquoi nous dressons d'abord une *typologie* des restrictions verticales contenues dans les accords de distribution commerciale, afin de brosser à grands traits les problématiques concurrentielles émanant de la conclusion de tels accords (I). Nous tentons ensuite de synthétiser la *méthodologie* d'examen des restrictions verticales en droit communautaire (II). Enfin, nous identifions quelques-unes des *problématiques récentes* auxquelles se trouve aujourd'hui confronté le droit des restrictions verticales (III).

## SECTION 1

### Typologie des restrictions verticales

#### A. Position du problème

**Le concept clef de restriction verticale.** Ayant épousé l'approche « économique » depuis maintenant une dizaine d'années, le droit communautaire de la concurrence semble se désintéresser des qualifications juridiques. Les accords de distribution commerciale soulèvent, quelle que soit leur forme, des problématiques communes du point de vue du droit de la concurrence. C'est pourquoi le droit communautaire issu du Règlement 2790/1999 et des lignes directrices ne fait plus de la forme d'un accord de distribution un élément pertinent d'analyse, mais s'intéresse aux « restrictions verticales », c'est-à-dire aux restrictions de concurrence présentes dans les « accords verticaux »<sup>23</sup>.

22. Voir lignes directrices, *supra*, § 7 : « Lorsqu'elle applique les règles de concurrence communautaires, la Commission adopte une approche économique fondée sur l'examen des effets produits sur le marché ». Voir aussi § 102 : « dans son appréciation des cas, la Commission appliquera l'article 81 aux restrictions verticales selon une approche économique ». Voir enfin § 229, où pour toutes les restrictions verticales non explicitement envisagées, la Commission déclare « porter l'accent sur l'effet sur le marché ».

23. L'accord vertical est défini à l'article 2(1) du Règlement 2790/1999, *supra*. Il s'agit d'« accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ».

**Les grandes familles de restrictions verticales.** Le droit communautaire de la concurrence s'intéresse principalement à quatre types de restrictions verticales. À la lumière de la théorie économique, les lignes directrices associent à chacune de ces restrictions des scénarii d'atteinte à la concurrence (*theories of competitive harm*), mais aussi des justifications objectives et des effets pro-concurrentiels particuliers.

## B. La famille des relations contractuelles exclusives

### 1. Notion

**Définition.** Dans une relation contractuelle exclusive, l'une des parties à la relation verticale abdique sa liberté de contracter avec des tiers. Dans sa déclinaison la plus radicale, il peut s'agir d'une clause de *monomarquisme* en vertu de laquelle l'acheteur n'achète pas, ne revend pas ou n'intègre pas dans ses produits des biens ou services concurrents<sup>24</sup>. Il peut aussi s'agir de formules contractuelles moins extrêmes : quotas d'achat, remises de fidélité, paiements en deux parties (un paiement forfaitaire puis un paiement à l'usage) ou pratiques de jumelage conditionnant la vente d'un produit à l'achat d'un autre.

**Exemples.** L'affaire *Van den Bergh Foods* en apporte un exemple pénétrant<sup>25</sup>. En l'espèce, une entreprise active sur le marché irlandais de l'achat « impulsif » de crèmes glacées avait gratuitement mis des congélateurs à disposition de ses distributeurs. Elle avait toutefois exigé contractuellement que ces derniers ne stockent pas d'autres marques de crèmes glacées dans lesdits congélateurs. Dans le même ordre d'idées, la clause « anglaise » (ou clause d'alignement)<sup>26</sup> peut dissuader les acheteurs de s'adresser à des fournisseurs concurrents<sup>26</sup>. Enfin, des mécanismes de quotas d'achat<sup>27</sup>, de remises de fidélité ou de pénalités en cas d'achat à des fournisseurs concurrents sont susceptibles de rigidifier les relations

24. L'idée est ici d'empêcher l'acheteur de se fournir en produits d'une autre marque. Voir lignes directrices, *supra*, § 138. L'achat exclusif aboutit à un résultat proche, mais, comme nous le verrons ultérieurement, répond à une définition sensiblement distincte. Voilà qui explique pourquoi la Commission évoque toutefois l'achat exclusif au titre des restrictions verticales appartenant à la famille de la distribution limitée. La notion d'obligation de non-concurrence paraît recouvrir à la fois le monomarquisme et l'achat exclusif. Voir nos propos *infra*, note 68.

25. Voir T.P.I.C.E., T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Commission*, 23 octobre 2003, *Rec.*, 1998, p. II-2641.

26. Voir lignes directrices, *supra*, § 152.

27. Les autorités traitent néanmoins les quotas d'achat avec plus de clémence que les engagements d'exclusivité. Voir notamment lignes directrices, *supra*, § 154.

fournisseur/acheteur, en encourageant l'acheteur à concentrer ses achats sur les biens ou services de son fournisseur habituel<sup>28</sup>.

**Précision.** Une relation contractuelle exclusive peut aussi apparaître dans un sens symétriquement inverse. C'est le cas de la relation de *fourniture exclusive*, en vertu de laquelle le fournisseur s'engage à vendre son produit/service à un acheteur unique à l'intérieur de la Communauté<sup>29</sup>.

## 2. Scénarii d'atteinte à la concurrence

On associe usuellement trois théories d'atteinte à la concurrence aux relations contractuelles exclusives<sup>30</sup>.

**Forclusion.** Tout d'abord, les contrats dits « exclusivisants » exercent des effets dits de *forclusion des concurrents*, en verrouillant l'accès de concurrents aux débouchés (dans le cas du monomarquisme ou de contrats à long terme, par exemple) ou aux intrants (dans le cas de la fourniture exclusive, par exemple). Confronté à un marché sur lequel l'ensemble des distributeurs ont souscrit à des obligations de monomarquisme, un nouveau fournisseur sera contraint d'établir, *ex novo*, son propre réseau de distribution<sup>31</sup>.

**Collusion.** Ensuite, les contrats exclusivisants occasionnent un risque accru de *collusion*, lorsque l'ensemble des concurrents sur le marché a recours à ce type de contrats<sup>32</sup>. La collusion, c'est une situation dans laquelle des firmes rivales s'entendent expressément ou tacitement pour aligner leur politique commerciale. Parce qu'ils rigidifient les parts de marché des fournisseurs, les contrats exclusivisants tiennent en échec toute déviation secrète du prix collusif par l'un des concurrents<sup>33</sup>.

28. Voir J. TIROLE, *supra*, p. 173, qui évoque la possibilité d'agir sur la durée des contrats ou sur les pénalités à payer en cas de violation du contrat. Certains économistes ont en effet démontré que des contrats avec pénalités peuvent entraîner un risque de forclusion et dissuader l'entrée.

29. Voir lignes directrices, *supra*, § 202. La fourniture exclusive est aussi analysée sous l'angle de la distribution limitée.

30. Voir lignes directrices, *supra*, § 107. Les lignes directrices y associent certes quatre scénarii, mais le dernier scénario est particulier au jumelage (l'acheteur soumis au jumelage paie un prix plus élevé pour le produit lié que celui qu'il acquitterait en son absence).

31. Ce qui est coûteux statiquement et dynamiquement (confiance des consommateurs et expérience). Cette théorie peut être perçue, dans sa version stratégique, comme une déclinaison de la célèbre théorie d'élévation des coûts des rivaux, développée par le Professeur Salop. Voir sur ce point, V. KORAH et D. O'SULLIVAN, *supra*, p. 19. Elle peut aussi être perçue comme un simple phénomène conduisant à l'installation de barrières à l'entrée. Voir J. TIROLE, *supra*.

32. Voir lignes directrices, *supra*, § 138.

33. Voir N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, 2007, aux chapitres I et IV.



**Compression de concurrence inter-marques.** Enfin, et de façon plus intuitive, le monomarquisme porte atteinte au bien-être du consommateur lorsque l'acheteur est un détaillant s'adressant à l'utilisateur final<sup>34</sup>. Le monomarquisme réduit en effet la diversité et, le cas échéant, la *concurrence inter-marques sur le point de vente*<sup>35</sup>.

### 3. Justifications objectives et effets pro-concurrentiels

**Théorie du passager clandestin (ou théorie du *free-riding*).** À la lumière de la théorie économique, les relations contractuelles exclusives trouvent quantité de justifications convaincantes<sup>36</sup>. La théorie du *passager clandestin* est sans doute la plus pertinente en l'espèce. Lorsqu'un producteur assure lui-même la promotion de son produit ou finance les investissements promotionnels de son distributeur, il crée une « externalité positive » au profit de ses concurrents. Le consommateur est attiré sur le point de vente grâce à ses efforts. Or, rien n'exclut que celui-ci finisse par acheter le produit concurrent. Afin d'éviter que les concurrents ne profitent, à la manière de passagers clandestins, de l'effort promotionnel du premier, le monomarquisme permet au producteur de s'octroyer en quelque sorte un droit de propriété sur son effort promotionnel<sup>37</sup>.

**Théorie du *hold-up*.** Dans le même ordre d'idées, la fourniture exclusive trouve une explication intéressante à l'aune d'une théorie, proche, dite du *hold-up*<sup>38</sup>. Imaginons qu'un distributeur pétrolier investisse dans la construction d'un oléoduc pour acheminer le pétrole de son fournisseur vers ses raffineries. En dehors de cette relation contractuelle, cet « investissement spécifique » n'a aucune valeur alternative. Il s'agit, comme le disent les économistes, d'un coût irrécupérable. Craignant que le fournisseur se livre à un comportement opportuniste à moyen terme – en cessant par exemple de l'approvisionner au profit de concurrents ou en élevant le prix d'approvision-

34. Voir lignes directrices, *supra*, § 138.

35. De plus, la disponibilité de produits concurrents sur un seul et même point de vente limite les coûts de recherche et d'information à charge des consommateurs finals.

36. Une clause de monomarquisme permet à un producteur soucieux que son distributeur concentre ses efforts sur la commercialisation de son produit de s'assurer que ce dernier n'est pas distrait par la distribution d'autres produits. En outre, un distributeur réalise des économies d'échelle lorsqu'il distribue un seul produit. Voir J. TIROLE, *supra*, p. 185.

37. Voir H. MARVEL, « Exclusive Dealing », *Journal of Law and Economics*, vol. 25, 1982, p. 1. En outre, cette théorie permet d'expliquer pourquoi un producteur ayant financé des investissements spécifiques (on pense aux congélateurs de l'affaire *Van den Bergh Foods*, *supra*) cherche à en protéger l'exclusivité (afin d'éviter que les concurrents en soient passagers clandestins).

38. Voir lignes directrices, *supra*, § 116(4).

nement –, le distributeur exige que lui soit reconnu une exclusivité contractuelle à long terme, précisant les quantités et un prix plafond<sup>39</sup>.

## C. La famille du contrôle des prix de revente

### 1. Notion

**Définition.** Pour diverses raisons, les fournisseurs imposent parfois – directement ou indirectement – un prix de revente à leurs distributeurs (on parle de « prix de revente imposés ou P.R.I. » ou *resale price maintenance*)<sup>40</sup>. Il peut s'agir d'un prix de revente fixe, minimal, maximal. En lieu d'un prix imposé, le prix est parfois simplement conseillé. Le cas échéant, le fournisseur peut chercher à en assurer l'effectivité en développant une politique d'incitation, consistant à verser des primes, rabais et autres avantages à ses distributeurs.

### 2. Scénarii d'atteinte à la concurrence

**Postulat.** Pour apprécier le risque concurrentiel créé par un système de prix de revente imposés, on postule généralement que le fournisseur impose un prix identique à l'ensemble de ses acheteurs.

**Collusion.** Les scénarii d'atteinte à la concurrence, associés aux pratiques de contrôle des prix de revente, relèvent principalement de la théorie économique de la collusion (justifiant, ce faisant, que leur soit appliqué un régime juridique particulièrement sévère)<sup>41</sup>. Un système de prix de revente *minimaux* ou *fixes*, supprimant toute concurrence au niveau de la distribution, n'est en rien différent d'une *collusion horizontale* sur les prix de revente, organisée par le fournisseur. Les lignes directrices semblent épouser cette opinion en déclarant que les prix de revente imposés réduisent, voire éliminent, la concurrence intra-marques<sup>42</sup>.

39. Il existe d'autres façons d'éviter ce risque, par exemple en mutualisant l'investissement dans le cadre d'une entreprise commune. Voir V. KORAH et D. O'SULLIVAN, *supra*, p. 32.

40. Un système de prix seuil ou de prix minimum a le même effet.

41. D'autres arguments proches sont parfois invoqués pour critiquer ces pratiques. Les prix de revente imposés réduiraient la pression pesant sur les distributeurs de minimiser les coûts, limitant les incitations de ces derniers à assurer des services de distribution efficaces. Voir V. KORAH et D. O'SULLIVAN, *supra*, p. 34.

42. Voir lignes directrices, *supra*, § 112. Qui plus est, un tel système exerce parfois un effet stabilisateur sur une collusion entre fournisseurs. Cela est d'abord vrai dans le cas de pratiques de collusion explicite. Le contrôle des prix de revente peut alors constituer une technique de mise en œuvre d'un cartel horizontal entre les fournisseurs sur le marché. Cela est encore vrai en cas de situation de collusion tacite. Les prix de revente imposés facilitent notamment la collusion tacite en améliorant la *détection* des déviations. Voir notamment B. JULLIEN et P. REY, « Resale Price

Ensuite, les systèmes de contrôle des prix de revente accroissent la transparence tarifaire et, ce faisant, renforcent les risques de *collusion tacite* sur les marchés concentrés<sup>43</sup>. Un système de *prix maxima* ou *conseillés*, dans lequel les revendeurs demeurent libres de choisir un prix inférieur ou différent, agit en effet comme un point focal de « convergence » autour duquel les *distributeurs* peuvent s'agglutiner<sup>44</sup>.

### 3. Justifications objectives et effets pro-concurrentiels

**Contexte doctrinal et jurisprudentiel international.** Depuis les recherches de L. Telser dans les années 1970 et les travaux de l'école de Chicago, les économistes de la concurrence semblent prêts à admettre que le contrôle des prix de revente trouve des justifications objectives, voire exerce des effets pro-concurrentiels<sup>45</sup>. Ces recherches, dont l'influence n'a toujours pas atteint les rivages de la Communauté, ont trouvé une consécration juridique dans un arrêt *Leegin* de la Cour suprême des États-Unis de juin 2007, qui soumet

---

Maintenance and Collusion », mimeo, University of Toulouse, 2002 ; M. MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004. Sur les marchés de biens de consommation, les oligopoleurs ne peuvent pas surveiller les prix de gros facturés par chacun aux distributeurs (en raison de la nature bilatérale des négociations). Ils doivent concentrer leurs activités de surveillance sur les prix de détail des distributeurs pour tenter de détecter une déviation. Cependant, les prix de détail sont affectés par les mouvements de la demande ou l'évolution des coûts du distributeur. Dans ces conditions, une baisse du prix de détail est susceptible de s'expliquer tant (i) par une déviation du producteur sur le marché de gros que (ii) par un ajustement, par le distributeur, du prix de détail en fonction de ses coûts ou de la demande. Lorsque les oligopoleurs pratiquent les prix de revente imposés, les distributeurs n'ont plus de discrétion sur le prix de détail. Une baisse du prix de détail ne peut alors s'expliquer que par une déviation du producteur.

43. Voir lignes directrices, *supra*, § 112. La formulation complexe (et intuitive) des scénarii d'atteinte à la concurrence dans les lignes directrices est cependant critiquable.
44. Voir lignes directrices, *supra*, § 112 : « Un prix maximal ou conseillé peut fonctionner comme un point de convergence pour les distributeurs, ce qui peut conduire à un niveau sous-optimal d'un tel niveau de prix. Plus de transparence sur les prix et sur l'origine des modifications de prix facilite la collusion horizontale entre fabricants ou entre distributeurs, du moins sur les marchés concentrés. La diminution de la concurrence intra-marques, en réduisant la pression à la baisse sur le prix du bien désigné, a indirectement pour effet d'affaiblir la concurrence inter-marques ». Voir aussi § 238 : « Dans un oligopole étroit, la pratique consistant à publier des prix maximaux ou conseillés est susceptible de faciliter les collusions entre les fournisseurs grâce à l'échange d'informations sur le meilleur niveau des prix et en rendant moins probable la réduction des prix de vente. La pratique qui consiste à imposer un prix de vente maximal ou à conseiller un prix de vente pourrait aussi être contraire à l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'elle produit de tels effets ». En d'autres termes, la Commission y voit une stratégie de révélation d'informations aux fournisseurs concurrents sur le niveau optimal de prix à atteindre.
45. Voir sur ces points, H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, 2<sup>nd</sup> Ed., St. Paul, Minnesota, West Group, 1999, §§ 11.3.a-11.3.c.

l'analyse des pratiques de contrôle des prix de revente à la règle de raison, déjà évoquée<sup>46</sup>.

**Rejet de principe.** Ces justifications, dont nous reparlerons, n'ont toujours pas trouvé grâce aux yeux des autorités communautaires de contrôle. Pour l'heure, prévaut en droit positif un régime d'interdiction *per se* des pratiques de prix de revente imposés<sup>47</sup>.

## D. La famille de la distribution limitée

### 1. Notion

**Définition.** Lorsqu'un fournisseur instaure un système de distribution limitée, il restreint le nombre de ses distributeurs, c'est-à-dire le nombre d'entreprises auxquelles il vend ses biens ou services<sup>48</sup>.

**Polymorphisme.** Pour ce faire, il peut procéder à une sélection de ses distributeurs. Le fournisseur crée un réseau auquel il n'est pas possible d'appartenir sans satisfaire un certain nombre de conditions<sup>49</sup>. On parle alors de « distribution sélective ».

Le fournisseur peut aussi limiter ses ventes à un seul acheteur au sein d'un territoire géographique ou commercial (une catégorie de clients) déterminé. On parle alors de « distribution exclusive » et « d'exclusivité de clientèle ».

Le fournisseur peut encore s'engager à ne vendre, sinon exclusivement, du moins essentiellement, qu'à *un seul* acheteur sur un marché donné. On parle alors de « fourniture exclusive » et de « quotas de livraisons »<sup>50</sup>. De tels systèmes constituent la forme la plus radicale de distribution limitée.

### 2. Scénarii d'atteinte à la concurrence

**Observations liminaires.** Les systèmes de distribution limitée sont susceptibles d'occasionner des restrictions de concurrence diverses, que l'on peut regrouper sous deux catégories<sup>51</sup>.

46. Voir U.S.C., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 127 S.Ct.2705 (2007).

47. À ce stade, leur examen est donc inutile.

48. Voir lignes directrices, *supra*, § 109.

49. Des conditions tenant au personnel, aux locaux, etc. Le fournisseur peut aussi imposer une redevance d'entrée (par exemple, dans les systèmes de franchise). Voir J. TIROLE, *supra*, p. 184.

50. Les lignes directrices évoquent encore les restrictions « à la vente de services après-vente, qui limitent les possibilités de vente du fournisseur de composant ». Voir lignes directrices, *supra*, § 109.

51. Voir lignes directrices, *supra*, § 110 évoquant trois scénarii, qui peuvent, selon nous, être analysés comme deux scénarii.

**Forclusion des intrants.** Le fournisseur qui met en place un système de distribution limitée exclut nécessairement certains acheteurs de son réseau de distribution. Les acheteurs non membres ne peuvent pas s'approvisionner auprès de lui. Il y a donc un risque de « verrouillage du marché des achats » ou, pour reprendre l'expression consacrée en économie industrielle, de forclusion des intrants (*input foreclosure*)<sup>52</sup>. Ce risque est particulièrement aigu dans la fourniture exclusive. Il est également présent dans la distribution sélective et dans la distribution exclusive.

**Collusion et monopolisation de la distribution.** En vertu d'un raisonnement relativement structuraliste, les lignes directrices estiment que puisque la distribution limitée restreint le nombre de distributeurs sur le marché, elle facilite la collusion de ces derniers<sup>53</sup>. Il est en effet plus simple pour des distributeurs de s'entendre – expressément ou tacitement – sur une politique commerciale commune dans le cadre d'un réseau de taille modeste<sup>54</sup>. À l'extrême, un système de territoires exclusifs ou d'exclusivités de clientèle conduit à l'allocation de monopoles « élimin[ant] totalement » la concurrence intra-marques<sup>55</sup>.

### 3. Justifications objectives et effets pro-concurrentiels

**Observations liminaires.** Le droit communautaire trouve de nombreuses justifications aux systèmes de distribution limitée. La plupart de ces justifications emprunte à un raisonnement incitatif issu de l'économie du droit de la concurrence. D'autres justifications, de nature plus intuitive, sont également reconnues.

**La théorie des incitations.** Pour inciter ses distributeurs à commercialiser efficacement ses produits, un fournisseur peut être conduit à leur octroyer un certain degré de protection contractuelle. L. Telser a théorisé, dans les années 1960, ce type de raisonnement en s'intéressant au service avant vente fourni par les distributeurs. Sur les marchés de biens durables et complexes (automobile, équipement informatique, stéréo, etc.), les distributeurs fournissent

52. *Ibid.*

53. Voir lignes directrices, *supra*, § 110.

54. La collusion des acheteurs en aval est facilitée car la compréhension des modalités de la coordination est plus simple; les activités de surveillance sont plus limitées et le risque d'entrée est réduit. (*Ibid.*) Selon les lignes directrices, il est encore possible que la collusion soit facilitée au niveau des fournisseurs, car la surveillance des déviations par chacun est plus simple si le nombre de points de vente est limité. Voir lignes directrices, *supra*, § 161. Ce risque est particulièrement net en cas de distribution exclusive multiple (§ 164), où plusieurs fournisseurs nomment le même distributeur pour un même territoire.

55. *Ibid.*

un service essentiel de conseil, démonstration, explication de la documentation, essai, etc.<sup>56</sup>. Tout distributeur prestant de tels services encourt cependant des coûts additionnels, qui se répercutent sur son prix de vente. Il s'expose, ce faisant, au risque que le consommateur sélectionne son produit sur son point de vente, puis rende visite à un autre distributeur ne prestant pas un tel service, mais offrent, le cas échéant, un prix plus attractif<sup>57</sup>. L'octroi d'une protection territoriale, d'une exclusivité de clientèle ou d'un engagement de fourniture exclusive permet de supprimer ce phénomène de « passager clandestin » et de maintenir l'incitation du distributeur à prester le service.

Par analogie, un même raisonnement incitatif trouve à s'appliquer lorsque le distributeur doit engager des « investissements de départ » sur un nouveau marché<sup>58</sup>, des « efforts promotionnels »<sup>59</sup> ou lorsqu'il jouit d'une certaine réputation de qualité sur le marché<sup>60</sup>.

**Économies d'échelle.** Certains systèmes de distribution limitée conduisent le fournisseur à réaliser des économies d'échelle, c'est-à-dire à réduire le coût moyen de chacune unité qu'il produit<sup>61</sup>. La fourniture exclusive en apporte la meilleure illustration. Ici, le fournisseur ne traite qu'avec un seul acheteur. Postulons que le fournisseur finance l'investissement en équipement de l'acheteur. Puisqu'il lui vend l'ensemble de ses quantités, la charge pécuniaire fixe que représente l'« investissement » peut être amortie (répartie) sur la totalité de sa production. Le coût moyen de chaque unité livrée est donc optimisé. Si le producteur traitait avec plusieurs acheteurs, il lui faudrait multiplier les investissements en équipement et la charge pécuniaire fixe de chaque investissement

56. Cette hypothèse de service avant la vente est reconnue dans les lignes directrices, *supra*, § 116(1).

57. Voir J. TIROLE, *supra*, p. 183.

58. Voir lignes directrices, *supra*, § 116(2), parlant de « l'ouverture ou la pénétration de nouveaux marchés ».

59. Voir lignes directrices, *supra*, § 116(1), parlant d'un « problème de parasitisme ». Il faut aussi noter que la rente ainsi octroyée permet de compenser les défaillances des marchés de capitaux qui, mal informés, refusent parfois de financer de tels investissements. Voir lignes directrices, *supra*, § 116(7).

60. Voir lignes directrices, *supra*, § 116(3), évoquant le « parasitisme de certification ». Pour assurer un lancement efficace de son produit, un fournisseur peut souhaiter s'adresser à certains distributeurs détenant une certaine réputation sur le marché. Cela sera par exemple le cas lorsque ces distributeurs sont connus pour commercialiser uniquement des produits de qualité. Il est possible, toutefois, que ces derniers refusent de commercialiser le produit d'un fabricant, craignant que le produit soit également distribué dans des points de vente concurrents dont l'image est moins prestigieuse (par exemple, dans des magasins *discounts*). Le fournisseur a tout intérêt à se prémunir d'un tel risque, s'il souhaite assurer un lancement efficace de son produit. Il a donc tout intérêt à reconnaître une certaine protection (exclusivité, par exemple) à ces distributeurs.

61. Voir lignes directrices, *supra*, § 116(5).

aurait été répercutée sur des quantités moins importantes. Le coût moyen de chaque unité livrée serait supérieur <sup>62</sup>.

**La théorie des coûts de transaction.** Lorsqu'un fournisseur densifie la taille de son réseau de distribution, il limite le nombre de ses interlocuteurs commerciaux. Ce faisant, il réduit les coûts de transaction (livraison, facturation, contrôle, négociations, etc.) liés aux activités de distribution <sup>63</sup>.

**Protection de la qualité.** Un fournisseur peut souhaiter qu'au stade de la distribution, le consommateur bénéficie d'un service uniforme et répondant à des critères de qualité spécifiques. Il s'agit par exemple de protéger l'image de sa marque, qui constitue un critère déterminant pour les ventes de son produit <sup>64</sup>. Ainsi s'explique en fait que les fournisseurs procèdent parfois à une sélection *ex ante* de leurs distributeurs (distribution sélective) ou qu'ils imposent contractuellement à leurs distributeurs le respect d'un cahier des charges lourd en termes de savoir-faire et d'image (franchise) <sup>65</sup>.

## E. La famille de la répartition de marchés

### 1. Notion

**Définition.** Un fournisseur répartissant les marchés limite les possibilités pour l'acheteur de choisir sa source d'approvisionnement ou le marché sur lequel il revend un produit/service déterminé <sup>66</sup>.

**Achat exclusif.** La première forme de répartition de marchés est l'achat exclusif <sup>67</sup>. L'acheteur s'approvisionne par exemple exclusivement auprès d'un fournisseur (on pense par exemple à un grossiste régional) pour ses besoins d'un produit déterminé et renonce à la possibilité de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs du même produit (on pense à d'autres grossistes établis dans d'autres régions) <sup>68</sup>.

62. Voir J. TIROLE, *supra*, p. 193.

63. Voir V. KORAH et D. O'SULLIVAN, *supra*, p. 37, rappelant que ce type de considérations était au cœur d'anciens Règlements depuis lors abolis.

64. Voir lignes directrices, *supra*, § 116(8).

65. Dans ce type de réseaux de distribution, il est fréquent d'interdire la revente hors réseau à des distributeurs non agréés.

66. Voir lignes directrices, *supra*, § 113. Ces systèmes territoriaux sont plus fréquents lorsque la partie avale est grossiste (par opposition à détaillant).

67. Voir, pour illustration, les affaires relatives aux clauses d'approvisionnement exclusif dans le secteur brassicole : C.J.C.E., C-23/67, *S.A. Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen*, 12 décembre 1967, *Rec.*, 1967, p. 525 ; C.J.C.E., C-234/89, *Delimitis*, 28 février 1991, *Rec.*, 1991, p. I-935.

68. En revanche, à la différence du monomarquisme, il conserve la possibilité d'acheter et de revendre des produits concurrents. Monomarquisme et achat exclusif sont usuellement regroupés sous la notion d'obligation de non-concurrence.

**Répartition territoriale de marchés.** Un système de répartition territoriale de marchés consiste, pour un fournisseur, à attribuer à chacun de ses acheteurs une zone territoriale de responsabilité principale pour la revente et à leur interdire de revendre ou de s'implanter hors de cette zone. On distingue usuellement les restrictions de « ventes actives » (l'acheteur se voit interdire de démarcher les clients situés hors de sa zone de chalandise) des restrictions de « ventes passives » (l'acheteur se voit interdire de satisfaire les commandes qu'il reçoit de clients situés hors de sa zone de chalandise).

La répartition peut aussi être fonctionnelle, c'est-à-dire qu'au lieu de territoires, des clientèles spécifiques sont attribuées aux divers acheteurs (clientèle professionnelle, clientèle privée, par exemple). Elle peut prendre des formes directes (clauses contractuelles prescrivant une interdiction de revente hors territoire/clientèle désignée) ou indirectes (mécanismes d'incitations). Ces systèmes s'accompagnent souvent de clauses de « distribution exclusive » et d'« exclusivité de clientèle », déjà rencontrées.

**Exemple.** Dans une affaire *Nintendo* de 2002, le fabricant de consoles de jeux Nintendo et ses distributeurs s'étaient entendus pour maintenir des écarts de prix artificiellement élevés dans l'Union européenne entre janvier 1991 et 1998<sup>69</sup>. Conformément aux accords conclus, chaque distributeur était tenu d'empêcher le commerce parallèle au départ de son territoire, c'est-à-dire les exportations d'un pays vers un autre par des canaux de distribution parallèles. Sous la houlette de Nintendo, les entreprises ont collaboré étroitement pour identifier l'origine de tout commerce parallèle. Les opérateurs qui autorisaient les exportations parallèles ont été sanctionnés par la réduction de leur approvisionnement ou par un boycott total. La Commission européenne a infligé une amende d'un montant total de 167,8 millions d'euros au producteur japonais de jeux vidéo Nintendo et à sept de ses distributeurs officiels en Europe pour s'être entendus en vue d'empêcher les exportations de pays à bas prix vers des pays à prix élevés. Les écarts de prix les plus marquants ont été relevés au début de 1996, lorsque certains produits Nintendo ont été jusqu'à 65 % moins chers au Royaume-Uni qu'aux Pays-Bas et en Allemagne.

## 2. Scénarii d'atteinte à la concurrence

**Monopolisation des structures de distribution.** Dans un système de répartition de marchés, chaque acheteur jouit en quelque sorte d'un monopole, ce qui élimine la concurrence intra-marques. Protégé de la concurrence d'autres

69. Voir décision de la Commission du 30 octobre 2002, *Video Games, Nintendo Distribution*, COMP/35.587, COMP/35.706 et COMP/36.321, J.O.C.E., L. 255/33, du 8 octobre 2003.



acheteurs, chaque acheteur du produit/service est libre de pratiquer la politique tarifaire de son choix<sup>70</sup>. Un système de répartition peut donc aboutir à l'apparition de politiques tarifaires différenciées (une discrimination par les prix) d'un(e) territoire/clientèle à un(e) autre<sup>71</sup>. De plus, lorsque les territoires épousent les frontières des États membres de la Communauté, ces systèmes tiennent en échec l'objectif d'intégration des marchés figurant dans le Traité C.E.

**Collusion.** Puisque les acheteurs sont restreints dans leur liberté de revente, toute politique agressive de déviation d'un équilibre collusif préalablement défini entre distributeurs est inutile, puisqu'elle n'entraîne pas de nouvelles ventes<sup>72</sup>. Si, par ailleurs, les relations se doublent de liens de distribution exclusive, chaque producteur se prive de la possibilité de vendre son produit aux distributeurs de ses concurrents situés dans la même zone de chalandise<sup>73</sup>. Il devient inutile de dévier d'un prix collusoire de fourniture car de nouvelles ventes auprès de points de vente concurrents sont impossibles. Enfin, la limitation du nombre de points de vente limite le champ des activités de surveillance de chacun des fournisseurs.

### 3. Justifications objectives et effets pro-concurrentiels

**Renvoi.** Lors de nos propos relatifs à la distribution limitée, nous avons souligné que des mécanismes de protection territoriale (distribution exclusive) pouvaient s'expliquer par la volonté d'inciter un acheteur à investir en services promotionnels, etc. Ces propos s'appliquent par analogie à la répartition de marchés, sous réserve, comme nous le verrons, que le système n'emporte pas une protection territoriale absolue<sup>74</sup>. En outre, ces systèmes ne sont pas toujours mis en place afin de satisfaire l'acheteur. Ils peuvent être instaurés par un fournisseur souhaitant éviter que ses distributeurs se livrent concurrence et, ce faisant, délaissent la qualité de leurs services pour se concentrer sur les prix<sup>75</sup>.

70. Avec pour limite la concurrence *inter-brand*, exercée par d'autres biens ou services.

71. Voir lignes directrices, *supra*, § 113.

72. Voir lignes directrices, *supra*, § 113.

73. Voir N. PETIT, *supra*.

74. Qui serait contraire à l'objectif communautaire d'intégration des marchés.

75. Si l'on suppose que plusieurs distributeurs d'un fournisseur peuvent entrer en concurrence, l'un des moyens de contrôle par le fournisseur est de diviser le marché final entre les distributeurs en répartissant des territoires de vente. Voir J. TIROLE, *supra*, p. 472.

## SECTION 2

**Méthodologie d'analyse des restrictions verticales**

**Risque juridique.** Qu'il s'agisse des amendes administratives colossales aujourd'hui infligées par les autorités de concurrence ou des actions en nullité et réparation introduites devant les juridictions nationales, le risque juridique lié à l'application de l'article 81 T.C.E. aux accords de distribution commerciale s'est considérablement amplifié. Il est donc crucial que les entreprises et leurs conseils procèdent à une auto-évaluation sérieuse – et régulière – de leurs accords de distribution commerciale au regard de l'article 81 T.C.E.<sup>76</sup>

**Méthodologie.** Le Règlement 2790/1999 d'exemption par catégorie et les lignes directrices sur les restrictions verticales suggèrent que « l'appréciation d'une restriction verticale comprend[ne] quatre étapes »<sup>77</sup>. À cette approche inutilement complexe – elle commande, en guise de préalable, de procéder à la délicate opération de délimitation du marché pertinent<sup>78</sup> –, nous pensons pouvoir substituer une méthodologie alternative plus simple et reposant sur une analyse en deux temps. Dans un premier temps, les entreprises procèdent au filtrage (*screening*) de leurs accords à la lumière de certaines présomptions de compatibilité et d'incompatibilité prévues par le Règlement et les lignes directrices (§ 1). Dans un deuxième temps, les accords ne relevant pas de ces présomptions sont soumis à un « examen individuel approfondi, qui commande la réalisation d'une enquête de marché à forte teneur économique » (§ 2).

**Précision.** Il est ici entendu que l'on se situe dans le champ d'application du Règlement et des lignes directrices. Nos propos concernent donc uniquement des accords verticaux au sens de l'article 2(1) du Règlement 2790/1999<sup>79</sup> et ne relevant pas de la catégorie des « vrais » contrats d'agence commerciale<sup>80</sup>. Nous

76. Pour les propos éclairants de deux juristes d'entreprise sur ce point, voir P. LUGAARD et J. HAANS, « Ten Points to Consider when Reviewing Regulation 2790/199 », *Global Competition Policy Online*, March 2009.

77. Voir lignes directrices, *supra*, § 120.

78. *Ibid.* : « Premièrement, les entreprises concernées doivent définir le marché en cause afin d'établir la part de marché du fournisseur ou de l'acheteur, en fonction de la restriction verticale considérée ».

79. Voir article 2(1) du Règlement, *supra*. Nous ne nous intéressons donc pas aux accords exclus du champ d'application du Règlement et des lignes directrices, c'est-à-dire (i) les accords entre entreprises concurrentes (sauf exception de l'article 2(4) du Règlement, relative aux accords verticaux non réciproques) ; (ii) les accords conclus dans le cadre d'une association de détaillants de biens (sauf exception de l'article 2(2), relative aux relations entre l'association et ses membres) ; (iii) les accords verticaux relevant de Règlements d'exemption par catégorie spécifique (voir article 2(5) du Règlement d'exemption), comme les accords de distribution automobile ; (iv) les accords comportant des baux et des contrats de location (voir lignes directrices, *supra*, § 25).

80. Voir lignes directrices, *supra*, §§ 13-15. Le « vrai » contrat d'agence ne peut tomber sous le coup de l'article 81(1) T.C.E. Le « faux » contrat d'agence tombe par contre sous l'empire de l'article 81. La frontière entre les deux types de contrats est tracée par référence au critère de

postulons également que l'accord affecte le commerce entre États membres, condition d'applicabilité du droit communautaire.

## A. Le filtrage des restrictions verticales

**Observations liminaires.** Pour répondre aux préoccupations des praticiens, qui s'étaient émus, en 1999, d'un risque de détérioration de la sécurité juridique, le droit positif recourt abondamment à la technique des présomptions<sup>81</sup>. Le système mis en place est relativement simple. Il repose de nouveau sur une évaluation séquentielle en deux temps. Tout accord de distribution commerciale doit d'abord être examiné à la lumière de la présomption irréfragable d'incompatibilité prévue à l'article 4 du Règlement d'exemption et dans les lignes directrices (1.). Les accords échappant à cette présomption d'incompatibilité – et eux seuls – sont susceptibles d'être compatibles avec l'article 81 T.C.E. Il faut donc vérifier s'ils remplissent les conditions prévues par le droit communautaire pour bénéficier d'une présomption de compatibilité (2.). Comme nous le verrons, seuls les accords échappant à ces présomptions de compatibilité doivent être soumis à un examen individuel approfondi.

### 1. La vérification de la présomption d'incompatibilité

**Présomption d'incompatibilité.** L'article 4 du Règlement recense une liste de cinq « restrictions caractérisées »<sup>82</sup> (on parle souvent de « clauses noires »), dont la présence au sein d'un accord exclut, *ipso jure*, l'application de l'exemption par catégorie pour l'intégralité de l'accord<sup>83</sup>. Et, puisque ces

---

l'imputabilité des risques financiers et commerciaux liés à l'exécution du contrat. Le vrai contrat d'agence est le contrat par lequel l'agent ne supporte aucun risque financier. À l'inverse, le faux contrat d'agence est celui imputant sur l'agent le risque financier et le risque de non-exécution des obligations contractuelles. Voir lignes directrices, *supra*, § 16. L'article 81(1) T.C.E. est applicable au contrat d'agence lorsque l'agent assume, notamment, un ou plusieurs des risques suivants : l'agent contribue aux coûts liés à la fourniture des biens ou des services (par exemple, les coûts de transport) ; l'agent investit dans des actions de promotion ; l'agent entretient à ses frais ou à ses risques un stock de produits visés au contrat ; l'agent crée ou exploite, à ses frais, un service après-vente ou de garantie ; l'agent réalise des investissements propres au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel ; l'agent assume vis-à-vis des tiers la responsabilité du fait des produits vendus ; l'agent assume la responsabilité de la non-exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission et sauf si sa responsabilité pour faute est engagée.

81. Voir F. WIJCKMANS *et al.*, *supra*, § 1.52.

82. Voir lignes directrices, *supra*, § 46.

83. Elles sont d'une telle gravité que l'illicéité de la clause en question affecte la validité de l'accord dans son ensemble, même si le seuil de part de marché dont nous reparlerons n'est pas dépassé. Voir lignes directrices, *supra*, §§ 46 et 66. Ces restrictions ne sont jamais séparables du reste de l'accord. Cela est important, car d'autres restrictions jugées incompatibles avec l'article 81(1) T.C.E. (et non couvertes par l'article 81(3) T.C.E.) au terme d'un examen individuel demeureront séparables de l'accord (ces restrictions sont mentionnées à l'article 5 du Règlement). Seules ces clauses seront incompatibles et le reste de l'accord survivra. Voir nos propos, *infra*.

restrictions sont particulièrement sérieuses, les lignes directrices indiquent que « l'exemption individuelle d'accords verticaux qui contiendraient de telles restrictions caractérisées est également improbable »<sup>84</sup>. En somme, ces restrictions qui ne peuvent être exemptées ni par catégorie, ni individuellement, sont en vérité présumées incompatibles au sens de l'article 81(1) T.C.E. Qui plus est, leur incompatibilité rejaillit sur l'ensemble de l'accord auquel elles appartiennent. On se trouve donc bien, en la matière, dans un régime d'interdiction *per se*.

**Les prix de revente imposés.** La première présomption d'incompatibilité vise les accords ayant pour objet « la restriction de l'acheteur de déterminer son prix de vente »<sup>85</sup>. Il s'agit des accords imposant à l'acheteur d'appliquer un prix (ou un niveau de prix) de vente fixe ou minimal<sup>86</sup>. En revanche, un prix (ou niveau de prix) de vente maximal<sup>87</sup> ou recommandé<sup>88</sup> ne constitue pas une restriction caractérisée, sous réserve de ne pas dissimuler un mécanisme indirect de fixation du prix de revente<sup>89</sup>. La présomption d'incompatibilité des prix de revente imposés s'étend aux mécanismes indirects de fixation des prix<sup>90</sup> (fixation de la marge de distribution<sup>91</sup>, accords subordonnant l'octroi d'une prime, de ristournes ou de remboursements de frais promotionnels au respect d'un niveau de prix conseillé, etc.)<sup>92</sup>.

84. Voir lignes directrices, *supra*, § 46.

85. Entendue comme la *capacité objective* de l'accord et non l'intention des parties. Voir article 4 a) du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 47.

86. Voir C.J.C.E., C-243/83, *S.A. Binon & Cie contre S.A. Agence et messageries de la presse*, 3 juillet 1985, *Rec.*, 1985, p. 2015 ; C.J.C.E., 107/82, *A.E.G./Telefunken v. Commission*, *Rec.*, 1983, p. 3151.

87. La Commission estime que l'obligation d'appliquer un prix de revente maximal, à savoir, en l'espèce, un coefficient multiplicateur du prix de vente pratiqué en France par Nathan sur les mêmes produits, n'est pas restrictive de concurrence en tant que telle : voir Décision de la Commission, COMP.F.1.36.516, 5 juillet 2000, *Nathan-Bricolux*, *J.O. L.* 54 du 23 février 2001, pp. 1-18, § 87.

88. Le T.P.I.C.E. a établi une différence entre la simple recommandation de prix et l'encadrement strict des prix de revente au détail : voir T.P.I.C.E., T-67/01, *JCB services c. commission*, 13 janvier 2004, *Rec.*, 2004, p. II-49. Voir arrêt de la Cour, C.J.C.E., 191/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, 28 janvier 1986, *Rec.*, 1986, p. 353, § 25.

89. Voir *supra*, note 82.

90. Voir, pour une illustration, relative à une clause prévoyant la possibilité pour une entreprise de s'occuper des termes d'annonces publicitaires des revendeurs concernant les prix de vente et d'interdire de telles annonces, C.J.C.E. 86/82, 21 février 1984, *Hasselblad c. Commission*, *Rec.*, 1984, p. 883.

91. Voir notamment la décision de la Commission du 16 juillet 2003, COMP/37.975, *Yamaha*, §§ 81-2 et 144, non publiée.

92. Et plus généralement : menaces, intimidations, sanctions, retards ou suspensions de livraisons, dissuadant l'acheteur de s'écarter d'un prix conseillé. Le dispositif d'interdiction s'étend, dans une certaine mesure, aux mécanismes qui permettent d'assurer la surveillance et la détection des distributeurs qui ne respectent pas le prix. L'existence de tels mécanismes permet en effet de soupçonner l'existence d'une pratique concertée verticale de fixation de prix. Il peut s'agir, par exemple,

### Restrictions des territoires sur lesquels (ou des clientèles auxquelles)

**l'acheteur peut vendre.** La deuxième présomption d'incompatibilité concerne les mesures restreignant la liberté d'un acheteur de vendre ses biens ou services sur certains territoires ou à certaines clientèles<sup>93</sup>. On se trouve ici, dans l'hypothèse de la « répartition de marchés », déjà rencontrée. Sont donc présumées incompatibles les obligations *directes* de ne pas vendre à certaines clientèles, de ne pas vendre sur certains territoires ou de renvoyer à d'autres distributeurs les demandes de clients<sup>94</sup>. À cela s'ajoutent les mesures *indirectes* prises par les fournisseurs et visant à dissuader un acheteur de revendre sur certains territoires ou à certains clients (refus de livraisons, refus de primes ou menaces de rupture de l'accord)<sup>95</sup>.

Le Règlement prévoit toutefois quatre exceptions à la présomption d'incompatibilité<sup>96</sup>. Un fournisseur est d'abord libre d'interdire à ses acheteurs de réaliser des « ventes actives » vers un territoire (ou une clientèle) concédé(e) exclusivement à un autre acheteur. Par « vente active », on entend le fait de prospecter des clients situés à l'intérieur du territoire exclusif (ou parmi la clientèle exclusive) d'un autre acheteur. En revanche, les restrictions aux « ventes passives » – c'est-à-dire les ventes en réponse à des demandes non sollicitées de clients situés sur le territoire exclusif (ou parmi la clientèle exclusive) d'un autre acheteur – demeurent couvertes par la présomption d'incompatibilité<sup>97</sup>. La restriction des ventes par Internet, qui sont perçues par la Commission comme des ventes passives et non actives, est donc également incompatible<sup>98</sup>.

Les trois autres exceptions n'appellent pas de commentaires particuliers. La restriction des ventes passives et actives est permise lorsqu'il s'agit (i) d'interdire à un acheteur opérant en qualité de grossiste de s'adresser aux utilisateurs finals ; (ii) d'interdire à un distributeur sélectif de vendre à des distributeurs non agréés établis dans un territoire où existe un distributeur sélectif

---

d'une obligation imposée à un distributeur de dénoncer ceux des autres distributeurs qui s'éloigneraient du prix standard (on parle en la matière de pratiques de facilitation ou de *plus factors*). Voir aussi, en matière d'agences, le cas particulier de l'interdiction, pour l'agent, de partager sa commission avec le client. Voir lignes directrices, *supra*, § 48, codifiant l'affaire *Vlaamse Reisbureau*, C.J.C.E., 311/85, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, 1<sup>er</sup> octobre 1987, *Rec.*, p. 3801.

93. Voir article 4(b) du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 49.

94. Voir lignes directrices, *supra*, § 49. La raison de l'incompatibilité est que les acheteurs doivent pouvoir vendre là où ils le souhaitent.

95. Voir, pour d'autres exemples, les lignes directrices, *supra*, § 49.

96. Voir article 4(b) du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 50. Ces exceptions ne signifient pas que les restrictions sont valables, mais qu'elles peuvent, si les conditions en sont remplies, bénéficier d'une exemption par catégorie.

97. Voir lignes directrices, *supra*, § 50. Voir *Video Games, Nintendo Distribution*, préc., § 331.

98. Voir lignes directrices, *supra*, § 51. Il en va de même pour les ventes par catalogue.

et (iii) de restreindre la capacité d'un acheteur de composants (par exemple, un fournisseur de pièces détachées) destinés à être incorporés dans un produit de revendre ces composants à des concurrents du fournisseur<sup>99</sup>.

**Restriction des ventes passives et actives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective.** La troisième présomption d'incompatibilité frappe les accords de distribution sélective dans lesquels le fournisseur restreint les territoires sur lesquels les distributeurs peuvent vendre aux utilisateurs finals (ou les clientèles auxquelles les distributeurs peuvent vendre)<sup>100</sup>. Le cumul d'une distribution sélective et de restrictions de ventes actives ou passives est donc proscrit. Il est en revanche erroné de considérer – comme on le lit parfois – que la distribution « exclusivo-sélective » est interdite. Le fournisseur est en effet libre de n'approvisionner qu'un seul distributeur sélectif sur un territoire donné<sup>101</sup>. Dans le même ordre d'idées, le fournisseur peut imposer au distributeur une clause de localisation, en lui imposant de vendre à partir d'un endroit déterminé<sup>102</sup>. Ce qui est incompatible, c'est de limiter la capacité d'un distributeur sélectif de procéder à des ventes passives ou actives auprès d'utilisateurs finals établis sur le territoire (ou appartenant à la clientèle) d'autres distributeurs sélectifs.

**Restriction des livraisons croisées entre distributeurs au sein d'un réseau de distribution sélective.** La quatrième présomption d'incompatibilité concerne encore la distribution sélective<sup>103</sup>. Les distributeurs sélectifs doivent demeurer libres de s'approvisionner en biens contractuels auprès des autres distributeurs du réseau. En conséquence, la distribution sélective ne peut pas être combinée avec d'autres restrictions verticales, comme une obligation d'achat exclusif au profit du fournisseur<sup>104</sup>. Pour rappel, l'achat exclusif comporte l'obligation de s'approvisionner exclusivement en biens contractuels auprès du fournisseur (et exclut tout approvisionnement auprès d'un autre distributeur).

99. Voir lignes directrices, *supra*, § 52.

100. Voir article 4(c) du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 53.

101. Voir lignes directrices, *supra*, § 53 : « La distribution sélective peut être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et les ventes passives ne soient nulle part limitées. Le fournisseur peut donc s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur ou un nombre limité de distributeurs sur un territoire donné ».

102. Voir lignes directrices, *supra*, § 54 : « dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux ».

103. Voir article 4(d) du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 55.

104. Voir lignes directrices, *supra*, § 55.

**Restriction de la capacité d'un fabricant de composants de vendre aux utilisateurs finals, réparateurs et prestataires de services indépendants.** La dernière présomption d'incompatibilité concerne les accords entre, d'une part, un fournisseur de composants et, d'autre part, un acheteur incorporant ces composants dans ses propres produits (équipementier)<sup>105</sup>. Elle repose sur un constat factuel : l'acheteur/équipementier cherche parfois à être le seul opérateur capable de prester des services de réparation et d'entretien<sup>106</sup>. Le droit communautaire, soucieux de stimuler la concurrence sur ces *after-markets*, répute donc incompatibles les accords empêchant ou restreignant la vente de composants, par le fabricant, à des utilisateurs finals, des réparateurs, ou des prestataires de services indépendants. L'incompatibilité s'étend aux restrictions indirectes, comme par exemple l'interdiction intimée au fabricant de fournir certaines informations techniques aux utilisateurs finals<sup>107</sup>.

**Conclusion.** Tout accord comportant l'une des cinq restrictions qui viennent d'être examinées est présumé incompatible au sens de l'article 81 T.C.E. et se trouve frappé de la nullité prévue à l'article 81(2) T.C.E. Il est donc inutile de s'intéresser au contexte économique de l'accord ou encore aux justifications objectives qui en motivent l'adoption.

## 2. La vérification de la présomption de compatibilité

**Observations liminaires.** Le droit communautaire prévoit trois zones de sécurité, à l'intérieur desquelles un accord est présumé compatible avec l'article 81 T.C.E. (sous réserve de ne prévoir aucune des restrictions caractérisées déjà évoquées).

### a) Les accords d'importance mineure

**La doctrine de *minimis*.** Depuis l'arrêt *Franz Völk contre S.P.R.L. Ets J. Vervaecke* de 1969, il est assez solidement acquis qu'« un accord échappe à la prohibition de l'article 85 (aujourd'hui 81) lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause »<sup>108</sup>. Dans le droit fil de cette jurisprudence, la Communication de la Commission de 2001 sur les accords d'importance

105. Voir lignes directrices, *supra*, § 56.

106. Il peut aussi chercher à empêcher, purement et simplement, la réparation/l'entretien de son produit.

107. Voir lignes directrices, *supra*, § 56. L'équipementier peut toutefois imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien de lui acheter les pièces détachées, et lui interdire de s'adresser directement au fabricant de composants.

108. Voir C.J.C.E., 5-69, *Franz Völk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, 9 juillet 1969, *Rec.*, 1969 p. 295, § 7.

mineure prévoit qu'un accord vertical (entre entreprises non concurrentes) dans lequel aucune des parties ne détient une part de marché supérieure à 15 % est présumé ne pas restreindre la concurrence de manière sensible <sup>109</sup>.

**Précisions.** Le jeu de la présomption est ici subordonné à l'absence de restrictions caractérisées expressément prévues par la Communication <sup>110</sup>. À l'examen, ces restrictions constituent un décalque des restrictions présumées incompatibles aux termes du Règlement d'exemption et des lignes directrices <sup>111</sup>. À ce stade de l'analyse, on peut donc considérer qu'un accord demeurant en deçà du seuil de 15 % bénéficie du mécanisme présomptif prévu par la Communication.

**Marché pertinent.** Le calcul de la part de marché du fournisseur (ou de l'acheteur) impose de délimiter préalablement le marché de produit et le marché géographique en cause <sup>112</sup>. Pour éclairer la signification de ces concepts, un exemple n'est pas superflu. Que l'on songe un instant aux relations entre Coca-Cola et ses acheteurs. Si l'on considère que Coca-Cola opère sur le marché de la vente en gros de boissons gazeuses, sa part de marché est certainement insignifiante. Elle s'élève en revanche considérablement si l'on considère que Coca-Cola opère sur le marché de la vente en gros de boissons gazeuses sucrées à goût de cola.

Le marché de produits en cause comprend en vérité l'ensemble des produits que les clients considèrent comme « substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés » <sup>113</sup>. Le marché géographique correspond « au territoire sur lequel les entreprises en cause sont engagées dans l'offre et la demande des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes » <sup>114</sup>. Pour mesurer l'étendue des marchés de produits et géographiques, on procède à une analyse de « substituabilité », qui consiste à simuler l'effet d'une hausse de prix constante de 5-10 % sur la demande du produit <sup>115</sup>. Si la demande se porte sur des produits/territoires voisins, il y a lieu

109. Voir Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (dite *de minimis*), J.O.C.E. C. 368, 22 décembre 2001, pp. 13-15, § 7 b.

110. Voir Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, *supra*, § 11 (2).

111. Voir F. WIJCKMANS *et al.*, *supra*, § 2.134.

112. Voir notamment lignes directrices, *supra*, § 90.

113. Voir Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, J.O.C.E., C. 372, du 9 décembre 1997, pp. 5-13, § 7.

114. *Idem*, § 8.

115. On parle en la matière de test du monopoleur hypothétique ou de S.S.N.I.P. test (pour *small but significant, non transitory increase in price*).



de considérer que ces produits/territoires voisins appartiennent au marché pertinent. Dans le domaine des relations verticales, on procède à cette simulation sur le marché de l'achat, c'est-à-dire sur le marché sur lequel le fournisseur vend ses biens ou services aux acheteurs<sup>116</sup>.

**Difficultés.** En apparence simple, la délimitation du marché pertinent n'a rien d'une science exacte. Pour reprendre notre exemple, comment peut-on dire, en toute certitude, que Coca-Cola opère sur le marché des boissons gazeuses sucrées plutôt que sur le marché des boissons gazeuses à goût de cola ? Et si, en la matière, les praticiens ont souvent pour habitude de s'intéresser aux précédents décisionnels<sup>117</sup>, de nombreux marchés n'ont toujours pas été soumis à la sagacité des autorités de contrôle (ou l'ont été, mais concernent des contextes économiques aujourd'hui désuets).

**Parts de marché.** À cela, il faut ajouter que le calcul de la part de marché du fournisseur (ou de l'acheteur) par les parties à un accord vertical relève souvent de la gageure. Selon le droit communautaire, la part de marché pertinente correspond au ratio entre (i) la valeur des ventes en biens ou services contractuels *réalisées par le fournisseur* et (ii) la valeur des ventes *totales* en biens ou services substituables (incluant les ventes du fournisseur)<sup>118</sup>. Mais, sauf à connaître la valeur des ventes des fournisseurs concurrents – ce qui ne manquerait pas d'éveiller les soupçons d'une autorité de concurrence –, comment un fournisseur peut-il précisément calculer sa part de marché<sup>119</sup> ?

**Extension.** De manière relativement confondante, les lignes directrices sur les restrictions verticales instaurent un écran de filtrage supplémentaire, reposant sur un instrument économique distinct. Lorsque l'indice I.H.H. d'un marché – c'est-à-dire la somme du carré des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché – est inférieur à 1000, il est possible de

116. Voir lignes directrices, *supra*, § 91.

117. Notamment dans le domaine du contrôle des concentrations.

118. Voir article 9 du Règlement, *supra*. En l'absence de données fiables sur la valeur des ventes, il est permis de s'appuyer sur des « estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes ». La part de marché doit être calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente. Voir article 9(2), a), du Règlement, *supra*. En cas de distribution duale de biens finals, c'est-à-dire que le fournisseur agit aussi comme un distributeur intégré vis-à-vis des acheteurs qu'il contrôle, les ventes à ces derniers sont prises en compte pour le calcul de la part de marché. Voir article 9(2), b), du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 99.

119. Voir, par analogie, P.-M. LOUIS, « Le nouveau règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie : une modernisation et une simplification », (2004) 3-4 *Cahiers de droit européen*, 377, pp. 385 et 403.

présumer que des « restrictions verticales, autres que caractérisées, n'auront pas d'effets négatifs sensibles sur la concurrence »<sup>120</sup>.

b) Les accords entre petites et moyennes entreprises (P.M.E.)

**Small is beautiful.** Les lignes directrices expriment une certaine clémence à l'endroit des P.M.E. Elles disposent que les accords verticaux entre P.M.E. sont « rarement de nature à restreindre (...) sensiblement la concurrence au sens de l'article 81(1) T.C.E. et ne relèvent donc pas, d'une manière générale, de cette disposition »<sup>121</sup>. Quand bien même de tels accords relèveraient de l'article 81(1) T.C.E., « la Commission s'abstient normalement d'ouvrir la procédure en raison de l'absence d'intérêt communautaire suffisant », à moins que ces entreprises détiennent une position dominante dans une partie substantielle du marché commun<sup>122</sup>.

c) Le mécanisme de l'exemption automatique

**Présentation.** La principale innovation du Règlement 2790/1999 est d'avoir instauré une présomption de compatibilité avec l'article 81 T.C.E.<sup>123</sup>, reposant sur un mécanisme d'exemption automatique des accords verticaux respectant certains seuils de parts de marché<sup>124</sup>. L'exemption prévue à l'article 81(3) T.C.E. s'applique automatiquement :

- « (...) à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels. »
- « Dans le cas d'accords verticaux contenant des obligations de fourniture exclusive, l'exemption (...) s'applique à condition que la part du marché

120. Voir lignes directrices, *supra*, § 119. I.H.H. est le sigle d'Indice Herfindahl-Hirschmann. Voir A. O. HIRSCHMAN, *National Power and Structure of Foreign Trade*, Berkeley, University of California Press, 1945 ; O. C. HERFINDAHL, *Concentration in the Steel Industry*, New York, Columbia University, 1950. Ce nouvel écran de filtrage repose sur l'idée que sur un marché sur lequel l'I.H.H. est inférieur à 1 000, la concurrence inter-marques apparaît suffisante pour considérer qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer les règles de concurrence.

121. Voir lignes directrices, *supra*, § 11.

122. *Ibid.*

123. Voir lignes directrices, *supra*, § 21, évoquant une « présomption de légalité ».

124. Techniquement, le Règlement s'appuie sur l'article 81(3) T.C.E. pour déclarer l'article 81(1) T.C.E. inapplicable (l'article 2 du Règlement, *supra*, rappelle en effet que le constat d'inapplicabilité de l'article 81(1) T.C.E. trouve son origine dans l'application de l'article 81(3) T.C.E.). Ce qu'il faut bien comprendre ici, c'est que le Règlement *présume* que les conditions d'exemption de l'article 81(3) T.C.E. sont satisfaites. Le considérant 8 du préambule du Règlement déclare ainsi que les accords respectant les seuils de parts de marché « ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels »<sup>125</sup>.

Les accords verticaux conclus entre un fournisseur détenant une part de marché inférieure à 30 % et ses acheteurs sont donc présumés compatibles avec l'article 81(3) T.C.E. Si l'accord établit une relation de fourniture exclusive dans laquelle le fournisseur n'approvisionne qu'un seul acheteur dans la Communauté, la part de marché de l'acheteur doit être prise en considération.

**Commentaire.** Les seuils de parts de marché ont souvent été critiqués – sans doute abusivement – pour avoir consacré la domination de l'économie sur le droit. Dix ans après leur adoption, les critiques se sont atténuées. Dans l'ensemble, les praticiens du droit paraissent apprécier la « zone de sécurité » délimitée par le Règlement<sup>126</sup>. En revanche, la praticabilité du système demeure douteuse. À cet égard, nos commentaires relatifs aux difficultés de délimitation des marchés ou de calcul des parts de marché s'appliquent *mutatis mutandis*<sup>127</sup>. Dans un domaine, le droit des accords de distribution commerciale, où les entreprises concernées sont souvent de petites entités économiques sans connaissance technique du droit de la concurrence, il est permis de s'interroger si les sujets de droit sont en mesure de procéder aux complexes exercices d'économie industrielle prescrits par la réglementation communautaire.

**Conditions.** Tout accord ne contenant aucune restriction caractérisée et respectant les seuils de parts de marché est présumé compatible avec l'article 81 T.C.E. Les parties peuvent donc organiser leurs relations verticales en toute liberté. Le temps de l'effet de corset, évoqué lors de notre introduction, est donc bel et bien révolu.

Pour autant, la liberté contractuelle des parties n'est pas totale. L'article 5 du Règlement prévoit en effet des conditions spécifiques pour trois types de restrictions verticales. Si ces conditions ne sont pas respectées, la restriction en cause – et elle seule – est exclue du bénéfice de l'exemption automatique. La restriction doit alors faire l'objet d'un examen individuel approfondi. Le reste de l'accord demeure en revanche couvert par la présomption de compatibilité<sup>128</sup>.

125. En cas de dépassement de l'ordre de 5 % à l'issue de l'examen initial de l'accord, des règles sont prévues par l'article 9 pour laisser survivre provisoirement le bénéfice de l'exemption. Si le dépassement est inférieur à 35 %, alors l'accord peut encore bénéficier de l'exemption pour une durée de deux ans. Si le dépassement est supérieur à 35 %, l'accord ne peut en bénéficier que pour une durée d'un an.

126. L'expression « zone de sécurité » est empruntée aux lignes directrices, *supra*, §§ 21-22.

127. On pourrait aussi spéculer sur le risque qu'un fournisseur voulant introduire des restrictions aux dépens de l'acheteur communique sciemment à ce dernier des informations sous-estimant sa part de marché.

128. Les clauses en question sont dites séparables de l'accord. Elles perdent, seules, le bénéfice de l'exemption. Voir lignes directrices, *supra*, § 67.

La première condition concerne les « obligation[s] directe[s] et indirecte[s] de non-concurrence »<sup>129</sup>. Il s'agit, en vérité, des clauses de monomarkuisme et obligations d'achat exclusif<sup>130</sup>. L'exemption automatique s'applique uniquement aux obligations de non-concurrence d'une durée inférieure ou égale à 5 ans<sup>131</sup>. Toute clause de durée indéterminée ou supérieure à 5 ans, ou tacitement renouvelable au-delà d'une période de 5 ans, est évincée du bénéfice de l'exemption automatique<sup>132</sup>.

La deuxième condition concerne les clauses « interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord vertical, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou services »<sup>133</sup>. Ainsi définie, la condition paraît appréhender les clauses visant à empêcher que l'acheteur poursuive, à l'issue de l'accord, une activité économique<sup>134</sup>. Ces clauses sont de toute évidence exclues du bénéfice de l'exemption automatique. Le Règlement y apporte toutefois une exception. Il est possible d'interdire à l'acheteur de produire, acquérir ou commercialiser des biens ou services concurrents à ceux du fournisseur à l'issue de l'accord, sous réserve que cette interdiction soit (i) indispensable pour protéger un savoir faire transmis par le fournisseur à l'acheteur ; (ii) limitée au point de vente à partir duquel l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat et (iii) limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord. En réalité, l'exception concerne principalement les accords de franchise, dans lesquels le franchiseur transfère d'importants secrets professionnels au franchisé.

La troisième condition exclut du bénéfice de l'exemption automatique les clauses qui imposent « aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre certaines marques de fournisseurs concurrents déterminés »<sup>135</sup>. Le Règlement cherche à éviter que des fournisseurs utilisant les mêmes points

---

129. Voir article 1(a) du Règlement, *supra* : « toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en bien ou services contractuels ».

130. *Ibid.*

131. Soit que sa durée ne dépasse pas cinq ans, soit que son renouvellement au-delà de 5 ans suppose le consentement exprès des deux parties.

132. Le Règlement prévoit une dérogation à la durée maximale de 5 ans lorsque les biens ou les services contractuels sont vendus à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire. Aussi longtemps que l'acheteur occupe les locaux, l'obligation de non-concurrence est justifiée. Voir article 5(a) du Règlement, *supra*.

133. Voir article 5(b) du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 60.

134. Voir lignes directrices, *supra*, § 60.

135. Voir article 5(c) du Règlement, *supra* et lignes directrices, *supra*, § 61.

de vente de distribution sélective n'empêchent un ou plusieurs concurrents déterminés d'écouler leur produit par les mêmes points de vente. En revanche, le Règlement d'exemption couvre la distribution sélective accompagnée d'une obligation de non-concurrence interdisant de revendre des marques concurrentes d'une manière générale. En somme donc, les fournisseurs opérant dans le cadre d'un système de distribution sélective ne peuvent organiser le boycott sélectif de certains fournisseurs concurrents<sup>136</sup>.

**Retrait du bénéfice de l'exemption automatique par la Commission.** Dans des circonstances exceptionnelles, la Commission dispose – par décision – du pouvoir de retirer le bénéfice de l'exemption automatique à un accord remplissant pourtant les conditions<sup>137</sup>. Cela ne signifie nullement que l'accord est incompatible, mais plutôt que la Commission entend en faire un examen individuel approfondi, dans le cadre d'une procédure classique d'infraction à l'article 81 T.C.E.<sup>138</sup>. La procédure de retrait est envisageable lorsqu'un accord remplissant les conditions du Règlement d'exemption produit des effets restrictifs au sens de l'article 81(1) T.C.E. et ne remplit pas les conditions d'application de l'article 81(3) T.C.E. Autrement dit, lorsque l'application du Règlement conduit à l'apparition d'une erreur dite de type II (la validation de comportements attentatoires au bien-être du consommateur), la Commission peut intervenir. Un tel cas de figure se présente « en particulier lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet verrouillé en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou acheteurs concurrents »<sup>139</sup>. Le mécanisme de retrait appelle à la vigilance les parties à un accord automatiquement exempté. Il n'est donc pas

136. Voir lignes directrices, *supra*, § 61.

137. Voir article 6 du Règlement, *supra*. Cette possibilité est fondée sur l'article 7 du Règlement 17/65, aujourd'hui remplacé par l'article 29(1) du Règlement 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, *J.O.C.E.*, L. 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

138. La Commission a fait un usage parcimonieux de cette procédure. Sous l'empire des anciens textes, voir Décision de la Commission, IV/34.072, *Langnese-Iglo GmbH*, 23 décembre 1992, *J.O.C.E.*, L. 183, du 26 juillet 1993, p. 19 ; Décision de la Commission, IV/31.533 et IV/34.072, *Schöller Lebensmittel GmbH/Co. KG*, 23 décembre 1992, *J.O.C.E.*, L. 183, du 26 juillet 1993, p. 1.

139. *Ibid.* Ce cas de figure n'est qu'un exemple. Voir F. WIJCKMANS *et al.*, *supra*, § 9.08. On peut prendre pour exemple un marché sur lequel 4 producteurs concurrents réalisent chacun une part de marché de 25 % et imposent à leurs distributeurs une clause de monomarquisme identique. Dans de telles conditions, l'effet cumulatif de chaque réseau d'accord entraîne un verrouillage du marché pour les nouveaux entrants. Pourtant, un examen standard au crible du Règlement aurait permis de conclure à sa validité, car (i) les seuils étaient respectés et (ii) le monomarquisme ne constitue pas en tant que tel une clause noire.

inutile de dépasser la simple analyse présomptive pour s'intéresser aux effets concrets de l'accord.

**Retrait du bénéfice de l'exemption par les autorités nationales de concurrence.** Les autorités nationales de concurrence disposent également du pouvoir de retirer le bénéfice de l'exemption automatique, lorsqu'un accord produit au sein d'un État membre des effets incompatibles avec l'article 81(3) T.C.E.<sup>140</sup>. Il faut dans cette hypothèse que l'État membre en question ait toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct<sup>141</sup>.

**Déclaration réglementaire d'inapplicabilité.** La Commission jouit, enfin, du pouvoir de déclarer le Règlement 2790/1999 inapplicable, par voie de Règlement, à certains marchés sur lesquels « des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause »<sup>142</sup>.

## B. L'analyse individuelle approfondie des restrictions verticales

### 1. Observation liminaire

**Champ d'application.** Les accords ou restrictions ayant transpercé les écrans de filtrage précédemment évoqués doivent être soumis à une analyse individuelle approfondie. Il s'agit (i) des accords verticaux dans lesquels la part de marché du fournisseur (ou de l'acheteur en cas de fourniture exclusive) excède 30 %, ou (ii) des restrictions introduites dans des accords couverts par les seuils, mais ne répondant pas aux conditions de l'article 5 du Règlement.

**Droit applicable.** Les lignes directrices sur les restrictions verticales consignent les principes d'analyse individuelle approfondie des accords verticaux. Les critères qui y sont prévus doivent être appliqués de façon casuistique, et non mécanique<sup>143</sup>.

### 2. Méthodologie

Toute analyse individuelle sérieuse d'un accord passe d'abord par la caractérisation d'une restriction de concurrence au sens de l'article 81(1) T.C.E. (a)), puis par l'examen des conditions d'exemption au sens de l'article 81(3) T.C.E. (b)). Pour les besoins de la présente étude, nous procédons à un court exercice de juridique fiction, à partir de l'examen d'une

140. Voir article 7 du Règlement, *supra*. Voir aussi article 29(2) du Règlement 1/2003, *supra*.

141. Voir lignes directrices, *supra*, § 77. Mais ici encore, la Commission conserve la possibilité d'intervenir si l'affaire revêt un intérêt particulier, par exemple en raison de sa nouveauté.

142. Voir article 8 du Règlement, *supra*.

143. Voir considérant 3 du Préambule des lignes directrices, *supra*.

clause de monomarkisme d'une durée de 3 ans, introduite par un fournisseur contrôlant près de 40 % du marché pertinent.

a) La caractérisation d'une restriction de concurrence

**Sélection des scénarii d'atteinte à la concurrence.** Comme nous l'avons déjà vu, toutes les restrictions verticales n'exercent pas des effets similaires sur la concurrence. La théorie économique associe en effet à chaque type de restrictions verticales des scénarii spécifiques d'atteinte à la concurrence. Un préalable à toute auto-évaluation sérieuse consiste donc à « baliser » le champ d'analyse en sélectionnant les scénarii pertinents d'atteinte à la concurrence.

Si l'on se cantonne à l'exemple du monomarkisme, les lignes directrices évoquent un risque (i) de *forclusion*, en cas de verrouillage de l'accès de concurrents aux débouchés<sup>144</sup> ; (ii) de *collusion*, en cas d'utilisation cumulative par des fournisseurs concurrents et (iii) de *restriction de la concurrence inter-marques* sur le point de vente, lorsque l'acheteur s'adresse au consommateur final<sup>145</sup>. Imaginons que, pour les besoins du présent exemple, aucune des deux dernières hypothèses de fait ne soit pertinente. L'analyse individuelle doit s'intéresser au premier scénario d'atteinte à la concurrence, à savoir le risque de *forclusion*.

**Vérification des scénarii d'atteinte à la concurrence.** Une fois le champ d'analyse cadré, il faut tester la plausibilité du scénario d'atteinte à la concurrence à la lumière des caractéristiques du marché. Au sujet des risques de *forclusion* engendrés par le monomarkisme, les lignes directrices suggèrent d'examiner « la position du fournisseur », « l'étendue et la durée de l'obligation de non-concurrence », la « position occupée par ses concurrents », les « barrières à l'entrée », la « capacité à faire contrepoids » et le « stade du commerce » concerné<sup>146</sup>.

Les lignes directrices indiquent que « l'étendue et la durée » de l'obligation de non-concurrence sont importantes<sup>147</sup>. Elles prévoient qu'une obligation de monomarkisme n'excédant pas une durée d'un an ne donne pas lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles. Si la durée de l'obligation est comprise entre 2 et 5 ans, une mise en balance de ses effets pro- et anticoncurrentiels est nécessaire.

144. Voir lignes directrices, *supra*, § 107.

145. Voir lignes directrices, *supra*, § 138.

146. Ces divers paramètres empruntent à une liste plus générale de 8 paramètres, qui doivent être, selon la Commission, passés en revue dans l'analyse de toute restriction verticale. Voir lignes directrices, *supra*, § 121 : « position du fournisseur », « position des concurrents », « position de l'acheteur », « barrières à l'entrée », « maturité du marché », « stade du commerce », « nature du produit » et « autres facteurs ».

147. Voir lignes directrices, *supra*, § 141.

Dans le cadre de l'examen de la « position du fournisseur », les lignes directrices insistent encore sur l'examen de la « part de marché liée » à l'obligation contractuelle de monomarquisme<sup>148</sup>. De quoi s'agit-il ? Puisque le monomarquisme verrouille les débouchés, c'est-à-dire les points de vente auxquels peuvent s'adresser les distributeurs concurrents pour accéder aux clients en aval, il importe de savoir si le(s) point(s) de vente concrètement verrouillé(s) constitue(nt) un chemin d'accès important vers les consommateurs. Supposons, par exemple, que le fournisseur ait uniquement imposé l'obligation de monomarquisme à un client ne représentant qu'un dixième de ses ventes. Alors, la part de marché liée est relativement limitée (4 % du marché pertinent) et il est peu probable que l'accord soit restrictif de concurrence. Si, en revanche, l'obligation pèse sur un client représentant la moitié des ventes du fournisseur, la part de marché liée est plus importante (20 % du marché pertinent). L'effet restrictif de l'accord est donc plus sérieux.

Au total, l'examen des paramètres ci-dessus évoqués doit *in fine* aboutir à la constitution d'un faisceau d'indices suggérant un risque sérieux de restriction de concurrence, ou au contraire, permettant de conclure à son absence.

b) Le bénéfice d'une exemption individuelle

**Sélection des justifications objectives et gains d'efficacité.** Lorsque le risque d'effets anticoncurrentiels apparaît sérieux, se pose la question d'une exemption individuelle en vertu de l'article 81(3) T.C.E.<sup>149</sup>. Comme nous l'avons déjà vu, les restrictions verticales trouvent diverses justifications objectives et permettent de réaliser un certain nombre de gains d'efficacité. Les entreprises doivent s'interroger sur la question de savoir si leurs accords trouvent des justifications ou génèrent des effets proconcurrentiels reconnus par le droit communautaire. Pour chaque catégorie de restrictions verticales, les lignes directrices énoncent les justifications objectives et les effets proconcurrentiels admissibles.

En matière de monomarquisme, les lignes directrices reconnaissent la nécessité de se protéger contre les phénomènes de passager clandestin. Un fournisseur qui a financé un lourd effort promotionnel peut chercher à se prémunir contre le fait que ses concurrents « parasitent » son investissement<sup>150</sup>. Dans le même ordre d'idées, dans le cas d'un investissement du

148. *Ibid.*

149. Sous réserve que le fournisseur ne détienne pas une position dominante. Voir lignes directrices, *supra*, § 153.

150. Voir lignes directrices, *supra*, §§ 116(1) et 153.



fournisseur propre à une relation contractuelle (par exemple, la livraison d'un équipement particulier de démonstration), une obligation de monomarkisme s'étendant sur la période d'amortissement de l'investissement est susceptible de remplir les conditions d'application de l'article 81(3) T.C.E. <sup>151</sup>.

**Vérification des justifications objectives et gains d'efficacité.** À de rares exceptions près, les lignes directrices n'apportent que peu d'indications sur le niveau de sophistication requis dans l'évaluation des justifications objectives et des gains d'efficacité <sup>152</sup>. Il nous semble qu'en la matière, la plus grande prudence s'impose aux parties. Les autorités de contrôle sont souvent réticentes à reconnaître l'existence de gains d'efficacité, spécialement quand les éléments de preuve avancés proviennent des parties à l'accord. Cela est d'autant plus vrai que les justifications objectives sous-tendant les restrictions verticales reposent en grande partie sur des conjectures comportementales, qui confinent au jugement de valeur. Comment dire, en vérité, si l'entreprise à l'origine d'une obligation de monomarkisme n'a pas surréagi au risque de parasitisme (ou n'a pas sous-estimé la qualité des produits concurrents) ? Il importe donc de procéder à une évaluation sérieuse et objective des gains d'efficacité et d'en conserver la preuve, dans l'hypothèse où s'ouvrirait, à un stade ultérieur, une procédure administrative ou juridictionnelle.

### SECTION 3

## Problématiques récentes de droit des restrictions verticales

**Observations liminaires.** Dix ans après leur adoption, les textes applicables aux accords de distribution commerciale occupent de nouveau l'actualité du droit de la concurrence. Le Règlement 2790/1999 expire le 31 mai 2010 <sup>153</sup>. La Commission réfléchit donc à l'opportunité d'amender le droit positif (§ 1). Parallèlement, la Commission s'interroge sur la question de savoir si le droit positif régit adéquatement la distribution par Internet, qui a connu un développement colossal au cours de la dernière décennie (§ 2).

### A. Faut-il amender le droit positif des restrictions verticales ?

**Observations liminaires.** Au terme de notre (trop rapide) parcours du droit des restrictions verticales, nous croyons pouvoir identifier deux domaines

151. Voir lignes directrices, *supra*, § 155.

152. Voir, dans le même sens, P. LUGAARD et J. HAANS, *supra*, p. 14.

153. Voir article 13 du Règlement, *supra*.

dans lesquels la question d'une modification du droit positif doit être mise à l'ordre du jour<sup>154</sup>.

### 1. Les seuils de parts de marché

**Praticabilité juridique.** Il est permis de douter que le principe de la « zone de sécurité », prétendument plébiscité par les praticiens et repris depuis lors dans de nombreux textes de droit positif, soit aussi praticable qu'on le dit. Dans le système d'auto-évaluation du Règlement 1/2003<sup>155</sup>, est-il en effet réaliste de considérer que les entreprises et leurs conseils sont équipés pour procéder aux délicates opérations de délimitation des marchés pertinents ou de calcul des parts de marché prévues par le Règlement ?

**Efficacité économique.** Plus fondamentalement, on peut se demander si, dans une perspective économique, les seuils de parts de marché constituent un instrument efficace de filtrage des accords verticaux. Si l'on y regarde de près, les seuils de parts de marché abritent un raisonnement éminemment structuraliste, recourant lourdement aux enseignements de l'école d'Harvard (que l'on songe, un court instant, à la corrélation trompeuse entre parts de marché et pouvoir de marché), dont la doctrine – mais aussi la Commission – a acté, dans d'autres domaines, les limites<sup>156</sup>. Sur un marché de produits différenciés (les économistes parlent de concurrence monopolistique), des parts de marché inférieures à 30 % ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un pouvoir significatif de marché. Dans un sens inverse, d'autres observateurs ont récemment suggéré que, à près de 30 %, on se situait à proximité du seuil de la position dominante de l'article 82 T.C.E.<sup>157</sup>. On peut dès lors se demander si le seuil de 30 % apporte toujours une valeur ajoutée. Les restrictions verticales

154. Nous ne nous intéressons pas aux problèmes d'incohérence entre les textes applicables aux restrictions verticales et les autres textes de droit communautaire. Pour ne prendre qu'un seul exemple, les lignes directrices nous disent, au § 135, que l'application de la quatrième condition de l'article 81(3) T.C.E. serait « liée » à l'existence d'une position dominante ». Or, les lignes directrices sur l'application de l'article 81(3) T.C.E. indiquent que nonobstant l'existence d'une position dominante, une exemption en vertu de l'article 81(3) T.C.E. est possible. Voir lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, *J.O.U.E.*, C. 101/97, du 27 avril 2004, § 106.

155. Voir D. WAELBROECK, « Quel est le rôle des autorités de concurrence et des juridictions nationales en matière de restrictions verticale ? », in *J.-F. BELLIS, Concurrence en droit, belge et européen*, Larcier, 2009, pp. 127 à 135-137.

156. Voir, pour une illustration de ce structuralisme, le considérant 4 du préambule du Règlement, *supra*, qui indique que l'évaluation individuelle « exige la prise en compte de plusieurs facteurs, en particulier la structure de marché du côté de l'offre et de la demande ». Un même biais structuraliste affleure les lignes directrices, *supra*, et notamment la *checklist* de paramètres énoncée au § 121. Pour rappel, une méthode similaire d'analyse *checklist* avait été lourdement critiquée lors de la révision, en 2004, du droit des concentrations entre entreprises. Voir N. PETIT, *supra*, chapitre III.

157. Voir D. WAELBROECK, *supra*.

pourraient être traitées individuellement au-dessus du seuil de dominance et présumées compatibles en deçà.

**Erreur de perspective.** À l'examen, la règle d'*allocation* des seuils de parts de marché apparaît particulièrement fallacieuse. Expliquons-nous. Le Règlement indique ainsi qu'il faut prendre en compte la part de marché du *fournisseur* pour atteindre des conclusions sur le risque concurrentiel généré par un accord. Pourtant, si l'on prend l'exemple du monomarquisme, qui occasionne un risque de forclusion des débouchés, la part de marché du fournisseur ne donne pas la moindre indication sur le risque de verrouillage des points de vente. Seul un calcul de la part de marché, en aval, des points de vente, permettrait de déterminer si les débouchés liés à l'obligation de monomarquisme constituent des débouchés importants pour les concurrents. Symétriquement, le Règlement indique qu'il faut prendre en compte la part de marché de l'*acheteur* pour atteindre des conclusions sur le risque concurrentiel généré par un accord de fourniture exclusive. Pourtant, dans le cas de la fourniture exclusive, qui occasionne un risque de forclusion des approvisionnements pour les acheteurs concurrents, la part de marché de l'acheteur ne donne aucune indication sur le risque de verrouillage des intrants. Seul un calcul de la part de marché, en amont, du fournisseur permettrait de savoir si son intrant est essentiel pour les distributeurs concurrents. Certes, la règle d'allocation des seuils prévue par le Règlement ne vise pas uniquement à évaluer les risques de forclusion<sup>158</sup>. Mais, dans les deux cas de figure susvisés au moins, la règle formule une prédiction erronée<sup>159</sup>. Voici sans doute une motivation supplémentaire pour remettre les seuils de parts de marché sur le métier.

## 2. L'incompatibilité per se des prix de revente imposés

**Divergences transatlantiques.** Jusqu'à présent, le droit communautaire applique un régime d'interdiction *per se* aux prix de revente imposés<sup>160</sup>. Toutefois, cette interdiction rigide fait, depuis près de deux ans, l'objet de nombreuses contestations doctrinales<sup>161</sup>, suite à l'arrêt *Leegin* de la Cour suprême

158. Elle s'intéresse surtout à mesurer l'intensité de la concurrence inter-marques et recouvre d'autres scénarii d'atteinte à la concurrence, comme la collusion.

159. Qui plus est, les lignes directrices déclarent que si le fournisseur détient une position dominante, toute obligation de non-concurrence sera en principe incompatible avec l'article 81(3) T.C.E., ce qui n'est pas totalement justifié. Tout dépend, ici encore, de la part que représentent les acheteurs liés dans l'accès des concurrents aux débouchés. Voir lignes directrices, *supra*, § 141.

160. Les gains d'efficacité et les justifications objectives aux systèmes de prix de revente imposés pouvant éventuellement, mais pas nécessairement, être pris en considération au stade de la sanction.

161. Voir F. ALESE, « Unmasking the Masquerade of Vertical Price Fixing », *E.C.L.R.*, vol. 28, Issue 9 ; M. KNEEPKENS « Resale Price Maintenance : Economics Call for a More Balanced Approach », *E.C.L.R.*, vol. 28, Issue 12.

des États-Unis. Un économiste de la Commission a ainsi suggéré qu'une politique s'éloignant de l'interdiction *per se* prévue à l'article 4(a) du Règlement 2790/1999 pourrait être judicieuse<sup>162</sup>. Et la Commission, lors d'une table ronde organisée par l'O.C.D.E. en 2008, s'est dite prête à étudier toutes les options, dans le cadre du réexamen du droit des restrictions verticales<sup>163</sup>.

**Débat.** Dans ce contexte, un débat sur le maintien de l'incompatibilité *per se* des prix de revente imposés mérite de s'ouvrir. Au soutien d'une approche plus nuancée, inspirée de la règle de raison américaine, on trouve l'ensemble des justifications objectives identifiées par l'école de Chicago<sup>164</sup>. À son encontre, on se bornera à relever que les prix de revente imposés conduisent, au sein des réseaux de revendeurs, à un résultat identique à une cartellisation horizontale de la distribution. L'interdiction des prix de revente imposés est donc en parfaite adéquation avec le primat octroyé à la lutte contre les collusions horizontales.

162. Voir V. VEROUDEN, « Vertical Agreements : Motivation and Impact », in *3 Issues of Competition law and Policies*, 1813 (ABA Section of Antitrust law 2008).

163. En indiquant notamment que les textes de 1999 ne reflétaient plus nécessairement l'état actuel de ses réflexions. La Commission a toutefois exprimé ses doutes sur les gains d'efficacité prétendument réalisés par la pratique des prix de revente imposés. Voir O.C.D.E., *Table ronde sur les prix de revente imposés*, Paris (France), O.E.C.D. Competition Committee, 21-23 octobre 2008.

164. Les auteurs de l'école de Chicago avancent traditionnellement cinq justifications aux prix de revente imposés : premièrement, les fournisseurs cherchent à se prémunir contre le risque que les distributeurs s'engagent dans des spirales concurrentielles de baisses de prix et négligent la qualité du service qu'ils fournissent pour comprimer les coûts. Sur ce point, les auteurs de Chicago reconnaissent que le contrôle des prix de revente élimine la concurrence tarifaire. Mais, ce faisant, de tels systèmes déplacent et intensifient la concurrence vers d'autres paramètres, dont l'importance est tout aussi cruciale que les prix. Deuxièmement, les fournisseurs cherchent parfois à protéger l'image de marque de leurs produits (industries du luxe) contre le risque de vente à prix cassés. Troisièmement, les fournisseurs font appel aux prix de revente imposés pour augmenter la densité de leur réseau de distribution. La densité (c'est-à-dire la mise en place d'un nombre important de points de vente) étant coûteuse, les coûts sont compensés par la fixation de prix minima, garantissant une marge suffisante aux distributeurs, faute de quoi ceux-ci ne s'engageraient pas à distribuer un produit à défaut de couverture territoriale suffisamment étendue. Quatrièmement, les prix de revente imposés sont un moyen, pour un nouvel entrant, de convaincre un distributeur de commercialiser son produit, en compensant les risques d'investissement de ce dernier. Cinquièmement enfin, les prix de revente imposés permettent de garantir des marges importantes aux distributeurs et ainsi de se prémunir contre le risque que ceux-ci aient une attitude désinvolte dans la distribution du produit, voire cherchent à interrompre son écoulement. Voir, sur ces points, H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, *supra*, §§11.3.a-11.3.c. À cela, il faut encore ajouter que sur certains marchés, où fournisseur et distributeur jouissent chacun d'un pouvoir de marché, il est possible qu'à deux reprises, des marges *supra*-concurrentielles soient prélevées. On parle usuellement de « double marginalisation ». Le fournisseur, souhaitant protéger sa marge à la vente, mais également éviter une réduction des quantités écoulées à la revente, peut contrôler la marge de son distributeur en fixant son prix en aval. Voir J. TIROLE, *supra*, p. 174.

## B. La problématique de la distribution par Internet

**Contexte.** Le développement sans précédent de la distribution par Internet (on parle souvent de commerce en ligne) au cours de la dernière décennie constitue aujourd'hui le principal sujet de débat dans le cadre du réexamen du Règlement et des lignes directrices<sup>165</sup>.

**Distribution sélective contre commerce en ligne.** Les discussions se concentrent d'abord sur la distribution sélective. Certains observateurs estiment que le Règlement et les lignes directrices prévoient en la matière un régime excessivement libéral, qui permettrait aux fournisseurs de restreindre la distribution par Internet de leurs biens ou services (en excluant de leur réseau les revendeurs en ligne et/ou en restreignant la possibilité pour leurs revendeurs d'effectuer des ventes en ligne)<sup>166</sup>. Il faut dire qu'en deçà du seuil de 30 %, toutes les restrictions sont permises (à l'exception des deux restrictions caractérisées déjà évoquées). D'autres estiment en revanche que la distribution sélective – et les restrictions du commerce en ligne qui s'ensuivent – est justifiée par le risque que les opérateurs Internet deviennent les passagers clandestins des réseaux de distribution physique (ou *free-riding*).

Une fois n'est pas coutume, un saut technologique déclenche un conflit de grande ampleur sur le partage du revenu au sein d'un secteur économique. Et, comme si l'histoire se répétait d'un secteur à un autre, les nouveaux « business-modèles » – les grands opérateurs en ligne comme eBay – revendiquent une part plus grande de la richesse, tandis que les opérateurs historiques – les firmes dites *brick and mortar* s'appuyant sur des systèmes de distribution sélective – militent pour le *statu quo*<sup>167</sup>. eBay a notamment suggéré une révision radicale

165. La commissaire à la Concurrence a instauré, l'année passée, une « table ronde » chargée de réfléchir à l'avenir du commerce en ligne. Plusieurs directions générales de la Commission s'intéressent par ailleurs à la question du commerce en ligne.

166. Voir K. MAHLSTEIN, « Vertical Restraints and Competition Policy – Internet Sales, a New Dimension to be Considered », *Global Competition Policy Online*, March 2009. Les restrictions imposées par les fournisseurs sont diverses : interdiction de mise en place d'un site Internet de vente ; autorisation de vente en ligne conditionnée à l'observation d'un prix recommandé ; instauration d'un plafond maximum de chiffre d'affaires pour les ventes réalisées par Internet ; limitation du nombre d'unités vendues par Internet à chaque client, etc. Voir S. KINSELLA et H. MELIN, « Who's Afraid of the Internet ? Time to Put Consumer Interests at the Heart of Competition », *Global Competition Policy Online*, March 2009.

167. Il s'agit essentiellement d'entreprises commercialisant des produits à haute valeur ajoutée, des produits de « marque » (*branded products*) ou des produits de luxe. Voir, pour un bon résumé, A. FONT GALARZA et C. GISSLER, « Selective Distribution of Branded and Luxury Products and the Conjunction of Online and Offline Commerce in the Light of the European Commission's Revision of the Vertical Restraints Regime », *Global Competition Policy Online*, March 2009.

du cadre réglementaire applicable à la distribution en ligne<sup>168</sup>. Il s'agirait, en deux mots, d'introduire une nouvelle restriction caractérisée dans un article 4(f), qui ciblerait toute « restriction de la capacité de l'acheteur, ou de l'un de ses clients, de vendre des biens ou services par Internet »<sup>169</sup>. eBay présente – selon nous à tort – la mesure comme un mécanisme d'exclusion du bénéfice de l'exemption automatique pour la clause concernée<sup>170</sup>. En vérité, une telle modification législative déclencherait l'application de la présomption d'incompatibilité des restrictions concernées à toute clause limitant à la revente par Internet.

**Ventes passives ou actives.** Les discussions portent aussi sur l'opportunité de modifications plus ponctuelles du Règlement et des lignes directrices. Le domaine de la distribution exclusive en apporte un bon exemple. Pour rappel, les lignes directrices prévoient que les ventes par Internet constituent des ventes passives<sup>171</sup>. Les ventes par Internet vers un territoire (ou une clientèle) concédé(e) exclusivement à un autre acheteur ne peuvent donc pas être restreintes par un fournisseur, au risque de tomber sous le coup de la présomption d'incompatibilité de l'article 4 du Règlement. Il semble pourtant inexact de considérer que les ventes par Internet constituent des opérations passives. Nombre d'opérateurs de sites de commerce en ligne comptent en effet sur l'ubiquité (passive) de leur plate-forme pour projeter activement leurs produits ou services vers des territoires (ou clientèles) concédé(e)s à d'autres acheteurs. Puisque, sur Internet, distributeurs et consommateurs n'ont pas une attitude aussi passive que le laisse entendre la définition des lignes directrices<sup>172</sup>, ne faut-il pas plutôt considérer les ventes par Internet comme des ventes actives (susceptibles, le cas échéant, d'être restreintes par les fournisseurs) ?

## Conclusion

Précurseur de l'approche économique en droit de la concurrence, le droit des restrictions verticales en est aujourd'hui le doyen. Et si, comme nous l'avons vu, une remise à neuf de certains instruments économiques et juridiques du Règlement et des lignes directrices apparaît justifiée, la réforme qui se dessine ne devrait pas déboucher sur d'importantes modifications.

168. Voir eBay, *Empowering Consumers by Promoting Access to the 21<sup>st</sup> Century Market*, A Call for Action.

169. *Ibid.*, p. 34.

170. Qui serait donc comparable aux conditions de l'article 5.

171. Voir lignes directrices, *supra*, § 51. Pour autant que le site Internet ne soit pas « clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'une clientèle exclusivement concédé à un autre distributeur ».

172. Voir A. FONT GALARZA et C. GISSLER, *supra*, p. 7.

En revanche, une adaptation des textes dans le domaine du droit de la distribution par Internet paraît plus probable. Il est toutefois permis de se demander si, en la matière, il y a priorité à agir. En effet, contrairement aux prétentions des opérateurs en ligne, les règles issues des textes de 1999 n'ont pas empêché l'émergence, en quelques années, de puissants opérateurs sur le segment de la distribution par Internet. En vérité, distribution physique et distribution en ligne semblent agir (aux yeux des consommateurs) comme des compléments, et non comme des circuits concurrents<sup>173</sup>. Au seuil d'un débat qui s'annonce déjà particulièrement animé, ce constat devrait appeler l'ensemble des parties prenantes à la modération.

---

173. C'est l'un des enseignements de la théorie de la « longue traîne », qui tend à indiquer que chacun des circuits repose sur des choix de stratégie commerciale et industrielle radicalement différents, répondant, ce faisant, à des attentes distinctes des consommateurs. Voir C. ANDERSON, *The Long Tail : Why the Future of Business is Selling Less of More*, New York, Hyperion, 2006.