

II

(Communications)

COMMUNICATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS, ORGANES ET
ORGANISMES DE L'UNION EUROPÉENNE

COMMISSION EUROPÉENNE

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices sur les restrictions verticales

(2022/C 248/01)

TABLE DES MATIERES

	<i>Page</i>
1. Introduction	3
1.1. Objet et structure des présentes lignes directrices	3
1.2. Applicabilité de l'article 101 du traité aux accords verticaux	4
2. Effets des accords verticaux	6
2.1. Effets positifs	6
2.2. Effets négatifs	9
3. Accords verticaux ne relevant généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité	10
3.1. Absence d'effets sur le commerce, accords d'importance mineure et petites et moyennes entreprises	10
3.2. Contrats d'agence	11
3.2.1. Contrats d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité	11
3.2.2. Application de l'article 101, paragraphe 1, du traité aux contrats d'agence	15
3.2.3. Contrat d'agence et économie des plateformes en ligne	16
3.3. Contrats de sous-traitance	17
4. Champ d'application du règlement (UE) 2022/720	17
4.1. Zone de sécurité établie par le règlement (UE) 2022/720	17
4.2. Définition des accords verticaux	18
4.2.1. Les comportements unilatéraux n'entrent pas dans le champ d'application du règlement (UE) 2022/720 ...	18
4.2.2. Les entreprises opèrent à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution	19
4.2.3. L'accord porte sur l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services	19
4.3. Les accords verticaux dans l'économie des plateformes en ligne	20
4.4. Limites à l'application du règlement (UE) 2022/720	21

4.4.1. Associations de détaillants	21
4.4.2. Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle («DPI»)	22
4.4.3. Accords verticaux entre concurrents	25
4.4.4. Accords verticaux avec des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne remplissant une fonction hybride	28
4.5. Rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie	30
4.6. Types spécifiques de système de distribution	30
4.6.1. Systèmes de distribution exclusive	31
4.6.2. Systèmes de distribution sélective	35
4.6.3. Franchise	40
5. Définition des marchés et calcul des parts de marché	42
5.1. Communication sur la définition du marché	42
5.2. Le calcul des parts de marché conformément au règlement (UE) 2022/720	42
5.3. Calcul des parts de marché conformément au règlement (UE) 2022/720	43
6. Application du règlement (UE) 2022/720	43
6.1. Restrictions caractérisées au titre du règlement (UE) 2022/720	43
6.1.1. Prix de vente imposés	45
6.1.2. Restrictions caractérisées au sens de l'article 4, points b), c), d) et e), du règlement (UE) 2022/720	49
6.1.3. Restrictions des ventes de pièces détachées	57
6.2. Restrictions exclues du règlement (UE) 2022/720	57
6.2.1. Obligations de non-concurrence dépassant une durée de cinq ans	58
6.2.2. Obligations de non-concurrence subsistant à l'expiration de l'accord	58
6.2.3. Obligation de non-concurrence imposée aux membres d'un système de distribution sélective	59
6.2.4. Obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail	59
7. Retrait et exclusion du champ d'application	59
7.1. Retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720	59
7.2. Exclusion du champ d'application du règlement (UE) 2022/720	62
8. Politique suivie pour l'application aux cas individuels	63
8.1. Cadre de l'analyse	63
8.1.1. Les facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité	64
8.1.2. Les facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, du traité	66
8.2. Analyse de certaines restrictions verticales	67
8.2.1. Monomarquisme	68
8.2.2. Fourniture exclusive	72
8.2.3. Restrictions relatives à l'utilisation des places de marché en ligne	74
8.2.4. Restrictions de l'utilisation des services de comparaison de prix	75
8.2.5. Obligations de parité	77
8.2.6. Redevances d'accès payables d'avance	82
8.2.7. Accords de gestion par catégorie	83
8.2.8. Vente liée	83

1. INTRODUCTION

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

- (1) Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux et des pratiques concertées au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ⁽¹⁾ et du règlement (UE) 2022/720 de la Commission ⁽²⁾. Sauf indication contraire, dans les présentes lignes directrices, le terme «accord» couvre également les pratiques concertées ⁽³⁾.
- (2) La Commission publie les présentes lignes directrices afin d'aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence de l'Union et de faciliter le contrôle de l'application de l'article 101 du traité. Toutefois, chaque accord devant être apprécié à la lumière des faits qui lui sont propres, il convient de ne pas appliquer les présentes lignes directrices de manière mécanique ⁽⁴⁾. Les présentes lignes directrices sont en outre sans préjudice de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour de justice de l'Union européenne»).
- (3) Les accords verticaux peuvent porter sur des biens et services intermédiaires comme sur des biens et services finals. Sauf indication contraire, les présentes lignes directrices s'appliquent à tous les types de biens et de services et à tous les stades du commerce. En outre, sauf indication contraire, le terme «utilisateur final» inclut les entreprises et les consommateurs finals, à savoir les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.
- (4) Les présentes lignes directrices sont structurées comme suit:
 - la première section introductive explique les raisons pour lesquelles la Commission fournit des orientations sur les accords verticaux et sur le champ d'application de ces orientations. Elle explique également les objectifs de l'article 101 du traité, la manière dont l'article 101 du traité s'applique aux accords verticaux et les principales étapes de l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 101 du traité;
 - la deuxième section fournit un aperçu des effets positifs et négatifs des accords verticaux. Le règlement (UE) 2022/720, les présentes lignes directrices et la politique suivie par la Commission pour l'application aux cas individuels ont été élaborés en tenant compte de ces effets;
 - la troisième section traite des accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Si le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas à ces accords, il est nécessaire de fournir des orientations sur les conditions auxquelles les accords verticaux ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité;
 - la quatrième section fournit des orientations supplémentaires sur le champ d'application du règlement (UE) 2022/720, et notamment des explications sur la zone de sécurité créée par le règlement et la définition d'un accord vertical. Cette section comprend également des orientations sur les accords verticaux conclus dans l'économie des plateformes en ligne, qui joue un rôle de plus en plus important dans la distribution des biens et services. Cette section explique en outre les limites de l'application du règlement (UE) 2022/720, telles qu'exposées à l'article 2, paragraphes 2, 3 et 4, du règlement. Cela inclut les limites spécifiques qui s'appliquent à l'échange d'informations entre un fournisseur et un acheteur dans les scénarios de double distribution, au sens de l'article 2, point 5, du règlement, et celles qui s'appliquent aux accords relatifs à la fourniture de services d'intermédiation en ligne lorsque le fournisseur de ces services remplit une fonction hybride, au sens de l'article 2, point 6, du règlement. La quatrième section explique également les modalités d'application du règlement (UE) 2022/720 dans les cas où un accord vertical relève d'un autre règlement d'exemption par catégorie, comme énoncé à l'article 2, paragraphe 7, du règlement. Enfin, cette section contient une description de certains types communs de système de distribution, en particulier ceux qui font l'objet de dispositions spécifiques de l'article 4 du règlement relatives aux restrictions caractérisées;

⁽¹⁾ Les présentes lignes directrices remplacent les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (JO C 130 du 19.5.2010, p. 1).

⁽²⁾ Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 134, 11.5.2022, p. 4).

⁽³⁾ Voir le point (51).

⁽⁴⁾ La Commission continuera d'évaluer l'application du règlement (UE) 2022/720 et des présentes lignes directrices et peut réviser la présente communication à la lumière de développements futurs.

- la cinquième section traite de la définition des marchés en cause et du calcul des parts de marché, en se référant à la communication sur la définition du marché ⁽⁵⁾. Ces éléments sont pertinents car les accords verticaux ne peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement (UE) 2022/720 que si les parts de marché des entreprises qui sont parties à l'accord ne dépassent pas les seuils prévus à l'article 3 du règlement (UE) 2022/720;
- la sixième section couvre les restrictions caractérisées établies à l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 et les restrictions exclues visées à l'article 5 du règlement, en fournissant notamment des explications sur les raisons pour lesquelles la qualification en tant que restriction caractérisée ou exclue est pertinente;
- la septième section contient des orientations sur les pouvoirs dont disposent la Commission et les autorités de concurrence des États membres («ANC») pour retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 dans des cas individuels, conformément à l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 ⁽⁶⁾, et à l'article 6 du règlement (UE) 2022/720, ainsi que des orientations sur le pouvoir, conféré à la Commission, d'adopter des règlements déclarant le règlement (UE) 2022/720 inapplicable, conformément à l'article 7 du règlement (UE) 2022/720;
- la huitième section décrit la politique suivie par la Commission pour l'application aux cas individuels. À cette fin, elle explique la manière dont les accords verticaux qui ne sont pas couverts par le règlement (UE) 2022/720 sont évalués au titre de l'article 101, paragraphes 1 et 3, du traité, et fournit des orientations relatives aux différents types communs de restrictions verticales.

1.2. Applicabilité de l'article 101 du traité aux accords verticaux

- (5) L'article 101 du traité vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords, qu'ils soient horizontaux ou verticaux ⁽⁷⁾, pour empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché, au détriment des consommateurs ⁽⁸⁾. L'article 101 du traité poursuit également l'objectif plus large de réaliser un marché intérieur intégré, renforçant la concurrence au sein de l'Union. Les entreprises ne peuvent pas utiliser des accords verticaux pour recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés.
- (6) L'article 101 du traité s'applique aux accords verticaux et aux restrictions incluses dans ceux-ci qui affectent le commerce entre États membres et qui empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence ⁽⁹⁾. Il fournit un cadre juridique pour l'appréciation des restrictions verticales ⁽¹⁰⁾, qui tient compte de la distinction entre les effets anticoncurrentiels et les effets favorables à la concurrence. L'article 101, paragraphe 1, du traité interdit les accords qui restreignent ou faussent sensiblement le jeu de la concurrence. Toutefois, cette interdiction ne s'applique pas aux accords qui remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité, notamment lorsque l'accord produit des avantages suffisants pour compenser ses effets anticoncurrentiels, comme indiqué dans les lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE ⁽¹¹⁾.

⁽⁵⁾ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5) ou toutes orientations futures de la Commission relatives à la définition du marché en cause aux fins du droit de l'Union dans le domaine de la concurrence, y compris toutes orientations susceptibles de remplacer la communication sur la définition du marché.

⁽⁶⁾ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

⁽⁷⁾ Des orientations supplémentaires sur la définition d'un «accord vertical» au sens de l'article 1, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720 sont fournies à la section 4.2. des présentes lignes directrices.

⁽⁸⁾ Voir, par exemple, les arrêts du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission, affaire 6/72, EU:C:1973:22, points 25 et 26, du 17 février 2011, Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB, affaire C-52/09, EU:C:2011:83, points 20 à 24 et du 18 novembre 2021, SIA «Visma Enterprise»/Konkurences padome, affaire C-306/20, EU:C:2021:935, point 58 («affaire C-306/20 - Visma Enterprise»).

⁽⁹⁾ Voir par exemple les arrêts du 13 juillet 1966, Grundig-Consten et Grundig/Commission de la CEE, affaires jointes 56/64 et 58/64, EU:C:1966:41; du 30 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, 56/65, EU:C:1966:38 («affaire 56/65 — Société Technique Minière»); et du 14 juillet 1994, Parker Pen/Commission, affaire T-77/92, EU:T:1994:85 («affaire T-77/92 - Parker Pen»).

⁽¹⁰⁾ Aux fins de l'application du règlement (UE) 2022/720, l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), du règlement (UE) 2022/720 définit une «restriction verticale» comme étant une «restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité» [italiques ajoutés]. Plus d'orientations sur les accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité sont fournies à la section 3 des présentes lignes directrices.

⁽¹¹⁾ Communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97), qui expose la méthode générale de la Commission et l'interprétation que celle-ci donne aux conditions d'application de l'article 101 du traité et en particulier de l'article 101, paragraphe 3.

- (7) S'il n'y a pas de chronologie obligatoire à respecter pour l'évaluation des accords verticaux, celle-ci implique généralement les étapes ci-après:
- tout d'abord, les entreprises concernées doivent établir les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur le marché en cause sur lequel ils vendent et achètent respectivement les biens ou services contractuels;
 - si ni la part de marché du fournisseur ni celle de l'acheteur ne dépassent le seuil de 30 % fixé à l'article 3 du règlement (UE) 2022/720, l'accord vertical bénéficie de la zone de sécurité créée par le règlement, pour autant qu'il n'inclue aucune restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement et aucune restriction exclue au sens de l'article 5 du règlement ne pouvant être dissociée du reste de l'accord;
 - si la part de marché en cause du fournisseur ou de l'acheteur dépasse le seuil de 30 % ou que l'accord comporte une ou plusieurs restrictions caractérisées ou restrictions exclues indissociables, il convient de déterminer si l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité;
 - si l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité, il y a lieu d'examiner s'il remplit les conditions d'exception individuelle prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (8) Le développement durable est un principe fondamental du traité et un objectif prioritaire des politiques de l'Union ⁽¹²⁾, au même titre que la transition numérique et un marché unique résilient ⁽¹³⁾. La notion de durabilité inclut, sans s'y limiter, la lutte contre le changement climatique (par exemple, par la réduction des émissions de gaz à effet de serre), la limitation de l'utilisation des ressources naturelles, la réduction des déchets et la promotion du bien-être animal ⁽¹⁴⁾. Des accords de fourniture et de distribution efficaces entre entreprises contribuent à la réalisation des objectifs de l'Union en ce qui concerne la durabilité, la résilience et le numérique. Les accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité ou qui contribuent à la mise en place d'un marché unique numérique et résilient ne constituent pas une catégorie distincte d'accords verticaux au regard du droit de la concurrence de l'Union. Ces accords doivent donc être appréciés sur la base des principes énoncés dans les présentes lignes directrices, tout en tenant compte de l'objectif spécifique qu'ils poursuivent. En conséquence, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux qui poursuivent des objectifs en ce qui concerne la durabilité, la résilience et le numérique, pour autant qu'ils remplissent les conditions du règlement. Les présentes lignes directrices comprennent des exemples pour illustrer l'appréciation des accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité ⁽¹⁵⁾.
- (9) Lorsqu'un accord vertical restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité et que le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas, l'accord peut néanmoins remplir les conditions de l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3 ⁽¹⁶⁾. Cela s'applique aussi aux accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité ou qui contribuent à la mise en place d'un marché unique numérique et résilient. Si la section 8 contient des orientations sur l'appréciation de ces accords verticaux dans des cas individuels, d'autres lignes directrices de la Commission peuvent également être pertinentes. Il s'agit notamment des lignes directrices sur l'application de l'article 101, paragraphe 3, des lignes directrices horizontales ⁽¹⁷⁾ et de toutes orientations qui pourraient être fournies dans les versions futures de ces lignes directrices. Ces lignes directrices pourraient, en particulier, fournir des orientations sur les circonstances dans lesquelles les avantages en matière de durabilité, de numérique ou de résilience peuvent être pris en compte en tant que gains d'efficacité qualitatifs ou quantitatifs au sens de l'article 101, paragraphe 3, du traité.

⁽¹²⁾ Voir l'article 3, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne.

⁽¹³⁾ Voir la communication de la Commission du 5 mai 2021 intitulée «Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020: construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe» [COM(2021) 350 final].

⁽¹⁴⁾ Lorsque le droit de l'Union comprend des définitions de la durabilité, de la numérisation ou de la résilience, l'appréciation des accords verticaux peut tenir compte de ces définitions.

⁽¹⁵⁾ Voir les points (144) et (316).

⁽¹⁶⁾ Les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords des producteurs de produits agricoles relevant de l'article 210 bis, du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil (OJ L 347 20.12.2013, p. 671).

⁽¹⁷⁾ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité aux accords de coopération horizontale (JO C 11 du 14.1.2011, p. 1).

2. EFFETS DES ACCORDS VERTICAUX

- (10) Aux fins de l'appréciation des accords verticaux au titre de l'article 101 du traité et de l'application du règlement (UE) 2022/720, il convient de tenir compte de tous les paramètres pertinents de concurrence, tels que les prix, la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits et l'innovation. L'appréciation doit également tenir compte du fait que les accords verticaux conclus entre entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution sont généralement moins préjudiciables que les accords horizontaux entre entreprises concurrentes fournissant des biens ou des services substituables ⁽¹⁸⁾. Cela résulte, en principe, de la nature complémentaire des activités exercées par les parties à un accord vertical, qui implique généralement que les actions favorables à la concurrence d'une partie à l'accord bénéficieront à l'autre partie à l'accord, et, en fin de compte, aux consommateurs. Contrairement à ce qui se passe dans le cas des accords horizontaux, les parties à un accord vertical sont donc généralement incitées à se mettre d'accord sur des prix plus bas et des niveaux de service plus élevés, ce qui bénéficie également aux consommateurs. De même, une partie à un accord vertical a généralement intérêt à s'opposer à des actions de l'autre partie susceptibles de porter préjudice aux consommateurs, étant donné que ces actions réduiront généralement aussi la demande pour les biens ou services fournis par la première partie. En outre, compte tenu de la nature complémentaire des activités des parties à un accord vertical en ce qui concerne la mise sur le marché de biens ou de services, des restrictions verticales permettent également de réaliser des gains d'efficacité plus importants, par exemple en optimisant les processus de fabrication et de distribution et les services. Des exemples de ces effets positifs sont présentés à la section 2.1.
- (11) Néanmoins, les entreprises jouissant d'un pouvoir de marché peuvent, dans certains cas, tenter d'utiliser des restrictions verticales pour poursuivre un objet contraire à la concurrence qui sera, en définitive, préjudiciable aux consommateurs. Comme expliqué plus en détail à la section 2.2, les restrictions verticales peuvent notamment conduire au verrouillage des marchés, à l'atténuation de la concurrence ou à la collusion. Le pouvoir de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou de maintenir la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits ou d'innovation à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive, et ce pendant une période non négligeable ⁽¹⁹⁾. Le degré de pouvoir de marché requis pour conclure à une restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité est inférieur à celui qui est requis pour conclure à l'existence d'une position dominante au sens de l'article 102 du traité.

2.1. Effets positifs

- (12) Les accords verticaux peuvent produire des effets positifs, notamment en baissant les prix, en encourageant la concurrence sur des aspects autres que les prix et en améliorant la qualité des services. De simples accords contractuels entre le fournisseur et l'acheteur dans le cadre desquels ne sont fixés que le prix et les quantités d'une transaction, peuvent souvent conduire à des niveaux d'investissements et de ventes non optimaux, étant donné qu'ils ne tiennent pas compte des externalités découlant de la nature complémentaire des activités du fournisseur et de ses distributeurs. Ces externalités se divisent en deux catégories: les externalités verticales et les externalités horizontales.
- (13) Les externalités verticales se produisent parce que les décisions et les mesures prises à différents niveaux de la chaîne de production ou de distribution déterminent des aspects de la vente de biens ou de services, tels que le prix, la qualité, les services connexes et la commercialisation, qui affectent non seulement l'entreprise prenant les décisions mais aussi d'autres entreprises situées à d'autres niveaux de la chaîne de production ou de distribution. Par exemple, un distributeur peut ne pas retirer l'intégralité du bénéfice de ses efforts visant à accroître ses ventes, une partie en revenant au fournisseur. En effet, cela résulte du fait que toute unité supplémentaire vendue par le distributeur en abaissant son prix ou en augmentant ses efforts de vente entraîne un bénéfice pour le fournisseur, si son prix de gros dépasse ses coûts de production marginaux. Le fournisseur bénéficie ainsi d'une externalité positive découlant des actions de renforcement des ventes du distributeur. À l'inverse, il peut exister des situations dans lesquelles, du point de vue du fournisseur, le distributeur peut pratiquer des prix trop élevés ⁽²⁰⁾ ou faire des efforts insuffisants pour vendre ses produits, ou les deux.
- (14) Des externalités horizontales peuvent se produire en particulier entre des distributeurs des mêmes biens ou services lorsque l'un d'entre eux n'est pas en mesure de retirer pleinement le bénéfice de ses efforts de vente. Par exemple, lorsque des services de prévente (ci-après «services de prévente») qui augmentent la demande sont fournis par un distributeur, tels que des conseils personnalisés relatifs à des biens ou services donnés, ils peuvent entraîner une augmentation des ventes des distributeurs concurrents proposant les mêmes biens ou services et inciter par conséquent les distributeurs à détourner à leur profit les services onéreux fournis par

⁽¹⁸⁾ Voir, par exemple, l'arrêt dans l'affaire C-306/20, *Visma Enterprise*, point 78.

⁽¹⁹⁾ Voir le point 25 des lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE.

⁽²⁰⁾ Ce que l'on appelle parfois le «problème de la double marginalisation».

d'autres. Dans un environnement de distribution omnicanal, un tel parasitisme peut se produire entre les canaux de vente en ligne et hors ligne, et dans les deux directions ⁽²¹⁾. Par exemple, des clients peuvent se rendre dans un point de vente physique pour tester des biens ou services ou obtenir d'autres informations utiles sur lesquelles ils fonderont leur décision d'achat, mais commander ensuite le produit en ligne auprès d'un autre distributeur. À l'inverse, les clients peuvent collecter des informations préalablement à leur achat auprès d'une boutique en ligne, puis se rendre dans un point de vente physique, utiliser les informations qu'ils ont collectées en ligne pour sélectionner et tester des biens ou services donnés, et enfin procéder à l'achat hors ligne, dans un point de vente physique. Lorsqu'un tel parasitisme est possible, et lorsque le distributeur qui fournit les services de prévente n'est pas en mesure de retirer pleinement le bénéfice de ces services, la fourniture de tels services peut ne pas être optimale en termes de quantité ou de qualité.

- (15) En présence de telles externalités, les fournisseurs peuvent être incités à contrôler certains aspects des opérations de leurs distributeurs et vice versa. En particulier, les accords verticaux peuvent être utilisés pour internaliser ces externalités et accroître le bénéfice conjoint de la chaîne d'approvisionnement et de distribution verticale et, dans certaines circonstances, le bien-être des consommateurs.
- (16) Bien que les présentes lignes directrices s'efforcent de fournir une vue d'ensemble des différents motifs pouvant justifier la mise en œuvre de restrictions verticales, elles ne prétendent pas à l'exhaustivité. Les motifs suivants peuvent justifier l'application de restrictions verticales particulières:
- (a) résoudre le problème des externalités verticales: la fixation d'un prix trop élevé par le distributeur, sans tenir compte de l'effet de ses décisions sur le fournisseur, peut être évitée si le fournisseur impose un prix de vente maximal au distributeur. De même, pour augmenter les efforts de vente du distributeur, le fournisseur peut avoir recours à la distribution sélective ou exclusive;
 - (b) résoudre le problème du parasitisme: le parasitisme entre acheteurs peut se produire au niveau du commerce de gros ou de détail, en particulier lorsque le fournisseur n'a pas la possibilité d'imposer à tous les acheteurs des obligations de promotion ou de service effectives. Le parasitisme entre acheteurs n'est possible que dans les services qui précèdent la vente et autres activités de promotion, mais non dans les services après-vente que le distributeur peut facturer individuellement à ses clients. Les efforts de prévente susceptibles de faire l'objet d'un parasitisme peuvent être importants, par exemple, lorsque les biens ou services sont relativement nouveaux, techniquement complexes ou de grande valeur, ou lorsque leur réputation joue un rôle important dans leur demande ⁽²²⁾. Les restrictions dans les systèmes de distribution exclusive ou sélective, ou d'autres restrictions peuvent être utiles pour empêcher ou réduire un tel parasitisme. Le parasitisme peut aussi survenir entre des fournisseurs, par exemple lorsqu'un fabricant investit dans des activités de promotion qui ont lieu dans les locaux de l'acheteur, qui attire aussi des clients pour les concurrents de ce fabricant. Des restrictions prenant la forme d'une obligation de non-concurrence peuvent permettre de surmonter le phénomène de parasitisme entre fournisseurs ⁽²³⁾;
 - (c) l'ouverture ou la pénétration de nouveaux marchés: lorsqu'un fournisseur souhaite pénétrer sur un nouveau marché géographique, par exemple en exportant ses produits vers un autre pays, cela peut impliquer certains investissements irrécupérables pour le distributeur afin d'implanter la marque sur ce marché. Pour convaincre un distributeur local de réaliser ces investissements, il peut être nécessaire de lui fournir une protection territoriale de manière à ce qu'il puisse récupérer ses coûts d'investissement. Cela peut justifier d'empêcher les distributeurs situés sur d'autres marchés géographiques de vendre sur le nouveau marché [voir également les points (118), (136) et (137)]. Il s'agit d'un cas particulier lié au problème de parasitisme décrit au point b) ci-dessus;

⁽²¹⁾ Voir le document de travail des services de la Commission – Évaluation du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, document SWD(2020) 172 final du 10 mai 2017 (en anglais uniquement), p. 31 à 42, et l'étude d'évaluation qui y est mentionnée; rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2017, rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, COM(2017) 229 final (ci-après le «rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique»), point 11.

⁽²²⁾ Pour déterminer si les consommateurs retirent un bénéfice global des efforts de promotion supplémentaires, il y a lieu d'examiner si la promotion informe, convainc et donc attire de nombreux nouveaux consommateurs, ou si elle atteint principalement des clients qui savent déjà ce qu'ils veulent acheter et pour lesquels la promotion supplémentaire se traduit uniquement ou principalement par une hausse de prix.

⁽²³⁾ Voir en particulier la définition de l'«obligation de non-concurrence» à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point f), du règlement (UE) 2022/720, sur laquelle des orientations sont fournies à la section 6.2 des présentes lignes directrices, et les orientations sur le «monomarchisme» fournies à la section 8.2 des présentes lignes directrices.

- (d) résoudre le problème du parasitisme de certification: dans quelques secteurs, certains distributeurs ont la réputation de ne vendre que des biens de qualité supérieure ou de ne fournir que des services de qualité supérieure («distributeurs premium»). Dans ces conditions, le recours à ces distributeurs peut se révéler essentiel, notamment pour la réussite du lancement d'un produit nouveau. Si le fournisseur ne peut faire en sorte que la distribution de ses produits soit limitée aux distributeurs premium, il court le risque de ne pas être référencé par ces mêmes distributeurs. Dans ce scénario, l'utilisation de la distribution exclusive ou sélective peut être justifiée;
- (e) résoudre le problème de la renonciation à certains investissements: il se peut que le fournisseur ou l'acheteur doive réaliser des investissements propres à la relation contractuelle (par exemple dans des équipements ou des formations spécifiques) qui sont des investissements irrécupérables et qui n'ont que peu ou pas de valeur en dehors de la relation verticale spécifique. Par exemple, un fabricant de composants peut devoir construire des machines spécifiques pour répondre aux exigences de l'un de ses clients, mais les machines peuvent ne pas être utilisables par d'autres clients et il peut s'avérer impossible de les revendre. En l'absence d'accord, la partie qui investit se trouvera dans une position de négociation faible une fois qu'elle aura réalisé l'investissement propre à la relation contractuelle, car elle risque d'être «entravée» lors des négociations avec son partenaire commercial. La menace d'une telle renonciation opportuniste peut conduire à des investissements sous-optimaux de la part de la partie qui investit. Les accords verticaux peuvent éliminer les possibilités de renonciation à certains investissements (en particulier lorsque tous les investissements ont fait l'objet de contrats et que tous les événements susceptibles de se produire peuvent être prévus) ou réduire ces possibilités. Par exemple, les obligations de non-concurrence, les quotas d'achat ou l'approvisionnement exclusif peuvent réduire le problème de la renonciation à certains investissements lorsque l'investissement propre à la relation contractuelle est réalisé par le fournisseur, tandis que la distribution exclusive, l'exclusivité de clientèle ou la fourniture exclusive peuvent réduire ce problème lorsque l'investissement est réalisé par l'acheteur;
- (f) résoudre le problème spécifique de la renonciation à certains investissements dans le cas de la cession de savoir-faire substantiel: le fournisseur du savoir-faire peut ne pas souhaiter que celui-ci soit utilisé par ses concurrents ou dans l'intérêt de ses derniers, par exemple dans le contexte de la franchise. Dans la mesure où ce savoir-faire n'était pas facilement accessible à l'acheteur et est substantiel et indispensable à la mise en œuvre de l'accord, sa cession peut justifier une restriction prenant la forme d'une obligation de non-concurrence. Celle-ci ne relèvera généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité;
- (g) réaliser des économies d'échelle au niveau de la distribution: afin de tirer parti de telles économies et, ce faisant, d'abaisser le prix de détail de ses produits ou services, le fabricant peut souhaiter confier la revente de ceux-ci à un nombre limité de distributeurs. À cette fin, le fabricant pourrait recourir à la distribution exclusive, aux quotas sous la forme d'un volume d'achat minimal imposé, à la distribution sélective combinée avec un volume d'achat minimal imposé ou à l'approvisionnement exclusif;
- (h) garantir l'uniformité et les normes de qualité: une restriction verticale peut aider à créer ou à promouvoir une image de marque en imposant une certaine uniformité et certaines normes de qualité aux distributeurs. Cela permet de protéger la réputation de la marque, d'accroître l'intérêt de l'utilisateur final pour les produits ou services concernés et d'augmenter les ventes. Cette normalisation de la qualité peut par exemple passer par la distribution sélective ou la franchise;
- (i) remédier aux imperfections du marché des capitaux: les pourvoyeurs de fonds tels que les banques et les marchés des actions peuvent fournir des capitaux à des conditions non optimales lorsqu'ils disposent d'informations imparfaites concernant la solvabilité de l'emprunteur ou que le prêt n'est pas garanti de manière adéquate. L'acheteur ou le fournisseur peut être mieux informé et capable, par le biais d'une relation exclusive, d'obtenir une garantie supplémentaire pour son investissement. Lorsque le fournisseur accorde le prêt à l'acheteur, il peut lui imposer une obligation de non-concurrence ou des quotas d'achat. Lorsque l'acheteur accorde le prêt au fournisseur, il peut lui imposer une restriction du type fourniture exclusive ou quotas de livraison.
- (17) Il y a une forte substituabilité entre les différentes restrictions verticales, ce qui signifie qu'un même problème d'inefficience peut être résolu au moyen de différentes restrictions verticales. Par exemple, une entreprise peut réaliser des économies d'échelle au niveau de la distribution en recourant à la distribution exclusive ou sélective, aux quotas ou à l'approvisionnement exclusif. Toutefois, les différentes restrictions verticales ne produisent pas toutes les mêmes effets négatifs sur la concurrence. Cet aspect est pris en compte lorsque le caractère indispensable des restrictions verticales est apprécié au regard de l'article 101, paragraphe 3, du traité.

2.2. Effets négatifs

- (18) Les effets négatifs que les restrictions verticales sont susceptibles d'avoir sur le marché et que les règles de concurrence de l'Union visent à empêcher sont notamment les suivants:
- (a) éviction anticoncurrentielle d'autres fournisseurs ou d'autres acheteurs par la mise en place de barrières à l'entrée ou à l'expansion;
 - (b) atténuation de la concurrence entre le fournisseur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion explicite ou tacite entre fournisseurs concurrents, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intermarques;
 - (c) atténuation de la concurrence entre l'acheteur et ses concurrents ou facilitation de la collusion explicite ou tacite entre acheteurs concurrents, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intramarque si elle concerne les distributeurs des biens ou services d'un même fournisseur ⁽²⁴⁾;
 - (d) création d'obstacles à l'intégration du marché, y compris, en particulier, les restrictions à la possibilité pour le consommateur d'acheter des biens ou services dans tout État membre de son choix.
- (19) L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des fournisseurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet:
- (a) d'augmenter les prix pratiqués à l'égard des acheteurs de biens ou de services, ce qui peut par la suite conduire à une augmentation des prix de détail;
 - (b) de limiter le choix de biens ou de services;
 - (c) de faire baisser la qualité des biens ou des services;
 - (d) de réduire le degré d'innovation ou de service au niveau des fournisseurs.
- (20) L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des distributeurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet:
- (a) d'augmenter les prix de détail des biens ou services;
 - (b) de limiter le choix de combinaisons prix-service et de formats de distribution;
 - (c) de diminuer la disponibilité et la qualité des services de détail;
 - (d) de réduire le degré d'innovation au niveau de la distribution.
- (21) Une réduction de la concurrence intramarque (c'est-à-dire de la concurrence entre les distributeurs des biens ou services du même fournisseur) est intrinsèquement peu susceptible d'entraîner des effets négatifs pour les consommateurs à partir du moment où la concurrence intermarques (c'est-à-dire la concurrence entre les distributeurs des biens ou services de différents fournisseurs) est élevée ⁽²⁵⁾. En particulier, sur les marchés où des détaillants individuels distribuent la ou les marques d'un seul fournisseur, une réduction de la concurrence entre distributeurs d'une même marque entraînera une réduction de la concurrence intramarque entre eux, mais peut ne pas avoir d'effet négatif sur la concurrence entre les distributeurs dans leur ensemble.
- (22) Les effets négatifs potentiels des restrictions verticales sont renforcés lorsque plusieurs fournisseurs et leurs acheteurs organisent leur commerce d'une manière similaire, ce qui entraîne des effets dits cumulatifs ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ En ce qui concerne les notions de collusion explicite et tacite, voir l'arrêt du 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, affaires jointes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, EU:C:1993:120.

⁽²⁵⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-306/20, *Visma Enterprise*, point 78.

⁽²⁶⁾ Des effets anticoncurrentiels cumulatifs peuvent notamment justifier le retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720; voir la section 7.1 des présentes lignes directrices.

3. ACCORDS VERTICAUX NE RELEVANT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1, DU TRAITÉ

3.1. Absence d'effets sur le commerce, accords d'importance mineure et petites et moyennes entreprises

- (23) Avant d'aborder le champ d'application du règlement (UE) 2022/720, son application et, plus généralement, l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 101, paragraphes 1 et 3, du traité, il importe de rappeler que le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique qu'aux accords qui entrent *dans* le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité.
- (24) Les accords qui ne sont pas de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres (absence d'effets sur le commerce) ou qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence (accords d'importance mineure) ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽²⁷⁾. La Commission a fourni des orientations sur les effets sur le commerce dans les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce ⁽²⁸⁾ ainsi que sur les accords d'importance mineure dans la communication *de minimis* ⁽²⁹⁾. Les présentes lignes directrices sont sans préjudice des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce et de la communication *de minimis*, ou de toutes orientations futures de la Commission.
- (25) Les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce exposent les principes élaborés par les juridictions de l'Union afin d'interpréter la notion d'affectation du commerce et d'indiquer quand les accords ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Elles incluent une présomption négative réfutable applicable à tous les accords au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité, quelle que soit la nature des restrictions figurant dans ces accords, et donc également aux accords contenant des restrictions caractérisées ⁽³⁰⁾. Selon cette présomption, les accords verticaux ne sont pas, en principe, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque:
- (a) la part de marché totale des parties sur un marché en cause de l'Union qui est affecté par l'accord n'excède pas 5 %, et
 - (b) le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans l'Union par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros ou, dans les cas d'accords conclus entre un acheteur et plusieurs fournisseurs, les achats combinés de l'acheteur de produits couverts par les accords ne dépassent pas 40 millions d'euros ⁽³¹⁾. La Commission peut écarter cette présomption si une analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire.
- (26) Comme énoncé dans la communication *de minimis*, les accords verticaux conclus entre non-concurrents sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord ⁽³²⁾. Cette règle générale admet deux exceptions. Premièrement, en ce qui concerne les restrictions de concurrence par objet, l'article 101, paragraphe 1, du traité s'applique même si la part de marché détenue par chacune des parties n'excède pas 15 % ⁽³³⁾. En effet, un accord susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et ayant un objet anticoncurrentiel peut constituer, de par sa nature et indépendamment de ses effets

⁽²⁷⁾ Voir l'arrêt du 13 décembre 2012, Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a., C-226/11, EU:C:2012:795, points 16 et 17 (ci-après l'affaire C-226/11 - Expedia).

⁽²⁸⁾ Les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 81).

⁽²⁹⁾ 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 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 291 du 30.8.2014, p. 1). Des orientations complémentaires sont fournies dans le document de travail des services de la Commission - *Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, SWD(2014) 198 final.

⁽³⁰⁾ Voir le point 50 des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce.

⁽³¹⁾ Voir le point 52 des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce.

⁽³²⁾ Voir le point 8 de la communication *de minimis*, qui inclut également un seuil de part de marché pour les accords conclus entre concurrents existants ou potentiels, selon lequel ces accords ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité, si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord.

⁽³³⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-226/11, Expedia, points 21 à 23 et 37, faisant référence à l'arrêt du 9 juillet 1969 dans l'affaire C-5/69, Völk/Vervaecke, EU:C:1969:35; voir aussi les arrêts du 6 mai 1971, Cadillon/Höss, C-1/71, EU:C:1971:47. et du 28 avril 1998, Javico/Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, EU:C:1998:173, points 16 et 17 (ci-après l'affaire C-306/96 - Javico/Yves Saint Laurent Parfums).

concrets, une restriction sensible du jeu de la concurrence ⁽³⁴⁾. Deuxièmement, le seuil de part de marché de 15 % est réduit à 5 % lorsque, sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords. Les points (257) à (261) traitent des effets cumulatifs dans le contexte du retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720. Comme précisé dans la communication *de minimis*, on considère que les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage ⁽³⁵⁾.

- (27) Par ailleurs, les accords verticaux conclus par des entreprises dont une au moins possède une part de marché individuelle supérieure à 15 % ne sont pas présumés relever automatiquement de l'article 101, paragraphe 1, du traité. De tels accords peuvent tout de même ne pas avoir d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou ne pas constituer une restriction sensible du jeu de la concurrence ⁽³⁶⁾. Ils doivent donc être appréciés dans leur contexte juridique et économique. Les présentes lignes directrices incluent des critères pour l'appréciation individuelle de tels accords, ainsi qu'exposé à la section 8.
- (28) En outre, la Commission considère que les accords verticaux entre petites et moyennes entreprises («PME») ⁽³⁷⁾ sont rarement de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres. Elle estime également qu'il est rare que de tels accords restreignent sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, à moins qu'ils ne comportent des restrictions de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Par conséquent, les accords verticaux entre PME ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Lorsque de tels accords remplissent néanmoins les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité, la Commission s'abstient généralement d'ouvrir la procédure en raison de l'absence d'un intérêt suffisant pour l'Union, à moins que les entreprises ne détiennent, séparément ou collectivement, une position dominante sur une partie substantielle du marché intérieur.

3.2. Contrats d'agence

3.2.1. Contrats d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité

- (29) Un agent est une personne morale ou physique investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant en vue de l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant.
- (30) L'article 101 du traité s'applique aux accords entre deux ou plusieurs entreprises. Dans certaines circonstances, la relation entre un agent et son commettant peut être qualifiée de relation dans laquelle l'agent n'agit plus en tant qu'opérateur économique indépendant. Tel est le cas lorsque l'agent ne supporte aucun risque financier ou commercial important en rapport avec les contrats qu'il conclut ou négocie au nom du commettant, comme expliqué plus en détail aux points (31) à (34) ⁽³⁸⁾. Dans ce cas, le contrat d'agence ne relève pas, en tout ou en partie, de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽³⁹⁾. Étant donné que cela constitue une exception à l'applicabilité générale de l'article 101 du traité aux accords entre entreprises, les conditions de la qualification d'un accord en tant que contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, devraient faire l'objet d'une interprétation stricte. Par exemple, il est moins probable qu'un contrat d'agence soit qualifié de contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité lorsque l'agent négocie et/ou conclut des contrats pour le compte d'un grand nombre de commettants ⁽⁴⁰⁾. La qualification donnée à l'accord par les parties ou par la législation nationale est sans incidence pour sa qualification au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

⁽³⁴⁾ Voir l'affaire C-226/11, Expedia, point 37.

⁽³⁵⁾ Voir le point 8 de la communication *de minimis*.

⁽³⁶⁾ Voir le point 3 de la communication *de minimis*. Voir l'arrêt du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, affaire T-7/93, EU:T:1995:98, point 98.

⁽³⁷⁾ Telles que définies dans l'annexe de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 36).

⁽³⁸⁾ Voir les arrêts du 15 septembre 2005, DaimlerChrysler/Commission, affaire T-325/01, EU:T:2005:322 (ci-après l'affaire T-325/01, DaimlerChrysler/Commission); du 14 décembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA, affaire C-217/05, EU:C:2006:784; et du 11 septembre 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL, C-279/06, EU:C:2008:485.

⁽³⁹⁾ Voir la section 3.2.2 des présentes lignes directrices en ce qui concerne les dispositions du contrat d'agence qui peuvent encore relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

⁽⁴⁰⁾ Voir l'arrêt du 1^{er} octobre 1987, ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus contre ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, affaire 311/85, EU:C:1987:418, point 20.

- (31) Trois types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour la qualification d'un accord en tant que contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité:
- (a) risques propres à chaque contrat, qui sont directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, comme le financement des stocks;
 - (b) risques liés aux investissements propres au marché. Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier un type de contrat spécifique. Ces investissements sont généralement irrécupérables, ce qui signifie que lors de l'abandon du domaine d'activité considéré, ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes;
 - (c) risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent, dans le cadre de la relation d'agence, de se charger de ces activités non pour son compte en tant qu'agent, mais à ses propres risques.
- (32) Un accord sera qualifié de contrat d'agence qui ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité lorsque l'agent ne supporte aucun des types de risques énumérés au point (31) ou lorsqu'il ne supporte de tels risques que dans une mesure négligeable. L'importance de ces risques éventuellement assumés par l'agent doit généralement être appréciée sur la base de la rémunération perçue par l'agent pour la fourniture des services d'agence, par exemple sa commission, et non sur la base des recettes générées par la vente des biens ou services couverts par le contrat d'agence. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme par exemple, le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel pouvant être utilisé pour n'importe quel type d'activité, ne sont pas pertinents pour l'appréciation.
- (33) Eu égard à ce qui précède, un accord sera qualifié de contrat d'agence qui ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité lorsque toutes les conditions suivantes s'appliquent:
- (a) l'agent n'acquiert pas la propriété des biens achetés ou vendus en vertu du contrat d'agence et ne fournit pas lui-même les services achetés ou vendus en vertu du contrat d'agence. Le fait que l'agent puisse temporairement, pour une très brève période, acquérir la propriété des biens contractuels pendant qu'il les vend pour le compte du commettant n'empêche pas l'existence d'un contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, pour autant que l'agent n'assume aucun des coûts ou des risques liés au transfert de propriété;
 - (b) l'agent ne contribue pas aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens ou des services contractuels, y compris les coûts de transport des biens. Cela n'empêche pas l'agent d'effectuer le service de transport, sous réserve que les coûts soient couverts par le commettant;
 - (c) l'agent ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens contractuels, et notamment ne supporte pas le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks. L'agent doit être en mesure de retourner au commettant, sans frais, les invendus, à moins qu'il n'ait commis une faute, par exemple en ne prenant pas de mesures de sécurité ou contre le vol suffisantes pour empêcher la perte de stocks;
 - (d) l'agent n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission, sauf s'il a commis une faute (par exemple, en ne prenant pas de mesures de sécurité ou contre le vol suffisantes ou de mesures raisonnables pour signaler un vol au commettant ou à la police, ou en ne communiquant pas au commettant toute information en sa possession concernant la fiabilité financière du client);
 - (e) l'agent n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des clients ou d'autres tiers pour les pertes ou dommages résultant de la fourniture des biens ou des services contractuels, sauf si l'agent a commis une faute;
 - (f) l'agent n'est pas tenu, directement ni indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes, y compris en contribuant au budget publicitaire du commettant ou aux activités publicitaires ou promotionnelles spécifiquement liées aux biens ou services contractuels, sauf si ces coûts sont intégralement remboursés par le commettant;

- (g) l'agent ne réalise pas d'investissements propres au marché dans des équipements, des locaux, la formation du personnel ou la publicité, comme dans un réservoir d'essence pour la vente au détail de carburant ou dans un logiciel spécialisé pour la vente de polices d'assurance dans le cas d'agents d'assurance, ou dans la publicité relative aux itinéraires ou destinations dans le cas d'agents de voyage qui vendent des vols ou des logements en hôtel, sauf si ces coûts lui sont intégralement remboursés par le commettant;
- (h) l'agent ne se charge pas d'autres activités sur le même marché de produits à la demande du commettant dans le cadre de la relation d'agence (par exemple, la livraison des biens), sauf si ces activités lui sont intégralement remboursées par ce dernier.
- (34) La liste figurant au point (33) n'est certes pas exhaustive, mais si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités aux points (31) à (33), l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas qualifié de contrat d'agence qui ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽⁴¹⁾. La question du risque doit être analysée au cas par cas et en tenant compte de la réalité économique plutôt que de la forme juridique de l'accord. Pour des raisons pratiques, l'analyse de risque peut débuter par l'appréciation des risques propres au contrat. Le fait que l'agent supporte des risques propres au contrat qui ne sont pas négligeables suffit à conclure que l'agent est un distributeur indépendant. Si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse en appréciant les risques liés aux investissements propres au marché. Enfin, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat ni des risques liés aux investissements propres au marché, il peut y avoir lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités demandées dans le cadre de la relation d'agence et menées sur le même marché de produits.
- (35) Un commettant peut utiliser différentes méthodes pour couvrir les risques et les coûts pertinents, pour autant que ces méthodes garantissent que l'agent ne supporte aucun risque important relevant des types mentionnés aux points (31) à (33) des présentes lignes directrices. Par exemple, un commettant peut choisir de rembourser les coûts exacts supportés, peut couvrir les coûts au moyen d'une somme forfaitaire fixe, ou peut aussi verser à l'agent un pourcentage fixe des recettes générées par la vente de biens ou services dans le cadre du contrat d'agence. Pour faire en sorte que tous les risques et les coûts pertinents soient couverts, la méthode utilisée par le commettant devrait permettre à l'agent de distinguer facilement le ou les montants destinés à couvrir les risques et les coûts pertinents du ou des autres montants éventuels versés à l'agent, par exemple destinés à rémunérer l'agent pour la prestation des services d'agence. Dans le cas contraire, l'agent pourrait ne pas être en mesure de vérifier si la méthode choisie par le commettant couvre ses coûts. Il peut aussi être nécessaire de prévoir une méthode simple permettant à l'agent de déclarer et de demander le remboursement de tous les coûts excédant la somme forfaitaire ou le pourcentage fixe convenu. Il peut également être nécessaire que le commettant assure un contrôle systématique de toute modification des coûts pertinents et adapte le montant forfaitaire ou le pourcentage fixe en conséquence. Lorsque les coûts pertinents sont remboursés au moyen d'un pourcentage du prix des produits vendus dans le cadre du contrat d'agence, le commettant devrait également tenir compte de la possibilité que l'agent supporte des coûts pertinents d'investissements propres au marché même lorsqu'il ne réalise que des ventes faibles, voire nulles, pendant une période donnée. Ces coûts doivent être remboursés par le commettant.
- (36) Un distributeur indépendant de certains biens ou services d'un fournisseur peut également servir d'agent pour d'autres biens ou services du même fournisseur, pour autant que les activités et risques couverts par le contrat d'agence puissent être effectivement distingués, par exemple parce qu'ils concernent des biens ou services présentant des fonctionnalités supplémentaires ou des caractéristiques nouvelles. Pour que l'accord soit qualifié de contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, le distributeur indépendant doit être véritablement libre de le conclure (par exemple, le commettant ne peut pas imposer de fait la relation d'agence en menaçant l'agent de mettre fin à la relation de distribution ou d'en dégrader les conditions). De même, le commettant ne doit pas imposer directement ou indirectement à l'agent une activité de distributeur indépendant, sauf si cette activité est intégralement remboursée par le commettant, comme indiqué au point (33), h). En outre, comme indiqué aux points (31) à (33), tous les risques pertinents liés à la vente des biens ou des services couverts par le contrat d'agence, y compris les investissements propres au marché, doivent être supportés par le commettant.
- (37) Lorsqu'un agent se charge d'autres activités pour le même fournisseur, qui ne sont pas exigées par ce dernier, à ses propres risques, il est possible que les obligations qui lui sont imposées en relation avec son activité d'agent influencent ses incitations et limitent son indépendance de décision lorsqu'il vend des produits dans le cadre de son activité indépendante. En particulier, il est possible que la politique de prix pratiquée par le commettant

⁽⁴¹⁾ Voir aussi le point (192). En particulier, dans le cadre d'un contrat d'agence qui relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité, l'agent doit rester libre de baisser le prix réellement payé par le client, en partageant sa rémunération avec le client.

pour les produits vendus dans le cadre du contrat d'agence influence les motivations de l'agent/du distributeur à fixer indépendamment le prix des produits qu'il vend en tant que distributeur indépendant. En outre, la combinaison du rôle d'agent et du rôle de distributeur indépendant pour le même fournisseur fait qu'il est difficile de distinguer les investissements et les coûts relatifs au rôle d'agent, y compris les investissements propres au marché, des investissements uniquement liés à l'activité indépendante. Dans un tel cas de figure, il peut donc s'avérer particulièrement complexe de déterminer si une relation d'agence remplit les conditions énoncées aux points (30) à (33) ⁽⁴²⁾.

- (38) Les préoccupations décrites au point (37) sont plus susceptibles d'apparaître lorsque l'agent se charge d'autres activités en tant que distributeur indépendant pour le même commettant sur le même marché en cause. À l'inverse, ces préoccupations sont moins susceptibles d'apparaître si les autres activités dont se charge l'agent en tant que distributeur indépendant concernent un autre marché en cause ⁽⁴³⁾. Plus généralement, moins les produits vendus dans le cadre du contrat d'agence et les produits vendus de manière indépendante par l'agent sont interchangeables, moins ces préoccupations sont susceptibles d'apparaître. Si les différences objectives entre les caractéristiques des produits (par exemple, qualité supérieure, caractéristiques nouvelles ou fonctions supplémentaires) sont négligeables, il peut être plus difficile de distinguer les deux types d'activité de l'agent, auquel cas il existe un risque significatif que l'agent soit influencé par les conditions du contrat d'agence, en particulier en ce qui concerne la fixation des prix, pour les produits qu'il distribue de manière indépendante.
- (39) Afin de déterminer les investissements propres au marché à rembourser au moment de conclure un contrat d'agence avec l'un de ses distributeurs indépendants déjà actif sur le marché en cause, le commettant devrait se fonder sur la situation hypothétique d'un agent qui n'est pas encore actif sur le marché en cause pour apprécier quels sont les investissements qui sont pertinents pour le type d'activité pour lequel l'agent est désigné. Le commettant devrait couvrir les investissements propres au marché qui sont nécessaires pour opérer sur le marché en cause, y compris lorsque ces investissements concernent également des produits différenciés distribués en dehors du champ d'application du contrat d'agence, mais qui ne sont pas exclusivement liés à la vente de ces produits différenciés. Le seul cas dans lequel le commettant ne devrait pas couvrir des investissements propres au marché sur le marché en cause serait celui où ces investissements concernent exclusivement la vente de produits différenciés qui ne sont pas vendus dans le cadre du contrat d'agence, mais sont distribués de manière indépendante. En effet, l'agent supporterait tous les coûts propres au marché pour opérer sur le marché, mais ne supporterait pas les coûts propres au marché exclusivement liés à la vente des produits différenciés s'il n'agissait pas également en tant que distributeur indépendant pour ces produits (pour autant que l'agent puisse opérer sur le marché en cause sans vendre les produits différenciés en question). Dans la mesure où les investissements pertinents (par exemple, des investissements dans des équipements propres à l'activité) ont déjà été amortis, le remboursement peut être adapté proportionnellement. De même, le remboursement peut également être adapté si les investissements propres au marché réalisés par le distributeur indépendant excèdent significativement les investissements propres au marché qui sont nécessaires pour qu'un agent puisse commencer à opérer sur le marché en cause, du fait de son activité de distributeur indépendant.
- (40) Exemple de la manière dont les coûts peuvent être répartis dans le cas d'un distributeur qui agit également en qualité d'agent pour certains produits pour le même fournisseur.

Les produits A, B et C sont généralement vendus par le ou les mêmes distributeurs. Les produits A et B appartiennent au même marché de produits et au même marché géographique, mais sont différenciés et présentent des caractéristiques objectivement différentes. Le produit C appartient à un autre marché de produits.

Un fournisseur qui distribue généralement ses produits en faisant appel à des distributeurs indépendants souhaite avoir recours à un contrat d'agence pour la distribution de son produit A, qui présente une nouvelle fonctionnalité. Il propose ce contrat d'agence à ses distributeurs indépendants (pour le produit B) qui opèrent déjà sur le même marché de produits et le même marché géographique, sans les contraindre, de droit ou de fait, à conclure ce contrat.

⁽⁴²⁾ Voir l'arrêt du 16 décembre 1975, Suiker Unie/Commission, affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, EU:C:1975:174, points 537 à 557.

⁽⁴³⁾ Voir l'affaire T-325/01, DaimlerChrysler/Commission, points 100 et 113.

Pour que le contrat d'agence ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité et remplisse les conditions énoncées aux points (30) à (33), le commettant doit couvrir l'ensemble des investissements relatifs à l'activité de vente des produits A et B (et non uniquement des produits A), étant donné que les deux produits appartiennent au même marché de produits et au même marché géographique. Par exemple, les coûts supportés afin d'adapter ou d'aménager un magasin en vue de présenter et de vendre les produits A et B sont probablement propres au marché. De même, les coûts exposés afin de former le personnel à vendre les produits A et B et ceux liés au matériel de stockage spécifique nécessaire pour les produits A et B sont, eux aussi, probablement propres au marché. Ces investissements pertinents, qu'un agent devrait généralement réaliser pour entrer sur le marché et commencer à vendre les produits A et B, devraient être supportés par le commettant même si l'agent en question est déjà établi sur le marché en cause en tant que distributeur indépendant.

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

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

Les mêmes principes s'appliquent aux investissements dans un site internet ou une boutique en ligne, puisqu'une partie de ces investissements ne seraient pas pertinents étant donné qu'ils devraient être réalisés, indépendamment des produits vendus dans le cadre du contrat d'agence. Par conséquent, le commettant ne devrait pas rembourser des investissements généraux dans la conception du site internet de l'agent, dans la mesure où le site internet lui-même pourrait être utilisé pour vendre d'autres produits que ceux appartenant au marché de produits en cause (par exemple, le produit C ou, plus généralement, des produits autres que les produits A et B). Toutefois, les investissements relatifs à l'activité de publicité ou de vente sur le site internet de produits appartenant au marché de produits en cause, à savoir les produits A et B, seraient pertinents. Par conséquent, en fonction du niveau d'investissement requis pour vendre et faire la publicité des produits A et B sur le site internet, le commettant devrait couvrir une partie des coûts de création et/ou d'exploitation du site internet ou de la boutique en ligne. D'éventuels investissements liés spécifiquement à la publicité ou à la vente du produit B ne devraient pas être couverts, pour autant qu'un distributeur puisse opérer sur le marché en cause en ne vendant que le produit A.

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

- (41) Lorsqu'un accord remplit les conditions requises pour être qualifié de contrat d'agence ne relevant pas de l'article de l'article 101, paragraphe 1, du traité, la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant. Le commettant supportant les risques commerciaux et financiers liés à la vente et à l'achat des biens ou des services contractuels, aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité. La prise en charge, par l'agent, des obligations énumérées au présent point est considérée comme inhérente au contrat d'agence, étant donné que ces obligations sont liées à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels. Cela est essentiel pour que le commettant assume les risques relatifs aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour son compte. Le commettant est ainsi en mesure de déterminer sa stratégie commerciale concernant:

- (a) les limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre les biens ou services contractuels;
 - (b) les limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre les biens ou services contractuels;
 - (c) les prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter les biens ou services contractuels.
- (42) En revanche, lorsque l'agent supporte un ou plusieurs des risques pertinents décrits aux points (31) à (33), l'accord entre l'agent et le commettant ne constitue pas un contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Dans ce cas, l'agent sera considéré comme une entreprise indépendante et l'accord le liant au commettant relèvera de l'article 101, paragraphe 1, du traité, comme tout autre accord vertical. C'est pour cette raison que l'article 1^{er}, paragraphe 1, point k), du règlement (UE) 2022/720 précise qu'une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise est un acheteur.
- (43) Même si l'agent ne supporte pas de risques importants relevant des types décrits aux points (31) à (33), il demeure une entreprise distincte du commettant, et, dès lors, les dispositions régissant la relation entre l'agent et le commettant peuvent relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité, qu'elles fassent partie de l'accord régissant la vente ou l'achat de produits ou d'un accord distinct. Ces dispositions peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, pour autant que les conditions du règlement soient remplies. En dehors du champ d'application du règlement (UE) 2022/720, de telles dispositions nécessitent une appréciation individuelle au titre de l'article 101 du traité, comme exposé à la section 8.1, en particulier pour déterminer si elles produisent des effets restrictifs au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité et, dans l'affirmative, si elles satisfont aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité. Par exemple, les contrats d'agence peuvent contenir une disposition qui interdit au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opération, de client ou de territoire (clauses d'exclusivité) ou une disposition qui interdit à l'agent d'agir en tant qu'agent ou distributeur pour le compte d'entreprises concurrentes du commettant (clauses de monomarchisme). Les clauses d'exclusivité n'entraînent généralement pas d'effets anticoncurrentiels. En revanche, les clauses de monomarchisme et de non-concurrence après l'expiration de l'accord, qui concernent la concurrence intermarques, peuvent restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité si, isolément ou par des effets cumulatifs, elles entraînent un effet de verrouillage du marché en cause sur lequel les biens ou services contractuels se vendent ou s'achètent (voir notamment les sections 6.2.2 et 8.2.1).
- (44) Même si le commettant supporte tous les risques commerciaux et financiers correspondants, un contrat d'agence peut également relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité dans les cas où l'accord facilite la collusion. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'un certain nombre de commettants font appel aux mêmes agents et empêchent collectivement d'autres commettants de recourir à ces mêmes agents, ou lorsque les commettants se servent de ces agents pour s'entendre sur une stratégie commerciale ou pour s'échanger des informations sensibles sur le marché.
- (45) Dans le cas d'un distributeur indépendant qui agit également en tant qu'agent pour certains biens ou services du même fournisseur, le respect des exigences énoncées aux points (36) à (39) doit faire l'objet d'une évaluation stricte. Cela est nécessaire pour éviter un abus du modèle d'agence dans les cas où le fournisseur ne devient pas réellement actif au stade du commerce de détail par le biais du contrat d'agence, ne prend pas toutes les décisions commerciales associées et n'en assume pas tous les risques s'y rapportant, conformément aux principes énoncés aux points (30) à (33), mais utilise plutôt le modèle d'agence comme moyen pour contrôler les prix de détail pour les produits qui lui permettent d'obtenir des marges de revente élevées. Étant donné que les prix de vente imposés constituent une restriction caractérisée au titre de l'article 4 du règlement (UE) 2022/720, comme exposé à la section 6.1.1, et une restriction par objet au titre de l'article 101, paragraphe 1, du traité, les fournisseurs ne doivent pas utiliser la relation d'agence pour contourner l'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

3.2.3. *Contrat d'agence et économie des plateformes en ligne*

- (46) Les accords conclus par des entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne ne remplissent généralement pas les conditions pour être qualifiés de contrats d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Ces entreprises agissent généralement en tant qu'opérateurs économiques indépendants et non en tant qu'entités faisant partie des entreprises pour lesquelles elles fournissent des services. En particulier,

les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne traitent souvent avec un très grand nombre de vendeurs, ce qui les empêche de faire réellement partie de l'entreprise de l'un ou l'autre de ces vendeurs. En outre, des effets de réseau importants et d'autres caractéristiques de l'économie des plateformes en ligne peuvent contribuer à un déséquilibre significatif entre les parties contractantes en termes de taille et de pouvoir de négociation. Cela peut engendrer une situation dans laquelle les conditions dans lesquelles les biens ou services sont vendus et la stratégie commerciale sont déterminées par l'entreprise active dans l'économie des plateformes en ligne plutôt que par les vendeurs des biens ou services. Par ailleurs, les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne réalisent généralement d'importants investissements propres au marché, par exemple dans des logiciels et des services publicitaires et après-vente, ce qui indique que ces entreprises supportent d'importants risques financiers ou commerciaux associés aux transactions pour lesquelles elles servent d'intermédiaire.

3.3. Contrats de sous-traitance

- (47) La communication sur la sous-traitance ⁽⁴⁴⁾ définit les contrats de sous-traitance comme étant des contrats, consécutifs ou non à une commande d'un tiers, en vertu desquels une entreprise, le «donneur d'ordre», charge, suivant ses directives, une autre entreprise, le «sous-traitant», de la fabrication de produits, de la prestation de services ou de l'exécution de travaux qui sont destinés à être fournis au donneur d'ordre ou exécutés pour son compte. En règle générale, les contrats de sous-traitance ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. La communication sur la sous-traitance comprend des orientations supplémentaires sur l'application de cette règle générale. En particulier, la communication sur la sous-traitance dispose que l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux clauses limitant l'utilisation de technologies ou d'équipements que le donneur d'ordre fournit à un sous-traitant, à condition que cette technologie ou cet équipement soit nécessaire pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits concernés ⁽⁴⁵⁾. La communication sur la sous-traitance clarifie également le champ d'application de cette règle générale, notamment en précisant que d'autres limitations imposées au sous-traitant peuvent relever de l'article 101 du traité, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter les propres travaux de recherche et de développement du sous-traitant ou de ne pas produire, en général, pour des tiers ⁽⁴⁶⁾.

4. CHAMP D'APPLICATION DU REGLEMENT (UE) 2022/720

4.1. Zone de sécurité établie par le règlement (UE) 2022/720

- (48) L'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 établit une zone de sécurité pour les accords verticaux au sens du règlement, pour autant que les parts de marché détenues par le fournisseur et l'acheteur sur les marchés en cause ne dépassent pas les seuils prévus à l'article 3 du règlement (voir la section 5.2), et que l'accord n'inclue aucune des restrictions caractérisées énoncées à l'article 4 du règlement (voir la section 6.1) ⁽⁴⁷⁾. Cette zone de sécurité s'applique tant que le bénéfice de l'exemption par catégorie n'a pas été retiré dans un cas particulier par la Commission ou par une ANC en vertu de l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 (voir la section 7.1). Le fait qu'un accord vertical ne relève pas de la zone de sécurité ne signifie pas qu'il relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité ou qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (49) Lorsqu'un fournisseur utilise le même accord vertical pour distribuer plusieurs types de biens ou de services, l'application des seuils de part de marché fixés à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 peut conduire à ce que l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement s'applique à certains biens ou services, mais pas à d'autres. En ce qui concerne les biens ou services auxquels l'article 2, paragraphe 1, du règlement ne s'applique pas, une appréciation individuelle au titre de l'article 101 du traité est nécessaire.

⁽⁴⁴⁾ Communication de la Commission du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne (JO C 1 du 3.1.1979, p. 2).

⁽⁴⁵⁾ Voir le point 2 de la communication sur la sous-traitance, qui apporte des clarifications supplémentaires, notamment sur l'utilisation des droits de propriété industrielle et du savoir-faire.

⁽⁴⁶⁾ Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.

⁽⁴⁷⁾ Voir, en ce qui concerne les restrictions exclues et la signification de l'article 5 du règlement (UE) 2022/720, la section 6.2 des présentes lignes directrices.

4.2. Définition des accords verticaux

(50) L'article 101, paragraphe 1, du traité se réfère aux accords entre entreprises. Il n'opère aucune distinction selon que les entreprises opèrent au même niveau ou à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution. L'article 101, paragraphe 1, du traité s'applique donc tant aux accords horizontaux qu'aux accords verticaux ⁽⁴⁸⁾.

(51) En vertu du pouvoir que l'article 1^{er} du règlement n° 19/65/CEE confère à la Commission de déclarer, par voie de règlement, que l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas à certaines catégories d'accords entre entreprises, l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720 définit un accord vertical comme «un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services» ⁽⁴⁹⁾.

4.2.1. Les comportements unilatéraux n'entrent pas dans le champ d'application du règlement (UE) 2022/720

(52) Le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas aux comportements unilatéraux des entreprises. Les comportements unilatéraux peuvent toutefois relever de l'article 102 du traité, qui interdit l'abus de position dominante ⁽⁵⁰⁾.

(53) Le règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux. Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 101 du traité, il suffit que les parties aient exprimé leur intention commune de se comporter d'une manière particulière sur le marché (concours de volontés des parties). La forme sous laquelle cette intention est exprimée est indifférente, pour autant qu'elle en constitue l'expression fidèle ⁽⁵¹⁾.

(54) En l'absence d'accord explicite exprimant le concours de volontés des parties, une partie ou une autorité qui invoque une violation de l'article 101 du traité doit prouver que la stratégie unilatérale d'une partie reçoit l'acquiescement de l'autre. En ce qui concerne les accords verticaux, l'acquiescement à une stratégie unilatérale spécifique peut être explicite ou tacite:

(a) l'acquiescement explicite peut être déduit des pouvoirs conférés aux parties dans le cadre d'un accord général établi préalablement. Si les termes de cet accord prévoient ou permettent qu'une partie adopte ultérieurement une stratégie unilatérale particulière qui sera contraignante pour l'autre partie, l'acquiescement à cette stratégie par l'autre partie peut être établi sur ce fondement ⁽⁵²⁾;

(b) un acquiescement tacite nécessite de montrer qu'une partie exige, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre partie à la mise en œuvre de sa stratégie unilatérale et que l'autre partie se conforme à cette exigence en mettant cette stratégie unilatérale en œuvre ⁽⁵³⁾. À titre d'exemple, si après l'annonce par un fournisseur d'une réduction unilatérale de ses livraisons afin d'empêcher tout commerce parallèle, les distributeurs réduisent immédiatement leurs commandes et cessent de pratiquer un commerce parallèle, il peut être conclu qu'il y a acquiescement tacite de leur part à la stratégie unilatérale du fournisseur. Une telle conclusion ne saurait toutefois être tirée si les distributeurs continuent de pratiquer un commerce parallèle ou s'efforcent de trouver de nouveaux moyens d'y parvenir.

⁽⁴⁸⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-56/65, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, p. 249.

⁽⁴⁹⁾ Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720, dans les présentes lignes directrices le terme «accord vertical» inclut les pratiques concertées verticales, sauf indication contraire.

⁽⁵⁰⁾ À l'inverse, lorsqu'il existe un accord vertical au sens de l'article 101 du traité, l'application du règlement (UE) 2022/720 et des présentes lignes directrices ne préjuge pas d'une possible application parallèle de l'article 102 du traité à l'accord vertical.

⁽⁵¹⁾ Voir l'arrêt du 14 janvier 2021, affaire C-450/19, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, EU:C:2021:10, point 21.

⁽⁵²⁾ Voir l'arrêt du 13 juillet 2006, Commission/Volkswagen AG, C-74/04 P, EU:C:2006:460, points 39 à 42.

⁽⁵³⁾ Voir l'arrêt du 26 octobre 2000, Bayer AG/Commission, affaire T-41/96, EU:T:2000:242, point 120.

(55) Compte tenu de ce qui précède, l'imposition de conditions générales par une partie équivaut à un accord au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité, lorsque de telles conditions ont été explicitement ou tacitement acceptées par l'autre partie ⁽⁵⁴⁾.

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

(56) Le règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords entre au moins deux entreprises indépendamment de leur modèle économique. Le règlement ne s'applique pas aux accords conclus avec des personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, étant donné que ces personnes ne sont pas des entreprises.

(57) Pour être qualifié d'accord au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720, un accord doit être conclu entre des entreprises opérant, aux fins de l'accord, à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution. Par exemple, il y a accord vertical lorsqu'une entreprise produit une matière première ou fournit un service et vend cette matière première ou ce service à une autre entreprise qui s'en sert comme intrant, ou lorsqu'un fabricant vend un produit à un grossiste qui le revend à un détaillant. De même, il y a accord vertical lorsqu'une entreprise vend des biens ou des services à une autre entreprise qui en est l'utilisateur final.

(58) La définition figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720 faisant référence à l'objectif de l'accord en question, le fait qu'une entreprise partie à l'accord soit active à plusieurs niveaux de la chaîne d'approvisionnement ou de distribution n'empêche pas l'application du règlement (UE) 2022/720. Toutefois, lorsqu'un accord vertical est conclu entre entreprises concurrentes, le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas, à moins que les conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, du règlement ne soient remplies (voir les sections 4.4.3 et 4.4.4).

4.2.3. *L'accord porte sur l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services*

(59) Pour être qualifié d'accord vertical au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720, l'accord doit concerner les conditions dans lesquelles les parties «peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services». Conformément à l'objectif d'un règlement d'exemption par catégorie, qui est d'apporter une sécurité juridique, l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720 doit être interprété de manière large en ce sens qu'il s'applique à tous les accords verticaux, que ceux-ci concernent des biens ou services intermédiaires ou finals. Aux fins de l'application du règlement à un accord particulier, tant les biens ou services fournis que, dans le cas de biens et services intermédiaires, les biens ou services finals qui en résultent sont considérés comme des biens ou services contractuels.

(60) Les accords verticaux conclus dans l'économie des plateformes en ligne, y compris ceux conclus par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne tels que visés à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point d), du règlement (UE) 2022/720 sont couverts par l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), dudit règlement. S'agissant des accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne, tant les services d'intermédiation en ligne que les biens ou services faisant l'objet d'opérations par l'intermédiaire des services d'intermédiation en ligne sont considérés comme des biens ou services contractuels aux fins de l'application du règlement (UE) 2022/720 à l'accord.

(61) Le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas aux restrictions verticales qui ne concernent pas les conditions auxquelles des biens ou des services peuvent être achetés, vendus ou revendus. De telles restrictions doivent donc être appréciées individuellement, c'est-à-dire qu'il convient de déterminer si elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, du traité et, dans l'affirmative, si elles remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Par exemple, le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas à une obligation empêchant les parties de mener des activités de recherche et de développement indépendantes, même si les parties peuvent

⁽⁵⁴⁾ Voir la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 - Guess, considérant 97, faisant référence à l'arrêt du 11 janvier 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commission, C-277/87, EU:C:1990:6, point 2, et à l'arrêt du 9 juillet 2009, Peugeot et Peugeot Nederland/Commission, T-450/05, EU:T:2009:262, points 168 à 209.

l'avoir introduite dans leur accord vertical. Un autre exemple est celui des baux et contrats de location. Bien que le règlement (UE) 2022/720 s'applique aux contrats de vente et d'achat de biens aux fins de leur location à des tiers, les baux et contrats de location en tant que tels ne sont pas couverts par le règlement, car, dans ce cas, il n'y a pas de vente ou d'achat de biens.

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

- (62) Les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne jouent un rôle de plus en plus important dans la distribution des biens et services. Elles permettent l'instauration de nouvelles pratiques commerciales, dont certaines ne peuvent être aisément catégorisées en utilisant les concepts appliqués aux accords verticaux dans l'environnement physique.
- (63) Les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne sont souvent qualifiées d'agents en droit contractuel ou commercial. Toutefois, cette qualification est sans incidence pour la catégorisation de leurs accords au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽⁵⁵⁾. Les accords verticaux conclus par des entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne ne seront qualifiés de contrats d'agence qui ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité que s'ils remplissent les conditions énoncées à la section 3.2. En raison des facteurs mentionnés à la section 3.2.3, ces conditions ne seront généralement pas remplies dans le cas d'accords conclus par des entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne.
- (64) Lorsqu'un accord vertical conclu par une entreprise active dans l'économie des plateformes en ligne ne remplit pas les conditions pour être qualifié de contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, il est nécessaire d'examiner si l'accord porte sur la prestation de services d'intermédiation en ligne. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point e), du règlement (UE) 2022/720 définit les services d'intermédiation en ligne comme des services de la société de l'information ⁽⁵⁶⁾ qui permettent aux entreprises d'offrir des biens ou des services à d'autres entreprises ou aux consommateurs finals, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre des entreprises ou entre une entreprise et un consommateur final, que ces transactions soient ou non finalement conclues et indépendamment du lieu où elles l'ont été ⁽⁵⁷⁾. Peuvent par exemple constituer des services d'intermédiation en ligne, les places de marché de commerce électronique, les boutiques d'applications, les outils de comparaison de prix et les services de médias sociaux utilisés par les entreprises.
- (65) Pour être qualifiée de prestataire de services d'intermédiation en ligne, une entreprise doit faciliter l'engagement de transactions directes entre deux autres parties. En principe, les fonctions exercées par l'entreprise doivent être appréciées séparément pour chaque accord vertical conclu par l'entreprise, notamment parce que les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne appliquent souvent des modèles économiques différents dans différents secteurs ou même au sein d'un même secteur. Par exemple, en plus de fournir des services d'intermédiation en ligne, ces entreprises peuvent acheter et revendre des biens ou des services, exerçant, dans certains cas, les deux fonctions vis-à-vis d'une même contrepartie.
- (66) Le fait pour une entreprise de percevoir des paiements pour les transactions pour lesquelles elle sert d'intermédiaire, ou propose des services accessoires en plus de ses services d'intermédiation, par exemple des services de publicité, des services de notation, des assurances ou des garanties sur des dommages, n'exclut pas qu'elle puisse être qualifiée de prestataire de services d'intermédiation en ligne ⁽⁵⁸⁾.
- (67) Aux fins de l'application du règlement (UE) 2022/720, les entreprises qui sont parties à des accords verticaux sont qualifiées soit de fournisseurs, soit d'acheteurs. En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point d), du règlement, une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1,

⁽⁵⁵⁾ Voir aussi le point (30).

⁽⁵⁶⁾ Voir l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (JO L 241 du 17.9.2015, p. 1).

⁽⁵⁷⁾ Voir également l'article 2, paragraphe 2, du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (JO L 186 du 11.7.2019, p. 57).

⁽⁵⁸⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du 19 décembre 2019, X, C-390/18, EU:C:2019:1112, points 58 à 69.

point e), du règlement est qualifiée de fournisseur en ce qui concerne ces services et une entreprise qui propose ou vend des biens ou des services par le biais de services d'intermédiation en ligne est qualifiée d'acheteur pour ces services d'intermédiation en ligne, qu'elle paie ou non pour utiliser les services d'intermédiation en ligne ⁽⁵⁹⁾. Il en découle ce qui suit pour l'application du règlement (UE) 2022/720:

- (a) l'entreprise qui fournit les services d'intermédiation en ligne ne peut être qualifiée d'acheteur au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point k), du règlement en ce qui concerne les biens ou services proposés par des tiers utilisant ces services d'intermédiation en ligne;
- (b) aux fins de l'application des seuils de part de marché fixés à l'article 3, paragraphe 1, du règlement, la part de marché de l'entreprise qui fournit les services d'intermédiation en ligne est calculée sur le marché pertinent de la prestation de ces services. L'étendue du marché en cause dépend des faits de l'espèce, en particulier du degré de substituabilité entre les services d'intermédiation en ligne et hors ligne, entre les services d'intermédiation utilisés pour différentes catégories de biens ou de services et entre les services d'intermédiation et les canaux de vente directe;
- (c) les restrictions imposées par l'entreprise qui fournit les services d'intermédiation en ligne aux acheteurs de ces services en ce qui concerne le prix, les territoires ou les clients auxquels les biens ou services qui font l'objet de l'intermédiation peuvent être vendus, y compris les restrictions relatives à la publicité en ligne et à la vente en ligne, sont soumises aux dispositions de l'article 4 du règlement (restrictions caractérisées). Par exemple, conformément à l'article 4, point a), du règlement, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement ne s'applique pas à un accord en vertu duquel un fournisseur de services d'intermédiation en ligne impose un prix de vente fixe ou minimal pour une transaction qu'il facilite;
- (d) conformément à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement ne s'applique pas aux obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail imposées par l'entreprise qui fournit les services d'intermédiation en ligne aux acheteurs de ces services;
- (e) conformément à l'article 2, paragraphe 6, du règlement, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement ne s'applique pas aux accords relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le fournisseur de ces services est une entreprise concurrente sur le marché pertinent de la vente des biens ou services qui font l'objet de l'intermédiation (fonction hybride). Comme indiqué à la section 4.4.4, ces accords doivent être appréciés au regard des lignes directrices horizontales en ce qui concerne d'éventuels effets de collusion et au titre de la section 8 des présentes lignes directrices en ce qui concerne les éventuelles restrictions verticales.

(68) Les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne qui ne fournissent pas de services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point e), du règlement (UE) 2022/720 peuvent être qualifiées soit de fournisseurs, soit d'acheteurs aux fins de l'application du règlement. Par exemple, ces entreprises peuvent être qualifiées de fournisseurs de services en amont ou de (re)vendeurs de biens ou de services en aval. Cette qualification peut avoir une incidence, en particulier, sur la définition du marché en cause aux fins de l'application des seuils de part de marché fixés à l'article 3, paragraphe 1, du règlement, sur l'applicabilité de l'article 4 du règlement (restrictions caractérisées) et sur l'applicabilité de l'article 5 du règlement (restrictions exclues).

4.4. Limites à l'application du règlement (UE) 2022/720

4.4.1. Associations de détaillants

(69) L'article 2, paragraphe 2, du règlement (UE) 2022/720 dispose que les accords verticaux conclus par une association d'entreprises qui remplit certaines conditions peut bénéficier de la zone de sécurité, excluant de cette dernière les accords verticaux conclus par toutes les autres associations. Plus précisément, les accords verticaux conclus entre une association et des membres individuels, ou entre une association et des fournisseurs

⁽⁵⁹⁾ Les orientations fournies dans la présente section 4 des présentes lignes directrices ne préjugent pas de la qualification des entreprises qui sont parties à des accords qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement (UE) 2022/720.

individuels, n'entrent dans le champ d'application du règlement (UE) 2022/720 que si tous les membres sont des détaillants, qui vendent des biens (et non des services) à des consommateurs finals, et qu'aucun d'eux ne réalise individuellement un chiffre d'affaires annuel dépassant 50 millions d'euros⁽⁶⁰⁾. Toutefois, un dépassement du seuil de chiffre d'affaires annuel de 50 millions d'euros par un nombre réduit de membres de l'association qui, ensemble, représentent moins de 15 % du chiffre d'affaires cumulé de tous les membres de l'association ne modifiera généralement pas l'appréciation au regard de l'article 101 du traité.

- (70) Une association d'entreprises peut impliquer l'existence à la fois d'accords horizontaux et d'accords verticaux. Les accords horizontaux doivent être appréciés en appliquant les principes exposés dans les lignes directrices horizontales. Si cette appréciation amène à conclure qu'une coopération entre entreprises en matière d'achats ou de ventes ne soulève pas de problèmes de concurrence, en particulier parce qu'elle répond aux conditions énoncées dans les présentes lignes directrices concernant les accords d'achat et/ou de commercialisation, une évaluation complémentaire sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus par l'association avec des fournisseurs ou des membres individuels. Cette évaluation complémentaire doit être effectuée conformément aux règles du règlement (UE) 2022/720, et en particulier au vu des conditions énoncées aux articles 3, 4 et 5 dudit règlement, ainsi qu'au vu des présentes lignes directrices. Ainsi, par exemple, des accords horizontaux conclus entre les membres de l'association ou des décisions adoptées par l'association, telles que les décisions imposant aux membres l'obligation d'acheter à l'association ou concédant des territoires exclusifs aux membres de l'association, devront être appréciés en premier lieu en tant qu'accords horizontaux. Ce n'est que si cette appréciation mène à la conclusion que l'accord horizontal ou la décision ne revêt pas un caractère anticoncurrentiel qu'il sera nécessaire d'examiner les accords verticaux entre l'association et chacun de ses membres ou entre l'association et des fournisseurs individuels.

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

- (71) L'article 2, paragraphe 3, du règlement (UE) 2022/720 dispose que les accords verticaux qui contiennent certaines dispositions concernant la cession ou l'utilisation de DPI peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, sous certaines conditions. En conséquence, le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas aux autres accords verticaux contenant des dispositions concernant les DPI.
- (72) Le règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions en matière de DPI lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:
- (a) les dispositions concernant les DPI doivent faire partie intégrante d'un accord vertical, c'est-à-dire d'un accord concernant les conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
 - (b) les DPI doivent être cédés à l'acheteur ou celui-ci doit être autorisé à les utiliser;
 - (c) les dispositions concernant les DPI ne doivent pas constituer l'objet principal de l'accord;
 - (d) les dispositions concernant les DPI doivent être directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. En cas de franchise, où la commercialisation constitue l'objet de l'exploitation des DPI, les biens ou les services sont distribués par le franchisé principal ou par les franchisés;
 - (e) les dispositions concernant les DPI ne doivent pas comporter, en relation avec les biens ou les services contractuels, de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du règlement (UE) 2022/720.
- (73) Ces conditions garantissent que le règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux dans le cadre desquels l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services peut s'effectuer avec plus d'efficacité parce que les DPI sont cédés à l'acheteur ou que celui-ci est autorisé à les utiliser. Cela signifie que les restrictions relatives à la cession ou à l'utilisation de DPI bénéficient de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement lorsque l'objet principal de l'accord est l'achat ou la distribution de biens ou de services.

⁽⁶⁰⁾ Le plafond de chiffre d'affaires annuel de 50 millions d'euros est fondé sur le plafond de chiffre d'affaires établi pour les PME à l'article 2 de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission.

- (74) La première condition, énoncée au point (72), a), précise que les DPI doivent être cédés dans le cadre d'un accord d'achat ou de distribution de biens ou d'un accord d'achat ou de prestation de services et non d'un accord concernant la cession ou l'octroi sous licence de DPI en vue de la fabrication de biens ou d'un accord pur de licence. Le règlement (UE) 2022/720 ne couvre pas, par exemple:
- (a) les accords en vertu desquels une partie fournit à l'autre partie une recette et lui concède une licence pour la production d'une boisson à partir de cette recette;
 - (b) les licences pures de marque ou de signes distinctifs à des fins de marchandisage;
 - (c) les contrats de parrainage ou de mécénat portant sur le droit de se présenter comme mécène officiel d'un événement;
 - (d) les licences de droits d'auteur telles que les contrats de radiodiffusion prévoyant le droit d'enregistrer ou de diffuser un événement.
- (75) Il découle de la deuxième condition, énoncée au point (72), b), que le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas lorsque les DPI sont cédés par l'acheteur au fournisseur, indépendamment du fait de savoir si les DPI concernent un mode de fabrication ou de distribution. Un accord sur la cession de DPI au fournisseur qui contiendrait d'éventuelles restrictions quant aux ventes réalisées par ce dernier ne serait pas couvert par le règlement (UE) 2022/720. Cela signifie qu'un accord de sous-traitance assorti d'une cession d'un savoir-faire à un sous-traitant n'est pas couvert par le règlement (UE) 2022/720 (voir également la section 3.3). Toutefois, les accords verticaux en vertu desquels l'acheteur procure simplement au fournisseur des caractéristiques techniques qui décrivent les biens ou services qui doivent être fournis sont couverts par le règlement (UE) 2022/720.
- (76) La troisième condition, énoncée au point (72), c), précise que l'objet principal de l'accord ne doit pas être la cession ou l'octroi sous licence de DPI. L'objet principal de l'accord doit être l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services, et les dispositions en matière de DPI doivent servir à l'exécution de l'accord vertical.
- (77) La quatrième condition, énoncée au point (72), d), implique que les dispositions concernant les DPI visent à faciliter l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. Les biens ou services destinés à être utilisés ou revendus sont normalement fournis par le concédant de licence, mais ils peuvent aussi être achetés à un fournisseur tiers par le bénéficiaire de licence. Les dispositions en matière de DPI concernent en général la commercialisation de biens ou services. C'est par exemple le cas lorsqu'un accord de franchise prévoit que le franchiseur vend au franchisé des biens destinés à la revente et lui concède une licence pour l'utilisation de sa marque et de son savoir-faire pour commercialiser les biens. C'est aussi le cas lorsque le fournisseur d'un extrait concentré concède à l'acheteur une licence pour lui permettre de diluer et d'embouteiller cet extrait concentré avant de le vendre à l'état de boisson.
- (78) La cinquième condition, énoncée au point (72), e), implique que les dispositions relatives aux DPI ne doivent pas avoir un objet identique à celui des restrictions caractérisées énumérées à l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 ni à celui des restrictions exclues du bénéfice du règlement en vertu de l'article 5 dudit règlement (voir la section 6).
- (79) Les DPI pertinents pour l'exécution d'accords verticaux au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement (UE) 2022/720 concernent généralement trois domaines principaux: les marques, le droit d'auteur et le savoir-faire.
- 4.4.2.1. Les marques
- (80) Une licence de marque concédée à un distributeur peut être liée à la distribution des produits du concédant de licence sur un territoire donné. S'il s'agit d'une licence exclusive, l'accord équivaut à une distribution exclusive.
- 4.4.2.2. Le droit d'auteur
- (81) Les revendeurs de biens ou services protégés par le droit d'auteur (par exemple, livres et logiciels) peuvent être contraints par le titulaire du droit d'auteur de ne revendre les biens concernés qu'à la condition d'interdire à l'acheteur, qu'il s'agisse d'un autre revendeur ou de l'utilisateur final, d'enfreindre le droit d'auteur. Dans la mesure où elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, du traité, de telles obligations imposées au revendeur sont couvertes par le règlement (UE) 2022/720.

- (82) Comme indiqué au point 62 des lignes directrices concernant les accords de transfert de technologie ⁽⁶¹⁾, la concession d'une licence de droit d'auteur sur logiciel pour la reproduction et la distribution pures et simples de l'œuvre protégée n'est pas couverte par le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission ⁽⁶²⁾, mais relève plutôt, par analogie, du règlement (UE) 2022/720 et des présentes lignes directrices.
- (83) En outre, les accords en vertu desquels des copies d'un logiciel sont fournies en vue de leur revente et aux termes desquels le revendeur n'acquiert pas de licence sur les droits protégeant le logiciel, mais a seulement le droit de revendre ces copies, doivent être considérés, aux fins de l'application du règlement (UE) 2022/720, comme des accords de fourniture de biens en vue de la revente. Dans ce mode de distribution, la concession d'une licence de logiciel n'a lieu qu'entre le titulaire du droit d'auteur et l'utilisateur du logiciel. Il peut s'agir d'un type de licence qui stipule que l'ouverture de l'emballage du logiciel vaut acceptation des conditions incluses dans cet emballage (licence «shrink wrap»).
- (84) En ce qui concerne le matériel informatique dans lequel sont incorporés des logiciels protégés par le droit d'auteur, le titulaire du droit d'auteur peut interdire à l'acheteur d'enfreindre ce droit; il peut par conséquent lui interdire de faire des copies des logiciels pour les revendre ou les utiliser sur un autre matériel informatique. Dans la mesure où elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, du traité, de telles restrictions d'utilisation sont couvertes par le règlement (UE) 2022/720.

4.4.2.3. Le savoir-faire

- (85) Les accords de franchise, à l'exception des accords de franchise industrielle, sont un exemple de communication de savoir-faire à l'acheteur à des fins commerciales ⁽⁶³⁾. Les accords de franchise contiennent des licences de DPI concernant des marques, des signes distinctifs ou un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou pour la prestation de services. Outre la licence de DPI, le franchiseur fournit habituellement au franchisé une assistance commerciale ou technique pendant toute la durée de l'accord, telle que des services en matière d'approvisionnement, une formation, des conseils immobiliers et une planification financière. La licence et l'assistance fournie font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée.
- (86) L'octroi de licence prévu dans un accord de franchise est couvert par le règlement (UE) 2022/720 lorsque chacune des cinq conditions énumérées au point (72) est remplie. Cela est normalement le cas étant donné que, dans la plupart des accords de franchise, y compris les accords de franchise principale, le franchiseur fournit au franchisé des biens ou des services, notamment des services d'assistance commerciale ou technique. Les DPI aident le franchisé à revendre les produits que lui fournit le franchiseur ou un fournisseur désigné par ce dernier, ou à utiliser ces produits et à vendre les biens ou les services qui en résultent. Lorsqu'un accord de franchise concerne seulement, ou à titre principal, la concession d'une licence de DPI, il n'est pas couvert par le règlement (UE) 2022/720, mais la Commission appliquera généralement les principes énoncés dans le règlement (UE) 2022/720 et dans les présentes lignes directrices à un tel accord.
- (87) Les obligations suivantes liées à des DPI sont généralement considérées comme nécessaires à la protection des DPI du franchiseur et, lorsqu'elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, du traité, sont également couvertes par le règlement (UE) 2022/720:
- (a) l'obligation pour le franchisé de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire;
 - (b) l'obligation pour le franchisé de ne pas acquérir, dans le capital d'une entreprise concurrente, une participation financière qui lui donnerait le pouvoir d'influencer le comportement économique de cette entreprise;
 - (c) l'obligation pour le franchisé de ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur aussi longtemps que ce savoir-faire n'est pas tombé dans le domaine public;

⁽⁶¹⁾ Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO C 89 du 28.3.2014, p. 3).

⁽⁶²⁾ Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (OJ L 93, 28.3.2014, p. 17).

⁽⁶³⁾ Les points (85) à (87) s'appliquent par analogie à d'autres types d'accord de distribution qui impliquent le transfert d'un savoir-faire substantiel entre le fournisseur et l'acheteur.

- (d) l'obligation pour le franchisé de communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et de lui accorder, ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience;
- (e) l'obligation pour le franchisé d'informer le franchiseur des contrefaçons des DPI octroyés sous licence, d'intenter une action en justice contre les contrefacteurs ou d'assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur;
- (f) l'obligation pour le franchisé de ne pas utiliser le savoir-faire concédé sous licence par le franchiseur à d'autres fins que l'exploitation de la franchise;
- (g) l'obligation pour le franchisé de ne pas céder les droits et obligations résultant de l'accord de franchise sans le consentement du franchiseur.

4.4.3. *Accords verticaux entre concurrents*

- (88) En ce qui concerne les accords verticaux entre concurrents, il convient tout d'abord de noter que, conformément à l'article 2, paragraphe 7, du règlement (UE) 2022/720, sur lequel des orientations sont fournies à la section 4.5, le règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, à moins que ledit règlement n'en dispose autrement.
- (89) L'article 2, paragraphe 4, première phrase, du règlement (UE) 2022/720 établit la règle générale selon laquelle l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement ne s'applique pas aux accords verticaux entre entreprises concurrentes.
- (90) L'article 1^{er}, paragraphe 1, point c), du règlement (UE) 2022/720 définit une entreprise concurrente comme un concurrent existant ou potentiel. Deux entreprises sont considérées comme des concurrents existants si elles sont présentes sur le même marché pertinent (géographique ou de produit). Une entreprise est considérée comme un concurrent potentiel d'une autre entreprise si, en l'absence d'accord vertical entre les entreprises, il est probable que, sur un court laps de temps (normalement inférieur à un an), elle entreprenne les investissements supplémentaires nécessaires ou supporte les autres coûts nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause sur lequel l'autre entreprise est présente. Cette évaluation doit être réaliste, en tenant compte de la structure du marché et du contexte juridique et économique. Une possibilité d'entrée sur le marché n'est pas suffisante si elle est purement théorique. Il doit exister des possibilités réelles et concrètes pour l'entreprise d'entrer sur le marché, sans barrières insurmontables à l'entrée. En revanche, il est inutile de démontrer avec certitude que l'entreprise entrera effectivement sur le marché concerné et qu'elle sera en mesure de s'y maintenir ⁽⁶⁴⁾.
- (91) Les accords verticaux entre entreprises concurrentes qui ne relèvent pas des exceptions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, deuxième phrase, du règlement (UE) 2022/720, sur lesquels des orientations sont fournies aux points (93) à (95), doivent faire l'objet d'une appréciation individuelle au regard de l'article 101 du traité. Les pertinentes lignes directrices sont pertinentes pour l'appréciation de toute restriction verticale contenue dans de tels accords. Les lignes directrices horizontales peuvent fournir des orientations pertinentes pour l'appréciation d'éventuels effets collusoires.
- (92) Un grossiste ou un détaillant qui fournit des caractéristiques techniques à un fabricant pour produire des biens destinés à la vente sous la marque de ce grossiste ou de ce détaillant n'est pas considéré comme un fabricant de ces produits sous marque propre et, par conséquent, comme un concurrent du fabricant aux fins de l'application de l'article 2, paragraphe 4, point a), du règlement (UE) 2022/720. Par conséquent, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement peut s'appliquer à un accord vertical conclu entre, d'une part, un grossiste ou un détaillant qui vend des biens de marque propre fabriqués par un tiers (et non en interne) et, d'autre part, un fabricant de biens de marque concurrents ⁽⁶⁵⁾. En revanche, les grossistes et les détaillants qui fabriquent des biens en interne afin de les vendre sous leur propre marque sont considérés comme des fabricants et, par conséquent, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement ne s'applique pas aux accords verticaux conclus par ces grossistes ou détaillants avec des fabricants de biens de marque concurrents.

⁽⁶⁴⁾ Voir les arrêts du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a./Competition and Markets Authority, affaire C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, points 36 à 45; et du 25 mars 2021, H. Lundbeck A/S et Lundbeck Ltd/Commission européenne, affaire C-591/16 P, EU:C:2021:243, points 54 à 57.

⁽⁶⁵⁾ Sans préjudice de l'application de la communication sur la sous-traitance, voir le point (47) des présentes lignes directrices.

- (93) L'article 2, paragraphe 4, deuxième phrase, du règlement (UE) 2022/720 contient deux exceptions à la règle générale selon laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords entre entreprises concurrentes. Plus précisément, la deuxième phrase de l'article 2, paragraphe 4, dispose que l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement s'applique aux accords verticaux non réciproques entre entreprises concurrentes qui remplissent les conditions de l'article 2, paragraphe 4, point a), ou de l'article 2, paragraphe 4, point b), du règlement. Un accord est dit «non réciproque» en particulier lorsque l'acheteur des biens ou services contractuels ne fournit pas également des biens ou services concurrents au fournisseur.
- (94) Les deux exceptions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, deuxième phrase, du règlement (UE) 2022/720 concernent des scénarios de double distribution, dans lesquels un fournisseur de biens ou de services est également actif en aval, concurrençant ainsi ses distributeurs indépendants. L'article 2, paragraphe 4, point a), du règlement concerne le scénario dans lequel le fournisseur vend les biens contractuels à plusieurs niveaux d'activité commerciale, à savoir en amont en tant que fabricant, importateur ou grossiste, et en aval en tant qu'importateur, grossiste ou détaillant, tandis que l'acheteur vend les biens contractuels en aval, à savoir en tant qu'importateur, grossiste ou détaillant, et n'est pas une entreprise concurrente en amont, où il achète les biens contractuels. L'article 2, paragraphe 4, point b), du règlement concerne le scénario dans lequel le fournisseur est un prestataire de services qui opère à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit des services au niveau de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.
- (95) Les exceptions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement (UE) 2022/720 se justifient par le fait que, dans un scénario de double distribution, l'incidence négative potentielle de l'accord vertical sur la relation de concurrence entre le fournisseur et l'acheteur en aval est considérée comme moins importante que l'incidence positive potentielle de l'accord vertical sur la concurrence de manière générale en amont ou en aval. Les points a) et b) de l'article 2, paragraphe 4, constituant des exceptions à la règle générale selon laquelle le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas aux accords entre concurrents, ces exceptions devraient faire l'objet d'une interprétation stricte.
- (96) Si les conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), du règlement (UE) 2022/720 sont remplies, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement s'applique à tous les aspects de l'accord vertical en question, y compris, en règle générale, aux échanges d'informations entre les parties concernant la mise en œuvre de l'accord⁽⁶⁶⁾. L'échange d'informations peut contribuer aux effets favorables à la concurrence des accords verticaux, y compris l'optimisation des processus de production et de distribution. Il en va de même dans les scénarios de double distribution. Toutefois, tous les échanges d'informations entre un fournisseur et un acheteur dans un scénario de double distribution ne produisent pas de gains d'efficacité. C'est pourquoi l'article 2, paragraphe 5, du règlement (UE) 2022/720 prévoit que les exceptions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), ne s'appliquent pas à l'échange d'informations entre un fournisseur et un acheteur qui soit n'est pas directement lié à la mise en œuvre de l'accord vertical, soit n'est pas nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels, ou qui ne remplit aucune de ces conditions. L'article 2, paragraphe 5, du règlement et les orientations fournies aux points (96) à (103) ne concernent que l'échange d'informations dans le cadre de la double distribution, à savoir l'échange d'informations entre les parties à un accord vertical qui remplit les conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), du règlement.
- (97) Aux fins de l'application de l'article 2, paragraphe 5, du règlement et des présentes lignes directrices, l'échange d'informations comprend toute communication d'informations par une partie à l'accord vertical à l'autre partie, indépendamment des caractéristiques de l'échange, par exemple que les informations soient communiquées par une seule partie ou par les deux parties, ou que les informations soient échangées par écrit ou oralement. Il est également indifférent que la forme et le contenu de l'échange d'informations soient expressément convenus dans l'accord vertical ou que cet échange ait lieu de façon informelle, y compris, par exemple, lorsqu'une partie à l'accord vertical communique des informations sans que l'autre partie en fasse la demande.

⁽⁶⁶⁾ Les orientations fournies dans les présentes lignes directrices sont sans préjudice de l'application du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1), et d'autres dispositions du droit de l'Union applicables à l'échange d'informations au sens du point (97) des présentes lignes directrices.

- (98) La question de savoir si un échange d'informations dans un scénario de double distribution est directement lié à la mise en œuvre de l'accord vertical et est nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels au sens de l'article 2, paragraphe 5, du règlement (UE) 2022/720 peut dépendre du modèle particulier de distribution. Par exemple, dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, il peut être nécessaire que les parties échangent des informations relatives à leurs activités de vente respectives sur des territoires particuliers ou à l'égard de groupes de clients particuliers. Dans le cadre d'un accord de franchise, il peut être nécessaire que le franchiseur et le franchisé échangent des informations relatives à l'application d'un modèle économique uniforme dans l'ensemble du réseau de franchise ⁽⁶⁷⁾. Dans un système de distribution sélective, il peut être nécessaire que le distributeur partage avec le fournisseur des informations relatives à la manière dont il respecte les critères de sélection et d'éventuelles restrictions en matière de ventes à des distributeurs non agréés.
- (99) Ci-après figure une liste non exhaustive d'exemples d'informations qui, en fonction des circonstances particulières, peuvent être directement liées à la mise en œuvre de l'accord vertical et nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels ⁽⁶⁸⁾:
- (a) des informations techniques relatives aux biens ou services contractuels, y compris les informations relatives à l'enregistrement, à la certification, à la manutention, à l'utilisation, à l'entretien, à la réparation, à la mise à niveau ou au recyclage des biens ou services contractuels, notamment lorsque ces informations sont nécessaires pour se conformer aux mesures réglementaires, et les informations qui permettent au fournisseur ou à l'acheteur d'adapter les biens ou services contractuels aux exigences du client;
 - (b) des informations logistiques relatives à la production et à la distribution des biens ou services contractuels en amont ou en aval, y compris les informations relatives aux processus de production, à l'inventaire et aux stocks et, sous réserve du point (100), b), aux volumes de vente et aux retours;
 - (c) sous réserve du point (100), b), des informations relatives aux achats par les clients des biens ou services contractuels, aux préférences des clients et au retour d'information des clients, pour autant que l'échange de ces informations ne soit pas utilisé pour restreindre le territoire sur lequel, ou les clients auxquels, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels au sens de l'article 4, point b), c) ou d), du règlement (UE) 2022/720;
 - (d) des informations relatives aux prix auxquels les biens ou services contractuels sont vendus par le fournisseur à l'acheteur;
 - (e) sous réserve du point (100), a), des informations relatives aux prix de vente conseillés du fournisseur ou aux prix de vente maximaux des biens ou services contractuels et des informations relatives aux prix auxquels l'acheteur revend les biens ou services, pour autant que l'échange de ces informations ne soit pas utilisé pour restreindre la capacité de l'acheteur à déterminer son prix de vente ou pour imposer un prix de vente fixe ou minimal au sens de l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720 ⁽⁶⁹⁾;
 - (f) sous réserve du point (100) et du point e) du présent point, des informations relatives à la commercialisation des biens ou services contractuels, y compris les informations sur les campagnes de promotion et les informations sur les nouveaux biens ou services à fournir en vertu de l'accord vertical;
 - (g) des informations relatives à l'exécution du contrat, y compris les informations agrégées communiquées par le fournisseur à l'acheteur en ce qui concerne les activités de marketing et de vente d'autres acheteurs des biens ou services contractuels, pour autant que cela ne permette pas à l'acheteur d'identifier les activités de certains acheteurs concurrents, ainsi que des informations relatives au volume ou à la valeur des ventes des biens ou services contractuels réalisées par l'acheteur par rapport à ses ventes de biens ou services concurrents.
- (100) À titre d'exemple, les informations suivantes sont généralement peu susceptibles de remplir les deux conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 5, du règlement (UE) 2022/720 lorsqu'elles sont échangées entre un fournisseur et un acheteur dans un scénario de double distribution:

⁽⁶⁷⁾ Voir le point 31 des lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE.

⁽⁶⁸⁾ Sauf indication contraire, les exemples couvrent les informations communiquées par le fournisseur ou l'acheteur, quelle que soit la fréquence de la communication et indépendamment du fait que les informations se rapportent ou non à un comportement passé, présent ou futur.

⁽⁶⁹⁾ Voir la section 6.1.1 pour des orientations supplémentaires sur les prix de vente imposés, y compris sur les moyens indirects d'appliquer ces derniers.

- (a) des informations relatives aux prix futurs auxquels le fournisseur ou l'acheteur a l'intention de vendre les biens ou services contractuels en aval;
 - (b) des informations relatives aux utilisateurs finals identifiés des biens ou services contractuels, sauf si l'échange de ces informations est nécessaire:
 - (1) pour permettre au fournisseur ou à l'acheteur de satisfaire aux exigences d'un utilisateur final particulier, par exemple pour adapter les biens ou services contractuels aux exigences de l'utilisateur final, pour accorder à l'utilisateur final des conditions particulières, y compris dans le cadre d'un programme de fidélisation de la clientèle, ou pour fournir des services de prévente ou des services d'après-vente, y compris des services de garantie,
 - (2) pour mettre en œuvre ou contrôler le respect d'un accord de distribution sélective ou d'un accord de distribution exclusive en vertu duquel des utilisateurs finals particuliers sont alloués au fournisseur ou à l'acheteur;
 - (c) des informations relatives aux biens vendus par un acheteur sous sa propre marque, échangées entre l'acheteur et un fabricant de produits de marque concurrente, à moins que le fabricant ne soit également le producteur de ces produits sous marque propre.
- (101) Les exemples présentés aux points (99) et (100) sont fournis pour aider les entreprises à procéder à leur autoévaluation. Toutefois, l'inclusion d'un type particulier d'informations au point (99) n'implique pas que l'échange de ces informations remplira les deux conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 5, du règlement (UE) 2022/720 dans tous les cas. De même, l'inclusion d'un type particulier d'informations au point (100) n'implique pas que l'échange de telles informations ne remplira jamais ces deux conditions. Les entreprises doivent donc appliquer les conditions de l'article 2, paragraphe 5, du règlement aux faits particuliers de leur accord vertical.
- (102) Lorsque les parties à un accord vertical qui remplit les conditions de l'article 2, paragraphe 4, points a) ou b), du règlement (UE) 2022/720 échangent des informations qui ne sont pas directement liées à la mise en œuvre de leur accord vertical ou qui ne sont pas nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des produits ou services contractuels, ou qui ne remplissent aucune de ces deux conditions, l'échange d'informations doit être apprécié individuellement au regard de l'article 101 du traité. De tels échanges n'enfreignent pas nécessairement l'article 101 du traité. En outre, les autres dispositions de l'accord vertical peuvent encore bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement, pour autant que l'accord respecte par ailleurs les conditions énoncées dans le règlement.
- (103) Lorsque des entreprises concurrentes concluent un accord vertical et procèdent à des échanges d'informations qui ne bénéficient pas de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement ⁽⁷⁰⁾, elles peuvent prendre des précautions pour minimiser le risque que l'échange d'informations soulève des problèmes de concurrence ⁽⁷¹⁾. Par exemple, elles peuvent n'échanger les informations que sous une forme agrégée ou garantir un délai approprié entre la production des informations et le moment où elles sont échangées. Elles peuvent également recourir à des mesures techniques ou administratives, telles que des pare-feu, pour faire en sorte que les informations communiquées par l'acheteur ne soient accessibles qu'au personnel chargé des activités en amont du fournisseur et non au personnel chargé de l'activité de vente directe en aval du fournisseur. Toutefois, le recours à de telles précautions ne saurait faire entrer dans le champ d'application de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 les échanges d'informations qui, autrement, ne relèveraient pas du champ d'application de cette exemption.

4.4.4. *Accords verticaux avec des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne remplissant une fonction hybride*

- (104) Conformément à l'article 2, paragraphe 6, du règlement (UE) 2022/720, les exceptions relatives à la double distribution énoncées à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement ne s'appliquent pas aux accords relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le fournisseur de ces services remplit une

⁽⁷⁰⁾ Par exemple, parce que les conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 4, à l'article 2, paragraphe 5, ou à l'article 3, paragraphe 1, du règlement ne sont pas remplies.

⁽⁷¹⁾ Voir le chapitre sur l'échange d'informations dans les lignes directrices horizontales et toute version future de ces lignes directrices.

fonction hybride, étant également une entreprise concurrente sur le marché en cause de la vente des biens ou services qui font l'objet de l'intermédiation⁽⁷²⁾. L'article 2, paragraphe 6, du règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux «relatifs à» la prestation de services d'intermédiation en ligne, que l'accord porte sur la fourniture de ces services à une partie à l'accord ou à des tiers.

- (105) La raison qui justifie les exceptions relatives à la double distribution énoncées à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas aux accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne conclus par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne remplissant une fonction hybride. Ces fournisseurs peuvent être incités à favoriser leurs propres ventes et être à même d'influencer l'issue du processus concurrentiel entre les entreprises qui utilisent leurs services d'intermédiation en ligne. De tels accords verticaux peuvent donc poser des problèmes de concurrence en général sur les marchés pertinents de la vente des biens ou services qui font l'objet de l'intermédiation.
- (106) L'article 2, paragraphe 6, du règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le fournisseur de ces services est un concurrent existant ou potentiel sur le marché en cause de la vente des biens ou services qui font l'objet de l'intermédiation. En particulier, il doit être probable que le fournisseur de services d'intermédiation en ligne entreprenne, sur un court laps de temps (normalement inférieur à un an), les investissements supplémentaires nécessaires ou supporte les autres coûts nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause de la vente de biens ou de services objet de l'intermédiation⁽⁷³⁾.
- (107) Les accords relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne qui, conformément à l'article 2, paragraphe 6, du règlement (UE) 2022/720, ne bénéficient pas de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement, doivent être appréciés individuellement au regard de l'article 101 du traité. De tels accords ne restreignent pas nécessairement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité ou peuvent satisfaire aux conditions d'exemption individuelle prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. La communication *de minimis* peut s'appliquer lorsque les parties détiennent de faibles parts de marché sur le marché en cause de la prestation de services d'intermédiation en ligne et sur le marché en cause de la vente des biens ou services qui font l'objet de l'intermédiation⁽⁷⁴⁾. Les lignes directrices horizontales peuvent fournir des orientations pertinentes pour l'appréciation d'éventuels effets de collusion. Les présentes lignes directrices peuvent fournir des orientations pour l'appréciation d'éventuelles restrictions verticales.
- (108) En l'absence de restrictions de concurrence par objet, des effets anticoncurrentiels sensibles sont peu probables lorsque le prestataire de services d'intermédiation en ligne ne dispose d'aucun pouvoir de marché sur le marché en cause des services d'intermédiation en ligne, par exemple parce qu'il n'a pénétré que récemment sur ce marché (phase de démarrage). Dans l'économie des plateformes en ligne, les recettes générées par un prestataire de services d'intermédiation en ligne (par exemple, les commissions) peuvent n'être qu'une première approximation de l'étendue de son pouvoir de marché et il peut également être nécessaire de prendre en compte d'autres paramètres, tels que le nombre de transactions ayant fait l'objet d'une intermédiation par le fournisseur, le nombre d'utilisateurs des services d'intermédiation en ligne (vendeurs et/ou acheteurs) et la mesure dans laquelle ces utilisateurs ont recours aux services d'autres fournisseurs. Il est également peu probable qu'un prestataire de services d'intermédiation en ligne dispose d'un pouvoir de marché lorsqu'il ne bénéficie pas d'effets de réseau positifs sensibles, qu'ils soient directs ou indirects.
- (109) En l'absence de restrictions par objet ou de pouvoir de marché important, il est peu probable que la Commission accordera la priorité aux poursuites concernant les accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le fournisseur remplit une fonction hybride. Tel est notamment le cas lorsque, dans un scénario de double distribution, un fournisseur permet aux acheteurs de ses biens ou services d'utiliser son site internet pour distribuer les biens ou services, mais ne permet pas d'utiliser le site internet pour proposer des marques de biens ou de services concurrentes et n'exerce pas d'autres activités sur le marché en cause de la fourniture de services d'intermédiation en ligne en ce qui concerne de tels biens ou services.

⁽⁷²⁾ L'application de l'article 2, paragraphe 6, du règlement (UE) 2022/720 présuppose que l'accord vertical conclu par le prestataire de services d'intermédiation en ligne remplissant une fonction hybride ne constitue pas un contrat d'agence qui ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité; voir points (46) et (63).

⁽⁷³⁾ Voir le point (90).

⁽⁷⁴⁾ Voir le point (26).

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

- (110) Comme expliqué aux sections 4.1 et 4.2, le règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux, qui doivent être appréciés exclusivement au regard du règlement (UE) 2022/720 et des présentes lignes directrices, sauf indication contraire expresse dans les présentes lignes directrices. Ces accords peuvent bénéficier de la zone de sécurité créée par le règlement (UE) 2022/720.
- (111) Conformément à l'article 2, paragraphe 7, du règlement (UE) 2022/720, le règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit. Il est donc important de vérifier d'emblée si un accord vertical relève du champ d'application d'un autre règlement d'exemption par catégorie.
- (112) Le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas aux accords verticaux couverts par les règlements d'exemption par catégorie ci-après, ou par tout futur règlement d'exemption par catégorie relatif aux types d'accords mentionnés au présent point, sauf disposition contraire dans le règlement en question:
- règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission;
 - règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission ⁽⁷⁵⁾;
 - règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission ⁽⁷⁶⁾.
- (113) Le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas aux types d'accords entre concurrents mentionnés dans les lignes directrices horizontales, sauf disposition contraire prévue dans ces dernières.
- (114) Le règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux relatifs à l'achat, à la vente ou à la revente de pièces de rechange pour les véhicules automobiles et à la prestation de services de réparation ou d'entretien de véhicules automobiles. De tels accords ne bénéficient de la zone de sécurité créée par le règlement (UE) 2022/720 que si, outre les conditions du règlement (UE) 2022/720, ils satisfont aux conditions du règlement (UE) n° 461/2010 ⁽⁷⁷⁾ de la Commission et des lignes directrices qui l'accompagnent.

4.6. Types spécifiques de système de distribution

- (115) Le fournisseur est libre d'organiser la distribution de ses biens ou services comme il l'entend. Il peut, par exemple, opter pour l'intégration verticale, c'est-à-dire vendre ses biens ou services directement aux utilisateurs finals ou les distribuer par l'intermédiaire de ses distributeurs verticalement intégrés, qui sont des entreprises liées au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (UE) 2022/720. Ce type de système de distribution implique une seule entreprise et ne relève donc pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité.
- (116) Le fournisseur peut également décider d'utiliser des distributeurs indépendants. À cet effet, il peut utiliser un ou plusieurs types de système de distribution. Certains types de système de distribution, à savoir la distribution sélective et la distribution exclusive, font l'objet de définitions spécifiques à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points g) et h), du règlement (UE) 2022/720. Des orientations sur la distribution exclusive et la distribution sélective figurent respectivement aux sections 4.6.1 et 4.6.2 ⁽⁷⁸⁾. Le fournisseur peut également distribuer ses biens ou ses services sans recourir à la distribution sélective ou exclusive. Ces autres types de distribution sont qualifiés de systèmes de libre distribution aux fins de l'application du règlement ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ Règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 335 du 18.12.2010, p. 36).

⁽⁷⁶⁾ Règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation (JO L 335 du 18.12.2010, p. 43).

⁽⁷⁷⁾ Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JO L 129 du 28.5.2010, p. 52).

⁽⁷⁸⁾ Voir également les sections 6.1.2.3.1 et 6.1.2.3.2.

⁽⁷⁹⁾ Voir également la section 6.1.2.3.3.

4.6.1. *Systèmes de distribution exclusive*

4.6.1.1. Définition du système de distribution exclusive

(117) Dans un système de distribution exclusive, tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point h), du règlement (UE) 2022/720, le fournisseur alloue un territoire ou un groupe de clients exclusivement à un seul acheteur, ou à un nombre limité d'acheteurs, tout en interdisant à tous ses autres acheteurs sur le territoire de l'Union de vendre activement sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif ⁽⁸⁰⁾.

(118) Les fournisseurs ont souvent recours à des systèmes de distribution exclusive pour inciter les distributeurs à réaliser les investissements financiers et non financiers nécessaires au développement de la marque du fournisseur sur un territoire où la marque n'est pas connue, pour vendre un nouveau produit sur un territoire donné ou à un groupe de clients donné, ou pour inciter les distributeurs à concentrer leurs ventes et leurs activités promotionnelles sur un produit donné. Pour les distributeurs, la protection conférée par l'exclusivité peut leur permettre de s'assurer un certain volume d'activité et une marge justifiant leurs efforts d'investissement.

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

(119) Dans un système de distribution où le fournisseur alloue un territoire ou un groupe de clients exclusivement à un ou plusieurs acheteurs, les principaux risques possibles du point de vue de la concurrence sont le cloisonnement du marché, qui pourrait faciliter la discrimination par les prix, et l'affaiblissement de la concurrence intramarque. Lorsque la plupart ou l'intégralité des fournisseurs les plus puissants actifs sur un marché opèrent un système de distribution exclusive, cela peut également affaiblir la concurrence intermarques et/ou faciliter les collusions, tant au niveau du fournisseur qu'au niveau des distributeurs. Enfin, la distribution exclusive peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire tant la concurrence intermarques que la concurrence intramarque au niveau des distributeurs.

(120) Les accords de distribution exclusive peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, à condition que la part de marché du fournisseur et de l'acheteur ne dépasse pas 30 %, que l'accord ne contienne pas de restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 et que le nombre de distributeurs désignés par territoire exclusif ou groupe de clients exclusif ne soit pas supérieur à cinq. Un accord de distribution exclusive peut tout de même bénéficier de la zone de sécurité prévue par le règlement (UE) 2022/720 s'il est associé à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence ne dépassant pas cinq ans, l'imposition de quotas ou l'achat exclusif.

(121) L'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 est limitée à un maximum de cinq distributeurs par territoire exclusif ou par groupe de clients exclusif afin de préserver l'incitation des distributeurs à investir dans la promotion et la vente des biens ou services du fournisseur, tout en offrant au fournisseur une souplesse suffisante pour organiser son système de distribution. Au-delà de ce nombre, il existe un risque accru de parasitisme entre les distributeurs exclusifs qui pourrait éliminer les gains d'efficience que la distribution exclusive vise à atteindre.

(122) Pour que le système de distribution exclusive puisse bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, un distributeur désigné doit être protégé contre les ventes actives sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif effectuées par tous les autres acheteurs du fournisseur. Lorsqu'un fournisseur désigne plus d'un distributeur pour un territoire exclusif ou un groupe de clients exclusif, tous ces distributeurs doivent également être protégés contre les ventes actives sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif effectuées par tous les autres acheteurs du fournisseur, mais les ventes actives et passives de ces distributeurs sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif ne peuvent être restreintes. Lorsque, pour des raisons pratiques et non dans le but d'empêcher tout commerce parallèle, le territoire exclusif ou le groupe de clients exclusif n'est pas protégé contre les ventes actives de certains acheteurs pendant une période temporaire, par exemple lorsque le fournisseur modifie le système de distribution exclusive et a besoin de temps pour renégocier les restrictions des ventes actives avec certains acheteurs, le système de distribution exclusive peut continuer à bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720.

⁽⁸⁰⁾ Voir l'article 1^{er}, paragraphe 1, point h), du règlement (UE) 2022/720.

- (123) Les accords verticaux de distribution exclusive devraient délimiter le territoire ou le groupe de clients alloué à titre exclusif aux distributeurs. Par exemple, le territoire exclusif peut correspondre au territoire d'un État membre ou à une zone de taille supérieure ou inférieure. Un groupe de clients exclusif peut être défini, par exemple, en utilisant un ou plusieurs critères, tels que la profession ou l'activité des clients, ou en utilisant une liste de clients recensés. En fonction des critères utilisés, le groupe de clients peut se limiter à un seul client.
- (124) Lorsqu'un territoire ou un groupe de clients n'a pas été alloué à titre exclusif à un ou plusieurs distributeurs, le fournisseur peut se réserver le territoire ou le groupe de clients à lui-même, auquel cas il doit en informer tous ses distributeurs. Le fournisseur ne doit pas nécessairement, pour cela, être actif au niveau commercial sur le territoire réservé ou à l'égard du groupe de clients réservé. Par exemple, le fournisseur peut vouloir se réserver le territoire ou le groupe de clients pour les allouer ultérieurement à d'autres distributeurs.

4.6.1.3. Orientations sur l'appréciation individuelle des accords de distribution exclusive

- (125) En dehors du champ d'application du règlement (UE) 2022/720, la position sur le marché détenue par le fournisseur et par ses concurrents est d'une importance majeure, car un affaiblissement de la concurrence intramarque ne posera problème que si la concurrence intermarques est limitée au niveau du fournisseur ou des distributeurs⁽⁸¹⁾. Plus la position du fournisseur est forte, particulièrement au-delà du seuil de 30 %, plus il est probable que la concurrence intermarques soit faible et plus le risque pour la concurrence générée par un affaiblissement de la concurrence intramarque est élevé.
- (126) La position des concurrents du fournisseur peut avoir une double signification. L'existence de concurrents puissants indique généralement que tout affaiblissement de la concurrence intramarque sera compensé par une concurrence intermarques suffisante. Cependant, si, le nombre de fournisseurs sur un marché est relativement faible et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire en termes de parts de marché, de capacités et de réseau de distribution, il existe un risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. L'affaiblissement de la concurrence intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs fournisseurs opèrent des systèmes de distribution similaires.
- (127) La distribution exclusive multiple, à savoir le fait que plusieurs fournisseurs désignent un ou plusieurs mêmes distributeurs exclusifs sur un territoire donné, peut encore accroître le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence, tant au niveau des fournisseurs qu'au niveau des distributeurs. Si un ou plusieurs distributeurs se voient accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents importants ou plus sur le même territoire, la concurrence intermarques peut s'en trouver substantiellement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multi-marques est élevée, plus le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence est grand et plus l'affaiblissement de la concurrence intermarques est important. Si un ou plusieurs détaillants sont des distributeurs exclusifs d'un certain nombre de marques, il existe un risque que les détaillants exclusifs ne répercutent pas sur le consommateur une réduction du prix de gros décidée par un fournisseur pour sa marque, car cela diminuerait leurs ventes ainsi que les bénéfices qu'ils réalisent avec les autres marques. Par rapport à un système de distribution exclusive non multi-marques, l'incitation pour les fournisseurs à se faire concurrence par les prix sera donc moindre. Lorsque les parts de marché des fournisseurs et acheteurs individuels sont inférieures au seuil de 30 %, ces effets cumulatifs peuvent justifier le retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720.
- (128) Les barrières à l'entrée qui sont susceptibles d'empêcher les fournisseurs de créer leur propre réseau de distribution intégré ou de trouver d'autres distributeurs sont un élément moins important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution exclusive. L'accès au marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarquisme, qui oblige ou incite le distributeur à s'approvisionner, pour un type donné de produit, auprès d'un seul fournisseur. La combinaison de la distribution exclusive et du monomarquisme peut rendre l'accès à des distributeurs alternatifs plus difficile pour les autres fournisseurs, en particulier lorsque les obligations de monomarquisme sont appliquées à un réseau dense de distributeurs exclusifs actifs sur des territoires de taille réduite ou en cas d'effet anticoncurrentiel cumulatif. Dans un tel cas, il y a lieu d'appliquer les principes sur le monomarquisme exposés à la section 8.2.1.

⁽⁸¹⁾ Voir l'affaire C-306/20, *Visma Enterprise*, point 78.

- (129) La combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif, qui oblige les distributeurs exclusifs à se procurer la marque du fournisseur directement auprès de ce dernier, augmente le risque d'un affaiblissement de la concurrence intramarque et d'un cloisonnement du marché. La distribution exclusive limite déjà les possibilités d'arbitrage par les clients, étant donné qu'elle restreint le nombre de distributeurs par territoire exclusif et implique qu'aucun autre distributeur ne peut procéder à des ventes actives sur ce territoire. L'approvisionnement exclusif élimine aussi la possibilité d'un arbitrage par les distributeurs exclusifs, à qui il est interdit d'acheter à d'autres distributeurs membres du système de distribution exclusive. Cela accroît la possibilité pour le fournisseur de limiter la concurrence intramarque tout en appliquant des conditions de vente différentes au détriment des consommateurs, sauf si la combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif génère des gains d'efficacité qui profitent aux consommateurs.
- (130) L'éviction d'autres distributeurs ne pose pas de problème lorsque le fournisseur qui opère le système de distribution exclusive désigne un grand nombre de distributeurs exclusifs sur le même marché en cause et que les ventes de ces distributeurs exclusifs à d'autres distributeurs, non désignés, ne sont pas soumises à restrictions. L'éviction d'autres distributeurs peut en revanche devenir problématique en cas de pouvoir de marché en aval, en particulier dans le cas de territoires très étendus sur lesquels un distributeur exclusif devient l'acheteur exclusif pour l'ensemble d'un marché. Tel pourrait être le cas si, par exemple, une chaîne de supermarchés devenait le seul distributeur d'une marque de premier plan sur un marché national du commerce alimentaire de détail. L'effet de fermeture du marché aux autres distributeurs peut être aggravé en cas de distribution exclusive multiple.
- (131) La puissance d'achat peut aussi accroître le risque de collusion entre les acheteurs lorsque les accords de distribution exclusive sont imposés par des acheteurs importants, éventuellement situés sur des territoires différents, à un ou plusieurs fournisseurs.
- (132) Il est important d'évaluer la dynamique du marché, car la croissance de la demande, l'évolution des technologies et les fluctuations des positions de marché peuvent rendre les effets négatifs des systèmes de distribution exclusive moins probables que sur des marchés matures.
- (133) La nature du produit peut aussi être pertinente pour apprécier les éventuels effets préjudiciables de la distribution exclusive sur la concurrence. Ces effets seront moins marqués dans les secteurs où les ventes en ligne sont plus répandues, étant donné que les ventes en ligne peuvent faciliter les achats auprès de distributeurs en dehors du territoire exclusif ou du groupe de clients exclusif.
- (134) Le stade commercial est important, car les effets négatifs éventuels ne sont pas nécessairement les mêmes au niveau du commerce de gros qu'au niveau du commerce de détail. La distribution exclusive s'applique surtout à la distribution de biens ou de services finals. La concurrence intramarque risque de s'affaiblir surtout au stade du commerce de détail lorsque les territoires exclusifs sont étendus, étant donné que, dans ce cas, les consommateurs n'ont qu'un choix limité entre un distributeur proposant un service de qualité à un prix élevé et un distributeur offrant un service bon marché, mais de qualité moindre pour une marque de premier plan.
- (135) Un fabricant qui choisit un grossiste comme distributeur exclusif le fait normalement pour un territoire plus étendu, par exemple un État membre dans son ensemble. Tant que le grossiste peut vendre les produits sans restriction aux détaillants situés en aval, il est peu probable qu'il y ait des effets anticoncurrentiels sensibles. L'affaiblissement éventuel de la concurrence intramarque au stade du commerce de gros peut facilement être compensé par des gains d'efficacité au niveau de la logistique et de la promotion, surtout lorsque le fabricant est établi dans un autre État membre. Toutefois, la distribution exclusive multiple génère des risques plus importants pour la concurrence intermarques au niveau du commerce de gros qu'au niveau du commerce de détail. Lorsqu'un grossiste devient distributeur exclusif pour un nombre important de fournisseurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite, mais cela accroît également le risque de verrouillage du marché au niveau du commerce de gros.
- (136) Un système de distribution exclusive qui restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité peut néanmoins générer des gains d'efficacité satisfaisant aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Par exemple, l'exclusivité peut être nécessaire pour inciter les distributeurs à investir dans le développement de la marque du fournisseur ou dans la prestation de services améliorant la demande. En dehors du champ d'application du règlement (UE) 2022/720, plus le nombre de distributeurs exclusifs désignés pour un territoire donné est élevé, plus la probabilité qu'ils soient suffisamment incités à investir dans la promotion des produits du fournisseur et le développement de sa marque est faible, étant donné que les autres distributeurs exclusifs qui partagent le territoire peuvent détourner à leur profit leurs efforts d'investissement.

- (137) La nature du produit est pertinente pour l'appréciation des gains d'efficacité. Les gains d'efficacité objectifs sont plus probables pour les produits nouveaux, les produits complexes et les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience), ou même après consommation (produits dits de conviction). En outre, la distribution exclusive peut permettre de diminuer les coûts de logistique grâce à des économies d'échelle au niveau du transport et de la distribution. La combinaison de la distribution exclusive et du monomarchisme peut inciter davantage le ou les distributeurs exclusifs à concentrer leurs efforts sur une marque donnée.
- (138) Les facteurs mentionnés aux points (125) à (137) restent pertinents pour l'appréciation des systèmes de distribution exclusive en vertu desquels le fournisseur alloue un groupe de clients exclusivement à un ou plusieurs acheteurs. Pour l'appréciation de ce type de système de distribution exclusive, les facteurs supplémentaires énumérés aux points (139) et (140) devraient également être pris en compte.
- (139) Comme pour l'allocation exclusive d'un territoire, l'allocation exclusive d'un groupe de clients rend généralement plus difficile l'arbitrage par les acheteurs. En outre, comme chaque distributeur désigné a son propre groupe de clients, les acheteurs qui ne relèvent d'aucun de ces groupes pourraient rencontrer des difficultés pour se procurer les produits du fournisseur. Par conséquent, les possibilités d'arbitrage de ces acheteurs seront réduites.
- (140) Outre les types de gains d'efficacité mentionnés au point (136), l'exclusivité de clientèle peut produire des gains d'efficacité lorsqu'il est nécessaire que les distributeurs investissent dans un équipement, des compétences ou un savoir-faire particuliers afin de répondre aux besoins d'une catégorie particulière de clients, ou lorsque ces investissements génèrent des économies d'échelle ou de gamme au niveau de la logistique⁽⁸²⁾. La période d'amortissement de ces investissements donne une indication s'agissant de la durée pendant laquelle l'exclusivité de clientèle peut être justifiée. En général, la justification d'un système d'exclusivité de clientèle est d'autant plus convaincante que le produit est nouveau ou complexe et qu'il est nécessaire de l'adapter aux besoins de chaque client. Il est plus probable qu'il existe des besoins différenciés pouvant être recensés dans le cas de produits intermédiaires, c'est-à-dire de produits vendus à différents types d'acheteurs professionnels. En revanche, l'attribution de consommateurs finals entraîne rarement des gains d'efficacité.
- (141) Le cas décrit ci-dessous est un exemple de distribution exclusive multiple sur un marché oligopolistique.

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

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

⁽⁸²⁾ C'est par exemple le cas lorsque le fournisseur désigne spécifiquement un distributeur pour répondre aux appels d'offres lancés par les pouvoirs publics concernant des équipements informatiques ou des fournitures de bureau.

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

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

(142) Le cas décrit ci-dessous est un exemple d'exclusivité de clientèle.

Une entreprise a conçu un système d'extinction d'incendie sophistiqué. Sa part de marché est actuellement de 40 % sur le marché des systèmes d'extinction d'incendie. Lorsqu'elle a commencé à commercialiser ce système sophistiqué, elle avait une part de marché de 20 % avec un produit plus ancien. L'installation du nouveau système est fonction du type de bâtiment auquel il est destiné, ainsi que de l'affectation de ce dernier (par exemple, bureaux, usine chimique ou hôpital). L'entreprise a sélectionné un certain nombre de distributeurs pour vendre et installer le système sophistiqué. Chaque distributeur a dû former son personnel aux besoins généraux et spécifiques que pose l'installation de ce système d'extinction sophistiqué en fonction de la catégorie de clients. Pour que les distributeurs se spécialisent, l'entreprise a attribué en exclusivité à chaque distributeur une catégorie de clients et lui a interdit de réaliser des ventes actives en dehors de cette clientèle exclusive. À l'expiration d'une période de cinq ans, tous les distributeurs exclusifs seront autorisés à procéder à des ventes actives à toutes les catégories de clients, ce qui mettra donc fin au système d'exclusivité de clientèle. Le fournisseur pourra alors aussi commencer à vendre à d'autres distributeurs. Le marché est très dynamique, deux nouveaux concurrents y ont récemment pris pied et la technologie évolue. Les concurrents ont des parts de marché comprises entre 5 % et 25 % et améliorent eux aussi leurs produits.

Étant donné que l'exclusivité n'est que d'une durée limitée et permet aux distributeurs de récupérer leur investissement et de concentrer leurs efforts de vente initiaux sur une certaine catégorie de clients afin d'apprendre à connaître le commerce, et que les éventuels effets anticoncurrentiels semblent limités sur un marché dynamique, il est probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité soient remplies.

4.6.2. *Systèmes de distribution sélective*

4.6.2.1. Définition du système de distribution sélective

(143) Dans un système de distribution sélective, tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point g), du règlement (UE) 2022/720, le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis. Ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés sur le territoire réservé par le fournisseur à l'exploitation de ce système.

(144) Les critères utilisés par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs peuvent être de nature qualitative ou quantitative, ou les deux. Les critères quantitatifs limitent directement le nombre de distributeurs, par exemple en imposant un nombre fixe de distributeurs. Les critères qualitatifs limitent indirectement le nombre de distributeurs, en imposant des conditions qui ne peuvent pas être remplies par tous les distributeurs, par exemple en ce qui concerne la gamme de produits à vendre, la formation du personnel de vente, le service à fournir au point de vente ou la publicité et la présentation des produits. Les critères qualitatifs peuvent se référer à la réalisation d'objectifs de durabilité, tels que le changement climatique, la protection de l'environnement ou la limitation de l'utilisation des ressources naturelles. Par exemple, les fournisseurs pourraient exiger des distributeurs qu'ils fournissent des services de recharge ou des installations de recyclage dans leurs points de vente ou qu'ils veillent à ce que les biens soient livrés par des moyens durables, tels que le vélo-cargo, plutôt que par des véhicules à moteur.

- (145) Les systèmes de distribution sélective sont comparables aux systèmes de distribution exclusive en ce qu'ils restreignent le nombre de distributeurs agréés et les possibilités de revente. La principale différence entre les deux types de système de distribution réside dans la nature de la protection accordée au distributeur. Dans un système de distribution exclusive, le distributeur est protégé contre les ventes actives réalisées par des acheteurs situés hors du territoire exclusif, alors que, dans un système de distribution sélective, le distributeur est protégé contre les ventes actives et passives effectuées par des distributeurs non agréés.

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

- (146) Les systèmes de distribution sélective risquent d'affaiblir la concurrence intramarque et, surtout s'il y a effet cumulatif, d'évincer certains types de distributeurs, ainsi que d'atténuer la concurrence et de faciliter les collusions entre fournisseurs ou entre acheteurs, en raison de la limitation du nombre d'acheteurs.
- (147) Pour apprécier la compatibilité d'un système de distribution sélective avec l'article 101 du traité, il est nécessaire, premièrement, de déterminer si ce système relève de l'article 101, paragraphe 1. À cet effet, il convient d'opérer une distinction entre la distribution sélective purement qualitative et la distribution sélective quantitative.
- (148) La distribution sélective purement qualitative peut ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité pour autant que les trois conditions établies par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Metro* ⁽⁸³⁾ (les «critères Metro») soient remplies. En effet, si ces critères sont remplis, on peut considérer que la restriction de la concurrence intramarque associée à la distribution sélective est compensée par une amélioration de la concurrence intermarques sur le plan de la qualité ⁽⁸⁴⁾.
- (149) Les trois critères Metro peuvent être résumés comme suit: premièrement, la nature des biens ou services en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire. Autrement dit, compte tenu de la nature du produit concerné, un tel système doit constituer une exigence légitime afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Par exemple, l'utilisation de la distribution sélective peut être légitime pour les produits de haute qualité ou de haute technologie ⁽⁸⁵⁾ ou pour les biens de luxe ⁽⁸⁶⁾. La qualité de tels biens peut résulter non seulement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de la sensation de luxe qui en émane. Dès lors, l'organisation d'un système de distribution sélective visant à assurer une présentation des biens de nature à contribuer au maintien de leur sensation de luxe peut être nécessaire pour préserver leur qualité ⁽⁸⁷⁾. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères qualitatifs objectifs qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸³⁾ Voir les arrêts du 25 octobre 1977, *Metro/Commission*, 26/76, EU:C:1977:167, points 20 et 21 (ci-après l'«affaire C-26/76 - Metro/Commission»); du 11 décembre 1980, *L'Oréal/De Nieuwe AMCK*, C-31/80, EU:C:1980:289, points 15 et 16 (ci-après l'«affaire C-31/80 - L'Oréal/De Nieuwe AMCK»); du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, EU:C:2011:649, point 41 (ci-après l'«affaire C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique»); du 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, C-230/16, EU:C:2017:941, point 24 (ci-après l'«affaire C-230/16 - Coty Germany»).

⁽⁸⁴⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-26/76, *Metro/Commission*, points 20 à 22; l'arrêt du 25 octobre 1983, *AEG/Commission*, C-107/82, EU:C:1983:293 points 33, 34 et 73 (ci-après l'«affaire C-107/82 - AEG/Commission»); l'arrêt du 22 octobre 1986, *Metro/Commission*, C-75/84, EU:C:1986:399, point 45; et l'arrêt du 12 décembre 1996, *Leclerc/Commission*, T-88/92, EU:C:1996:192, point 106.

⁽⁸⁵⁾ Voir l'affaire C-26/76, *Metro/Commission*; et l'affaire C-107/82, *AEG/Commission*.

⁽⁸⁶⁾ Voir l'affaire C-230/16, *Coty Germany*.

⁽⁸⁷⁾ Voir l'affaire C-230/16, *Coty Germany*, points 25 à 29.

⁽⁸⁸⁾ Voir l'affaire C-26/76, *Metro/Commission*, points 20 et 21; l'affaire C-31/80, *L'Oréal/De Nieuwe AMCK*, points 15 et 16; l'affaire C-107/82, *AEG/Commission*, point 35; et l'arrêt du 27 février 1992, *Vichy/Commission*, T-19/91, EU:C:1992:28, point 65.

- (150) L'appréciation du respect des critères Metro nécessite non seulement de procéder à une appréciation globale de l'accord de distribution sélective en question, mais également d'analyser séparément chacune des clauses potentiellement restrictives de l'accord ⁽⁸⁹⁾. Cela suppose en particulier de déterminer si la clause restrictive en question est appropriée au regard de l'objectif poursuivi par le système de distribution sélective et si elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ⁽⁹⁰⁾. Les restrictions caractérisées ne remplissent pas ce critère de proportionnalité. À l'inverse, par exemple, il peut être proportionné pour un fournisseur de biens de luxe d'interdire à ses distributeurs agréés d'utiliser des places de marché en ligne, pour autant que cela n'empêche pas indirectement l'utilisation effective de l'internet par le distributeur agréé pour vendre les biens à des territoires ou à des clients particuliers ⁽⁹¹⁾. En particulier, une telle interdiction de l'utilisation de places de marché en ligne ne restreindrait pas les ventes à des territoires ou à des clients particuliers lorsque le distributeur agréé reste libre d'exploiter sa propre boutique en ligne et de faire de la publicité en ligne afin de mieux faire connaître ses activités en ligne et d'attirer des clients potentiels ⁽⁹²⁾. Dans ce cas, la clause restrictive, si elle est proportionnée, ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité et aucune analyse supplémentaire n'est requise.
- (151) Indépendamment de la question de savoir s'ils remplissent les critères Metro, les accords de distribution sélective qualitative et/ou quantitative peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, pour autant que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 % et que l'accord ne comporte aucune restriction caractérisée ⁽⁹³⁾. Le bénéfice de l'exemption n'est pas perdu si la distribution sélective est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, comme des obligations de non-concurrence telles que définies à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point f), du règlement (UE) 2022/720. L'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement s'applique quelle que soit la nature du produit concerné et celle des critères de sélection. En outre, le fournisseur n'est pas tenu de publier ses critères de sélection ⁽⁹⁴⁾.
- (152) Lorsque, dans un cas particulier, un accord de distribution sélective bénéficiant de l'exemption par catégorie restreint sensiblement la concurrence au niveau du fournisseur ou du distributeur et ne génère pas de gains d'efficacité qui compensent les effets de la restriction, par exemple parce que les critères de sélection ne sont pas liés aux caractéristiques du produit ou ne sont pas nécessaires pour améliorer la distribution du produit, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré.

4.6.2.3. Orientations sur l'appréciation individuelle des accords de distribution sélective

- (153) En dehors du champ d'application du règlement (UE) 2022/720, la position détenue par le fournisseur et ses concurrents sur le marché est d'une importance capitale pour apprécier les éventuels effets anti-concurrentiels, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne constitue un problème, en principe, que lorsque la concurrence intermarques est limitée ⁽⁹⁵⁾. Plus la position du fournisseur est forte, notamment lorsqu'elle dépasse le seuil de 30 %, plus le risque pour la concurrence générée par l'affaiblissement de la concurrence intramarque est élevé. Le nombre de réseaux de distribution sélective présents sur le même marché en cause est un autre facteur important. Lorsque la distribution sélective est appliquée sur le marché par un seul fournisseur, la distribution sélective quantitative n'entraîne généralement pas d'effets anticoncurrentiels. En pratique, toutefois, la distribution sélective est souvent appliquée par plusieurs fournisseurs sur un marché donné (effet cumulatif).
- (154) En cas d'effet cumulatif, il est nécessaire de tenir compte de la position sur le marché des fournisseurs qui pratiquent la distribution sélective: lorsque la distribution sélective est utilisée par la majorité des principaux fournisseurs sur un marché, cela peut entraîner l'éviction de certains types de distributeurs, comme par exemple les magasins discount. Le risque que des distributeurs plus efficaces soient évincés est plus grand dans le cas de la distribution sélective que dans celui de la distribution exclusive, car dans le cadre d'un système de distribution sélective, les ventes aux distributeurs non agréés sont restreintes. Cette restriction vise à donner aux systèmes de distribution sélective un caractère fermé, dans le cadre duquel seuls les distributeurs agréés satisfaisant aux

⁽⁸⁹⁾ Voir le point (149).

⁽⁹⁰⁾ Voir l'affaire C-230/16, Coty Germany, points 43 à 58.

⁽⁹¹⁾ Voir l'affaire C-230/16, Coty Germany, en particulier le point 67; voir également le point (208) des présentes lignes directrices.

⁽⁹²⁾ Voir aussi le point (208).

⁽⁹³⁾ Voir l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, point 54. Voir également la section 6.1.2.3.2.

⁽⁹⁴⁾ Voir également, par analogie, l'arrêt du 14 juin 2012, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS, C-158/11, EU:C:2012:351, point 31.

⁽⁹⁵⁾ Voir l'affaire C-306/20, Visma Enterprise, point 78.

critères ont accès au produit tandis que les distributeurs non agréés se retrouvent dans l'impossibilité de s'approvisionner. La distribution sélective permet donc tout particulièrement d'éviter les pressions exercées par les magasins discount (qu'ils soient des distributeurs hors ligne ou des distributeurs qui exercent leur activité exclusivement en ligne) sur les marges du fabricant et sur celles des distributeurs agréés. L'éviction de tels modes de distribution, qu'elle résulte d'une utilisation cumulative de la distribution sélective ou de son utilisation par un seul fournisseur détenant une part de marché supérieure à 30 %, réduit les possibilités pour les consommateurs de bénéficier des avantages propres à ces modes de distribution, tels que des prix plus bas, une transparence accrue et un accès plus large aux produits.

- (155) Lorsque des réseaux de distribution sélective individuels bénéficient de l'exemption prévue par le règlement (UE) 2022/720, le retrait de l'exemption par catégorie ou l'exclusion du champ d'application du règlement (UE) 2022/720 peuvent être envisagés lorsque ces réseaux produisent des effets anticoncurrentiels cumulatifs. Il est toutefois peu probable qu'il y ait des effets anticoncurrentiels cumulatifs lorsque la part de marché totale couverte par la distribution sélective ne dépasse pas 50 %. De même, il est peu probable que des problèmes de concurrence se posent lorsque la couverture du marché dépasse 50 %, mais que la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants ne dépasse pas 50 %. Lorsqu'à la fois la part des cinq plus grands fournisseurs et la part couverte par la distribution sélective excèdent 50 %, l'appréciation peut dépendre du fait que les cinq principaux fournisseurs appliquent tous ou non la distribution sélective. Plus la position des concurrents n'appliquant pas la distribution sélective est forte, moins il est probable que d'autres distributeurs soient évincés. Des problèmes de concurrence peuvent se poser lorsque les cinq principaux fournisseurs appliquent tous la distribution sélective. Tel est notamment probablement le cas lorsque les accords conclus par les plus grands fournisseurs contiennent des critères de sélection quantitative limitant directement le nombre des revendeurs agréés ou lorsque les critères qualitatifs appliqués ont pour effet d'exclure certains modes de distribution, comme par exemple une obligation de disposer d'un ou plusieurs points de vente physiques ou de fournir des services spécifiques qui ne peuvent habituellement l'être qu'au moyen d'un mode de distribution spécifique.
- (156) En règle générale, il est peu probable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité soient remplies lorsque les systèmes de distribution sélective qui contribuent à l'effet cumulatif excluent du marché de nouveaux distributeurs susceptibles de vendre les produits en question de manière adéquate, en particulier les magasins discount ou les distributeurs qui exercent leur activité uniquement en ligne, qui offrent aux consommateurs des prix plus bas, limitant de la sorte la distribution, au bénéfice de certains canaux existants et au détriment des consommateurs finals. Des formes plus indirectes de distribution sélective quantitative, qui résultent par exemple de la combinaison de critères de sélection purement qualitatifs et d'une obligation imposée aux revendeurs de réaliser annuellement un niveau minimal d'achats, sont moins susceptibles de produire des effets négatifs nets, en particulier si le niveau minimal en question ne représente pas une part significative du chiffre d'affaires total réalisé par le revendeur en relation avec le type de produits en question et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que le fournisseur récupère les investissements propres à cette relation contractuelle et/ou réalise des économies d'échelle dans la distribution. En général, un fournisseur dont la part de marché n'excède pas 5 % n'est pas considéré comme contribuant d'une manière significative à un effet cumulatif.
- (157) Les barrières à l'entrée constituent un élément dont il faut tenir compte surtout en cas d'éviction des distributeurs non agréés du marché. Les barrières à l'entrée pourraient être importantes lorsque ce sont des fabricants de produits de marque qui appliquent la distribution sélective, dans la mesure où il faut en général beaucoup de temps et des investissements considérables pour que les distributeurs exclus du système de distribution sélective lancent leurs propres marques ou obtiennent ailleurs des produits compétitifs.
- (158) La puissance d'achat peut accroître le risque de collusion entre les distributeurs. Les distributeurs qui détiennent une position forte sur le marché peuvent inciter les fournisseurs à appliquer des critères de sélection qui empêchent des distributeurs nouveaux et plus efficaces d'accéder au marché. Par conséquent, la puissance d'achat peut modifier sensiblement l'analyse des éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution sélective. Les distributeurs plus efficaces sont susceptibles d'être évincés du marché lorsqu'une organisation de distributeurs agréés puissante impose au fournisseur des critères de sélection destinés à limiter la distribution à l'avantage de ses membres.
- (159) L'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement (UE) 2022/720 dispose que le fournisseur ne peut pas imposer aux distributeurs agréés d'obligation directe ou indirecte de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés. Cette disposition vise à décourager toute collusion horizontale qui permettrait d'exclure certaines marques par la création d'un groupe restreint de marques par les principaux fournisseurs. Une telle obligation ne devrait pas pouvoir bénéficier d'une exemption lorsque la part de marché cumulée des cinq principaux fournisseurs est égale ou supérieure à 50 %, sauf si aucun des fournisseurs qui l'imposent ne compte parmi les cinq plus grands sur le marché en question.

- (160) L'éviction d'autres fournisseurs ne pose généralement pas de problèmes de concurrence tant que les autres fournisseurs ne sont pas empêchés d'utiliser les mêmes distributeurs, comme cela peut se produire, par exemple, lorsque la distribution sélective est associée au monomarquisme. Si le réseau des distributeurs agréés est dense ou s'il y a effet cumulatif, la combinaison de la distribution sélective et d'une obligation de non-concurrence est susceptible de provoquer un problème de verrouillage pour les autres fournisseurs. Dans ce cas, les orientations relatives au monomarquisme énoncées à la section 8.2.1 s'appliquent. Lorsque la distribution sélective n'est pas combinée à une obligation de non-concurrence, l'éviction des fournisseurs concurrents du marché peut toutefois poser problème. Tel est le cas lorsque les principaux fournisseurs non seulement appliquent des critères de sélection purement qualitatifs, mais imposent aussi à leurs distributeurs des obligations supplémentaires, telles que l'obligation de réserver aux produits du fournisseur un minimum d'espace sur leurs linéaires de présentation ou de veiller à ce que les ventes de leurs produits représentent un pourcentage minimal du chiffre d'affaires total du distributeur. Il y a peu de risque qu'un tel problème surgisse si la part du marché couverte par la distribution sélective ne dépasse pas 50 % ou, lorsque ce taux de couverture est dépassé, si la part de marché des cinq principaux fournisseurs ne dépasse pas 50 %.
- (161) Il est important d'évaluer la dynamique du marché, car la croissance de la demande, l'évolution des technologies et les fluctuations des positions de marché peuvent rendre des effets négatifs moins probables que cela n'aurait été le cas sur des marchés matures.
- (162) La distribution sélective peut être efficace en permettant de diminuer les coûts de logistique grâce à des économies d'échelle au niveau du transport, et ce quelle que soit la nature du produit [voir le point (16), g)]. Toutefois, ce type de gains d'efficacité est généralement marginal dans le cadre des systèmes de distribution sélective. La nature du produit est un élément important quand il s'agit de déterminer si la distribution sélective est justifiée pour aider à résoudre un problème de parasitisme [voir le point 16, b)] ou pour aider à créer ou à maintenir une image de marque [voir le point 16, h)]. En règle générale, le recours à la distribution sélective pour réaliser ces types de gains d'efficacité est davantage susceptible de se justifier pour les produits nouveaux, les produits complexes ou encore les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience), ou même après consommation (produits dits de conviction). La combinaison d'une distribution sélective et d'une clause d'implantation, afin de protéger un distributeur agréé contre la concurrence d'autres distributeurs agréés qui ouvrent un point de vente à proximité du sien, peut en particulier remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité si cette combinaison est indispensable pour protéger des investissements substantiels et propres à la relation contractuelle effectués par le distributeur agréé [voir le point 16, e)]. Pour s'assurer que la restriction utilisée est la moins préjudiciable à la concurrence, il convient d'examiner si les mêmes gains d'efficacité pourraient être réalisés à un coût comparable, par exemple en imposant des obligations portant uniquement sur le service.
- (163) Le cas décrit ci-après est un exemple de distribution sélective quantitative.
- Sur un marché de biens de consommation durables, le fabricant de marque A, qui est leader du marché avec une part de marché de 35 %, vend ses produits aux consommateurs par le biais d'un système de distribution sélective. Il existe plusieurs critères d'admission au système: le magasin doit employer du personnel qualifié et proposer des services de vente; un rayon spécialisé du magasin doit être consacré à la vente du produit ainsi qu'aux produits de haute technologie similaires; et le magasin doit proposer un large assortiment des modèles du fournisseur et présenter ceux-ci d'une manière attrayante. Le nombre de détaillants pouvant adhérer au système est en outre directement limité en ce qu'il ne peut dépasser un plafond qui dépend du nombre d'habitants de chaque province ou de chaque zone urbaine. Le fabricant A affronte six concurrents sur ce marché. Les fabricants de marques B, C et D sont ses principaux concurrents, avec des parts de marché de respectivement 25 %, 15 % et 10 %, tandis que les autres fabricants ont des parts de marché plus petites. A est le seul fabricant à recourir à la distribution sélective. Les distributeurs sélectifs de la marque A commercialisent tous quelques marques concurrentes. Toutefois, les marques concurrentes sont aussi très présentes dans des magasins qui ne font pas partie du système de distribution sélective du fabricant A. Il existe différents canaux de distribution: à titre d'exemple, les marques B et C sont vendues dans la plupart des magasins sélectionnés par A, mais aussi dans d'autres magasins offrant un niveau de service élevé et dans des hypermarchés. La marque D est principalement vendue dans des magasins proposant un niveau de service élevé. La technologie évolue très rapidement sur ce marché, et les principaux fournisseurs entretiennent une forte image de qualité pour leurs produits grâce à la publicité.
- Sur ce marché, le taux de couverture de la distribution sélective est de 35 %. La concurrence intermarques n'est pas directement affectée par le système de distribution sélective de A. Il se peut que la concurrence intramarque soit réduite pour la marque A, mais les consommateurs peuvent se procurer les marques B et C - qui jouissent d'une image de qualité comparable à celle de la marque A - auprès de détaillants proposant des prix et des services d'un niveau peu élevé. En outre, l'accès à des détaillants offrant un haut niveau de service reste possible pour les autres marques, puisqu'aucune limite n'est imposée à la capacité des distributeurs de vendre des marques concurrentes et que la limitation quantitative du nombre de distributeurs pour la marque A laisse à d'autres détaillants offrant un haut niveau de service la liberté de distribuer des marques concurrentes. Dans un tel cas de figure, eu égard aux obligations portant sur le service et aux gains d'efficacité qu'elles sont susceptibles de générer, ainsi qu'à l'effet limité sur la concurrence intramarque, il est probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité seront remplies.

(164) Le cas décrit ci-après est un exemple de distribution sélective avec effets cumulatifs.

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

Sur ce marché, les magasins discount généralistes et les distributeurs qui exercent leur activité exclusivement en ligne n'ont pas accès aux marques des cinq leaders du marché. En effet, l'exigence selon laquelle le produit doit représenter au moins 30 % de l'activité des distributeurs et les critères relatifs à la présentation et aux services de prévente excluent la plupart des magasins discount du réseau des distributeurs agréés. Par ailleurs, l'obligation de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques exclut du réseau les distributeurs qui exercent leur activité exclusivement en ligne. Par conséquent, les consommateurs ne peuvent acheter les cinq marques leaders que dans des magasins proposant un service et des prix d'un niveau élevé. Aussi la concurrence intermarques entre les cinq marques leaders est-elle réduite. Le fait que les deux marques les moins importantes puissent être achetées dans des magasins offrant un service et des prix d'un niveau moins élevé ne constitue pas une compensation, car l'image de marque des cinq marques leaders est bien meilleure. La concurrence intermarques est aussi limitée par la distribution exclusive multiple. Même s'il existe un certain degré de concurrence intramarque et que le nombre de distributeurs n'est pas directement limité, les critères d'admission sont suffisamment stricts pour que le nombre de distributeurs des cinq marques leaders soit faible sur chaque territoire.

Les gains d'efficacité résultant de tels systèmes de distribution sélective quantitative sont peu importants: le produit n'est pas très complexe et ne justifie pas un service particulièrement élevé. À moins que les fabricants ne prouvent que leur système de distribution sélective s'accompagne de gains d'efficacité évidents, il est probable que le bénéfice de l'exemption par catégorie devra être retiré en raison de la présence d'effets anticoncurrentiels cumulatifs qui ont pour conséquence de limiter le choix des consommateurs et d'augmenter le prix qu'ils doivent acquitter.

4.6.3. *Franchise*

(165) Les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé une assistance commerciale ou technique pendant la période d'application de l'accord. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale une redevance du franchisé pour l'utilisation de cette méthode commerciale. La franchise peut permettre au franchiseur de mettre en place, moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits. Outre la concession de la méthode commerciale, les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de plusieurs restrictions verticales portant sur les produits distribués, comme par exemple la distribution sélective et/ou des obligations de non-concurrence.

- (166) La franchise (à l'exception des accords de franchise industrielle) présente certaines caractéristiques spécifiques, telles que l'utilisation d'un nom commercial uniforme, des méthodes commerciales uniformes (y compris l'octroi de licences de DPI) et le paiement de redevances en échange des avantages accordés. Compte tenu de ces caractéristiques, les dispositions strictement nécessaires au fonctionnement des systèmes de franchise peuvent être considérées comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Il s'agit, par exemple, des restrictions qui empêchent le franchisé d'utiliser le savoir-faire et l'assistance fournis par le franchiseur au profit de ses concurrents ⁽⁹⁶⁾ et des obligations de non-concurrence relatives aux biens ou services achetés par le franchisé qui sont nécessaires au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans ce dernier cas, la durée de l'obligation de non-concurrence est indifférente pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise.
- (167) Les accords de franchise peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 lorsque ni la part de marché du fournisseur ni celle de l'acheteur ne dépassent 30 %. Des orientations spécifiques sur le calcul des parts de marché dans le contexte de la franchise sont fournies au point (174). L'octroi de licences relatives à des droits de propriété intellectuelle prévus dans un accord de franchise est abordé aux points (71) à (87). Les restrictions verticales incluses dans les accords de franchise seront évaluées au regard des principes applicables au système de distribution qui correspond le mieux à l'accord de franchise en question. Par exemple, un accord de franchise qui donne lieu à un réseau fermé, lorsqu'il est interdit aux franchisés de vendre à des non-franchisés, doit être évalué au regard des principes applicables à la distribution sélective. En revanche, un accord de franchise qui ne donne pas lieu à un réseau fermé mais qui accorde une exclusivité territoriale et une protection contre les ventes actives d'autres franchisés doit être évalué au regard des principes applicables à la distribution exclusive.
- (168) Les accords de franchise non couverts par le règlement (UE) 2022/720 nécessitent une appréciation individuelle au regard de l'article 101 du traité. Cette appréciation devrait tenir compte du fait que plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions verticales généreront des gains d'efficacité et/ou seront indispensables pour le protéger et qu'elles satisferont donc aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (169) Le cas décrit ci-après est un exemple de franchise.

Un fabricant a conçu un nouveau concept pour la vente de bonbons dans des magasins dits magasins ludiques («fun-shops»), où les bonbons peuvent être colorés à la demande du client. Le fabricant de bonbons a aussi élaboré les machines pour la coloration des bonbons et produit les liquides de coloration. La qualité et la fraîcheur du liquide sont d'une importance essentielle pour produire des bonbons de qualité. Le fabricant a assuré le succès de ses bonbons en les distribuant par le biais d'un certain nombre de points de vente au détail, tous opérant sous la même enseigne et avec la même présentation ludique (par exemple, un agencement identique des magasins et une publicité commune). Afin d'accroître ses ventes, le fabricant de bonbons a développé un système de franchise. Pour garantir une qualité de produit et une image des magasins uniformes, les franchisés sont tenus d'acheter les bonbons, le liquide et la machine à colorer au fabricant, de travailler sous la même enseigne, de payer une redevance, de contribuer aux campagnes de publicité communes et de respecter le caractère confidentiel du manuel de fonctionnement élaboré par le franchiseur. De surcroît, les franchisés ne peuvent vendre que dans les locaux convenus et qu'à des consommateurs finals ou à d'autres franchisés. Ils ne sont pas autorisés à vendre d'autres bonbons dans leurs magasins. Le franchiseur s'engage à ne pas désigner un autre franchisé ni exploiter un commerce de détail sur un territoire contractuel donné. Il est aussi tenu de constamment développer ses produits, la conception des magasins et le manuel de fonctionnement et de mettre ces améliorations à la disposition de tous les franchisés. Les accords de franchise sont conclus pour une durée de dix ans.

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

⁽⁹⁶⁾ Voir l'arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, C-161/84, EU:C:1986:41, point 16.

La plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des DPI ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé et ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Les restrictions relatives aux ventes (c'est-à-dire l'allocation d'un territoire contractuel et la distribution sélective) incitent les franchisés à investir dans le concept de franchise et la machine de coloration et à contribuer à maintenir l'identité commune, en compensant ainsi l'affaiblissement de la concurrence intramarque. La clause de non-concurrence, qui exclut les autres marques de bonbons dans les magasins pendant toute la durée des accords, permet au franchiseur de maintenir l'uniformité des points de vente et empêche les concurrents de profiter de son enseigne. Compte tenu du nombre important de points de vente disponibles pour les autres fabricants de bonbons, elle n'entraîne pas de verrouillage substantiel. Par conséquent, dans la mesure où ils relèvent de l'article 101, paragraphe 1, du traité, les accords de franchise remplissent normalement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

5. DEFINITION DES MARCHES ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ

5.1. Communication sur la définition du marché

(170) La communication sur la définition du marché donne des orientations quant aux règles, critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie lorsqu'elle examine la question de la définition des marchés. Il convient dès lors de définir le marché en cause aux fins de l'application de l'article 101 du traité aux accords verticaux sur la base de ces orientations, ce qui s'entend également comme faisant référence aux futures orientations relatives à la définition du marché en cause aux fins des règles de concurrence de l'Union, notamment aux orientations qui pourraient remplacer la communication sur la définition du marché. Les présentes lignes directrices ne portent que sur les questions spécifiques qui se posent dans le contexte de l'application du règlement (UE) 2022/720 et qui ne sont pas couvertes dans la communication sur la définition du marché.

5.2. Le calcul des parts de marché conformément au règlement (UE) 2022/720

(171) Conformément à l'article 3 du règlement (UE) 2022/720, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont déterminantes pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie. Pour que le règlement (UE) 2022/720 s'applique, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits ou services contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits ou services contractuels ne doivent pas dépasser 30 %. Dans le cas d'accords entre des PME, il n'est généralement pas nécessaire de calculer les parts de marché [voir le point (28)].

(172) Au niveau de la distribution, les restrictions verticales concernent généralement non seulement la vente de biens ou de services entre le fournisseur et l'acheteur, mais aussi leur vente. Étant donné que différents modes de distribution sont habituellement en concurrence, les marchés ne sont généralement pas définis selon le mode de distribution utilisé, que ce soit la distribution exclusive, sélective ou libre. Dans les secteurs dans lesquels les fournisseurs vendent normalement une gamme de biens et de services, l'ensemble de cette gamme peut déterminer la définition du marché si ces gammes, et non les biens ou les services qu'elles contiennent, pris individuellement, sont considérées par l'acheteur comme substitut.

(173) Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties actives chacune à un stade commercial différent, il faut, pour qu'il puisse bénéficier du règlement (UE) 2022/720, que la part de marché de chacune des parties ne dépasse pas 30 %. Comme l'indique l'article 3, paragraphe 2, du règlement, lorsque, aux termes d'un accord multipartite, une entreprise (la première entreprise) achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise qui est également partie à l'accord, le règlement ne s'applique que si la part de marché de la première entreprise en tant qu'acheteur et que fournisseur n'excède pas le seuil de 30 %. Par exemple, si un accord conclu entre un fabricant, un grossiste (ou une association de détaillants) et un détaillant prévoit une obligation de non-concurrence, les parts de marché du fabricant et du grossiste (ou de l'association de détaillants) sur leurs marchés d'approvisionnement respectifs ne doivent pas dépasser 30 % et les parts de marché du grossiste (ou de l'association de détaillants) et du détaillant sur leurs marchés d'achat respectifs ne doivent pas dépasser 30 % pour que cet accord puisse bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement.

- (174) Lorsque l'accord vertical, outre ses dispositions sur la fourniture des biens ou services contractuels, contient aussi des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle - comme celles qui concernent l'utilisation de la marque du fournisseur - qui aident l'acheteur à commercialiser les biens ou services contractuels, la part de marché du fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens ou services contractuels est pertinente aux fins de l'application du règlement (UE) 2022/720. Si un franchiseur ne fournit pas de biens ou de services aux fins de leur vente, mais propose un ensemble de biens ou de services assortis de dispositions concernant les droits de propriété intellectuelle, le tout formant la méthode commerciale faisant l'objet de la franchise, il doit tenir compte de sa part de marché en tant que fournisseur d'une telle méthode pour la fourniture de biens ou services spécifiques aux utilisateurs finals. À cet effet, il doit calculer sa part sur le marché sur lequel la méthode commerciale en question est exploitée, à savoir le marché sur lequel les franchiseurs exploitent la méthode commerciale pour fournir des biens ou des services à des utilisateurs finals. Le franchiseur doit donc calculer sa part de marché sur la base de la valeur des biens ou des services que ses franchiseurs fournissent sur ce marché. Sur un tel marché, les concurrents du franchiseur peuvent inclure des fournisseurs d'autres méthodes commerciales sous franchise, mais aussi des fournisseurs de biens ou de services substituables qui n'utilisent pas la franchise. En supposant par exemple, sans préjudice de la définition d'un tel marché, l'existence d'un marché des services de restauration rapide, un franchiseur présent sur ce marché devrait calculer sa part de marché sur la base des chiffres de vente pertinents réalisés par ses franchiseurs sur ce même marché.

5.3. **Calcul des parts de marché conformément au règlement (UE) 2022/720**

- (175) Comme énoncé à l'article 8, point a), du règlement (UE) 2022/720, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur devraient, en principe, être calculées sur la base de données relatives à la valeur, en tenant compte de toutes les sources de revenus générés par la vente des biens ou des services. Lorsque de telles données ne sont pas disponibles, des estimations dûment étayées peuvent être effectuées sur la base d'autres informations fiables relatives au marché, telles que des données relatives au volume.
- (176) La production interne, à savoir la production ou la fourniture de biens ou services intermédiaires pour la propre utilisation du fournisseur peut être pertinente pour l'analyse de la concurrence dans un cas déterminé, mais il n'est pas pris en considération aux fins de la définition du marché ou du calcul des parts de marché conformément au règlement (UE) 2022/720. Toutefois, conformément à l'article 8, point c) du règlement, dans les scénarios de double distribution, la définition du marché en cause et le calcul de la part de marché doivent tenir compte des ventes que le fournisseur réalise de ses propres biens par l'intermédiaire de distributeurs et d'agents verticalement intégrés ⁽⁹⁷⁾. Les distributeurs intégrés sont des entreprises liées au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement.

6. APPLICATION DU REGLEMENT (UE) 2022/720

6.1. **Restrictions caractérisées au titre du règlement (UE) 2022/720**

- (177) L'article 4 du règlement (UE) 2022/720 contient une liste de restrictions caractérisées. Il s'agit de restrictions graves de concurrence qui, dans la plupart des cas, devraient être interdites en raison du préjudice qu'elles causent aux consommateurs. Lorsqu'un accord vertical comporte une ou plusieurs restrictions caractérisées, l'ensemble de l'accord est exclu du champ d'application du règlement (UE) 2022/720.
- (178) Les restrictions caractérisées visées à l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 s'appliquent aux accords verticaux concernant les échanges au sein de l'Union. Dès lors, dans la mesure où un accord vertical concerne les exportations vers un pays tiers ou des importations/réimportations dans l'Union, il ne saurait être considéré comme ayant pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur de l'Union ou comme étant susceptible d'affecter en tant que tel le commerce entre les États membres ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁷⁾ À cette fin, les ventes, par le distributeur intégré, de biens ou de services de fournisseurs concurrents ne sont pas prises en compte.

⁽⁹⁸⁾ Voir l'affaire C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent Parfums, point 20.

- (179) Les restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 sont généralement des restrictions de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1 du traité ⁽⁹⁹⁾. Les restrictions de concurrence par objet sont des types de coordination entre entreprises qui, par leur nature même, peuvent être considérées comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ⁽¹⁰⁰⁾. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire ⁽¹⁰¹⁾. La constatation d'une restriction par objet nécessite une évaluation individuelle de l'accord vertical concerné. Les restrictions caractérisées, en revanche, correspondent à une catégorie de restrictions, définie dans le règlement (UE) 2022/720, qui sont présumées généralement nocives pour la concurrence. Par conséquent, les accords verticaux qui contiennent de telles restrictions caractérisées ne peuvent pas bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720.
- (180) Toutefois, les restrictions caractérisées ne relèvent pas nécessairement de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Lorsqu'une restriction caractérisée visée à l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 est objectivement nécessaire pour la mise en œuvre d'un accord vertical particulier, par exemple, pour assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé, exceptionnellement cet accord ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Il résulte de ce qui précède que la Commission appliquera les principes suivants lors de l'appréciation d'un accord vertical:
- (a) lorsqu'une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 est incluse dans un accord vertical, ce dernier relève probablement de l'article 101, paragraphe 1, du traité;
 - (b) un accord comportant une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement (UE) 2022/720 ne remplit probablement pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (181) Une entreprise a la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité dans un cas donné ⁽¹⁰²⁾. À cet effet, elle doit établir que des gains d'efficacité sont probables et que ceux-ci seront vraisemblablement dus à l'introduction de la restriction caractérisée dans l'accord, et elle doit également démontrer que toutes les autres conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité sont remplies. Lorsque tel est le cas, la Commission appréciera l'incidence négative que l'inclusion de la restriction caractérisée dans l'accord est susceptible d'avoir sur la concurrence, avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité sont remplies.
- (182) Les exemples présentés aux points (183) et (184) visent à illustrer la manière dont la Commission appliquera les principes susmentionnés.
- (183) Exemple de fournitures croisées entre distributeurs agréés:

Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs agréés doivent généralement rester libres [voir le point (237)]. Toutefois, les restrictions portant sur les ventes actives peuvent, dans certaines circonstances, remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité. Ce peut être le cas, par exemple, si des grossistes agréés situés sur différents territoires ont besoin d'investir dans des activités de promotion sur le territoire sur lequel ils distribuent les biens ou services contractuels pour soutenir les ventes des détaillants agréés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion requises en tant qu'obligation contractuelle dans l'accord.

⁽⁹⁹⁾ Voir le document de travail des services de la Commission, Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the *De Minimis* Notice, 25 juin 2014, SWD(2014) 198 final, p. 4.

⁽¹⁰⁰⁾ Voir l'arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission, C-373/14 P, EU:C:2016:26, point 26.

⁽¹⁰¹⁾ Voir l'arrêt du 2 avril 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, EU:C:2020:265, points 35 et 37 et la jurisprudence citée.

⁽¹⁰²⁾ Voir en particulier le point (16), a) à i), des présentes lignes directrices, qui décrivent les types de gain d'efficacité possibles liés aux restrictions verticales, et la section 6.1.1 des présentes lignes directrices relative aux prix de vente imposés. Pour les orientations générales sur l'appréciation des gains d'efficacité, voir également les lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3.

(184) Exemple de véritable test concernant un produit nouveau:

Lorsqu'il s'agit véritablement de tester un nouveau produit sur un territoire limité ou auprès d'un groupe limité de clients ou en cas d'introduction échelonnée d'un nouveau produit, les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché testé ou qui participent aux premières étapes de l'introduction échelonnée peuvent être mis dans l'impossibilité de réaliser des ventes actives en dehors du marché testé ou sur le(s) marché(s) sur le(s)quel(s) ou auprès des groupes de clients auprès desquels le produit n'a pas encore été introduit. Ces restrictions peuvent ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité le temps nécessaire au test ou à l'introduction du produit.

6.1.1. Prix de vente imposés

(185) La restriction caractérisée énoncée à l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720 concerne les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ayant directement ou indirectement pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur à déterminer son prix de vente, y compris ceux qui établissent un prix de vente imposé ou minimal que l'acheteur doit appliquer ⁽¹⁰³⁾. L'exigence faite à l'acheteur de fixer son prix de vente dans une certaine fourchette est un prix de vente imposé au sens de l'article 4, point a), du règlement.

(186) Les prix de vente imposés peuvent être appliqués par des moyens directs. C'est le cas des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées qui fixent directement le prix que l'acheteur doit facturer à ses clients ⁽¹⁰⁴⁾, ou qui permettent au fournisseur de fixer le prix de vente ou qui interdisent à l'acheteur de vendre en deçà d'un certain niveau de prix. La restriction est également flagrante lorsque le fournisseur demande une augmentation de prix et que l'acheteur accède à cette demande.

(187) Les prix de vente imposés peuvent aussi être appliqués par des moyens indirects, notamment des mesures incitant à appliquer un prix minimal ou dissuadant de s'écarter d'un prix minimal. Les exemples suivants fournissent une liste non exhaustive de ces moyens indirects:

- (a) la fixation de la marge de vente;
- (b) la fixation du niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un niveau de prix prédéfini;
- (c) le fait de subordonner au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes ou le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur;
- (d) l'imposition de prix minimaux affichés interdisant au distributeur d'afficher des prix inférieurs à un niveau fixé par le fournisseur;
- (e) le fait de relier le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par les concurrents;
- (f) des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions, des retards ou suspensions de livraison ou la résiliation de l'accord en cas de non-respect d'un niveau de prix donné.

(188) Conformément à l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720, l'imposition par le fournisseur d'un prix de vente maximal ou la recommandation d'un prix de vente ne constitue pas une restriction caractérisée. Toutefois, si le fournisseur associe cette recommandation de prix maximal ou de prix de vente à des mesures incitant à appliquer un niveau de prix donné ou dissuadant de baisser le prix de vente, cela peut constituer un prix de vente imposé. Tel serait le cas, par exemple, lorsque le fournisseur rembourse les coûts promotionnels supportés par l'acheteur à la condition que celui-ci ne s'écarte pas du prix de vente maximal ou du prix de vente conseillé. Un exemple de mesure visant à dissuader l'acheteur de baisser le prix de vente serait la menace proférée par le fournisseur de réduire l'approvisionnement au motif que l'acheteur s'est écarté du prix de vente maximal ou recommandé.

⁽¹⁰³⁾ Il convient d'observer que les prix de vente imposés peuvent être liés à d'autres restrictions, notamment une collusion horizontale prenant la forme d'un réseau en étoile. Ces restrictions sont abordées au point 55 des lignes directrices horizontales.

⁽¹⁰⁴⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 — *Guess*, points 84, 86 et 137.

- (189) Bien qu'en principe les prix minimaux affichés laissent au distributeur la liberté de vendre à un prix inférieur au prix annoncé, ils dissuadent le distributeur de fixer un prix de vente inférieur en restreignant sa capacité d'informer les clients potentiels des remises disponibles. Un paramètre clé de la concurrence que se livrent les détaillants sur les prix est ainsi éliminé. Aux fins de l'application de l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720, les prix minimaux affichés seront donc traités comme un moyen indirect d'appliquer les prix de vente imposés.
- (190) L'efficacité des moyens directs ou indirects d'appliquer les prix de vente imposés peut être accrue lorsqu'ils sont combinés avec des mesures visant à détecter les distributeurs qui vendent à bas prix, telles que la mise en place d'un système de surveillance des prix ou l'obligation pour les détaillants de dénoncer les autres membres du réseau de distribution qui s'écartent du niveau de prix standard.
- (191) La surveillance des prix est de plus en plus utilisée dans le commerce électronique, dans lequel les fournisseurs comme les détaillants utilisent souvent des logiciels spécifiques à cet effet ⁽¹⁰⁵⁾. Ces logiciels accroissent la transparence des prix sur le marché et permettent aux fabricants de surveiller efficacement les prix de vente dans leur réseau de distribution ⁽¹⁰⁶⁾. Ils permettent également aux détaillants de surveiller les prix de leurs concurrents. Toutefois, en tant que tels, la surveillance des prix et la communication des prix ne sont pas des pratiques de prix de vente imposés.
- (192) Dans le cas d'un contrat d'agence, le commettant fixe généralement le prix de vente, étant donné qu'il supporte les risques commerciaux et financiers liés à la vente. Toutefois, lorsque l'accord ne remplit pas les conditions requises pour être qualifié de contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité [voir en particulier les points (30) à (34) des présentes lignes directrices], toute obligation directe ou indirecte qui empêche l'agent de partager sa rémunération avec le client ou limite sa capacité à le faire, que la rémunération soit fixe ou variable, constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720 ⁽¹⁰⁷⁾. L'agent doit donc rester libre de diminuer le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant ⁽¹⁰⁸⁾.
- (193) Dans le cadre d'un contrat d'exécution, le fournisseur conclut un accord vertical avec un acheteur aux fins de l'exécution d'un contrat de fourniture conclu antérieurement entre le fournisseur et un client spécifique. Lorsque le fournisseur sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur n'est pas une pratique de prix de vente imposés. Dans ce cas, le prix de vente imposé dans le contrat d'exécution ne restreint pas la concurrence pour la fourniture des biens ou des services au client ni la concurrence pour la fourniture des services d'exécution. C'est le cas, par exemple, lorsque des clients achètent des biens à une entreprise active dans l'économie des plateformes en ligne qui est exploitée par un groupe de détaillants indépendants sous une marque commune et que cette entreprise détermine le prix de vente des biens et transmet des commandes aux détaillants en vue de leur exécution ⁽¹⁰⁹⁾. En revanche, lorsque le client sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur peut restreindre la concurrence pour la prestation des services d'exécution. Dans ce cas, l'imposition d'un prix de vente peut équivaloir à une pratique de prix de vente imposés.
- (194) L'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720 est pleinement applicable dans l'économie des plateformes en ligne. En particulier, lorsqu'une entreprise fournit des services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 1, paragraphe 1, point e), du règlement, elle est un fournisseur de tels services et, par conséquent, l'article 4, point a), du règlement s'applique aux restrictions imposées par l'entreprise aux acheteurs des services d'intermédiation en ligne en ce qui concerne le prix de vente de biens ou de services vendus par l'intermédiaire

⁽¹⁰⁵⁾ Voir le rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, points 602 et 603.

⁽¹⁰⁶⁾ Voir les décisions de la Commission dans l'affaire AT.40182 - *Pioneer*, considérants 136 et 155; dans l'affaire AT.40469 - *Denon & Marantz*, considérant 95; dans l'affaire AT.40181 - *Philips*, considérant 64; dans l'affaire AT.40465 - *Asus*, considérant 27;

⁽¹⁰⁷⁾ Les restrictions de la capacité des prestataires de services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point e), du règlement à partager leur rémunération liée à la prestation des services d'intermédiation en ligne ne sont pas des restrictions caractérisées au sens de l'article 4, point a), du règlement, étant donné qu'elles ne restreignent pas la capacité d'un acheteur à déterminer son prix de vente. Voir les points (64) à (67) des présentes lignes directrices, en particulier le point (67), a).

⁽¹⁰⁸⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire n° IV/32.737 - *Eirpage*, en particulier le point 6.

⁽¹⁰⁹⁾ Les présentes orientations sont sans préjudice de l'appréciation des accords horizontaux conclus entre les détaillants qui mettent en place et utilisent un tel modèle d'exécution en vertu de l'article 101 du traité, compte tenu des orientations fournies par les lignes directrices horizontales.

des services d'intermédiation en ligne. Bien que cela n'empêche pas un fournisseur de services d'intermédiation en ligne d'inciter les utilisateurs des services à vendre leurs biens ou services à un prix concurrentiel ou à réduire leurs prix, l'imposition par le fournisseur de services d'intermédiation en ligne d'un prix de vente fixe ou minimal pour les transactions réalisées par son intermédiaire constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720.

- (195) La Cour de justice de l'Union européenne a jugé à plusieurs reprises que les prix de vente imposés constituent une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽¹¹⁰⁾. Toutefois, comme indiqué aux points (179) à (181), la qualification d'une restriction en tant que restriction caractérisée ou que restriction de concurrence par objet ne signifie pas qu'elle constitue *per se* une infraction à l'article 101 du traité. Lorsqu'une entreprise considère que des prix de vente imposés génèrent des gains d'efficacité dans un cas donné, elle peut invoquer ces gains d'efficacité au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (196) Les prix de vente imposés peuvent restreindre la concurrence intramarque et/ou intermarques de différentes manières:
- (a) Ils peuvent faciliter la collusion entre fournisseurs en accroissant la transparence des prix sur le marché, ce qui permet de détecter plus aisément si un fournisseur s'écarte de l'équilibre collusoire en baissant son prix. Cet effet négatif est plus probable sur les marchés qui favorisent les collusions, par exemple si les fournisseurs forment un oligopole restreint, et qu'une partie importante du marché est couverte par des prix de vente imposés;
 - (b) Les prix de vente imposés peuvent faciliter la collusion entre acheteurs au niveau de la distribution, en particulier lorsque cette pratique est dirigée par les acheteurs. Des acheteurs puissants ou bien organisés peuvent être en mesure de forcer ou d'inciter un ou plusieurs de leurs fournisseurs à fixer leur prix de vente au-dessus du niveau concurrentiel, aidant ainsi les acheteurs à atteindre ou à stabiliser un équilibre collusoire. Les prix de vente imposés servent de dispositif d'engagement visant à ce que les détaillants ne s'écartent pas de l'équilibre collusoire en pratiquant des remises sur leurs prix;
 - (c) Dans certains cas, les prix de vente imposés peuvent aussi atténuer la concurrence entre les producteurs et/ou entre les détaillants, en particulier lorsque les producteurs passent par les mêmes distributeurs pour distribuer leurs produits et que des prix de vente imposés sont appliqués par l'ensemble ou une grande partie d'entre eux;
 - (d) les prix de vente imposés peuvent atténuer la pression sur la marge du fournisseur, en particulier lorsqu'un fabricant a un problème dit «d'engagement», c'est-à-dire lorsqu'il a intérêt à baisser le prix pratiqué à l'égard de distributeurs subséquents. Dans cette situation, le fabricant peut préférer accepter des prix imposés pour lui permettre de s'engager à ne pas baisser le prix pour les distributeurs subséquents et pour réduire la pression sur sa propre marge;
 - (e) en empêchant la concurrence par les prix entre les distributeurs, les prix de vente imposés peuvent empêcher ou entraver l'introduction et l'expansion de modes de distribution nouveaux ou plus efficaces, affaiblissant ainsi l'innovation au niveau de la distribution;
 - (f) un fournisseur qui dispose d'un pouvoir de marché peut recourir aux prix de vente imposés pour évincer des concurrents de taille plus modeste. La marge supérieure que les prix de vente imposés sont susceptibles de garantir aux distributeurs peut inciter ces derniers à recommander aux clients la marque du fournisseur plutôt que des marques concurrentes, même si ce conseil n'est pas dans l'intérêt des clients, ou à ne pas vendre du tout les marques concurrentes;
 - (g) l'effet direct des prix de vente imposés est l'élimination de la concurrence intramarque sur les prix, étant donné que tous les distributeurs, ou certains d'entre eux, se verront empêchés de baisser leurs prix de vente pour la marque concernée, ce qui entraînera une augmentation des prix pour cette marque.
- (197) Toutefois, les prix de vente imposés peuvent également générer des gains d'efficacité, en particulier lorsqu'ils sont dirigés par le fournisseur. Lorsque des entreprises invoquent des gains d'efficacité pour appliquer des prix de vente imposés, elles doivent être en mesure d'apporter des éléments de preuve concrets et de démontrer que toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies dans le cas d'espèce ⁽¹¹¹⁾. Quatre exemples de tels gains d'efficacité sont présentés ci-après.
- (a) Lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent représenter un moyen efficace d'inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir ce produit. L'article 101, paragraphe 3, du traité exige également qu'il n'existe pas d'alternatives réalistes et moins restrictives pour inciter les distributeurs à promouvoir le produit. Pour satisfaire à cette exigence, les

⁽¹¹⁰⁾ Voir l'arrêt du 3 juillet 1985, Binon/AMP, C-243/83 P, EU:C:1985:284, point 44; l'arrêt du 1^{er} octobre 1987, VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, C-311/85, EU:C:1987:418, point 17; l'arrêt du 19 avril 1988, Erauw-Jacquery/La Hesbignonne, C-27/87, EU:C:1988:183, point 15.

⁽¹¹¹⁾ Conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003, il incombe aux entreprises invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 101, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe du traité sont remplies.

fournisseurs peuvent, par exemple, démontrer qu'ils n'ont pas la possibilité en pratique d'imposer à tous les acheteurs, par voie contractuelle, des obligations de promotion effective. Dans de telles circonstances, l'imposition de prix de détail imposés ou minimaux pendant une période limitée afin de faciliter le lancement du nouveau produit peut être considérée, dans l'ensemble, comme favorable à la concurrence.

- (b) Des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximaux, peuvent être nécessaires pour organiser une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (de 2 à 6 semaines le plus souvent), en particulier dans un système de distribution dans lequel le fournisseur applique un format de distribution uniforme, tel qu'un système de franchise. Dans ce cas, compte tenu de son caractère temporaire, l'imposition de prix de détail fixes peut être considérée, dans l'ensemble, comme favorable à la concurrence.
 - (c) Un prix de vente minimal ou un prix minimal affiché peut être utilisé pour empêcher un distributeur déterminé d'utiliser le produit d'un fournisseur comme produit d'appel. Lorsqu'un distributeur vend régulièrement un produit en deçà du prix de gros, cela peut nuire à l'image de marque du produit et, à terme, réduire la demande globale du produit et affaiblir l'incitation du fournisseur à investir dans la qualité et l'image de marque. Dans ce cas, empêcher ce distributeur de vendre en deçà du prix de gros, en lui imposant un prix de vente minimal ciblé ou un prix minimal affiché, peut être considéré comme favorable à la concurrence.
 - (d) Dans certains cas, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente additionnels, notamment dans le cas de produits complexes. Si un nombre suffisant de clients s'appuient sur ces services pour choisir un produit, mais achètent ensuite les produits à un prix plus bas à des détaillants qui ne fournissent pas ces services (et, de ce fait, n'en supportent pas les coûts), les détaillants offrant un haut niveau de service peuvent réduire ou cesser la fourniture de ces services qui augmentent la demande pour le produit du fournisseur. Le fournisseur doit démontrer qu'il existe un risque de parasitisme au niveau de la distribution, que des prix de vente imposés ou minimaux incitent suffisamment à investir dans des services de prévente et qu'il n'existe pas d'alternatives réalistes et moins restrictives pour éliminer le parasitisme. Dans cette situation, la probabilité que les prix de vente imposés soient considérés comme favorables à la concurrence est plus élevée lorsque la concurrence entre les fournisseurs est forte et que le fournisseur n'a qu'un pouvoir de marché limité.
- (198) L'utilisation de prix de vente conseillés ou de prix de vente maximaux peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 lorsque la part de marché de chacune des parties à l'accord n'excède pas le seuil de 30 % et pour autant qu'elle ne soit pas équivalente à l'imposition d'un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations offertes par l'une des parties, comme indiqué aux points (187) et (188). Les points (199) à (201) donnent des orientations pour l'appréciation des prix de vente conseillés ou maximaux qui dépassent le seuil de part de marché.
- (199) Les risques que présentent pour la concurrence les prix de vente recommandés et maximaux résultent, en premier lieu, du fait qu'ils peuvent servir de point de convergence («point focal») pour les distributeurs et peuvent être suivis par la plupart ou la totalité d'entre eux. En second lieu, ils peuvent atténuer la concurrence ou faciliter la collusion entre fournisseurs.
- (200) Un élément important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des prix de vente conseillés ou maximaux est la position du fournisseur sur le marché. Plus la position du fournisseur sur le marché est forte, plus le risque qu'un prix de vente recommandé ou maximal conduise à une application plus ou moins uniforme de ce niveau de prix par les revendeurs est élevé, car ceux-ci peuvent avoir des difficultés à s'écarter de ce qu'ils perçoivent comme le prix de vente privilégié proposé par un fournisseur aussi important.
- (201) Lorsque des prix de vente conseillés ou maximaux produisent des effets anticoncurrentiels sensibles, il convient d'apprécier s'ils remplissent les conditions de l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3, du traité. En ce qui concerne les prix de vente maximaux, il peut être particulièrement pertinent d'éviter une double marginalisation⁽¹¹²⁾. Un prix de vente maximal peut également contribuer à faire en sorte que la marque du fournisseur livre une concurrence plus vive à d'autres marques distribuées par le même distributeur, y compris des produits vendus sous une marque de distributeur.

⁽¹¹²⁾ Voir à cet égard les points (13) et (16).

6.1.2. Restrictions caractérisées au sens de l'article 4, points b), c), d) et e), du règlement (UE) 2022/720

6.1.2.1. Qualification en tant que restriction caractérisée au sens de l'article 4, points b), c), d) et e), du règlement (UE) 2022/720

(202) L'article 4, points b), c) et d), du règlement (UE) 2022/720 contient une liste de restrictions caractérisées et d'exceptions qui s'appliquent à différents types de systèmes de distribution, respectivement: la distribution exclusive, la distribution sélective ou la distribution libre. Les restrictions caractérisées visées à l'article 4, points b), c) i) et d), du règlement (UE) 2022/720 concernent des accords qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels. L'article 4, point c) ii) et iii), du règlement (UE) 2022/720 dispose que, dans un système de distribution sélective, la restriction des fournitures croisées entre les membres du système de distribution sélective actifs à des niveaux commerciaux identiques ou différents, ainsi que les restrictions des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché constituent des restrictions caractérisées. L'article 4, points b), c) et d), du règlement s'applique quel que soit le canal de vente utilisé, par exemple, que les ventes soient effectuées hors ligne ou en ligne.

(203) L'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720 dispose qu'un accord vertical qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulé avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, a pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique constitue une restriction caractérisée. Un accord vertical contenant une ou plusieurs restrictions des ventes en ligne ou de la publicité en ligne ⁽¹¹³⁾ qui interdisent *de facto* à l'acheteur d'utiliser l'internet pour vendre les biens ou services contractuels a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter en ligne et situés en dehors de la zone de chalandise physique de l'acheteur ⁽¹¹⁴⁾. Par conséquent, de tels accords relèvent de l'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720. Il en va de même pour les accords verticaux qui n'interdisent pas directement, mais qui ont pour objet d'empêcher, l'utilisation effective de l'internet par un acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique. C'est le cas, par exemple, des accords verticaux qui ont pour objet de réduire de façon significative le volume agrégé de ventes en ligne des biens ou services contractuels ou la possibilité pour les utilisateurs finals d'acheter les biens ou services contractuels en ligne. De même, c'est le cas des accords verticaux qui ont pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un ou de plusieurs canaux de publicité en ligne par l'acheteur, tels que les moteurs de recherche ⁽¹¹⁵⁾ ou les outils de comparaison de prix, ou d'empêcher l'acheteur de créer ou d'utiliser sa propre boutique en ligne ⁽¹¹⁶⁾. L'appréciation visant à déterminer si une restriction est caractérisée ou non au sens de l'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720 peut tenir compte du contenu et du contexte de la restriction mais ne doit pas dépendre de circonstances propres au marché ou des caractéristiques individuelles des parties à l'accord vertical.

(204) Les restrictions caractérisées visées au point (202) peuvent résulter d'obligations directes, telle que l'obligation de ne pas vendre sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique, ou l'obligation de transmettre à d'autres distributeurs les commandes de tels clients. Elles peuvent également résulter des mesures indirectes appliquées par le fournisseur pour inciter le distributeur à ne pas vendre à de tels clients, comme:

- (a) exiger que l'acheteur demande l'autorisation du fournisseur pour les ventes à de tels clients ⁽¹¹⁷⁾;
- (b) refuser ou réduire les primes ou les remises si l'acheteur vend à de tels clients ⁽¹¹⁸⁾ ou verser des paiements compensatoires à l'acheteur s'il arrête de vendre à de tels clients;
- (c) mettre fin à la fourniture de produits si l'acheteur vend à de tels clients;

⁽¹¹³⁾ Voir également les points (204), (206) et (210) relatifs à différents types de ventes en ligne et de restrictions en matière de publicité en ligne.

⁽¹¹⁴⁾ Voir également l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, point 54.

⁽¹¹⁵⁾ Voir également la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 - *Guess*, considérants 118 à 126.

⁽¹¹⁶⁾ Voir l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, points 56 et 57, ainsi que le point (224) des présentes lignes directrices.

⁽¹¹⁷⁾ Voir, par exemple, l'affaire T-77/92, Parker Pen/Commission, EU:T:1994:85, point 37.

⁽¹¹⁸⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du 9 juillet 2009, Peugeot et Peugeot Nederland/Commission, T-450/05, EU:T:2009:262, point 47.

- (d) limiter ou réduire les volumes fournis, par exemple, de manière à ce que les volumes correspondent à la demande des clients dans certains territoires ou à la demande de certains groupes de clients;
 - (e) menacer de résilier l'accord vertical ⁽¹¹⁹⁾ ou de ne pas le renouveler si l'acheteur vend à de tels clients;
 - (f) facturer un prix plus élevé au distributeur pour les produits destinés à être vendus à de tels clients ⁽¹²⁰⁾;
 - (g) limiter la proportion des ventes réalisées par l'acheteur auprès de tels clients;
 - (h) empêcher l'acheteur d'utiliser des langues supplémentaires sur l'emballage ou pour la promotion des produits ⁽¹²¹⁾;
 - (i) fournir un autre produit en contrepartie de la cessation par l'acheteur de ses ventes à de tels clients;
 - (j) rémunérer l'acheteur pour qu'il cesse de vendre à de tels clients;
 - (k) obliger l'acheteur à répercuter sur le fournisseur les bénéfices générés par de tels clients ⁽¹²²⁾;
 - (l) exclure d'un service de garantie à l'échelle de l'Union remboursé par le fournisseur les produits revendus en dehors du territoire de l'acheteur ou les produits vendus sur le territoire de l'acheteur par des acheteurs situés sur d'autres territoires ⁽¹²³⁾.
- (205) Les mesures permettant au fabricant de vérifier la destination des biens fournis, par exemple, en utilisant des étiquettes différenciées, des groupes de langues spécifiques ou des numéros de série, ou le fait d'effectuer ou de menacer d'effectuer des audits afin de vérifier que l'acheteur se conforme à d'autres restrictions ⁽¹²⁴⁾ ne constituent pas en soi des restrictions de concurrence. Toutefois, elles peuvent être considérées comme faisant partie d'une restriction caractérisée des ventes de l'acheteur lorsqu'elles sont utilisées par le fournisseur pour contrôler la destination des biens fournis, par exemple lorsqu'elles sont utilisées en liaison avec une ou plusieurs des pratiques mentionnées aux points (203) et (204).
- (206) En plus des restrictions directes et indirectes visées aux points (202) à (204), des restrictions caractérisées spécifiquement liées aux ventes en ligne peuvent également résulter d'obligations directes ou indirectes. Outre une interdiction directe de l'utilisation de l'internet pour vendre les biens ou services contractuels, les exemples suivants concernent des obligations qui ont indirectement pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique au sens de l'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720:
- (a) exiger que l'acheteur empêche les clients situés sur un autre territoire de consulter son site internet ou sa boutique en ligne ou qu'il redirige les clients vers la boutique en ligne du fabricant ou d'un autre vendeur. Toutefois, obliger l'acheteur à proposer des liens vers les boutiques en ligne du fournisseur ou d'autres vendeurs ne constitue pas une restriction caractérisée ⁽¹²⁵⁾;
 - (b) exiger que l'acheteur mette fin aux transactions en ligne des consommateurs lorsque les données de leur carte de crédit indiquent une adresse qui n'est pas sur le territoire de l'acheteur ⁽¹²⁶⁾;
 - (c) exiger que l'acheteur vende les biens ou services contractuels uniquement dans un espace physique ou en la présence physique d'un personnel spécialisé ⁽¹²⁷⁾;

⁽¹¹⁹⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du 6 juillet 2009, Volkswagen/Commission, T-62/98, EU:T:2000:180, point 44.

⁽¹²⁰⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40433 - *Produits dérivés de films*, considérant 54.

⁽¹²¹⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40433 - *Produits dérivés de films*, considérants 52 et 53.

⁽¹²²⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40436 - *Nike*, considérant 57; la décision de la Commission dans l'affaire AT.40433 — *Produits dérivés de films*, considérants 61 à 63.

⁽¹²³⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.37975 - *PO/Yamaha*, considérants 111 et 112. À l'inverse, un accord au titre duquel le fournisseur convient avec ses distributeurs que lorsqu'un distributeur effectue une vente sur un territoire alloué à un autre distributeur, le premier distributeur doit verser au second distributeur une redevance basée sur le coût des services à fournir n'a pas pour objet de restreindre les ventes des distributeurs en dehors des territoires qui leur sont alloués (voir l'arrêt du 13 janvier 2004, JCB Service/Commission, T-67/01, EU:T:2004:3, points 136 à 145).

⁽¹²⁴⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40436 - *Nike*, considérants 71 et 72; la décision de la Commission dans l'affaire AT.40433 - *Produits dérivés de films*, considérants 65 et 66.

⁽¹²⁵⁾ Article 3 du règlement (UE) 2018/302.

⁽¹²⁶⁾ Article 5 du règlement (UE) 2018/302.

⁽¹²⁷⁾ Voir l'affaire C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, points 36 et 37.

- (d) exiger que l'acheteur demande l'autorisation du fournisseur avant d'effectuer des transactions individuelles de vente en ligne;
- (e) interdire à l'acheteur d'utiliser les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur sur son site internet ou dans sa boutique en ligne;
- (f) interdire à l'acheteur de créer ou d'exploiter une ou plusieurs boutiques en ligne, que celle-ci soit hébergée sur son propre serveur ou sur un serveur tiers ⁽¹²⁸⁾;
- (g) interdire à l'acheteur d'utiliser entièrement un canal de publicité en ligne, tel que des moteurs de recherche ⁽¹²⁹⁾ ou des services de comparaison de prix, ou des restrictions qui interdisent indirectement d'utiliser entièrement un canal de publicité en ligne, telles qu'une obligation de ne pas utiliser les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur pour des soumissions qui seront référencées dans les moteurs de recherche, ou une restriction de la fourniture d'informations relatives aux prix destinées à des services de comparaison de prix. Ces restrictions ont pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique, étant donné qu'elles limitent la capacité de l'acheteur à cibler les utilisateurs finals au-delà de sa zone de chalandise physique, à les informer sur ses offres et à les attirer vers sa boutique en ligne ou d'autres canaux de vente. Interdire l'utilisation de services de comparaison de prix ou de moteurs de recherche spécifiques n'est généralement pas une restriction caractérisée, étant donné que l'acheteur peut utiliser d'autres services de publicité en ligne pour faire connaître ses activités de vente en ligne. Toutefois, interdire l'utilisation des services de publicité les plus largement utilisés sur le canal de publicité en ligne spécifique peut constituer une restriction caractérisée si les autres services de ce canal de publicité ne sont pas *de facto* en mesure d'attirer des clients dans la boutique en ligne de l'acheteur.

(207) Contrairement aux restrictions visées au point (204), les exigences imposées par le fournisseur à l'acheteur en ce qui concerne la manière dont les biens ou services contractuels doivent être vendus peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, quel que soit le type de réseau de distribution. En particulier, le fournisseur peut imposer des exigences en matière de qualité. Par exemple, dans un système de distribution sélective, le fournisseur peut imposer des exigences relatives à la taille minimale et à l'apparence du magasin de l'acheteur (par exemple, en ce qui concerne les installations, l'ameublement, le design, l'éclairage et le revêtement des sols) ou à la présentation du produit (par exemple, le nombre minimal de produits de la marque qui doivent être présentés, l'espace minimal entre les produits) ⁽¹³⁰⁾.

(208) De même, le fournisseur peut imposer à l'acheteur des exigences relatives à la manière dont les biens ou services contractuels doivent être vendus en ligne. Les restrictions liées à l'utilisation de canaux de vente en ligne spécifiques, tels que les places de marché en ligne, ou l'imposition de normes de qualité pour les ventes en ligne peuvent généralement bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, quel que soit le type de système de distribution utilisé, à condition qu'elles n'aient pas pour objet indirect d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique. Les restrictions des ventes en ligne n'ont généralement pas un tel objet lorsque l'acheteur reste libre d'exploiter sa propre boutique en ligne ⁽¹³¹⁾ et de faire de la publicité en ligne ⁽¹³²⁾. Dans de tels cas, l'acheteur ne se voit pas empêché de faire un usage effectif de l'internet pour vendre les biens ou services contractuels. À titre d'exemple, les exigences suivantes, relatives aux ventes en ligne, peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement:

- (a) les exigences visant à garantir la qualité ou un aspect particulier de la boutique en ligne de l'acheteur;
- (b) les exigences relatives à la présentation des biens ou services contractuels dans la boutique en ligne (telles que le nombre minimal d'articles affichés, la manière dont les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur sont affichés);
- (c) une interdiction directe ou indirecte sur l'utilisation des places de marché en ligne ⁽¹³³⁾;
- (d) une exigence faite à l'acheteur d'exploiter un ou plusieurs points de vente physiques ou surfaces d'exposition, par exemple comme condition pour devenir membre du système de distribution sélective du fournisseur;

⁽¹²⁸⁾ Voir aussi le point (203).

⁽¹²⁹⁾ Voir également la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 - *Guess*, considérants 118 à 126.

⁽¹³⁰⁾ Pour d'autres exemples, voir le rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, point 241.

⁽¹³¹⁾ Voir l'affaire C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, points 56 et 57, ainsi que le point (224) des présentes lignes directrices.

⁽¹³²⁾ Voir également la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428 - *Guess*, considérants 118 à 126, ainsi que le point 200 des présentes lignes directrices.

⁽¹³³⁾ Affaire C-230/16, *Coty Germany*, points 64 à 69; voir également la section 8.2.3 des présentes lignes directrices.

(e) une exigence faite à l'acheteur de vendre hors ligne un montant minimum absolu des biens ou services contractuels (en valeur ou en volume, mais pas en proportion de ses ventes totales) afin d'assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique. Cette exigence peut être la même pour tous les acheteurs, ou elle peut être fixée à un niveau différent pour chaque acheteur, sur la base de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur par rapport aux autres acheteurs ou sa situation géographique.

(209) Une exigence faite à l'acheteur de payer un prix de gros différent selon que les produits sont vendus en ligne ou hors ligne (système de double prix) peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, car elle peut encourager ou récompenser un niveau approprié d'investissements dans les canaux de vente en ligne ou hors ligne, pour autant qu'elle n'ait pas pour objet de restreindre les ventes à des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique, comme le prévoit l'article 4, points b), c) et d), du règlement (UE) 2022/720 ⁽¹³⁴⁾. Toutefois, lorsque la différence du prix de gros a pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique, il s'agit d'une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720. Tel serait notamment le cas si la différence du prix de gros rendait non rentable ou non viable financièrement la vente en ligne ⁽¹³⁵⁾ ou si le système de double prix est utilisé pour limiter la quantité de produits mis à la disposition de l'acheteur à des fins de vente en ligne ⁽¹³⁶⁾. À l'inverse, le système de double prix peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 lorsque la différence du prix de gros est raisonnablement liée aux différences d'investissements et de coûts supportés par l'acheteur pour effectuer des ventes dans chaque canal. De même, le fournisseur peut facturer un prix de gros différent pour les produits destinés à être vendus au travers d'une combinaison de canaux hors ligne et en ligne, lorsque la différence de prix tient compte des investissements ou des coûts liés à ce type de distribution. Les parties peuvent convenir d'une méthode appropriée pour mettre en œuvre le système de double prix, y compris, par exemple, un rééquilibrage *ex post* des comptes sur la base des ventes réelles.

(210) Les restrictions de la publicité en ligne peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, à condition qu'elles n'aient pas pour objet d'empêcher l'acheteur d'utiliser entièrement un canal de publicité. Parmi les exemples de restrictions de la publicité en ligne qui peuvent bénéficier de l'exemption, on peut citer:

- (a) exiger que la publicité en ligne respecte certaines normes de qualité ou inclue des contenus ou des informations spécifiques;
- (b) exiger que l'acheteur n'utilise pas les services de certains fournisseurs de publicité en ligne qui ne satisfont pas à certaines normes de qualité;
- (c) exiger que l'acheteur n'utilise pas le nom de marque du fournisseur dans le nom de domaine de sa boutique en ligne.

6.1.2.2. Distinction entre les ventes actives et passives

(211) L'article 4 du règlement (UE) 2022/720 établit une distinction entre les restrictions des ventes actives et les restrictions des ventes passives dans le contexte des systèmes de distribution exclusive. L'article 1^{er}, paragraphe 1, points l) et m), du règlement (UE) 2022/720 définit les ventes actives et passives.

(212) L'article 1^{er}, paragraphe 1, point m), du règlement (UE) 2022/720 dispose que, dans le cas de ventes à des clients relevant d'un territoire ou d'un groupe de clients alloué à titre exclusif, les ventes à des clients qui n'ont pas été activement ciblés par le vendeur sont des ventes passives. Ainsi, la création d'une boutique en ligne est une forme de vente passive, car elle permet aux clients potentiels d'entrer en contact avec le vendeur. L'exploitation d'une boutique en ligne peut avoir des effets qui vont au-delà de la zone de chalandise physique du vendeur, y compris en permettant les achats en ligne de clients situés dans d'autres territoires ou appartenant à d'autres groupes de clients. Néanmoins, de tels achats (y compris la livraison des produits) constituent des ventes passives, pour autant que le vendeur ne cible pas activement le client spécifique ou le territoire ou groupe de

⁽¹³⁴⁾ Voir aussi le point (206), g).

⁽¹³⁵⁾ Voir aussi le point (203).

⁽¹³⁶⁾ Voir aussi le point (208), e).

clients spécifique dont relève le client. Il en va de même lorsqu'un client choisit d'être automatiquement informé par le distributeur et que ces informations conduisent à une vente. De même, le fait d'utiliser des techniques d'optimisation des moteurs de recherche, c'est-à-dire d'utiliser des outils ou techniques visant à améliorer la visibilité ou le référencement de la boutique en ligne dans les résultats des moteurs de recherche, ou de proposer une application dans une boutique d'applications, est, en principe, un moyen de permettre aux clients potentiels d'entrer en contact avec le vendeur et constitue donc une forme de vente passive.

(213) À l'inverse, l'article 1^{er}, paragraphe 1, point l), du règlement (UE) 2022/720 dispose que, dans le cas de ventes à des clients situés sur un territoire ou appartenant à un groupe de clients alloué à titre exclusif, le fait de proposer dans une boutique en ligne une option linguistique différente des langues couramment utilisées sur le territoire où le vendeur est établi indique généralement que le vendeur cible le territoire dans lequel la langue est couramment utilisée et équivaut donc à une vente active ⁽¹³⁷⁾. Toutefois, le fait de proposer une option en langue anglaise dans une boutique en ligne n'indique pas en soi que le vendeur cible des territoires anglophones, étant donné que l'anglais est largement compris et utilisé dans toute l'Union. De même, le fait de créer une boutique en ligne disposant d'un domaine de premier niveau correspondant à un territoire autre que celui sur lequel le distributeur est établi est une forme de vente active sur ce territoire, tandis que le fait de proposer une boutique en ligne disposant d'un nom de domaine générique et non spécifique à un pays est une forme de vente passive.

(214) Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point l), du règlement (UE) 2022/720, on entend par «ventes actives» les ventes résultant d'un ciblage actif des clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou d'autres moyens de communication directe. La publicité ou la promotion ciblée constitue une forme de vente active. En particulier, les services de publicité en ligne permettent souvent au vendeur de sélectionner les territoires sur lesquels ou la clientèle pour laquelle la publicité en ligne sera affichée. Tel est notamment le cas du référencement payant et d'autres formes de publicité en ligne, par exemple sur les sites internet, les boutiques d'applications ou les médias sociaux, pour autant que le service publicitaire permette à l'annonceur de cibler les clients en fonction de leurs caractéristiques particulières, y compris leur situation géographique ou leur profil personnel. À l'inverse, lorsque le vendeur adresse de la publicité en ligne à des clients relevant de son propre territoire ou de son propre groupe de clients et qu'il n'est pas possible d'empêcher que cette publicité soit vue par des clients situés sur d'autres territoires ou appartenant à d'autres groupes de clients, il s'agit d'une forme de vente passive. Des exemples de telles publicités générales incluent les contenus sponsorisés sur le site internet d'un journal local ou national accessible à n'importe quel visiteur de ce site internet, ou l'utilisation d'outils de comparaison de prix avec des noms de domaine généraux et non spécifiques à un pays. À l'inverse, si ces publicités sont effectuées dans des langues qui ne sont pas communément utilisées sur le territoire du vendeur ou sur des sites internet dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires se trouvant en dehors du territoire du vendeur, il s'agit d'une vente active sur ces autres territoires.

(215) La participation à des marchés publics est une forme de vente passive indépendamment du type de procédure de passation de marché public (par exemple procédure ouverte, restreinte ou autre). Cette qualification est cohérente avec les objectifs de la législation sur les marchés publics, dont celui de favoriser la concurrence intramarque. En conséquence, un accord vertical qui restreint la capacité d'un acheteur à participer à des marchés publics constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, points b), c) et d), du règlement (UE) 2022/720. De même, le fait de répondre à des appels d'offres lancés par des entités non publiques est une forme de vente passive. Ces appels d'offres sont une forme de demande non sollicitée adressée à de multiples vendeurs potentiels et, par conséquent, la soumission d'une offre en réponse à un appel d'offres par une entité non publique est une forme de vente passive.

6.1.2.3. Restrictions caractérisées liées à des systèmes de distribution spécifiques

(216) L'article 4, points b), c) et d), du règlement (UE) 2022/720 contient une liste de restrictions caractérisées et d'exceptions qui s'appliquent selon le type de système de distribution exploité par le fournisseur: la distribution exclusive, la distribution sélective ou la libre distribution.

6.1.2.3.1. Lorsque le fournisseur exploite un système de distribution exclusive

(217) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement (UE) 2022/720 concerne les accords qui, directement ou indirectement, ont pour objet la restriction du territoire sur lequel ou de la clientèle à laquelle un acheteur, qui s'est vu allouer un territoire ou un groupe de clients exclusif, peut activement ou passivement vendre les biens ou services contractuels.

⁽¹³⁷⁾ Voir l'arrêt du 7 décembre 2010, Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller, affaires jointes C-585/08 et C-144/09, EU:C:2010:740, point 93.

- (218) La restriction caractérisée énoncée par l'article 4, point b), du règlement (UE) 2022/720 admet cinq exceptions.
- (219) Premièrement, l'article 4, point b) i), du règlement (UE) 2022/720 permet au fournisseur de restreindre les ventes actives d'un distributeur exclusif sur un territoire ou à un groupe de clients alloué à titre exclusif à un nombre maximal de cinq acheteurs ou que le fournisseur s'est réservé. Afin de préserver leurs incitations à investir, le fournisseur doit protéger ses distributeurs exclusifs contre les ventes actives, y compris la publicité en ligne ciblée, réalisées par tous les autres acheteurs du fournisseur sur leur territoire exclusif ou auprès de leur groupe de clients exclusif.
- (220) Les incitations à l'investissement des distributeurs exclusifs pourraient également être compromises par la vente active réalisée par les clients d'autres acheteurs du fournisseur. Par conséquent, l'article 4, point b) i), du règlement (UE) 2022/720 permet également au fournisseur d'exiger de ses autres acheteurs qu'ils restreignent la capacité de leurs clients directs à vendre activement sur les territoires ou auprès des groupes de clients que le fournisseur a alloués à titre exclusif à d'autres distributeurs ou qu'il s'est réservés. Toutefois, le fournisseur ne peut pas exiger que ces autres acheteurs répercutent les restrictions sur les ventes actives sur les clients situés plus en aval de la chaîne de distribution.
- (221) Le fournisseur peut combiner l'allocation d'un territoire exclusif et d'un groupe de clients exclusifs, par exemple en désignant un distributeur exclusif pour un groupe de clients déterminé sur un territoire spécifique.
- (222) La protection des territoires ou des groupes de clients alloués à titre exclusif n'est pas absolue. Pour éviter le cloisonnement du marché, les ventes passives sur ces territoires ou à ces groupes de clients ne sauraient être limitées. L'article 4, point b), du règlement (UE) 2022/720 ne s'applique qu'aux restrictions imposées à l'acheteur. Par conséquent, le fournisseur peut accepter des restrictions des ventes qu'il réalise, tant en ligne que hors ligne, sur le territoire exclusif ou auprès de certains ou de l'ensemble des clients appartenant à un groupe de clients exclusif. Toutefois, les restrictions des ventes passives aux utilisateurs finals peuvent, dans certaines circonstances, être nulles conformément à l'article 6, paragraphe 2, du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil ⁽¹³⁸⁾.
- (223) Deuxièmement, l'article 4, point b) ii), du règlement (UE) 2022/720 permet à un fournisseur qui exploite un système de distribution exclusive sur un territoire donné et un système de distribution sélective sur un autre territoire de restreindre la possibilité pour ses distributeurs exclusifs de vendre activement ou passivement à des distributeurs non agréés situés sur le territoire où il exploite déjà un système de distribution sélective ou qu'il a réservé à l'exploitation d'un tel système. Le fournisseur peut également exiger que ses distributeurs exclusifs restreignent de la même manière la possibilité pour leurs clients d'effectuer des ventes actives et passives à des distributeurs non agréés sur les territoires où le fournisseur exploite un système de distribution sélective ou qu'il a réservés à cette fin. La capacité de répercuter les restrictions des ventes actives et passives en aval de la chaîne de distribution dans ce scénario vise à protéger le caractère fermé des systèmes de distribution sélective.
- (224) Troisièmement, l'article 4, point b) iii), du règlement (UE) 2022/720 permet à un fournisseur de restreindre le lieu d'établissement de l'acheteur auquel il a alloué un territoire ou un groupe de clients exclusif (la «clause d'implantation»). Cela signifie que le fournisseur peut exiger que l'acheteur limite ses points de vente et ses entrepôts à une adresse, un lieu ou un territoire spécifiques. En ce qui concerne les points de distribution mobiles, l'accord peut préciser une zone en dehors de laquelle le point de vente ne peut pas être exploité. Toutefois, la création et l'utilisation d'une boutique en ligne par le distributeur ne sont pas équivalentes à l'ouverture d'un point de vente physique et ne peuvent donc pas être restreintes ⁽¹³⁹⁾.
- (225) Quatrièmement, l'article 4, point b) iv), du règlement (UE) 2022/720 permet à un fournisseur de restreindre les ventes actives et passives d'un grossiste exclusif aux utilisateurs finals, permettant ainsi au fournisseur de maintenir une distinction entre les niveaux de commerce de gros et de détail. Cette exception prévoit la possibilité pour le grossiste de vendre à certains utilisateurs finals (par exemple, quelques utilisateurs importants), tout en interdisant les ventes à tous les autres utilisateurs finals ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE (JO L 60 I du 2.3.2018, p. 1).

⁽¹³⁹⁾ Voir l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, points 56 et 57.

⁽¹⁴⁰⁾ Voir également le point (222) concernant le règlement (UE) 2018/302.

(226) Cinquièmement, l'article 4, point b) v), du règlement (UE) 2022/720 permet à un fournisseur de restreindre la capacité d'un distributeur exclusif à vendre activement ou passivement des composants, destinés à l'incorporation, à des concurrents du fournisseur qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux produits par le fournisseur. La notion de «composant» désigne tous les biens intermédiaires, tandis que par «incorporation», on entend l'utilisation d'un bien intermédiaire pour produire un bien.

6.1.2.3.2. Lorsque le fournisseur exploite un système de distribution sélective

(227) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c) i), du règlement (UE) 2022/720 concerne les accords qui, directement ou indirectement, ont pour objet la restriction du territoire sur lequel ou de la clientèle à laquelle les membres d'un système de distribution sélective («distributeurs agréés») peuvent activement ou passivement vendre les biens ou services contractuels. Cela inclut les restrictions des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals imposées par un fournisseur aux distributeurs agréés opérant au niveau du commerce de détail.

(228) La restriction caractérisée énoncée à l'article 4, point c) i), du règlement (UE) 2022/720 admet cinq exceptions.

(229) La première exception concerne les restrictions de la capacité des distributeurs agréés à vendre en dehors du système de distribution sélective. Elle permet au fournisseur de restreindre les ventes actives, y compris la publicité en ligne ciblée, réalisées par des distributeurs agréés sur d'autres territoires ou auprès de groupes de clients alloués à titre exclusif à d'autres distributeurs ou réservés au fournisseur. Le fournisseur peut également exiger que les distributeurs agréés imposent de telles restrictions permises des ventes actives à leurs clients directs. Toutefois, la protection de ces territoires ou groupes de clients alloués à titre exclusif n'est pas absolue, étant donné que le fournisseur ne peut restreindre les ventes passives sur ces territoires ou auprès de ces groupes de clients.

(230) La deuxième exception permet au fournisseur de restreindre la possibilité pour ses distributeurs agréés et leurs clients de réaliser des ventes actives ou passives auprès de distributeurs non agréés situés sur n'importe quel territoire où le fournisseur exploite un système de distribution sélective.

(231) La troisième exception permet au fournisseur d'imposer une clause d'implantation à ses distributeurs agréés afin de les empêcher d'exercer leur activité depuis d'autres locaux ou d'ouvrir un nouveau point de vente ailleurs. De ce fait, le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 n'est pas exclu si le distributeur accepte de limiter ses points de vente et entrepôts à une adresse, un lieu ou un territoire spécifiques. En ce qui concerne les points de distribution mobiles, l'accord peut préciser une zone en dehors de laquelle le point de vente ne peut pas être exploité. Toutefois, la création et l'utilisation d'une boutique en ligne par le distributeur ne sont pas équivalentes à l'ouverture d'un point de vente physique et ne peuvent donc pas être restreintes ⁽¹⁴¹⁾.

(232) La quatrième exception permet au fournisseur de restreindre les ventes actives et passives d'un grossiste agréé aux utilisateurs finals, ce qui permet au fournisseur de maintenir la séparation entre les commerces de gros et de détail. Cette exception prévoit la possibilité pour le grossiste de vendre à certains utilisateurs finals (par exemple, quelques utilisateurs importants), tout en interdisant les ventes à tous les autres utilisateurs finals ⁽¹⁴²⁾.

(233) La cinquième exception permet au fournisseur de restreindre la capacité d'un distributeur à vendre activement ou passivement des composants, destinés à l'incorporation, à des concurrents du fournisseur qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux produits par le fournisseur. La notion de «composant» désigne tous les biens intermédiaires, tandis que par «incorporation», on entend l'utilisation d'un bien intermédiaire pour produire un bien.

(234) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c), iii), du règlement (UE) 2022/720 concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un réseau de distribution sélective au niveau du commerce de détail. Cela signifie que le fournisseur ne peut restreindre la possibilité pour ses distributeurs agréés de vendre à des utilisateurs finals ou à des agents d'achat agissant pour le compte d'utilisateurs finals, sauf

⁽¹⁴¹⁾ Voir l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, points 55 à 58.

⁽¹⁴²⁾ Voir également le point (222) concernant le règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil.

lorsque ces utilisateurs finals sont situés sur un territoire ou appartiennent à un groupe de clients qui a été alloué à titre exclusif à un autre distributeur ou réservé au fournisseur sur un territoire sur lequel le fournisseur exploite un système exclusif de distribution [voir article 4, point c), i), 1) du règlement et le point (229)]. Cela n'exclut pas non plus la possibilité d'interdire aux distributeurs agréés d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé [voir article 4, point c), i), 3) du règlement et le point (231) des présentes lignes directrices].

- (235) Un fournisseur exploitant un système de distribution sélective peut sélectionner ses distributeurs agréés sur la base de critères qualitatifs et/ou quantitatifs. D'une manière générale, tous les critères qualitatifs doivent être fixés pour les canaux tant en ligne et que hors ligne. Toutefois, étant donné que les canaux en ligne et hors ligne ont des caractéristiques différentes, un fournisseur exploitant un système de distribution sélective peut imposer à ses distributeurs agréés des critères de vente en ligne qui ne soient pas équivalents à ceux imposés pour les ventes dans des points de vente physiques, à condition que les exigences imposées pour les ventes en ligne n'aient pas indirectement pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique. Par exemple, un fournisseur peut imposer des exigences afin de garantir des normes de qualité pour les ventes en ligne, comme la création et l'exploitation d'un service après-vente d'assistance en ligne; l'obligation de couvrir les coûts liés au retour des produits achetés par les clients ou l'utilisation de systèmes de paiement sûrs. De même, un fournisseur peut définir différents critères relatifs au développement durable pour les canaux de vente en ligne et hors ligne. Par exemple, un fournisseur pourrait exiger des points de vente écoresponsables ou le recours à des services de livraison utilisant des vélos verts.
- (236) La combinaison de la distribution sélective et de la distribution exclusive sur le même territoire ne peut pas bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, y compris lorsque le fournisseur applique la distribution exclusive au niveau du commerce de gros et la distribution sélective au niveau du commerce de détail. En effet, une telle combinaison obligerait les distributeurs agréés à accepter des restrictions caractérisées au sens de l'article 4, point b) ou c), du règlement (UE) 2022/720 par exemple, des restrictions des ventes actives sur des territoires ou à une clientèle n'ayant pas fait l'objet d'une allocation exclusive, des restrictions des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals ⁽¹⁴³⁾, des restrictions des livraisons croisées entre les membres d'un système de distribution sélective ⁽¹⁴⁴⁾. Toutefois, le fournisseur peut s'engager à ne fournir que certains distributeurs agréés, par exemple, dans certaines parties du territoire où le système de distribution sélective est exploité, ou s'engager à ne pas effectuer lui-même de ventes directes sur ce territoire ⁽¹⁴⁵⁾. Conformément à la troisième exception de l'article 4, point c) i), du règlement (UE) 2022/720, le fournisseur peut aussi imposer une clause d'implantation à ses distributeurs agréés.
- (237) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c) ii), du règlement (UE) 2022/720 concerne la restriction des fournitures croisées entre distributeurs agréés à l'intérieur d'un système de distribution sélective. Cela signifie que le fournisseur ne peut pas empêcher les ventes actives ou passives entre ses distributeurs agréés, qui doivent rester libres d'acheter les produits contractuels aux autres distributeurs agréés membres du réseau, qui agissent au même niveau commercial ou à un niveau différent ⁽¹⁴⁶⁾. Il en résulte que la distribution sélective ne peut être combinée avec des restrictions verticales visant à contraindre les distributeurs à s'approvisionner en produits contractuels exclusivement auprès d'un fournisseur donné. Cela signifie également que, dans un système de distribution sélective, le fournisseur ne peut pas restreindre les ventes des grossistes agréés à certains distributeurs agréés.

6.1.2.3.3. Lorsque le fournisseur exploite un système de libre distribution

- (238) La restriction caractérisée énoncée à l'article 4, point d), du règlement (UE) 2022/720 concerne les accords ou pratiques concertées qui, directement ou indirectement, ont pour objet la restriction du territoire sur lequel ou des clients auxquels un acheteur peut activement ou passivement vendre les biens ou services contractuels dans un système de libre distribution ⁽¹⁴⁷⁾.
- (239) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point d), du règlement (UE) 2022/720 admet cinq exceptions.

⁽¹⁴³⁾ Voir le point (227).

⁽¹⁴⁴⁾ Voir le point (237).

⁽¹⁴⁵⁾ Voir également le point (222) concernant le règlement (UE) 2018/302.

⁽¹⁴⁶⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.40428, *Guess*, considérants 65 à 78.

⁽¹⁴⁷⁾ Voir aussi le point (116).

- (240) Premièrement, l'article 4, point d) i), du règlement (UE) 2022/720 permet au fournisseur de restreindre les ventes actives, y compris la publicité en ligne ciblée, réalisées par l'acheteur sur les territoires ou auprès des groupes de clients qui sont alloués à titre exclusif à d'autres acheteurs ou réservés au fournisseur. Le fournisseur peut également exiger que l'acheteur impose de telles restrictions permises des ventes actives aux clients directs de l'acheteur. Toutefois, la protection de ces territoires ou groupes de clients alloués à titre exclusif n'est pas absolue, étant donné que le fournisseur ne peut restreindre les ventes passives sur ces territoires ou auprès de ces groupes de clients.
- (241) Deuxièmement, l'article 4, point d) ii), du règlement (UE) 2022/720 permet au fournisseur de restreindre la possibilité pour l'acheteur, ou d'exiger que celui-ci restreigne la possibilité pour ses clients, de vendre activement ou passivement à des distributeurs non agréés établis sur un territoire sur lequel le fournisseur exploite un système de distribution sélective ou que le fournisseur a réservé pour l'exploitation d'un tel système de distribution sélective. La restriction peut couvrir les ventes actives ou passives, à tous les stades commerciaux.
- (242) Troisièmement, l'article 4, point d) iii), du règlement (UE) 2022/720 permet au fournisseur d'imposer une clause d'implantation à l'acheteur, afin de restreindre son lieu d'établissement. Cela signifie que le fournisseur peut exiger que l'acheteur limite ses points de vente et ses entrepôts à une adresse, un lieu ou un territoire spécifique. En ce qui concerne les points de distribution mobiles, l'accord peut préciser une zone en dehors de laquelle le point de vente ne peut pas être exploité. Toutefois, la création et l'utilisation d'une boutique en ligne par l'acheteur ne sont pas équivalentes à l'ouverture d'un point de vente physique et ne peuvent donc pas être restreintes ⁽¹⁴⁸⁾.
- (243) Quatrièmement, l'article 4, point d) iv), du règlement (UE) 2022/720 permet au fournisseur de restreindre les ventes actives et passives d'un grossiste aux utilisateurs finals, permettant ainsi au fournisseur de maintenir une distinction entre les niveaux de commerce de gros et de détail. Cette exception prévoit la possibilité pour le grossiste de vendre à certains utilisateurs finals (par exemple, certains utilisateurs importants), tout en lui interdisant de vendre à d'autres utilisateurs finals ⁽¹⁴⁹⁾.
- (244) Cinquièmement, l'article 4, point d) v), du règlement (UE) 2022/720 permet au fournisseur de restreindre la capacité de l'acheteur à vendre activement ou passivement des composants, destinés à l'incorporation, à des concurrents du fournisseur qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux produits par le fournisseur. La notion de «composant» désigne tous les biens intermédiaires, tandis que par «incorporation», on entend l'utilisation d'un bien intermédiaire pour produire un bien.

6.1.3. Restrictions des ventes de pièces détachées

- (245) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point f), du règlement (UE) 2022/720 concerne les accords qui empêchent ou limitent la possibilité pour les utilisateurs finals, les réparateurs indépendants, les grossistes et les prestataires de services de s'adresser directement au fabricant de pièces détachées pour les obtenir. Un accord conclu entre un fabricant de pièces détachées et un acheteur qui incorpore ces pièces dans ses propres produits, par exemple un équipementier, ne peut empêcher ni restreindre, directement ou indirectement, les ventes de ces pièces détachées par le fabricant de ces pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs indépendants, à des grossistes ou à des prestataires de services. Il peut y avoir restriction indirecte notamment lorsque le fabricant des pièces détachées est limité dans sa capacité de fournir les informations techniques et l'équipement spécial qui sont nécessaires pour permettre aux utilisateurs finals, aux réparateurs ou aux prestataires de services indépendants d'utiliser ces pièces détachées. En revanche, l'accord peut prévoir des restrictions concernant la fourniture des pièces détachées aux réparateurs ou aux prestataires de services auxquels l'équipementier a confié la réparation ou l'entretien de ses biens. Cela signifie également que l'équipementier peut imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien de lui acheter les pièces détachées, ou de les acheter aux autres membres de son système de distribution sélective, lorsqu'il exploite un tel système.

6.2. Restrictions exclues du règlement (UE) 2022/720

- (246) L'article 5 du règlement (UE) 2022/720 exclut certaines obligations contenues dans des accords verticaux du bénéfice de l'exemption par catégorie, indépendamment du fait que le seuil de part de marché prévu à l'article 3, paragraphe 1, du règlement soit dépassé ou non. En particulier, l'article 5 du règlement d'exemption énonce les obligations dont on ne peut pas présumer avec suffisamment de certitude qu'elles remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Les obligations énoncées à l'article 5 du règlement ne sont néanmoins pas présumées relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité. L'exclusion de ces obligations de l'exemption par catégorie signifie

⁽¹⁴⁸⁾ Voir l'affaire C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, points 55 à 58.

⁽¹⁴⁹⁾ Voir également le point (222) concernant le règlement (UE) 2018/302.

uniquement qu'elles sont soumises à une appréciation individuelle au regard de l'article 101 du traité. Par ailleurs, contrairement à l'article 4 du règlement (UE) 2022/720, l'exclusion d'une obligation de l'exemption par catégorie en application de l'article 5 du règlement est limitée à l'obligation en question, si celle-ci peut être dissociée du reste de l'accord vertical. Le reste de l'accord vertical continue alors de bénéficier de l'exemption par catégorie.

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

(247) Au titre de l'article 5, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720, les obligations de non-concurrence dépassant une durée de cinq ans sont exclues du règlement d'exemption. Les obligations de non-concurrence, telles que définies à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point f), du règlement (UE) 2022/720, sont des accords qui obligent l'acheteur à réaliser plus de 80 % du total de ses achats de biens et services contractuels et de leurs substituts au cours de l'année civile précédente auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur. Ces obligations empêchent donc l'acheteur d'acquérir des biens ou services concurrents, ou limitent leur volume à moins de 20 % du total de ses achats. En l'absence de données concernant les achats effectués par l'acheteur l'année précédant la conclusion de l'accord vertical, il est permis d'utiliser ses estimations les plus précises de ses besoins totaux annuels. Il convient néanmoins d'utiliser les données d'achat réelles dès que celles-ci sont disponibles.

(248) Les obligations de non-concurrence ne peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie lorsque leur durée est indéterminée ou dépasse cinq ans. Les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, pour autant que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord vertical comportant l'obligation moyennant un préavis raisonnable et à un coût raisonnable, ce qui lui permettra de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans. Si, par exemple, l'accord vertical contient une obligation de non-concurrence d'une durée de cinq ans et que le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur, le remboursement du prêt ne doit pas empêcher l'acheteur de mettre effectivement fin à l'obligation de non-concurrence à la fin des cinq ans. De même, quand le fournisseur fournit à l'acheteur un équipement qui n'est pas propre à leur relation contractuelle, l'acheteur doit avoir la possibilité de racheter l'équipement à sa valeur de marché au terme de l'obligation de non-concurrence.

(249) Conformément à l'article 5, paragraphe 2, du règlement (UE) 2022/720, cette limitation de la durée des obligations de non-concurrence à cinq ans n'est pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont revendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur. Dans ce cas, l'obligation de non-concurrence peut être imposée pour une plus longue durée, à condition que celle-ci ne dépasse pas la durée d'occupation du point de vente par l'acheteur. Cette exception s'explique par le fait que l'on ne peut, en général, raisonnablement attendre du fournisseur qu'il permette la vente, sans son consentement, de produits concurrents dans les locaux et sur les terrains dont il est propriétaire. Par analogie, les mêmes principes s'appliquent lorsque l'acheteur gère un point de vente mobile dont le fournisseur est propriétaire ou qu'il loue à des tiers non liés à l'acheteur. Les artifices utilisés en matière de propriété, tels que le transfert par le distributeur de ses droits de propriété sur des terrains ou des locaux au fournisseur pour une durée limitée, pour contourner la limitation de durée de cinq ans, ne peuvent bénéficier de cette exception.

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

(250) Conformément à l'article 5, paragraphe 1, point b), en liaison avec l'article 5, paragraphe 3, du règlement (UE) 2022/720, les obligations de non-concurrence imposées à l'acheteur qui continuent à s'appliquer après l'expiration de l'accord sont exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie, sauf si toutes les conditions suivantes sont remplies:

- (a) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur;
- (b) elle est limitée au point de vente à partir duquel l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat;
- (c) elle est limitée à une période maximale de un an.

(251) Le savoir-faire concerné doit être secret, substantiel et identifié au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point j), du règlement (UE) 2022/720; il doit notamment comporter des informations significatives et utiles à l'acheteur pour l'utilisation, la vente ou la revente des biens ou services contractuels.

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

(252) L'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement (UE) 2022/720 concerne la vente de biens ou services concurrents dans un système de distribution sélective. L'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement s'applique à la distribution sélective assortie d'une obligation de non-concurrence, qui interdit aux distributeurs agréés de revendre des marques concurrentes. Toutefois, si le fournisseur empêche ses distributeurs agréés, soit directement, soit indirectement, d'acheter des produits à un ou plusieurs fournisseurs concurrents donnés en vue de la revente, cette obligation est exclue de l'exemption par catégorie. Cette exclusion a pour objectif d'éviter qu'un certain nombre de fournisseurs qui utilisent les mêmes points de vente de distribution sélective n'empêchent un ou plusieurs concurrents déterminés de passer par ces mêmes points de vente pour distribuer leurs produits. Un tel scénario pourrait conduire à l'éviction d'un fournisseur concurrent en ayant recours à une forme de boycott collectif.

6.2.4. *Obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail*

(253) La quatrième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie, énoncée à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement (UE) 2022/720, concerne les obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail imposées par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne, à savoir les obligations directes ou indirectes qui empêchent les acheteurs de ces services d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables par le biais de services d'intermédiation en ligne concurrents. Les conditions peuvent porter sur les prix, la gamme de produits et leur disponibilité ou toute autre condition d'offre ou de vente. L'obligation de parité pour la vente au détail peut résulter d'une clause contractuelle ou d'autres mesures directes ou indirectes, notamment du recours à une différenciation des prix ou des incitations dont l'application dépend des conditions auxquelles l'acheteur des services d'intermédiation en ligne offre des biens ou services aux utilisateurs finals par le biais de services d'intermédiation en ligne concurrents. Par exemple, lorsque le prestataire de services d'intermédiation en ligne subordonne l'offre d'une meilleure visibilité des biens ou services de l'acheteur sur son site internet ou l'application d'un taux de commission plus bas à la condition que l'acheteur lui accorde la parité de conditions par rapport aux prestataires concurrents de ces services, cela équivaut à une obligation de parité entre plateformes pour la vente au détail.

(254) Tous les autres types d'obligations de parité peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720. Cela comprend, par exemple:

- (a) les obligations de parité pour la vente au détail qui s'appliquent aux canaux de vente directe des acheteurs de services d'intermédiation en ligne (obligations de parité pour la vente au détail dites «restreintes»);
- (b) les obligations de parité relatives aux conditions auxquelles des biens ou des services sont offerts à des entreprises qui ne sont pas des utilisateurs finals;
- (c) les obligations de parité relatives aux conditions auxquelles les fabricants, les grossistes ou les détaillants achètent des biens ou des services en tant qu'intrants (obligations du «client le plus favorisé»).

(255) La section 8.2.5 fournit des orientations pour l'évaluation des obligations de parité dans les cas individuels dans lesquels le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas.

7. RETRAIT ET EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION

7.1. **Retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720**

(256) Comme énoncé à l'article 6, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, la Commission peut retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 si elle constate que, dans un cas particulier, un accord vertical auquel s'applique le règlement (UE) 2022/720 produit certains effets incompatibles avec l'article 101 du traité. Par ailleurs, si, comme énoncé à l'article 6, paragraphe 2, du règlement (EU) 2022/720, dans un cas particulier, un accord vertical produit des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de

ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'ANC de cet État membre peut également retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720, conformément à l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. L'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 ne mentionne pas les juridictions des États membres, lesquelles n'ont donc pas compétence pour retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 ⁽¹⁵⁰⁾, à moins que la juridiction concernée ne soit une autorité compétente désignée d'un État membre au sens de l'article 35 du règlement (CE) n° 1/2003.

- (257) La Commission et les ANC peuvent retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 dans deux cas de figure. Premièrement, elles peuvent retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 si un accord vertical relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité produit *séparément* des effets sur le marché en cause qui sont incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité. Deuxièmement, comme mentionné au considérant 20 du règlement (UE) 2022/720, elles peuvent également retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 si l'accord vertical produit ces effets *en combinaison* avec des accords similaires conclus par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents. En effet, des réseaux parallèles d'accords verticaux similaires peuvent produire des effets anticoncurrentiels cumulatifs incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité. La restriction de l'accès au marché en cause et la restriction de la concurrence sur ce marché sont des exemples de tels effets cumulatifs susceptibles de justifier le retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720 ⁽¹⁵¹⁾.
- (258) Des réseaux parallèles d'accords verticaux sont considérés comme similaires s'ils contiennent le même type de restrictions qui produisent des effets similaires sur le marché. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas d'obligations de parité pour la vente au détail, de distribution sélective ou d'obligations de non-concurrence.
- (259) En ce qui concerne les obligations de parité pour la vente au détail qui s'appliquent aux canaux de vente directe (obligations de parité restreintes), l'article 6 du règlement (UE) 2022/720 prévoit que le bénéfice du règlement peut être retiré en vertu de l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003, en particulier lorsque le marché en cause pour la fourniture de services d'intermédiation en ligne est fortement concentré et que la concurrence entre les prestataires de ces services est limitée par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires empêchant les acheteurs de services d'intermédiation en ligne de proposer, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables sur leurs canaux de vente directe. D'autres orientations sur ce scénario sont fournies à la section 8.2.5.2.
- (260) En ce qui concerne la distribution sélective, un scénario de réseaux parallèles d'accords suffisamment similaires peut se produire si, sur un marché donné, certains fournisseurs ont recours à la distribution sélective purement qualitative tandis que d'autres appliquent la distribution sélective quantitative, avec des effets similaires sur le marché. De tels effets cumulatifs peuvent également se produire lorsque, sur un marché donné, des réseaux parallèles de distribution sélective utilisent des critères qualitatifs qui conduisent à l'éviction de distributeurs. Dans ces circonstances, l'appréciation doit tenir compte des effets anticoncurrentiels imputables à chaque réseau d'accords considéré séparément. Le cas échéant, le retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720 peut être limité à certains critères qualitatifs ou à certains critères quantitatifs qui, par exemple, limitent le nombre de distributeurs agréés.
- (261) La responsabilité de l'effet anticoncurrentiel cumulatif ne peut être imputée qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cet effet. Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽¹⁵²⁾. Ils ne sont donc pas soumis au mécanisme de retrait du bénéfice de l'exemption ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Les juridictions des États membres ne peuvent pas non plus modifier la portée du règlement (UE) 2022/720 en étendant son champ d'application à des accords qui n'en relèvent pas. Une telle extension affecterait en effet, indépendamment de son importance, la façon dont la Commission exerce sa compétence législative [arrêt du 28 février 1991 dans l'affaire Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, C-234/89, EU:C:1991:91, point 46 («affaire C-234/89. - Delimitis»)].

⁽¹⁵¹⁾ Toutefois, il est peu probable de voir apparaître un effet de verrouillage cumulatif si les réseaux parallèles d'accords verticaux couvrent moins de 30 % du marché en cause; voir le point 10 de la communication *de minimis*.

⁽¹⁵²⁾ On considère que les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage; voir le point 10 de la communication *de minimis*; et l'affaire C-234/89, Delimitis/Henninger Bräu, points 24 à 27.

⁽¹⁵³⁾ L'appréciation de cette contribution s'effectue conformément aux critères exposés à la section 8 concernant la politique suivie pour l'application aux cas individuels.

- (262) Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission peut retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 d'office ou sur plainte. Les ANC ont notamment la possibilité de lui demander de retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 dans un cas déterminé, sans préjudice de l'application des règles relatives à la coopération pour l'attribution des affaires et à l'assistance au sein du réseau européen de la concurrence (REC) ⁽¹⁵⁴⁾ et sans préjudice de leur propre pouvoir de retrait au titre de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. Si au moins trois ANC lui demandent d'appliquer l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 dans un cas déterminé, la Commission évoquera l'affaire dans le cadre du REC. Dans ce contexte, la Commission tiendra le plus grand compte de l'avis des ANC qui lui ont demandé de retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 afin de parvenir à une conclusion quant à la satisfaction des conditions du retrait dans ce cas particulier dans un délai opportun.
- (263) Il ressort de l'article 29, paragraphes 1 et 2, du règlement (CE) n° 1/2003 que la Commission a compétence exclusive pour retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 dans l'ensemble de l'Union en ce qu'elle peut retirer ce bénéfice à des accords verticaux qui restreignent la concurrence sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire d'un seul État membre, tandis qu'une ANC ne peut retirer le bénéfice de ce règlement que sur le territoire de son État membre.
- (264) Dès lors, le pouvoir de retrait d'une ANC concerne les cas dans lesquels le marché en cause couvre un seul État membre, ou une région située exclusivement dans un État membre, ou une partie de celui-ci. Dans un tel cas, l'ANC de cet État membre a compétence pour retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 à un accord vertical ayant des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur ce marché national ou régional. Il s'agit d'une compétence concurrente étant donné que l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 habilite également la Commission à retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 pour un marché national ou régional, pour autant que l'accord vertical concerné risque d'affecter les échanges entre États membres.
- (265) Lorsque plusieurs marchés nationaux ou régionaux distincts sont concernés, plusieurs ANC compétentes peuvent procéder en parallèle au retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720.
- (266) Il découle du libellé de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 que, lorsque la Commission retire le bénéfice du règlement (UE) 2022/720, il lui incombe de prouver, premièrement, que l'accord vertical concerné restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽¹⁵⁵⁾. Deuxièmement, la Commission doit prouver que l'accord produit des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité, ce qui signifie qu'il ne remplit pas au moins l'une des quatre conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité ⁽¹⁵⁶⁾. Conformément à l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, les mêmes exigences s'appliquent lorsqu'une ANC retire le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 sur le territoire de son État membre. En particulier, s'agissant de la charge de prouver la satisfaction de la deuxième exigence, l'article 29 impose à l'autorité de concurrence compétente de démontrer qu'au moins l'une des quatre conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, n'est pas remplie ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Voir le chapitre IV du règlement (CE) n° 1/2003.

⁽¹⁵⁵⁾ Si un accord vertical ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, comme indiqué à la section 3 des présentes lignes directrices, la question de l'application du règlement (UE) 2022/720 ne se pose pas, car le règlement (UE) 2022/720 définit des catégories d'accords verticaux qui remplissent normalement les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité, ce qui présuppose que l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

⁽¹⁵⁶⁾ Il suffit à la Commission de démontrer que l'une des quatre conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, du traité n'est pas remplie. En effet, pour bénéficier de l'exception au titre de l'article 101, paragraphe 3, les quatre conditions doivent être remplies.

⁽¹⁵⁷⁾ L'exigence établie à l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 concernant la charge de la preuve de l'autorité de concurrence compétente découle de la situation dans laquelle le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas et une entreprise invoque l'article 101, paragraphe 3, dans un cas particulier. Dans cette situation, conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003, il incombe à l'entreprise de démontrer que les quatre conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. À cet effet, elle doit étayer ses affirmations; voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire AT.39226 *Lundbeck*, confirmée dans les arrêts du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T-472/13, EU:T:2016:449, et du 25 mars 2021, *Lundbeck/Commission*, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

- (267) Si les exigences de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 sont remplies, la Commission peut retirer le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 dans un cas individuel. Un tel retrait, et ses conditions telles qu'énoncées dans la présente section, doivent être distingués des constatations formulées par la Commission dans une décision d'infraction au titre du chapitre III du règlement (CE) n° 1/2003. Toutefois, un retrait peut être associé, par exemple, à la constatation d'une infraction et à l'imposition d'une mesure corrective, et même à des mesures provisoires ⁽¹⁵⁸⁾.
- (268) Si la Commission retire le bénéfice du règlement (UE) 2022/720 au titre de l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, le retrait ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords concernés resteront non affectées pour toute la période précédant la date de prise d'effet du retrait. En cas de retrait au titre de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, les ANC concernées doivent également tenir compte de leurs obligations au titre de l'article 11, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, en particulier l'obligation qui leur impose d'informer la Commission de toute décision pertinente envisagée.

7.2. Exclusion du champ d'application du règlement (UE) 2022/720

- (269) Conformément à l'article 1^{er} bis du règlement n° 19/65/CEE, l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 habilite la Commission à exclure du champ d'application du règlement (UE) 2022/720, par voie de règlement, des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires, lorsque ceux-ci couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. Un tel règlement ne vise pas des entreprises individuelles, mais concerne toutes les entreprises dont les accords remplissent les conditions établies dans un règlement visé à l'article 7 du règlement (UE) 2022/720. Lorsqu'elle sera appelée à évaluer la nécessité d'adopter un tel règlement, la Commission examinera si un retrait individuel ne constituerait pas une mesure corrective plus appropriée. Le nombre d'entreprises concurrentes qui contribuent à l'effet cumulatif sur un marché en cause et le nombre de marchés géographiques affectés au sein de l'Union constituent deux aspects particulièrement pertinents pour cette appréciation.
- (270) La Commission envisagera l'adoption d'un règlement au titre de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 si des restrictions similaires couvrant plus de 50 % du marché en cause sont susceptibles de limiter sensiblement l'accès au marché ou de limiter la concurrence qui y est livrée. Tel peut être le cas notamment lorsque des réseaux parallèles de distribution sélective couvrant plus de 50 % d'un marché sont susceptibles de fermer l'accès à ce marché en raison de l'utilisation de critères de sélection qui ne sont pas requis par la nature des biens ou services en cause ou sont discriminatoires à l'égard de certains types de distribution de ces biens ou services. Pour déterminer si le seuil de 50 % de couverture du marché est dépassé ou non, il doit être tenu compte de chaque réseau individuel d'accords verticaux contenant des restrictions, ou des combinaisons de restrictions qui produisent des effets similaires sur le marché. Toutefois, l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 n'impose pas à la Commission d'adopter un tel règlement quand bien même le taux de couverture de 50 % serait dépassé.
- (271) Un règlement adopté au titre de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 a pour effet que ce dernier devient inapplicable pour ce qui est des restrictions et des marchés concernés et que l'article 101, paragraphes 1 et 3, du traité s'applique donc pleinement.
- (272) Tout règlement adopté en vertu de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 doit préciser clairement son champ d'application. Aussi la Commission doit-elle, premièrement, définir les marchés de produits et les marchés géographiques en cause et, deuxièmement, identifier le type de restriction(s) verticale(s) à laquelle/auxquelles le règlement (UE) 2022/720 ne sera plus applicable. S'agissant de cette seconde exigence, la Commission peut moduler le champ d'application du règlement en fonction du problème de concurrence qu'elle entend viser. À titre d'exemple, si tous les réseaux parallèles d'accords du type monomarchisme peuvent être pris en considération afin d'établir si le seuil de 50 % de couverture du marché est atteint, la Commission peut néanmoins limiter le champ d'application d'un règlement adopté au titre de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 aux seules obligations de non-concurrence qui dépassent une certaine durée. Ainsi, les accords

⁽¹⁵⁸⁾ La Commission a fait usage de son pouvoir de retrait des règlements d'exemption par catégorie précédemment applicables dans sa décision du 25 mars 1992 (mesures conservatoires) relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/34.072 – Mars/Langnese et Schöller confirmées par l'arrêt du 1^{er} octobre 1998 dans l'affaire Langnese-Iglo/Commission, C-279/95 P, EU:C:1998:447, et dans sa décision du 4 décembre 1991 (mesures conservatoires) relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE dans l'affaire IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

conclus pour des courtes durées ou ayant une nature moins restrictive peuvent ne pas être affectés par le règlement adopté, parce que l'effet de verrouillage du marché imputable à ces restrictions est moindre. De même, si des entreprises utilisent la distribution sélective sur un marché déterminé en combinaison avec des restrictions supplémentaires, telles que des obligations de non-concurrence ou des quotas d'achat imposés à l'acheteur, un règlement adopté au titre de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 peut ne viser que ces restrictions supplémentaires. La Commission peut également, s'il y a lieu, préciser le niveau de part de marché qui, dans le contexte propre au marché en cause, peut être considéré comme insuffisant pour qu'une entreprise donnée contribue de façon significative à l'effet cumulatif.

- (273) L'article 1^{er} bis du règlement n° 19/65/CEE dispose qu'un règlement adopté au titre de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 doit fixer une période de transition d'au moins six mois avant de devenir applicable. Cette période vise à permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords verticaux en conséquence.
- (274) Un règlement adopté au titre de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720 n'affectera pas les situations nées de l'exemption des accords en cause pour toute la période précédant sa date d'application.

8. POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION AUX CAS INDIVIDUELS

8.1. Cadre de l'analyse

- (275) Lorsque l'exemption par catégorie prévue par le règlement (UE) 2022/720 ne s'applique pas à un accord vertical, il est nécessaire d'apprécier si, dans ce cas individuel, l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité et, le cas échéant, si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité sont remplies. S'il ne comporte pas de restriction de concurrence par objet, et notamment de restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement (UE) 2022/720, un accord vertical qui n'entre pas dans le champ d'application du règlement (UE) 2022/720 n'est pas présumé relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité. De tels accords nécessitent une appréciation individuelle. Les accords qui soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité soit remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité sont valides et applicables.
- (276) Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, les entreprises ne doivent pas nécessairement notifier leurs accords verticaux pour bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité. Lorsque la Commission procède à un examen individuel, il lui incombe de prouver que l'accord vertical concerné restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Il incombe aux entreprises qui invoquent le bénéfice des dispositions de l'article 101, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de cette disposition sont remplies. S'il est établi que l'accord est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, les entreprises peuvent démontrer l'existence de gains d'efficacité et exposer les raisons pour lesquelles un système de distribution spécifique est indispensable pour entraîner des avantages probables pour les consommateurs sans éliminer la concurrence. La Commission décidera ensuite si l'accord remplit les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité.
- (277) Pour déterminer si un accord vertical a pour effet de restreindre la concurrence, il convient de comparer la situation du marché pertinent lorsque les restrictions verticales sont mises en place et la situation qui prévaudrait en l'absence de telles restrictions verticales dans l'accord vertical. Lors de l'examen de tels cas individuels, la Commission peut tenir compte des effets tant réels que probables. Pour que des accords verticaux restreignent la concurrence par leur effet, ils doivent affecter la concurrence réelle ou potentielle dans une mesure telle que l'on puisse s'attendre, avec un degré de probabilité raisonnable, à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la variété et la qualité des biens ou des services sur le marché en cause. Les effets négatifs sur la concurrence doivent être sensibles⁽¹⁵⁹⁾. Des effets anticoncurrentiels sensibles sont plus

⁽¹⁵⁹⁾ Voir la section 3.1.

probables lorsque l'une au moins des parties à l'accord possède ou obtient un certain pouvoir de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement d'un tel pouvoir ou permet aux parties à l'accord de l'exploiter. Le pouvoir de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou de maintenir la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive, et ce pendant une période non négligeable. Le degré de pouvoir de marché généralement requis pour établir l'existence d'une restriction de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité est inférieur à celui qui est requis pour conclure à l'existence d'une position dominante au sens de l'article 102 du traité.

8.1.1. *Les facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité*

(278) Pour évaluer les accords verticaux individuels entre entreprises dont les parts de marché sont supérieures au seuil de 30 %, la Commission mènera une analyse complète de la situation concurrentielle. Les facteurs suivants sont particulièrement importants pour établir si un accord vertical entraîne une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité:

- (a) la nature de l'accord;
- (b) la position des parties sur le marché;
- (c) la position des concurrents sur le marché (en amont et en aval);
- (d) la position des acheteurs des biens ou services contractuels sur le marché;
- (e) les barrières à l'entrée;
- (f) le niveau de la chaîne de production ou de distribution affecté;
- (g) la nature du produit;
- (h) la dynamique du marché.

(279) D'autres facteurs pertinents peuvent également être pris en considération.

(280) L'importance des différents facteurs peut varier selon les circonstances de l'espèce. Par exemple, le fait que les parties détiennent une part de marché élevée constitue généralement un bon indicateur de leur pouvoir de marché. Cependant, lorsque les barrières à l'entrée sont faibles, le pouvoir de marché peut être suffisamment restreint par une entrée réelle ou potentielle. Il n'est donc pas possible d'établir des règles strictes d'applicabilité générale concernant l'importance des différents facteurs.

(281) Les accords verticaux peuvent prendre des formes très diverses. Il est donc important d'analyser la nature de l'accord du point de vue des restrictions qu'il contient, de la durée de ces restrictions et de la part des ventes totales sur le marché (en aval) qu'elles affectent. Il peut être nécessaire d'aller au-delà des termes précis de l'accord. La façon dont l'accord est mis en œuvre par les parties et les incitations auxquelles elles sont exposées peuvent révéler l'existence de restrictions implicites.

(282) La position des parties sur le marché donne une indication du pouvoir de marché que détiennent, le cas échéant, le fournisseur, l'acheteur, ou les deux. Plus leur part de marché est élevée, plus leur pouvoir de marché est susceptible d'être important. Il en va particulièrement ainsi lorsque la part de marché traduit des avantages en termes de coûts ou d'autres avantages concurrentiels que les parties possèdent par rapport à leurs concurrents. Ces avantages concurrentiels peuvent par exemple résulter du fait d'avoir été le premier entrant sur le marché (possession du meilleur site, etc.) ou de détenir des brevets essentiels, de disposer d'une technologie supérieure ou d'une marque dominante ou d'une meilleure gamme de produits. Le degré de différenciation du produit peut également constituer un indicateur pertinent de l'existence d'un pouvoir de marché. La marque tend à accroître la différenciation des produits et à restreindre les possibilités de substitution d'un produit à un autre, ce qui réduit l'élasticité de la demande et facilite la majoration des prix.

- (283) La position des concurrents sur le marché est elle aussi importante. Plus la position concurrentielle des concurrents est forte, et plus les concurrents sont nombreux, moins il y a de risques que les parties puissent exercer individuellement un pouvoir de marché et verrouiller l'accès au marché ou atténuer la concurrence. Il importe également d'examiner s'il existe des contre-stratégies efficaces et opportunes que les concurrents seraient susceptibles de mettre en œuvre. Toutefois, si le nombre d'entreprises sur le marché est relativement faible et leur position sur le marché (en termes, par exemple, de taille, de coûts et de potentiel de R&D) est similaire, des restrictions verticales peuvent accroître le risque de collusion. Des fluctuations ou des changements rapides de leurs parts de marché sont en général un indice de l'existence d'une vive concurrence.
- (284) La position des clients en aval des parties à l'accord vertical sur le marché fournit une indication quant à la détention par un ou plusieurs de ces clients d'une puissance d'achat. Le premier indicateur de puissance d'achat est la part de marché du client sur le marché des achats. Cette part de marché reflète l'importance de la demande du client pour ses fournisseurs potentiels. D'autres indications sont fournies par la position du client sur le marché de la revente où il est actif, y compris les caractéristiques telles qu'une large couverture géographique de ses points de vente, la détention de marques propres, y compris des marques de distributeur, ainsi que la notoriété de sa marque auprès des utilisateurs finals. Dans certaines circonstances, la puissance d'achat peut éviter que les consommateurs pâtissent d'un accord vertical qui, sans cette puissance d'achat, serait problématique. Tel est notamment le cas lorsque des clients puissants ont la capacité et l'incitation nécessaires pour introduire de nouvelles sources d'approvisionnement sur le marché en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs.
- (285) Les barrières à l'entrée sont évaluées en calculant la mesure dans laquelle les entreprises présentes sur le marché peuvent augmenter leur prix au-delà du niveau concurrentiel sans provoquer l'arrivée de nouveaux concurrents. En règle générale, les barrières à l'entrée peuvent être considérées comme faibles lorsque l'entrée effective, capable d'empêcher ou de freiner l'exercice du pouvoir de marché par les concurrents en place, est susceptible de se produire dans un délai d'un ou deux ans. Les barrières à l'entrée peuvent se situer au niveau des fournisseurs ou à celui des acheteurs, ou bien à ces deux niveaux. Les barrières à l'entrée peuvent être dues à une grande diversité de facteurs, par exemple des économies d'échelle et de gamme (y compris des effets de réseau d'entreprises multifaces), des réglementations (notamment lorsqu'elles créent des droits exclusifs), des aides d'État, des droits de douane à l'importation, des DPI, la possession de ressources dont la disponibilité est limitée (par exemple pour des raisons naturelles), la possession d'installations essentielles, l'avantage lié au fait d'être la première entreprise implantée sur le marché concerné et la fidélité à la marque des consommateurs créée par des actions publicitaires de grande ampleur au cours d'une période prolongée. Pour savoir si certains de ces facteurs doivent être considérés comme des barrières à l'entrée, il convient de déterminer s'ils entraînent des coûts irrécouvrables. Les coûts irrécouvrables sont les coûts qui sont nécessaires pour entrer ou être actif sur un marché, mais qui ne peuvent être récupérés lorsque l'on se retire de ce marché. Les coûts de publicité destinés à fidéliser la clientèle constituent en principe des coûts irrécouvrables, à moins que l'entreprise qui se retire du marché puisse soit vendre sa marque, soit l'utiliser sur un autre marché sans pertes. Lorsque l'entrée nécessite d'importants coûts irrécouvrables, la menace d'une concurrence intense de la part des concurrents en place postérieurement à l'entrée sur le marché peut décourager les entrants potentiels, ceux-ci ne pouvant justifier le risque de perdre ces investissements irrécouvrables.
- (286) Les restrictions verticales peuvent également constituer une barrière à l'entrée, en rendant l'accès au marché plus difficile et en excluant les concurrents (potentiels). Par exemple, une obligation de non-concurrence qui lie des distributeurs à un fournisseur peut avoir un effet de verrouillage considérable si l'implantation de ses propres distributeurs impose des coûts irrécouvrables à l'entrant potentiel.
- (287) Le niveau de la chaîne de production ou de distribution est lié à la distinction établie entre biens et services intermédiaires et biens ou services finaux. Les biens ou services intermédiaires sont vendus à des entreprises pour produire d'autres biens ou services et ne sont généralement pas identifiables dans le bien ou service final. Les acheteurs de biens ou services intermédiaires sont habituellement des clients bien informés, capables d'apprécier la qualité de ces produits et dont la décision d'achat repose donc moins sur la marque et sa réputation. Les biens ou services finaux sont, directement ou indirectement, vendus aux utilisateurs finals, qui attachent souvent plus d'importance à la marque et à sa réputation.
- (288) La nature du produit joue un rôle dans l'appréciation des éventuels effets tant négatifs que positifs des restrictions verticales, en particulier pour les biens ou services finaux. Lors de l'appréciation des effets négatifs probables, il convient de déterminer si les biens ou services vendus sur le marché en cause sont homogènes ou plutôt différenciés ⁽¹⁶⁰⁾, si le produit est cher - c'est-à-dire s'il représente une part importante du budget du consommateur - ou peu onéreux et s'il s'agit d'un achat unique ou d'un achat répété.

⁽¹⁶⁰⁾ Voir aussi le point (282).

- (289) La dynamique du marché en cause doit être soigneusement évaluée. Sur certains marchés dynamiques, les effets négatifs potentiels de certaines restrictions verticales peuvent ne pas poser de problèmes, étant donné que la concurrence intermarques de concurrents dynamiques et innovants peut constituer une contrainte suffisante. Toutefois, dans d'autres cas, des restrictions verticales peuvent procurer un avantage concurrentiel durable à une entreprise en place sur un marché dynamique et entraîner ainsi des effets négatifs durables sur la concurrence. Cela peut être le cas lorsqu'une restriction verticale empêche des concurrents de bénéficier d'effets de réseau ou lorsqu'un marché est susceptible de basculer.
- (290) D'autres facteurs peuvent également être pertinents pour l'appréciation. Ces facteurs peuvent notamment concerner:
- (a) la présence d'effets cumulatifs découlant du fait que le marché est couvert par des restrictions verticales similaires imposées par d'autres fournisseurs ou acheteurs;
 - (b) le fait que l'accord soit «imposé» (c'est-à-dire que la plupart des restrictions ou obligations ne s'appliquent qu'à une seule partie à l'accord) ou «convenu» (les deux parties acceptent des restrictions ou des obligations);
 - (c) l'environnement réglementaire;
 - (d) les pratiques qui peuvent indiquer ou faciliter la collusion, telles qu'une influence dominante sur les prix, l'annonce préalable des modifications de prix, les discussions sur le prix, la rigidité des prix en réponse à une capacité excédentaire, une discrimination par les prix et les comportements collusifs antérieurs.

8.1.2. *Les facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3, du traité*

- (291) Les accords verticaux qui restreignent la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité peuvent également produire des effets favorables à la concurrence sous la forme de gains d'efficacité, qui peuvent l'emporter sur leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation des gains d'efficacité par rapport aux effets anticoncurrentiels se fait dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, du traité qui prévoit une dérogation à l'interdiction figurant à l'article 101, paragraphe 1, du traité. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord vertical doit remplir les quatre conditions cumulatives ci-après:
- (a) elle doit produire des avantages économiques objectifs;
 - (b) les consommateurs doivent obtenir une partie équitable du profit qui en résulte ⁽¹⁶¹⁾;
 - (c) les restrictions de concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces avantages, et
 - (d) l'accord ne doit pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des biens ou services concernés ⁽¹⁶²⁾.
- (292) Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, les accords verticaux sont évalués dans le cadre réel où ils se produisent ⁽¹⁶³⁾ et sur la base des faits existant à un instant précis. L'appréciation tient compte des modifications substantielles des faits. L'exemption prévue à l'article 101, paragraphe 3, du traité s'applique tant que les quatre conditions sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas ⁽¹⁶⁴⁾. Lorsque l'on applique l'article 101, paragraphe 3, du traité conformément à ces principes, il convient de tenir compte des investissements réalisés par les parties à l'accord ainsi que des délais et des contraintes nécessaires à l'engagement et au recouvrement d'un investissement qui permet d'accroître l'efficacité d'une entreprise.

⁽¹⁶¹⁾ Comme énoncé au point 84 des lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, la notion de «consommateur» au sens de l'article 101, paragraphe 3, du traité englobe tous les utilisateurs directs ou indirects des produits couverts par l'accord, y compris les producteurs qui utilisent les produits pour transformation, les grossistes, les détaillants et les consommateurs finals, c'est-à-dire les personnes physiques qui agissent à des fins étrangères à leur activité professionnelle ou commerciale.

⁽¹⁶²⁾ Voir les lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3.

⁽¹⁶³⁾ Voir l'arrêt Ford/Commission, affaires jointes 25/84 et 26/84, Ford, EU:C:1985:340, points 24 et 25; lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, point 44.

⁽¹⁶⁴⁾ Voir, par exemple, la décision 1999/242/CE de la Commission (affaire n° IV/36.237-TPS) (JO L 90 du 2.4.1999, p. 6). De même, l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, du traité s'applique tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence; lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, point 44.

- (293) La première condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3, du traité exige une appréciation des avantages objectifs en termes de gains d'efficacité produits par l'accord vertical. À cet égard, les accords verticaux sont souvent susceptibles de contribuer à la réalisation de gains d'efficacité, comme expliqué à la section 2.1, en ce qu'ils améliorent la manière dont les parties à l'accord exercent leurs activités complémentaires.
- (294) La deuxième condition de l'article 101, paragraphe 3, du traité requiert que les consommateurs reçoivent une partie équitable de ces avantages. Cette condition signifie que les consommateurs des biens ou services achetés et/ou (re)vendus dans le cadre de l'accord vertical doivent au moins bénéficier de compensations pour les effets négatifs de l'accord ⁽¹⁶⁵⁾. En d'autres termes, les gains d'efficacité doivent compenser intégralement l'incidence négative probable de l'accord vertical sur les prix, sur la production et sur d'autres éléments pertinents.
- (295) Troisièmement, lors de la vérification du caractère indispensable des restrictions telle que prévue à l'article 101, paragraphe 3, du traité, la Commission examinera notamment si chaque restriction permet de produire, acheter et/ou (re)vendre les biens ou services contractuels plus efficacement qu'en l'absence d'une telle restriction. Cette appréciation doit tenir compte des conditions du marché et des réalités auxquelles les parties à l'accord sont confrontées. Les entreprises qui invoquent le bénéfice de l'article 101, paragraphe 3, du traité ne sont pas tenues d'envisager des alternatives hypothétiques ou théoriques. Elles doivent cependant expliquer et démontrer pourquoi des alternatives vraisemblablement réalistes et sensiblement moins restrictives de concurrence ne produiraient pas les mêmes gains d'efficacité. Si le recours à une alternative qui s'avère réaliste sur le plan commercial et moins restrictive de concurrence devait entraîner des pertes d'efficacité sensibles, la restriction sera considérée comme indispensable.
- (296) La quatrième condition de l'article 101, paragraphe 3, du traité exige que l'accord vertical ne donne pas aux parties à l'accord la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des biens ou services en cause. Cette condition présuppose une analyse des autres sources de pression concurrentielle sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces autres sources de concurrence. Lors de l'examen de cette condition, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 101, paragraphe 3, du traité et l'article 102 du traité. Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité ne peut préjuger de l'application de l'article 102 du traité ⁽¹⁶⁶⁾. En outre, comme les articles 101 et 102 du traité ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, dans un souci de cohérence, d'interpréter l'article 101, paragraphe 3, comme excluant toute application de la règle d'exemption aux accords verticaux restrictifs qui constituent un abus de position dominante ⁽¹⁶⁷⁾. L'accord vertical ne doit pas éliminer la concurrence effective, en supprimant l'ensemble ou l'essentiel des sources existantes de concurrence réelle ou potentielle. La rivalité entre entreprises est un moteur essentiel de l'efficacité économique, notamment par des gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovations. En son absence, l'entreprise dominante ne sera pas suffisamment incitée à continuer de réaliser des gains d'efficacité et à les répercuter. Un accord restrictif qui maintient, crée ou renforce une position sur le marché se rapprochant d'un monopole ne peut normalement se justifier au motif qu'il génère aussi des gains d'efficacité.

8.2. Analyse de certaines restrictions verticales

- (297) Alors que la section 6 contient des orientations sur l'appréciation des restrictions verticales qui constituent des restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement (UE) 2022/720, ou des restrictions exclues au sens de l'article 5 du règlement (UE) 2022/720, les paragraphes suivants fournissent des orientations sur d'autres restrictions verticales spécifiques. Pour ce qui est des restrictions verticales qui ne sont pas spécifiquement abordées dans les présentes lignes directrices, la Commission les appréciera selon les mêmes principes en tenant compte des facteurs pertinents, tels qu'exposés à la présente section 8.

⁽¹⁶⁵⁾ Voir le point 85 des lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3.

⁽¹⁶⁶⁾ Voir l'arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge*, affaires jointes, C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 130. De même, l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ces dispositions sont, dans certaines circonstances, applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité; voir à cet égard l'arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, *Wouters e.a.*, EU:C:2002:98, point 120.

⁽¹⁶⁷⁾ Voir l'arrêt du 10 juillet 1990, *Tetra Park/Commission*, affaire T-51/89, EU:T:1990:41. Voir également le point 106 des lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3.

8.2.1. *Monomarquisme*

- (298) La rubrique «monomarquisme» englobe les accords dont l'objectif principal est d'obliger ou d'inciter l'acheteur à s'approvisionner, pour un type donné de produit, auprès d'un seul fournisseur. Cette obligation se retrouve, entre autres, dans les clauses de non-concurrence et de quotas d'achat convenues avec l'acheteur. Une clause de non-concurrence repose sur un dispositif qui oblige ou incite l'acheteur à couvrir plus de 80 % de ses besoins sur un marché donné en s'approvisionnant auprès d'un seul et même fournisseur. Cela ne signifie pas que l'acheteur soit tenu de s'approvisionner directement auprès du fournisseur, mais que, de fait, il n'achètera et ne revendra pas ou n'intégrera pas à ses produits des biens ou services concurrents. L'imposition d'un quota à l'acheteur est une forme adoucie d'obligation de non-concurrence, l'acheteur réalisant l'essentiel de ses achats auprès d'un seul fournisseur conformément à des mesures d'incitation ou à des engagements convenus avec celui-ci. L'imposition de quotas d'achat peut par exemple prendre la forme d'une obligation d'achat minimal ou de constitution de stocks, ou d'une tarification non linéaire comme notamment des rabais conditionnels ou un prix à double composante (redevance fixe plus prix à l'unité). La clause dite «anglaise», en vertu de laquelle l'acheteur doit déclarer toute offre plus avantageuse et ne peut l'accepter que si le fournisseur ne s'aligne pas sur elle, produira vraisemblablement le même effet qu'une obligation de monomarquisme, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de l'offre.
- (299) Du point de vue de la concurrence, le monomarquisme risque de fermer l'accès du marché pour des fournisseurs concurrents ou potentiels, d'atténuer la concurrence, de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative et, lorsque l'acheteur est un détaillant, d'affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente. De tels effets restrictifs ont une incidence directe sur la concurrence intermarques.
- (300) Les accords de monomarquisme peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 lorsque ni la part de marché du fournisseur ni celle de l'acheteur ne dépassent 30 % et que l'obligation de non-concurrence n'excède pas cinq ans. Comme énoncé au point (248), les accords de monomarquisme tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, pour autant que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord de monomarquisme moyennant un préavis raisonnable et à un coût raisonnable, ce qui lui permettra de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'accord de monomarquisme doit être apprécié individuellement.
- (301) Les obligations de monomarquisme risquent en particulier de produire des effets de verrouillage anticoncurrentiels lorsque, en leur absence, une forte pression concurrentielle serait exercée par des concurrents qui, soit ne sont pas encore présents sur le marché au moment de la conclusion de ces accords, soit ne sont pas en mesure d'entrer en concurrence pour l'approvisionnement total des clients. Les concurrents peuvent ne pas être à même d'entrer en concurrence pour la demande totale d'un client donné parce que le fournisseur en question est un partenaire commercial inévitable au moins pour une partie de la demande sur le marché, par exemple du fait que sa marque est un «produit incontournable» préféré par un grand nombre de consommateurs ou que les contraintes de capacité pesant sur les autres fournisseurs sont telles qu'une partie de la demande ne peut être satisfaite que par le fournisseur en question ⁽¹⁶⁸⁾. La position du fournisseur sur le marché est donc un facteur de première importance pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des obligations de monomarquisme.
- (302) Si les concurrents peuvent s'affronter sur un pied d'égalité afin de répondre à la demande totale de chaque client individuel, les obligations de monomarquisme imposées par un fournisseur individuel sont généralement peu susceptibles de restreindre la concurrence de manière appréciable, sauf si la capacité des clients à changer de fournisseur est amoindrie par la durée et la couverture de marché des obligations de monomarquisme. Plus la proportion de la part de marché du fournisseur concernée par l'obligation de monomarquisme est élevée, et plus la durée des obligations de monomarquisme est longue, plus le degré de verrouillage du marché risque d'être sensible. Les obligations de monomarquisme sont plus susceptibles d'entraîner un verrouillage anticoncurrentiel du marché lorsqu'elles sont imposées par des entreprises occupant une position dominante.

⁽¹⁶⁸⁾ Voir l'arrêt du 23 octobre 2003 dans l'affaire T-65/98, Van den Bergh Foods/Commission, EU:T:2003:281, points 104 et 156.

- (303) Pour apprécier le pouvoir de marché détenu par le fournisseur, la position de ses concurrents sur le marché est un élément important. Tant que ceux-ci sont suffisamment nombreux et puissants, il n'y a pas lieu de craindre des effets anticoncurrentiels sensibles. Il est très peu probable que les concurrents soient évincés s'ils détiennent une position similaire sur le marché et peuvent offrir des produits tout aussi attrayants. Toutefois, dans ce cas de figure, il peut exister un risque de verrouillage du marché pour les nouveaux concurrents potentiels, lorsque plusieurs grands fournisseurs concluent des accords de monomarquisme avec un grand nombre d'acheteurs sur le marché en cause (effet cumulatif). C'est également dans ce type de scénario que les accords de monomarquisme peuvent faciliter les collusions entre fournisseurs concurrents. Lorsque ces accords bénéficient à titre individuel de l'exemption prévue par le règlement (UE) 2022/720, un retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie peut être nécessaire pour faire face à un tel effet anticoncurrentiel cumulatif négatif. On considère généralement qu'une part de marché liée de moins de 5 % ne saurait contribuer de façon significative à un tel effet cumulatif de verrouillage.
- (304) Lorsque la part de marché du plus grand fournisseur est inférieure à 30 % et que celle combinée des cinq plus grands fournisseurs est inférieure à 50 %, l'existence d'un effet anticoncurrentiel unique ou cumulatif est peu probable. Dans de tels cas, si un nouveau concurrent potentiel ne peut rentabiliser son entrée sur le marché, cela sera vraisemblablement imputable à des facteurs autres que les obligations de monomarquisme, par exemple aux préférences des consommateurs.
- (305) Pour déterminer si un verrouillage anticoncurrentiel est probable, il est nécessaire d'apprécier l'ampleur des barrières à l'entrée. Tant qu'il est relativement aisé pour des fournisseurs concurrents de créer leur propre réseau de distribution intégré ou de trouver d'autres distributeurs pour leur produit, le verrouillage ne devrait pas être un réel problème.
- (306) La puissance d'achat compensatrice de l'acheteur est un élément pertinent, car des acheteurs puissants ne se laisseront pas facilement écartier de l'offre de biens ou de services concurrents. Plus généralement, pour convaincre ses clients d'accepter le monomarquisme, le fournisseur peut devoir leur offrir une compensation, totale ou partielle, pour la réduction de concurrence résultant de l'exclusivité. Dans ce cas, il peut être de l'intérêt individuel d'un client de contracter une obligation de monomarquisme avec le fournisseur. Toutefois, il serait erroné d'en conclure que toutes les obligations de monomarquisme, prises dans leur ensemble, sont globalement bénéfiques pour les clients sur ce marché et pour les consommateurs. Il est en particulier peu probable que l'ensemble des consommateurs en bénéficie si les obligations de monomarquisme, prises globalement, ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes.
- (307) Enfin, il convient de prendre en compte le niveau de la chaîne de production ou de distribution concerné. Les risques de verrouillage sont en effet moins élevés pour les produits intermédiaires. Lorsque le fournisseur d'un produit intermédiaire n'occupe pas une position dominante, ses concurrents peuvent couvrir une part substantielle de la demande qui ne lui est pas liée. Toutefois, le monomarquisme peut entraîner des effets d'éviction anticoncurrentiels inférieurs au seuil de position dominante dans les cas où il existe un effet cumulatif. Il est peu probable qu'un effet anticoncurrentiel cumulatif se produise tant que moins de 50 % du marché est lié.
- (308) Si l'accord porte sur la fourniture en gros d'un produit final, la probabilité de voir un problème de concurrence apparaître dépend dans une large mesure du type de commerce de gros et des barrières à l'entrée qui existent à ce niveau. Il n'y a pas de risque réel de verrouillage si les producteurs concurrents peuvent aisément mettre en place leur propre système de vente en gros. La faiblesse des barrières à l'entrée dépend en partie du type de système de vente en gros que le fournisseur peut utiliser avec efficacité. Sur un marché où le commerce de gros peut fonctionner efficacement avec uniquement le produit concerné par l'accord (par exemple, des glaces), le fabricant peut avoir la capacité et l'incitation à créer, si nécessaire, son propre réseau de vente en gros, auquel cas il y a peu de risques qu'il soit évincé de ce marché. Au contraire, sur un marché où il est plus efficace de vendre en gros une gamme entière de produits (par exemple, des surgelés), il n'est pas efficace pour un fabricant qui ne vendrait qu'un seul produit de créer son propre réseau de vente en gros. Sans accès à des grossistes établis, le fabricant risque d'être exclu du marché. Dans ce cas, des effets anticoncurrentiels peuvent se produire. En outre, un effet anticoncurrentiel cumulatif est possible si plusieurs fournisseurs imposent des obligations de monomarquisme à la plupart des grossistes.
- (309) De façon générale, le risque de verrouillage est plus grand pour les produits finals au stade de la vente au détail en raison des barrières élevées que doivent surmonter la plupart des producteurs afin d'ouvrir des points de vente pour leurs seuls produits. En outre, c'est au stade du commerce de détail que les accords de monomarquisme peuvent affaiblir la concurrence intermarques dans les points de vente. C'est pourquoi des

effets anticoncurrentiels sensibles peuvent se manifester pour les produits finals au stade de la vente au détail si, compte tenu de tous les autres facteurs en cause, un fournisseur n'occupant pas une position dominante lie 30 % ou plus du marché pertinent. Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante, même une part de marché liée modeste peut donner lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles.

- (310) Un effet de verrouillage cumulatif peut également se produire au niveau du commerce de détail. Lorsque tous les fournisseurs détiennent une part de marché inférieure à 30 %, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage cumulatif si la part de marché liée totale est inférieure à 40 %, le retrait du bénéfice de l'exemption est par conséquent peu probable. Ce chiffre peut être plus élevé lorsque d'autres facteurs tels que le nombre de concurrents ou les barrières à l'entrée sont pris en considération. Lorsque certaines des entreprises ont des parts de marché supérieures au seuil visé à l'article 3 du règlement (UE) 2022/720 mais qu'aucune n'occupe une position dominante, un effet de verrouillage cumulatif est peu probable si moins de 30 % du marché total est lié.
- (311) Lorsque l'acheteur exerce son activité dans des locaux et sur un terrain appartenant au fournisseur ou que le fournisseur loue à un tiers non lié à l'acheteur, cela limite les possibilités d'imposer des mesures efficaces pour corriger un effet de verrouillage éventuel résultant d'un accord de monomarquisme. Dans ce cas, l'intervention de la Commission lorsque le seuil de position dominante n'est pas atteint est improbable.
- (312) Dans certains secteurs, la vente de plusieurs marques dans un même point de vente peut être difficile, auquel cas la meilleure façon de mettre fin à une situation de verrouillage est de limiter la durée des contrats.
- (313) Lorsque le monomarquisme produit des effets restrictifs non négligeables, il est nécessaire d'apprécier si l'accord génère des gains d'efficacité qui remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Pour les obligations de non-concurrence en particulier, les gains d'efficacité décrits au point (16), b) (problèmes de parasitisme entre fournisseurs), e) et f) (divers problèmes de renonciation à certains investissements) et i) (imperfections du marché des capitaux) peuvent être déterminants.
- (314) En ce qui concerne les gains d'efficacité décrits au point (16), b), e) et i), il est possible que l'imposition de quotas à l'acheteur s'avère une solution moins restrictive. À l'inverse, une obligation de non-concurrence peut être le seul moyen viable de réaliser le gain d'efficacité décrit au point (16), f) (problème de renonciation à certains investissements dans le cadre d'un transfert de savoir-faire).
- (315) Lorsqu'un investissement propre à une relation contractuelle, telle que décrite au point (16), e), doit être réalisé par le fournisseur, une obligation de non-concurrence ou un accord imposant des quotas pendant la période d'amortissement de l'investissement remplit généralement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Si les investissements spécifiques à la relation contractuelle considérée sont importants, une obligation de non-concurrence contractée pour une durée supérieure à cinq ans peut se justifier. Un investissement spécifique à une relation contractuelle réalisé par le fournisseur pourrait, par exemple, concerner l'installation ou l'adaptation d'un équipement ne pouvant servir que pour produire des composants destinés à un acheteur déterminé. En revanche, les investissements généraux ou propres à un marché qui concernent des capacités (supplémentaires) ne constituent pas, généralement, des investissements spécifiques à une relation contractuelle. Cependant, si un fournisseur crée de nouvelles capacités exclusivement liées à l'activité d'un acheteur particulier (par exemple, une entreprise produisant des boîtes de conserve qui crée de nouvelles capacités de production dans sa conserverie ou à proximité de celle-ci), ces capacités supplémentaires pourraient s'avérer rentables uniquement pour la production destinée à ce seul client, auquel cas les investissements réalisés seraient considérés comme spécifiques à cette relation contractuelle.
- (316) Les obligations de non-concurrence peuvent également être utilisées pour résoudre un problème de renonciation aux investissements poursuivant des objectifs de durabilité. Ainsi, une telle renonciation pourrait survenir lorsqu'un fournisseur d'énergie faisant face à une demande accrue d'énergie renouvelable ⁽¹⁶⁹⁾ souhaite investir dans une centrale hydroélectrique ou un parc éolien. Le fournisseur ne sera disposé à prendre le risque d'un tel investissement à long terme que si un nombre suffisant d'acheteurs sont prêts à s'engager à acheter de l'énergie renouvelable sur une plus longue période. De tels accords verticaux avec des acheteurs peuvent être favorables à la concurrence, étant donné que l'obligation de non-concurrence à long terme peut être nécessaire pour que l'investissement soit réalisé ou pour qu'il le soit dans les proportions et dans les délais prévus. Par conséquent, ces obligations de non-concurrence peuvent remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité si l'investissement réalisé par le fournisseur ne peut être amorti que sur une longue durée, supérieure aux cinq années visées à l'article 5, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) 2022/720 ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ Notamment l'article 2, paragraphe 1, de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (JO L 328 du 21.12.2018, p. 82).

⁽¹⁷⁰⁾ D'autres règles de l'UE peuvent également s'appliquer à ces investissements dans les énergies renouvelables, y compris celles découlant de l'article 106, paragraphe 1, du traité et les règles relatives aux aides d'État et au marché intérieur.

- (317) Quand le fournisseur accorde à l'acheteur un prêt ou lui fournit un équipement qui n'est pas spécifique à leur relation contractuelle, cela est généralement peu susceptible d'entraîner des effets d'éviction anticoncurrentiels. En cas d'imperfections du marché des capitaux, il peut être plus efficace qu'un fournisseur de produits accorde un prêt plutôt qu'une banque [voir point (16), i)]. Toutefois, dans ce cas, le prêt devrait être accordé de la manière la moins restrictive possible et l'acheteur devrait donc en règle générale conserver la possibilité de mettre un terme à l'obligation et de rembourser le solde du prêt à tout moment et sans pénalité financière.
- (318) Le transfert d'un savoir-faire substantiel, tel que visé au point (16), f), justifie le plus souvent une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture, comme par exemple dans le contexte de la franchise.
- (319) Exemple d'obligation de non-concurrence:

Le leader sur le marché national d'un bien de consommation d'impulsion, dont la part de marché est de 40 %, vend la majeure partie de sa production (90 %) par le biais de détaillants qui lui sont liés (soit une part de marché liée de 36 %). Les accords verticaux obligent les détaillants à ne s'approvisionner qu'auprès du leader pendant au moins quatre ans. Ce dernier est particulièrement bien représenté dans les régions plus densément peuplées tels que la capitale. Il compte dix concurrents, cependant les produits de certains d'entre eux ne sont disponibles qu'à certains endroits et ils détiennent tous des parts de marché beaucoup plus faibles, la plus importante s'élevant à 12 %. Ces dix concurrents approvisionnent 10 % du marché par l'intermédiaire de points de vente qui leur sont liés. Il s'agit d'un marché sur lequel les marques et les produits sont fortement différenciés. Le leader possède les marques les plus fortes. Il est le seul à organiser régulièrement des campagnes publicitaires nationales et il fournit aux détaillants qui lui sont liés un mobilier de rangement spécifique pour son produit.

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

- (320) Exemple d'imposition de quotas:

Un producteur X, qui détient 40 % du marché, vend 80 % de sa production au moyen de contrats qui précisent que le revendeur doit couvrir au moins 75 % de ses besoins pour ce type de produit en s'approvisionnant auprès de X. En échange, X propose des prêts et du matériel à des conditions favorables. Les contrats sont conclus pour une durée de cinq ans et le remboursement du prêt s'effectue selon des versements échelonnés d'un montant égal. Après les deux premières années, les acheteurs peuvent toutefois mettre fin au contrat moyennant un préavis de six mois s'ils remboursent le solde et rachètent l'équipement à sa valeur marchande. Au bout des cinq ans, l'équipement devient la propriété de l'acheteur. Il y a 12 producteurs concurrents, la plupart sont de petites entreprises, la plus grande ayant une part de marché de 20 %, et ils ont recours à des contrats similaires avec des durées différentes. Les producteurs dont la part de marché est inférieure à 10 % ont souvent des contrats plus longs qui contiennent des clauses de résiliation moins généreuses. Les contrats conclus par le producteur X permettent à l'autre partie contractante de couvrir 25 % de ses besoins auprès de la concurrence. Au cours des trois dernières années, deux nouveaux producteurs sont entrés sur le marché, où ils ont acquis une part de marché cumulée d'environ 8 %, en partie grâce au rachat de prêts d'un certain nombre de revendeurs avec lesquels ils ont en échange conclu des contrats.

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

8.2.2. Fourniture exclusive

- (321) La fourniture exclusive renvoie à des restrictions qui obligent ou incitent le fournisseur à vendre les produits contractuels uniquement ou principalement à un seul acheteur, en général ou pour un usage particulier. Ces restrictions peuvent prendre la forme d'une obligation de fourniture exclusive, qui contraint le fournisseur à ne vendre le bien contractuel qu'à un seul acheteur à des fins de revente ou pour un usage particulier. Elles peuvent également, par exemple, consister en une imposition de quotas au fournisseur, dans le cadre de laquelle le fournisseur et l'acheteur conviennent de mesures d'incitation pour que le fournisseur réalise l'essentiel de ses ventes auprès de cet acheteur. Pour les biens ou services intermédiaires, la fourniture exclusive est souvent assimilée à une fourniture industrielle.
- (322) L'accord de fourniture exclusive peut bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement (UE) 2022/720 lorsque ni la part de marché du fournisseur ni celle de l'acheteur n'excèdent 30 %, même s'il est associé à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles que des obligations de non-concurrence. Le reste de la présente section 8.2.2 fournit des orientations pour l'appréciation des accords de fourniture exclusive dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.
- (323) Du point de vue de la concurrence, la fourniture exclusive risque surtout de mener à l'éviction anticoncurrentielle d'autres acheteurs. Il y a là une similarité avec les effets possibles de la distribution exclusive, en particulier si le distributeur exclusif devient l'acheteur exclusif pour l'ensemble d'un marché [voir en particulier le point (130)]. La part détenue par l'acheteur sur le marché des achats en amont est à l'évidence un élément important pour apprécier sa capacité à imposer une obligation de fourniture exclusive de nature à empêcher les acheteurs concurrents d'accéder aux approvisionnements. Toutefois, l'importance de la position de l'acheteur sur le marché en aval est le facteur le plus important pour déterminer si un problème de concurrence est susceptible de se poser. Si l'acheteur n'a pas de pouvoir de marché en aval, on ne peut s'attendre à aucun effet négatif sensible pour les consommateurs. Des effets négatifs peuvent se produire lorsque la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché en aval sur lequel il vend les produits contractuels et sur le marché en amont sur lequel il achète ces produits dépasse 30 %. Lorsque la part détenue par l'acheteur sur le marché en amont n'excède pas 30 %, des effets de verrouillage sensibles peuvent toutefois se produire, particulièrement si la part détenue par cet acheteur sur le marché en aval est supérieure à 30 % et si la fourniture exclusive concerne un usage particulier des produits contractuels. Lorsqu'un acheteur occupe une position dominante sur le marché en aval, toute obligation de vendre exclusivement ou principalement ses produits à l'acheteur dominant peut aisément produire des effets anticoncurrentiels significatifs.
- (324) Tout comme la position de l'acheteur sur le marché en amont et en aval, il est également important de tenir compte de l'étendue et de la durée de l'obligation de fourniture exclusive. Plus la part de marché liée est élevée et la durée de l'obligation de fourniture exclusive est longue, plus l'effet de verrouillage est susceptible d'être significatif. Les accords de fourniture exclusive d'une durée inférieure à cinq ans conclus par des entreprises n'occupant pas une position dominante doivent être appréciés normalement sur la base d'un bilan entre les effets pro concurrentiels et les effets anticoncurrentiels, tandis que, pour la plupart des types d'investissements, les accords d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas considérés comme nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet de verrouillage du marché que de tels accords à long terme produisent.
- (325) La position d'acheteurs concurrents sur le marché en amont est aussi un élément important, car les accords de fourniture exclusive risquent d'évincer les acheteurs concurrents pour des raisons anticoncurrentielles, telles que l'augmentation de leurs coûts, s'ils sont de taille sensiblement plus modeste que l'acheteur qui verrouille le marché. Il est peu probable que des acheteurs concurrents soient évincés si ces derniers ont un pouvoir d'achat similaire à celui de l'acheteur partie à l'accord et peuvent offrir aux fournisseurs des conditions de vente

comparables. Dans un tel cas de figure, le risque d'éviction ne pourrait concerner que les entrants potentiels, qui peuvent ne pas être en mesure d'assurer leur approvisionnement si un certain nombre de grands acheteurs ont conclu un contrat de fourniture exclusive avec la majorité des fournisseurs sur le marché. Un tel effet de verrouillage cumulatif peut justifier le retrait du bénéfice du règlement (UE) 2022/720.

- (326) L'existence de barrières à l'entrée au niveau des fournisseurs, de même que l'ampleur de ces barrières, sont un élément pertinent pour apprécier s'il y a verrouillage. Dans la mesure où il est efficace pour les acheteurs concurrents de fournir le bien ou le service eux-mêmes grâce à une intégration verticale en amont, le verrouillage ne devrait pas être un problème.
- (327) La possibilité pour les fournisseurs de faire contrepoids devrait également être prise en considération, car des fournisseurs importants ne se laisseront pas facilement écartier des autres acheteurs par un seul acheteur. Le risque de verrouillage existe donc principalement lorsque les fournisseurs sont faibles et les acheteurs forts. Si les fournisseurs sont puissants, l'obligation de fourniture exclusive peut être combinée à une obligation de non-concurrence. S'agissant de telles combinaisons, il convient également de se référer aux orientations sur le monomarquisme. Lorsque des investissements propres à la relation contractuelle en question sont nécessaires de part et d'autre (problème lié à la renonciation à certains investissements), la combinaison de la fourniture exclusive et d'une obligation de non-concurrence pourra souvent être justifiée, en particulier en dessous du seuil de position dominante.
- (328) Enfin, le niveau de la chaîne de production ou de distribution concerné et la nature du produit sont pertinents pour apprécier l'existence d'un éventuel effet de verrouillage. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont moins élevés pour un produit intermédiaire ou homogène. Premièrement, un fabricant évincé qui utilise un produit intermédiaire donné dispose généralement de plus de souplesse pour répondre à la demande de ses clients qu'un grossiste ou un détaillant qui doit répondre à la demande du consommateur final, pour qui les marques peuvent jouer un rôle important. Deuxièmement, la perte d'une source d'approvisionnement possible est moins grave pour les acheteurs évincés lorsqu'il s'agit de produits homogènes et non d'un produit hétérogène présentant des qualités et des caractéristiques différentes. Pour les produits finals de marque ou les produits intermédiaires différenciés pour lesquels il existe des barrières à l'entrée, la fourniture exclusive peut produire des effets anticoncurrentiels sensibles lorsque les acheteurs concurrents sont de taille relativement plus modeste que l'acheteur qui verrouille le marché, quand bien même ce dernier n'occupe pas une position dominante sur le marché en aval.
- (329) On peut s'attendre à des gains d'efficacité dans le cas de la renonciation à certains investissements [point (16), e) et f)], et de tels gains d'efficacité sont plus probables pour des produits intermédiaires que pour des produits finals. Les autres gains d'efficacité sont moins probables. Les économies d'échelle éventuelles dans la distribution [point (16), g)] ne semblent pas susceptibles justifier la fourniture exclusive.
- (330) Dans le cas de la renonciation à certains investissements et, plus encore, dans le cas de la réalisation d'économies d'échelle au niveau de la distribution, l'imposition de quotas au fournisseur, comme par exemple, un engagement de fourniture minimale pourrait constituer une alternative moins restrictive.
- (331) Exemple de fourniture exclusive:

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

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

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

- (332) Les places de marché en ligne mettent en relation les commerçants et les clients potentiels afin de permettre à ces derniers d'effectuer des achats directs et fournissent généralement des services d'intermédiation en ligne. Les services en ligne qui n'offrent aucune fonctionnalité d'achat direct, mais redirigent les clients vers d'autres sites internet où ils peuvent acheter des biens et services, sont considérés comme des services publicitaires aux fins des présentes lignes directrices, et non comme des places de marché en ligne ⁽¹⁷¹⁾.
- (333) Les places de marché en ligne sont devenues un canal de vente important pour les fournisseurs et les détaillants, en leur permettant d'accéder à un grand nombre de clients, ainsi que pour les utilisateurs finals. Les places de marché en ligne peuvent permettre aux détaillants de commencer à vendre en ligne moyennant des investissements initiaux plus faibles. Elles peuvent également faciliter les ventes transfrontières et accroître la visibilité, en particulier, des vendeurs de petite taille et de taille moyenne qui ne possèdent pas leur propre boutique en ligne ou qui sont peu connus des utilisateurs finals.
- (334) Les fournisseurs peuvent vouloir restreindre l'utilisation des places de marché en ligne par leurs acheteurs ⁽¹⁷²⁾, par exemple afin de protéger l'image et le positionnement de leur marque, de décourager la vente de produits contrefaits, d'assurer des services de prévente et des services après-vente appropriés ou de veiller au maintien d'une relation directe de l'acheteur avec les clients. Ces restrictions peuvent aller d'une interdiction totale de l'usage des places de marché en ligne à des restrictions relatives à l'utilisation de places de marché en ligne qui ne respectent pas certaines exigences qualitatives. Par exemple, les fournisseurs peuvent interdire l'utilisation des places de marché sur lesquelles des produits sont vendus aux enchères, ou ils peuvent imposer aux acheteurs l'utilisation de places de marché spécialisées, afin de garantir le respect de certaines normes de qualité concernant l'environnement dans lequel leurs biens ou services sont vendus. Certaines exigences qualitatives peuvent *de facto* interdire l'utilisation des places de marché en ligne, car aucune place de marché en ligne n'est en mesure d'y répondre. Ce peut être le cas, par exemple lorsque le fournisseur exige que le logo de la place de marché en ligne ne soit pas visible ou que le nom de domaine de tout site internet utilisé par le détaillant contienne le nom commercial de ce dernier.
- (335) Les accords verticaux qui restreignent l'utilisation de places de marché en ligne peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, à condition que l'accord n'ait pas, directement ou indirectement, pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique, au sens de l'article 4, point e), du règlement, et que les parts de marché tant du fournisseur que de l'acheteur n'excèdent pas les seuils fixés à l'article 3 du règlement.
- (336) Comme indiqué à la section 6.1.2, une restriction ou une interdiction des ventes sur les places de marché en ligne concerne les modalités des ventes en ligne de l'acheteur et ne limite pas les ventes à un territoire ou à un groupe de clients spécifique. Bien qu'une telle restriction ou interdiction limite l'utilisation d'un canal de vente en ligne spécifique, d'autres canaux de vente en ligne restent à la disposition de l'acheteur ⁽¹⁷³⁾. En particulier, malgré une restriction ou une interdiction des ventes sur les places de marché en ligne, l'acheteur peut malgré tout vendre les biens ou services contractuels par l'intermédiaire de sa propre boutique en ligne ou d'autres canaux de vente en ligne et il peut utiliser des techniques d'optimisation des moteurs de recherche ou faire de la publicité en ligne, y compris sur des plateformes tierces, pour accroître la visibilité de sa boutique en ligne ou d'autres canaux de vente qu'il utilise. Par conséquent, une telle restriction peut, en principe, bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720.
- (337) La suite de la présente section 8.2.3 fournit des orientations pour apprécier les restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne dans des cas individuels où les seuils de part de marché visés à l'article 3 du règlement (UE) 2022/720 sont dépassés.
- (338) Les restrictions relatives à l'utilisation des places de marché en ligne sont souvent convenues dans le cadre de systèmes de distribution sélective. La section 4.6.2 établit les conditions dans lesquelles un système de distribution sélective peut ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité ⁽¹⁷⁴⁾. Dans les cas où le fournisseur ne conclut pas d'accord avec la place de marché en ligne, il peut se trouver dans l'incapacité de vérifier que la place de marché en ligne remplit les conditions que ses distributeurs agréés doivent remplir pour la vente des biens ou services contractuels. Dans ce cas, une restriction ou une interdiction de l'utilisation de

⁽¹⁷¹⁾ Voir aussi le point (343).

⁽¹⁷²⁾ Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, section 4.4.

⁽¹⁷³⁾ Voir l'affaire C-230/16, Coty Germany, points 64 à 69.

⁽¹⁷⁴⁾ Voir l'affaire C-230/16, Coty Germany, points 24 à 36.

places de marché en ligne peut être appropriée et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver la qualité et garantir la bonne utilisation des biens ou services contractuels. Toutefois, lorsqu'un fournisseur désigne l'opérateur d'une place de marché en ligne en tant que membre de son système de distribution sélective, ou lorsqu'il restreint l'utilisation des places de marché en ligne par certains distributeurs agréés mais pas par d'autres, ou encore lorsqu'il restreint l'utilisation d'une place de marché en ligne, mais utilise lui-même cette place de marché en ligne pour vendre lui-même les biens ou services contractuels, il est peu probable que les restrictions de l'utilisation de ces places de marché en ligne satisfassent aux conditions requises concernant le caractère approprié et proportionné ⁽¹⁷⁵⁾.

- (339) Lorsqu'un système de distribution sélective relève de l'article 101, paragraphe 1, du traité, l'accord vertical et toutes les restrictions liées à l'utilisation de places de marché en ligne doivent être appréciés au regard de l'article 101 du traité.
- (340) Le principal risque pour la concurrence qui peut résulter des restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne est un affaiblissement de la concurrence intramarque au niveau de la distribution. À titre d'exemple, certains distributeurs agréés, tels que les acheteurs de petite taille ou de taille moyenne, peuvent s'appuyer sur les places de marché en ligne pour attirer des clients. Les restrictions de l'utilisation de places de marché en ligne peuvent priver ces acheteurs d'un canal de vente potentiellement important et réduire la pression concurrentielle qu'ils exercent sur d'autres distributeurs agréés.
- (341) Afin d'apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne, il est nécessaire, premièrement, d'évaluer le niveau de concurrence intermarques, étant donné qu'une réduction de la concurrence intramarque est intrinsèquement peu susceptible d'entraîner des effets négatifs pour les consommateurs si la concurrence intermarques est élevée au niveau des fournisseurs et des distributeurs ⁽¹⁷⁶⁾. À cet effet, la position du fournisseur et de ses concurrents sur le marché devrait être prise en considération. Deuxièmement, il est nécessaire de tenir compte du type et de la portée des restrictions de l'utilisation des marchés en ligne. Par exemple, une interdiction de toutes les ventes réalisées par l'intermédiaire de places de marché en ligne est plus restrictive qu'une restriction portant sur l'utilisation de certaines places de marché en ligne ou qu'une obligation de n'utiliser que des places de marché en ligne répondant à certains critères qualitatifs. Troisièmement, l'importance relative des places de marché en ligne soumises à restriction en tant que canal de vente sur les marchés géographiques et de produits en cause devrait être prise en considération. Enfin, il convient de tenir compte de l'effet cumulatif de toute autre restriction des ventes ou de la publicité en ligne imposée par le fournisseur.
- (342) Comme énoncé au point (334), les restrictions de l'utilisation des places de marché en ligne peuvent générer des gains d'efficacité, en tant qu'elles garantissent, en particulier, la protection de la marque, un certain niveau de qualité de service ou qu'elles réduisent les possibilités de vendre des produits contrefaits. Dans la mesure où les restrictions relèvent de l'article 101, paragraphe 1, du traité, il est nécessaire d'examiner, lors de l'appréciation, si ces gains d'efficacité ne pourraient être obtenus par des moyens moins restrictifs, conformément aux conditions établies à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque la place de marché en ligne permet aux détaillants de créer leur propre boutique de marque au sein de la place de marché et contrôler ainsi davantage la manière dont leurs biens ou services sont vendus. Il est peu probable qu'une justification invoquée par le fournisseur en lien avec la qualité réponde aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité dans les situations suivantes:
- (a) le fournisseur utilise lui-même la place de marché en ligne que l'acheteur ne peut utiliser;
 - (b) le fournisseur impose la restriction à certains distributeurs, mais pas à d'autres;
 - (c) l'opérateur de la place de marché en ligne est lui-même un membre agréé du système de distribution sélective.

8.2.4. Restrictions de l'utilisation des services de comparaison de prix

- (343) Les services de comparaison de prix ⁽¹⁷⁷⁾, tels que les sites internet ou applications de comparaison de prix, permettent aux vendeurs d'accroître leur visibilité ainsi que de générer du trafic sur leur boutique en ligne et ils offrent aux clients potentiels la possibilité de trouver des détaillants, de comparer différents produits et de comparer les offres pour un même produit. Les services de comparaison de prix permettent d'accroître la transparence des prix et sont susceptibles d'intensifier la concurrence intramarque et intermarques par les prix au niveau du commerce de détail.

⁽¹⁷⁵⁾ Voir les points (147) à (150) des présentes lignes directrices; et l'affaire C-230/16, *Coty Germany*, points 43 à 58.

⁽¹⁷⁶⁾ Voir l'affaire C-306/20, *Visma Enterprise*, point 78.

⁽¹⁷⁷⁾ Aux fins des présentes lignes directrices, on entend par services de comparaison des prix les services en ligne qui n'offrent pas une fonctionnalité d'achat direct. Les services permettant aux utilisateurs de conclure des transactions d'achat en proposant une fonctionnalité de vente et d'achat sont considérés comme des places de marché en ligne aux fins des présentes lignes directrices. Les restrictions relatives à l'utilisation des places de marché en ligne sont abordées à la section 8.2.3.

- (344) Contrairement aux places de marché en ligne, les services de comparaison de prix n'offrent généralement pas de fonctionnalité de vente et d'achat, mais redirigent plutôt les clients vers la boutique en ligne du détaillant, permettant ainsi au client et au détaillant d'amorcer une transaction directe en dehors du service de comparaison de prix. Ceux-ci ne constituent donc pas un canal de vente en ligne distinct, mais plutôt un canal de publicité en ligne.
- (345) Les fournisseurs peuvent vouloir restreindre l'utilisation des services de comparaison de prix ⁽¹⁷⁸⁾, par exemple pour protéger leur image de marque, étant donné que ces services sont généralement axés sur le prix et ne permettent pas toujours aux détaillants de se différencier sur la base d'autres paramètres, tels que la gamme ou la qualité des biens ou services contractuels. Les restrictions de l'utilisation des services de comparaison de prix peuvent également avoir pour motif de réduire les possibilités de vendre des produits contrefaits, ou de protéger le modèle économique du fournisseur, par exemple, lorsque ce modèle repose sur des éléments tels que la spécialisation ou la qualité plutôt que sur le prix.
- (346) Les restrictions de l'utilisation des services de comparaison de prix peuvent aller d'une interdiction directe ou indirecte à des restrictions reposant sur des exigences de qualité, ou encore sur des exigences visant à inclure un contenu spécifique dans les offres affichées sur le service de comparaison de prix. Une interdiction indirecte de l'utilisation de ces outils peut résulter, par exemple, d'une restriction relative à la fourniture d'informations sur les prix aux outils de comparaison de prix, d'une obligation d'obtenir l'autorisation du fournisseur préalablement à l'utilisation des outils de comparaison de prix, ou encore d'une restriction de l'utilisation de la marque du fournisseur sur les outils de comparaison de prix.
- (347) Les restrictions de l'utilisation des services de comparaison de prix peuvent augmenter les coûts de recherche pour les utilisateurs et ainsi affaiblir la concurrence par les prix au niveau du commerce de détail. Elles peuvent également restreindre la capacité de l'acheteur à atteindre des clients potentiels, à les informer sur son offre et à les diriger vers sa boutique en ligne. Comme indiqué au point (203), interdire l'utilisation de services de comparaison de prix empêche l'acheteur d'utiliser entièrement un canal de publicité en ligne, ce qui constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720. L'interdiction de l'utilisation de services de comparaison de prix empêche l'acheteur de vendre auprès de clients situés en dehors de sa zone d'activité et qui souhaitent acheter en ligne. Elle pourrait donc conduire à un cloisonnement du marché et à une réduction de la concurrence intramarque.
- (348) À l'inverse, lorsque l'accord vertical empêche l'utilisation de services de comparaison de prix qui ciblent des clients sur un territoire ou dans un groupe de clients qui, est exclusivement alloué à d'autres acheteurs ou réservé au fournisseur, il peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, en vertu des exceptions prévues à l'article 4, points b) i), c) i) (1), et d) i) du règlement relatives à la distribution exclusive. Par exemple, un service de comparaison de prix peut être considéré comme ciblant un territoire exclusif lorsque le service utilise une langue couramment utilisée sur ce territoire et non sur le territoire de l'acheteur, ou lorsque le service utilise un domaine de premier niveau qui correspond au territoire exclusif.
- (349) Les accords verticaux qui restreignent l'utilisation de services de comparaison de prix, mais qui n'empêchent pas directement ou indirectement l'utilisation de tous les services de comparaison de prix, comme le fait d'exiger que le service de comparaison de prix réponde à certaines normes de qualité, peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720.
- (350) Les orientations suivantes sont fournies pour l'appréciation des accords verticaux restreignant l'utilisation de services de comparaison de prix qui ne bénéficient pas de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720, par exemple parce que les seuils de part de marché fixés à l'article 3 du règlement sont dépassés.
- (351) Les restrictions relatives à l'utilisation des services de comparaison de prix sont souvent convenues dans le cadre des systèmes de distribution sélective. La section 4.6.2 établit les conditions dans lesquelles un système de distribution sélective ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Par conséquent, lorsque des restrictions relatives à l'utilisation de services de comparaison de prix sont utilisées dans un accord de distribution sélective, il faut tout d'abord apprécier si les restrictions constituent un moyen approprié et proportionné de préserver la qualité ou d'assurer la bonne utilisation des biens ou services contractuels. À cet égard, il convient de noter que les services de comparaison de prix redirigent les clients potentiels vers la boutique en ligne du distributeur agréé pour la conclusion de la transaction de vente et que le fournisseur est généralement en mesure d'exercer un contrôle sur la boutique en ligne du distributeur agréé au moyen des critères de sélection et en imposant des exigences dans l'accord de distribution sélective.

⁽¹⁷⁸⁾ Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, section B.4.5.

- (352) Lorsque des restrictions relatives à l'utilisation de services de comparaison de prix sont utilisées dans un accord de distribution sélective relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité ou dans d'autres types d'accords de distribution, il est nécessaire d'apprécier si la restriction a un effet restrictif sensible sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Les restrictions relatives à l'utilisation de services de comparaison de prix qui ne bénéficient pas de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 peuvent, en particulier, atténuer la concurrence par les prix ou cloisonner les marchés, ce qui, à terme, a une incidence sur la concurrence intermarques et intramarques. Par exemple, de telles restrictions peuvent réduire la concurrence par les prix, en limitant la possibilité pour l'acheteur d'informer les clients potentiels de la baisse des prix. La concurrence intramarque peut être particulièrement affectée lorsqu'un fournisseur n'impose les restrictions qu'à certains de ses distributeurs ou lorsqu'il utilise lui-même les services de comparaison de prix couverts par les restrictions. Dans la mesure où les acheteurs sont limités dans leur capacité d'utiliser un canal de publicité en ligne potentiellement important, ils peuvent n'exercer qu'une pression concurrentielle limitée sur le fournisseur ou sur tout autre distributeur non soumis à cette restriction.
- (353) Les facteurs à prendre en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité sont:
- (a) la position du fournisseur et de ses concurrents sur le marché;
 - (b) l'importance des services de comparaison des prix en tant que canal de publicité sur le marché en cause de la vente des biens ou services contractuels;
 - (c) le type et la portée des restrictions et l'importance relative du service de comparaison de prix particulier dont l'utilisation est limitée ou interdite;
 - (d) le fait que le fournisseur restreigne également la capacité de l'acheteur à utiliser d'autres formes de publicité en ligne.
- (354) Il convient de tenir compte de l'effet restrictif combiné de la restriction de l'utilisation des services de comparaison de prix et de toute autre restriction de la publicité en ligne imposée par le fournisseur.
- (355) Comme énoncé au point (345), les restrictions de l'utilisation des services de comparaison de prix peuvent générer des gains d'efficacité, en ce qu'elles garantissent, en particulier, la protection de la marque, un certain niveau de qualité du service ou qu'elles permettent de réduire les possibilités de vendre des produits contrefaits. Conformément aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité, il est nécessaire d'apprécier si de tels gains d'efficacité pourraient être réalisés par des moyens moins restrictifs. Cela peut être le cas lorsque, par exemple, l'utilisation de services de comparaison de prix est subordonnée à la condition que ce service fournisse également des comparaisons ou des évaluations portant sur la qualité des biens ou services en cause, sur le niveau de service à la clientèle fourni par l'acheteur ou d'autres paramètres de l'offre de l'acheteur. Toute appréciation des justifications liées à la qualité au regard de l'article 101, paragraphe 3, du traité devrait également tenir compte du fait que la vente n'est pas conclue sur le site internet du service de comparaison de prix, mais par le biais de la boutique en ligne de l'acheteur.

8.2.5. *Obligations de parité*

- (356) Les obligations de parité, parfois appelées clauses de la nation la plus favorisée ou accords de parité entre plateformes («APPA» ou «*Across Platform Parity Agreements*»), imposent aux vendeurs de biens ou services d'offrir ces biens ou services à une autre partie à des conditions qui ne sont pas moins favorables que celles qu'ils proposent à certaines autres parties ou par le biais de certains autres canaux. Les conditions peuvent concerner les prix, la gamme de produits, la disponibilité ou toute autre condition d'offre ou de vente. L'obligation de parité peut prendre la forme d'une clause contractuelle ou elle peut résulter d'autres mesures directes ou indirectes, telles qu'une différenciation des prix ou d'autres incitations dont l'application dépend des conditions auxquelles le vendeur offre ses biens ou services à d'autres parties ou par le biais d'autres canaux.
- (357) Les obligations de parité pour la vente au détail se rapportent aux conditions auxquelles des biens ou services sont proposés à des utilisateurs finals. Ces obligations sont souvent imposées par les prestataires de services d'intermédiation en ligne (par exemple, les places de marché en ligne ou les services de comparaison de prix) aux acheteurs de leurs services d'intermédiation (par exemple, les entreprises qui vendent via la plateforme intermédiaire).
- (358) Les obligations de parité pour la vente au détail font référence à différents autres canaux de vente ou de publicité. Ainsi, les obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail font référence aux conditions qui sont proposées via des services d'intermédiation en ligne concurrents (plateformes concurrentes). Les obligations de parité pour la vente au détail dites «restreintes» font référence aux conditions proposées sur les canaux de vente directe des vendeurs de biens ou de services. Certaines obligations de parité pour la vente au détail font référence aux conditions proposées sur tous les autres canaux de vente (parfois appelées obligations de parité «élargies»).

(359) À l'exception des obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail au sens de l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement (UE) 2022/720, tous les types d'obligations de parité dans les accords verticaux peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement. Les orientations ci-après concernent l'appréciation des obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail visées à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement (UE) 2022/720 et les autres types d'obligations de parité lorsque l'exemption par catégorie ne s'applique pas.

8.2.5.1. Obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail

(360) Les obligations de parité pour la vente au détail qui interdisent à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals dans des conditions plus favorables au moyen de services d'intermédiation en ligne concurrents, au sens de l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement (UE) 2022/720, sont davantage susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels que d'autres types d'obligations de parité. Ce type d'obligation de parité pour la vente au détail peut restreindre la concurrence de la manière suivante:

- (a) elle peut affaiblir la concurrence et faciliter la collusion entre les prestataires de services d'intermédiation en ligne. En particulier, il est plus probable qu'un prestataire qui impose ce type d'obligation de parité sera en mesure d'augmenter le prix ou de réduire la qualité de ses services d'intermédiation sans perdre de part de marché. Indépendamment du prix ou de la qualité des services du prestataire, les vendeurs de biens ou de services qui choisissent d'utiliser sa plateforme sont tenus d'y offrir des conditions au moins aussi favorables que celles qu'ils offrent sur les plateformes concurrentes;
- (b) elle peut verrouiller l'entrée ou l'expansion de prestataires de services d'intermédiation en ligne nouveaux ou moins importants en limitant la capacité de tels prestataires à offrir aux acheteurs et aux utilisateurs finals des combinaisons prix-service différenciées.

(361) Pour l'appréciation de ce type d'obligation de parité, il convient de tenir compte des facteurs suivants:

- (a) la position sur le marché du prestataire de services d'intermédiation en ligne qui impose l'obligation et de ses concurrents;
- (b) la part des acheteurs des services d'intermédiation en ligne concernés qui sont soumis aux obligations;
- (c) le nombre de services d'intermédiation en ligne concurrents employés par les acheteurs de ces services et par les utilisateurs finals (comportement de «homing»);
- (d) l'existence de barrières à l'entrée sur le marché pertinent de prestation de services d'intermédiation en ligne;
- (e) l'importance des canaux de vente directe des acheteurs de services d'intermédiation en ligne et la mesure dans laquelle ces acheteurs sont capables de retirer leurs produits des plateformes des prestataires de services d'intermédiation en ligne («déréférencement»).

(362) Les effets restrictifs des obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail sont généralement plus sévères lorsque ces obligations sont utilisées par un ou plusieurs grands prestataires de services d'intermédiation en ligne. Lorsque ces prestataires appliquent un modèle commercial similaire, les obligations de parité sont susceptibles de réduire les possibilités de déstabiliser ce modèle. Ce type d'obligation peut également permettre à un leader sur le marché de maintenir sa position par rapport à des prestataires de moindre importance.

(363) La part des acheteurs des services d'intermédiation en ligne concernés qui sont soumis aux obligations de parité pour la vente au détail et la comportement de «homing» pratiqué par ces acheteurs sont importants, car ils peuvent indiquer que les obligations de parité d'un prestataire restreignent la concurrence pour une part de la demande qui est supérieure à la part de marché du prestataire. Par exemple, un prestataire de services d'intermédiation en ligne peut détenir une part de 20 % des transactions totales effectuées par le biais de ces services, mais les acheteurs auxquels il impose des obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail peuvent, dans le cas où ils utilisent de multiples plateformes, représenter plus de 50 % des transactions totales effectuées sur ces plateformes. Dans ce cas, les obligations de parité du prestataire peuvent restreindre la concurrence pour plus de la moitié de la demande pertinente totale.

(364) Les acheteurs de services d'intermédiation en ligne font souvent appel à de multiples plateformes («multi-homing») pour accéder à des clients qui ne font appel qu'à une seule plateforme («single homing») et ne changent pas de plateforme. Les acheteurs sont incités à pratiquer le multi-homing par les modèles économiques des plateformes, qui leur permettent de ne payer le service d'intermédiation en ligne que lorsque celui-ci génère une transaction. Ainsi qu'il est expliqué au point (363), lorsque les acheteurs de services d'intermédiation en ligne pratiquent le multi-homing, cela peut accroître la part de la demande totale de ces services qui est affectée par les obligations de parité d'un prestataire. Lorsque les utilisateurs finals pratiquent le single homing, cela peut avoir comme résultat que chaque prestataire de services d'intermédiation en ligne contrôle l'accès à un groupe d'utilisateurs finals distinct, ce qui peut accroître le pouvoir de négociation du prestataire ainsi que sa capacité d'imposer des obligations de parité pour la vente au détail.

- (365) Les marchés de prestation de services d'intermédiation en ligne sont souvent caractérisés par des barrières significatives à l'entrée et à l'expansion, qui peuvent aggraver les effets négatifs des obligations de parité pour la vente au détail. Ces marchés présentent souvent des effets de réseau indirects positifs: les prestataires de ces services qui sont nouveaux ou moins importants peuvent être confrontés à des difficultés pour attirer les acheteurs car leurs plateformes ne donnent pas accès à un nombre suffisant d'utilisateurs finals. Lorsque les utilisateurs finals sont des consommateurs finals, la fidélité à la marque, le single homing et les stratégies de verrouillage des prestataires de services d'intermédiation en place peuvent également créer des barrières à l'entrée.
- (366) Les acheteurs de services d'intermédiation en ligne peuvent également vendre leurs biens ou services directement aux utilisateurs finals. Ces ventes directes peuvent limiter la capacité des prestataires de services d'intermédiation en ligne à augmenter le prix de leurs services. Il est donc nécessaire d'apprécier si ces canaux de vente directe sont également couverts par l'obligation de parité pour la vente au détail, la proportion des ventes de biens ou services pertinents qui sont réalisées par le biais des canaux de vente directe et par le biais des services d'intermédiation en ligne, ainsi que la substituabilité des deux types de canaux du point de vue des vendeurs et des acheteurs des biens ou services objet de l'intermédiation.
- (367) Les obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail peuvent produire des effets restrictifs sensibles lorsqu'elles sont imposées à des acheteurs représentant une part importante de la demande totale des services d'intermédiation en ligne pertinents. En cas d'effet anticoncurrentiel cumulatif, les effets restrictifs ne sont généralement imputés qu'aux obligations de parité des prestataires dont la part de marché est supérieure à 5 %.
- (368) En principe, les obligations de parité pour la vente au détail peuvent également être imposées par des détaillants concernant les conditions auxquelles les biens ou services d'un vendeur sont offerts aux consommateurs finals par des détaillants concurrents. Toutefois, lorsque ce type d'obligation de parité concerne le prix, cela aura en général pour conséquence que le vendeur de biens ou services qui accepte l'obligation devra imposer un prix de vente minimal aux détaillants concurrents auxquels il fait appel. L'imposition d'un prix de vente minimal est une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720. Lorsque les entreprises sont en mesure d'appliquer de telles obligations de parité pour la vente au détail en conformité avec les règles relatives aux prix de vente minimaux, y compris lorsque l'obligation de parité porte sur des conditions autres que le prix, ces obligations peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie. Au-dessus du seuil de part de marché énoncé à l'article 3, paragraphe 1, du règlement, les orientations fournies aux points (360) à (367) s'appliquent par analogie.

8.2.5.2. Obligations de parité pour la vente au détail concernant les canaux de vente directe

- (369) Les obligations de parité pour la vente au détail imposées par les prestataires de services d'intermédiation en ligne qui s'appliquent aux canaux de vente directe empêchent les acheteurs de ces services de proposer, sur leurs canaux de vente directe, des prix et des conditions plus favorables que les conditions qu'ils proposent sur la plateforme du prestataire de services d'intermédiation en ligne qui impose l'obligation. Ces obligations sont souvent appelées obligations de parité «restreintes». En principe, les obligations de parité restreintes pour la vente au détail ne restreignent pas la capacité d'un acheteur de services d'intermédiation en ligne de proposer des prix ou des conditions plus favorables par le biais d'autres services d'intermédiation en ligne. Toutefois, lorsque l'acheteur fait appel à de multiples prestataires de services d'intermédiation en ligne qui appliquent des obligations de parité restreintes pour la vente au détail, ces obligations empêchent l'acheteur d'offrir sur ses canaux de vente directe des conditions plus favorables que celles qu'il propose sur la plateforme intermédiaire la plus chère.
- (370) Les obligations de parité restreintes pour la vente au détail éliminent la contrainte exercée par les canaux de vente directe de l'acheteur. Lorsque la concurrence sur le marché de prestation de services d'intermédiation en ligne est limitée, ces obligations peuvent permettre à un prestataire de services d'intermédiation en ligne de maintenir un prix plus élevé pour ces derniers, ce qui peut entraîner une augmentation des prix de détail des biens ou services objet de l'intermédiation.
- (371) Dans certaines conditions, en particulier lorsque le nombre de prestataires de services d'intermédiation en ligne est limité, des obligations de parité restreintes pour la vente au détail peuvent avoir une incidence sur l'incitation des acheteurs de services d'intermédiation en ligne à répercuter les variations du prix des services d'intermédiation sur leurs prix de détail. Cela peut conduire à une atténuation de la concurrence entre les prestataires de services d'intermédiation en ligne, qui est similaire à l'effet des obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail.

8.2.5.3. Appréciation des obligations de parité pour la vente au détail au regard de l'article 101, paragraphe 3, du traité

- (372) Lorsque les obligations de parité pour la vente au détail produisent des effets restrictifs sensibles, il y a lieu d'évaluer les éventuelles justifications fondées sur la recherche d'un gain d'efficacité au regard de l'article 101, paragraphe 3, du traité. La justification la plus fréquemment avancée par les prestataires de services d'intermédiation en ligne pour l'utilisation des obligations de parité pour la vente au détail est la volonté de répondre à un problème de parasitisme. Par exemple, le prestataire peut ne pas être incité à investir dans le développement de sa plateforme, dans des services de prévention ou dans une promotion améliorant la demande si les avantages de tels investissements pour ce qui est de l'augmentation des ventes profitent à des plateformes ou à des canaux de vente directe concurrents capables d'offrir les mêmes biens ou services à des conditions plus favorables.
- (373) Parmi les facteurs pertinents aux fins de l'appréciation au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité figurent la question de savoir si les investissements réalisés par le prestataire de services d'intermédiation en ligne créent des avantages objectifs, c'est-à-dire s'ils apportent une valeur ajoutée aux utilisateurs finals; s'il existe un risque réel et substantiel de parasitisme des investissements du prestataire, et si le type et la portée de l'obligation de parité en question sont indispensables pour obtenir les avantages objectifs. Le niveau probable de parasitisme doit être suffisant pour avoir une incidence significative sur les incitations à investir dans les services d'intermédiation en ligne. Des indications sur la mesure dans laquelle les utilisateurs des services d'intermédiation en ligne (vendeurs et acheteurs) font appel à d'autres plateformes sont particulièrement pertinentes, bien qu'il soit également nécessaire d'examiner si le comportement des utilisateurs à cet égard est influencé par les effets des obligations de parité. Si le prestataire des services d'intermédiation en ligne ou ses concurrents opèrent sur d'autres marchés comparables sans utiliser d'obligation de parité pour la vente au détail ou en utilisant des obligations moins restrictives, cela peut indiquer que les obligations ne sont pas indispensables. Lorsque l'offre de services d'intermédiation en ligne est fortement concentrée et qu'il existe d'importantes barrières à l'entrée, la nécessité de protéger la concurrence résiduelle peut l'emporter sur d'éventuels gains d'efficacité. D'autres justifications concernant les avantages généraux apportés par les plateformes intermédiaires, tels que la mise en commun des dépenses promotionnelles des utilisateurs, l'accroissement de la transparence des prix ou la réduction des coûts de transaction, ne peuvent remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité que si le prestataire de services d'intermédiation en ligne peut démontrer l'existence d'un lien de causalité direct entre l'avantage allégué et le type spécifique d'obligation de parité utilisé.
- (374) De manière générale, les obligations de parité restreintes pour la vente au détail sont davantage susceptibles de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité que les obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail. Cela est principalement dû au fait que les effets restrictifs des obligations de parité restreintes sont, en général, moins graves et, partant, sont plus susceptibles d'être compensés par des gains d'efficacité. En outre, le risque de parasitisme par les vendeurs de biens ou de services au travers de leurs canaux de vente directe peut être plus élevé, notamment parce que le vendeur ne doit pas supporter le coût de la commission des plateformes sur ses ventes directes. Toutefois, lorsque les obligations de parité restreintes pour la vente au détail ne génèrent pas de gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3, du traité, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré. Tel peut être le cas, en particulier, lorsque le risque de parasitisme est limité ou lorsque les obligations de parité restreintes pour la vente au détail ne sont pas indispensables pour réaliser les gains d'efficacité. En l'absence de gains d'efficacité, le retrait est particulièrement probable lorsque des obligations de parité restreintes pour la vente au détail sont appliquées par les trois principaux prestataires de services d'intermédiation en ligne sur le marché en cause et que ces prestataires détiennent une part de marché cumulée supérieure à 50 %. En l'absence de gains d'efficacité, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut également être retiré, en fonction des circonstances spécifiques, lorsque des acheteurs représentant une part significative de la demande totale pertinente de services d'intermédiation en ligne sont soumis à des obligations de parité restreintes pour la vente au détail. Le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré en ce qui concerne les accords conclus par tous les prestataires de services d'intermédiation en ligne dont les obligations de parité restreintes pour la vente au détail contribuent de manière significative à l'effet anticoncurrentiel cumulé, à savoir les prestataires dont les parts de marché sont supérieures à 5 %.
- (375) L'exemple ci-dessous concerne l'utilisation des obligations de parité restreintes pour la vente au détail:

Dans un certain État membre, deux tiers des repas de restaurant livrés afin d'être consommés à domicile sont commandés par l'intermédiaire de plateformes en ligne et un tiers est commandé directement aux restaurants. Les plateformes A, B, C et D génèrent respectivement 25 %, 20 %, 20 % et 15 % des commandes effectuées via des plateformes. Les plateformes A, B et C sont présentes dans l'État membre concerné depuis trois à cinq ans, et la part du total des commandes effectuées par l'intermédiaire de plateformes a augmenté au cours de cette période. La plateforme D est arrivée sur le marché plus récemment. Les plateformes facturent aux restaurants une commission de 15 à 20 % par commande. La plupart des consommateurs qui ont recours aux plateformes en utilisent une ou deux, tandis que la plupart des restaurants qui font appel aux plateformes utilisent deux plateformes ou plus.

Au cours des douze derniers mois, toutes les plateformes ont mis en œuvre une clause de parité restreinte pour la vente au détail, qui empêche les restaurants de proposer des prix plus bas pour les commandes directes effectuées en ligne ou par téléphone. Au cours de la même période, trois des plateformes ont augmenté leur taux de commission standard. Les plateformes affirment que la clause de parité restreinte est nécessaire pour empêcher les restaurants de parasiter leurs investissements, en particulier dans le développement de fonctions de recherche et de comparaison faciles à utiliser et de services de paiement sécurisés.

Aucune des trois plateformes les plus importantes n'a ajouté de nouvelles fonctionnalités ou de nouveaux services ou n'a apporté d'améliorations significatives à ses services au cours des douze derniers mois. Il n'existe aucune preuve concrète d'un risque appréciable de parasitisme, notamment du fait qu'une part appréciable des consommateurs utilisent les plateformes pour rechercher et comparer des offres de restaurants, mais commandent ensuite directement au restaurant. Il n'y a pas non plus de preuve que le risque allégué de parasitisme ait eu une incidence négative sur les investissements antérieurs consentis par les plateformes pour développer leurs services.

S'il est conclu au final que le marché de produits en cause consiste en la prestation de services de plateforme aux restaurants, la prestation de ces services semble être concentrée. Compte tenu de la récente augmentation des taux de commission des plateformes et de l'absence d'éléments prouvant que les clauses de parité génèrent des gains d'efficacité, il est probable que le bénéfice de l'exemption par catégorie sera retiré en ce qui concerne les accords des quatre plateformes avec les restaurants.

8.2.5.4. Obligations de parité en amont

(376) Des obligations de parité entre plateformes et des obligations de parité restreintes peuvent également être imposées par les prestataires de services d'intermédiation en ligne pour ce qui concerne les conditions auxquelles des biens ou services sont proposés à des entreprises qui ne sont pas des utilisateurs finals (par exemple, aux détaillants). Ce type d'obligation de parité peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720. En principe, ce type d'obligation de parité en amont peut restreindre la concurrence en matière de prestation de services d'intermédiation en ligne de la même manière que les obligations de parité pour la vente au détail. Toutefois, pour l'appréciation de ce type d'obligation de parité en amont, il est également nécessaire de tenir compte des conditions de concurrence en aval, c'est-à-dire entre les entreprises qui achètent les biens ou services par le biais des services d'intermédiation en ligne. Dans les cas où l'exemption par catégorie ne s'applique pas, les orientations fournies aux points (360) à (374) peuvent être appliquées par analogie.

8.2.5.5. Obligations du client le plus favorisé

(377) Des obligations de parité peuvent également être imposées par des fabricants, des grossistes ou des détaillants concernant les conditions auxquelles ils achètent des biens ou services en tant qu'intrants auprès de fournisseurs. Ces obligations de client le plus favorisé classiques n'ont pas d'incidence directe sur les conditions auxquelles les entreprises acheteuses se font concurrence en aval. Le principal problème associé aux obligations de parité relatives aux conditions auxquelles les biens ou services sont achetés en tant qu'intrants est qu'elles risquent de réduire les incitations des fournisseurs d'intrants à se faire concurrence et, ce faisant, d'augmenter le prix des intrants. Les facteurs pertinents pour l'appréciation de ces obligations comprennent la taille et le pouvoir de marché relatifs du fournisseur et de l'acheteur qui sont convenus de l'obligation de parité, la part du marché pertinent couverte par des obligations similaires et le coût de l'intrant en question par rapport aux coûts totaux de l'acheteur.

(378) Les obligations de client le plus favorisé classiques peuvent générer des gains d'efficacité qui remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité. Elles peuvent notamment permettre aux parties à un accord de fourniture à long terme de minimiser les coûts de transaction. Elles peuvent également empêcher un comportement opportuniste de la part du fournisseur et résoudre un problème de renonciation aux investissements pour l'acheteur, dans le cas, par exemple, d'un acheteur qui s'abstiendrait d'investir dans un nouveau produit ou de le lancer parce qu'il craindrait que le fournisseur de l'intrant baisse son prix pour les acheteurs ultérieurs. Ce type de gains d'efficacité est plus probable dans les relations à long terme impliquant des investissements irrécouvrables.

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

- (379) Les redevances d'accès payables d'avance sont des redevances fixes versées par les fournisseurs aux distributeurs dans le cadre d'une relation verticale, au début d'une certaine période, pour pouvoir accéder à leur réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent les détaillants. Cette catégorie recouvre diverses pratiques, telles que les primes d'allocation d'espace («slotting allowances») ⁽¹⁷⁹⁾, les redevances dites «de maintien» («pay-to-stay fees») ⁽¹⁸⁰⁾, les paiements pour avoir accès aux campagnes de promotion d'un distributeur, etc. La présente section 8.2.6 fournit des orientations pour l'appréciation des redevances d'accès payables d'avance dans des cas individuels dépassant le seuil de part de marché fixé à l'article 3 du règlement (UE) 2022/720.
- (380) Les redevances d'accès payables d'avance peuvent conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres distributeurs. Par exemple, une redevance élevée peut inciter un fournisseur à écouler une part importante de ses ventes par l'intermédiaire d'un seul distributeur ou d'un nombre limité de distributeurs afin de couvrir le coût de la redevance. Dans un tel cas, les redevances d'accès payables d'avance peuvent avoir le même effet d'éviction en aval qu'une obligation du même type que la fourniture exclusive. Pour apprécier la probabilité que ce type d'effet négatif se produise, il convient d'appliquer par analogie les orientations relatives aux obligations de fourniture exclusive [en particulier les points (321) à (330)].
- (381) À titre exceptionnel, les redevances d'accès payables d'avance peuvent produire des effets d'éviction anticoncurrentielle en amont. Par exemple, lorsque le distributeur bénéficie d'une solide position de négociation, ou lorsque l'utilisation de redevances d'accès payables d'avance est répandue, de tels paiements peuvent renforcer les barrières à l'entrée pour les fournisseurs de petite taille. Pour apprécier la probabilité que ce type d'effet négatif se produise, il convient d'appliquer par analogie les orientations relatives aux obligations de monomarchisme [en particulier les points (298) à (318)]. L'appréciation doit également tenir compte du fait que le distributeur en question vend ou non des produits concurrents sous sa propre marque. Si tel est le cas, des problèmes de concurrence horizontaux peuvent également se poser, avec pour conséquence que l'exemption par catégorie ne s'applique pas, conformément à l'article 2, paragraphe 4, du règlement (UE) 2022/720 (voir la section 4.4.3).
- (382) Outre les effets d'éviction possibles, les redevances d'accès payables d'avance pourraient atténuer la concurrence et faciliter la collusion entre distributeurs. Ces redevances sont susceptibles d'augmenter le prix pratiqué par le fournisseur pour les produits contractuels, dans la mesure où ce dernier doit couvrir les dépenses liées à ces redevances. Des prix supérieurs au niveau du fournisseur peuvent limiter l'intérêt des détaillants à se faire concurrence par les prix sur le marché en aval, alors que les bénéfices des distributeurs augmentent du fait des redevances d'accès. Cette atténuation de la concurrence entre distributeurs par l'utilisation cumulative des redevances d'accès payables d'avance ne survient généralement que si le marché de la distribution est fortement concentré.
- (383) Toutefois, l'utilisation des redevances d'accès payables d'avance peut, dans de nombreux cas, contribuer à l'attribution efficace de rayonnage aux nouveaux produits. Lorsque des fournisseurs lancent de nouveaux produits, les distributeurs sont souvent moins bien informés que le fournisseur quant au potentiel de succès du nouveau produit, et, de ce fait, ils peuvent ne pas stocker la quantité optimale de produits. Les redevances d'accès payables d'avance peuvent être utilisées pour réduire cette asymétrie en termes d'information entre les fournisseurs et les distributeurs, en permettant explicitement aux fournisseurs de se faire concurrence pour obtenir de l'espace sur les rayonnages. Le distributeur peut ainsi être averti à l'avance des produits qui sont les plus susceptibles d'avoir du succès, car un fournisseur n'acceptera généralement de payer une redevance d'accès payable d'avance que s'il estime que la probabilité d'échec du lancement de son produit est faible.
- (384) En outre, en raison de l'asymétrie des informations mentionnée au point précédent, les fournisseurs peuvent être incités à détourner à leur profit les efforts promotionnels des distributeurs pour lancer sur le marché des produits qui ne sont pas optimaux. Si un produit ne rencontre pas de succès, les distributeurs supporteront une partie des coûts de l'échec. Le recours à des redevances d'accès payables d'avance peut empêcher ce type de détournement en réorientant le risque d'échec du produit vers le fournisseur, ce qui contribue à un taux de lancement de nouveaux produits optimal.

⁽¹⁷⁹⁾ Redevances fixes que les fabricants versent aux détaillants pour accéder à leurs rayonnages.

⁽¹⁸⁰⁾ Sommes forfaitaires versées pour prolonger la durée de présence d'un produit sur un rayonnage.

8.2.7. Accords de gestion par catégorie

- (385) Les accords de gestion par catégorie sont des accords ⁽¹⁸¹⁾ en vertu desquels le distributeur confie au fournisseur (le «capitaine de la catégorie») la commercialisation d'une catégorie de produits. Il peut s'agir non seulement des produits du fournisseur, mais aussi des produits des concurrents du fournisseur. Le capitaine de catégorie peut ainsi avoir une influence sur, par exemple, le choix, le placement et la promotion des produits vendus dans le magasin. Les accords de gestion par catégorie peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 lorsque ni la part de marché du capitaine de catégorie ni celle du distributeur ne dépassent 30 %, et pour autant qu'ils ne comportent pas de restrictions caractérisées, par exemple des restrictions de la capacité du distributeur à déterminer son prix de vente au sens de l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720.
- (386) Si les accords de gestion par catégorie ne posent généralement pas de problème, ils peuvent fausser la concurrence entre fournisseurs et conduire à une exclusion anticoncurrentielle d'autres fournisseurs, lorsque le capitaine de catégorie est en mesure de limiter ou de gêner la distribution des produits de fournisseurs concurrents. En général, le distributeur n'a pas intérêt à limiter son choix de produits. Toutefois, lorsque le distributeur vend également des produits concurrents sous sa propre marque, il peut également être tenté d'exclure certains fournisseurs. Pour apprécier la probabilité qu'un tel effet d'éviction en amont se produise, les orientations relatives aux obligations de monomarquisme peuvent être appliquées par analogie (en particulier les points (298) à (318)). En particulier, cette appréciation doit tenir compte de la couverture du marché par les accords de gestion par catégorie, de l'éventuelle utilisation cumulative de tels accords et de la position des fournisseurs concurrents et du distributeur sur le marché.
- (387) Les accords de gestion par catégorie peuvent, en outre, faciliter la collusion entre distributeurs lorsque le même fournisseur fait office de capitaine de catégorie pour l'ensemble ou la plupart des distributeurs concurrents. De tels accords peuvent aussi faciliter la collusion entre fournisseurs en augmentant les possibilités qui s'offrent à eux de s'échanger, par l'intermédiaire des détaillants, des informations sensibles sur le marché, par exemple, des informations sur les prix, les stratégies promotionnelles ou les campagnes de publicité à venir ⁽¹⁸²⁾. Le règlement (UE) 2022/720 ne couvre pas ces échanges d'informations entre concurrents. En particulier, les orientations sur l'échange d'informations prévues aux points (95) à (103) ne s'appliquent qu'à l'échange d'informations dans le cadre des scénarios de double distribution visés à l'article 2, paragraphe 4, du règlement. Toutefois, le point (103), qui décrit les précautions que les entreprises peuvent prendre pour minimiser le risque de collusion résultant de l'échange d'informations dans le cadre d'une double distribution, peut être pertinent par analogie.
- (388) Le recours à des accords de gestion par catégorie peut générer des gains d'efficacité. Ces accords peuvent permettre aux distributeurs de bénéficier de l'expertise du fournisseur en matière de commercialisation d'un certain groupe de produits et de réaliser des économies d'échelle, en garantissant la présentation d'une quantité optimale de produits au moment opportun. En règle générale, plus le degré de concurrence intermarques est élevé et plus les coûts de changement d'enseigne sont faibles pour les consommateurs, plus les bénéfices économiques générés par la gestion par catégorie seront élevés.

8.2.8. Vente liée

- (389) La vente liée concerne des situations dans lesquelles les clients qui achètent un produit (le produit liant) sont également tenus d'acheter un autre produit distinct (le produit lié), auprès du même fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci. La vente liée peut constituer un abus au sens de l'article 102 du traité ⁽¹⁸³⁾. Une vente liée peut également constituer une restriction verticale au sens de l'article 101 lorsqu'il en résulte une obligation du type monomarquisme pour le produit lié [voir les points (298) à (318)]. Seule cette dernière situation est couverte par les présentes lignes directrices.

⁽¹⁸¹⁾ Il est également question d'un accord au sens de l'article 101 du traité lorsque le capitaine de la catégorie émet des recommandations non contraignantes qui sont systématiquement mises en œuvre par le distributeur.

⁽¹⁸²⁾ Voir la juridiction de la Cour liée à l'échange d'informations entre concurrents, par exemple, les arrêts du 10 novembre 2017, ICAP/Commission, T-180/15, EU:T:2017:795, point 57; du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, EU:C:2009:343, point 51; du 19 mars 2015, Dole Food Inc. et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 127; du 21 janvier 2016, Eturas UAB e.a., C-74/14 ECLI:EU:C:2016:42, points 40 à 44; du 10 novembre 2017, ICAP/Commission, T-180/15, EU:T:2017:795, point 57.

⁽¹⁸³⁾ Voir l'arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 37. Voir aussi la communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (JO C 45 du 24.2.2009, p. 7).

- (390) Pour déterminer si des produits sont distincts, il y a lieu d'examiner la demande des clients. Deux produits sont distincts si, en l'absence de vente liée, un grand nombre de clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, ce qui permet aux deux produits d'être fabriqués d'une manière autonome ⁽¹⁸⁴⁾. Parmi les éléments démontrant que deux produits sont distincts figurent les preuves directes que les clients, s'ils ont le choix, achètent le produit liant et le produit lié séparément auprès de sources d'approvisionnement différentes, ou des preuves indirectes, telles que la présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la production ou la vente du produit lié sans le produit liant ⁽¹⁸⁵⁾, ou encore des éléments indiquant que les entreprises ne jouissant que d'un pouvoir de marché limité, en particulier sur des marchés concurrentiels, ont tendance à ne pas lier ni grouper les produits en question. Par exemple, le souhait des consommateurs étant d'acheter des chaussures avec lacets et compte tenu du fait qu'il n'est pas pratique pour les distributeurs de lacer de nouvelles chaussures avec les lacets de leur choix, l'usage commercial veut que les fabricants de chaussures fournissent les chaussures avec lacets. La vente de chaussures avec lacets n'est par conséquent pas une vente liée.
- (391) Une vente liée peut avoir des effets d'éviction anticoncurrentiels sur le marché lié, le marché liant, ou sur ces deux marchés. L'effet d'éviction dépend du pourcentage des ventes totales qui sont liées sur le marché du produit lié concerné. Pour déterminer ce qu'il convient de considérer comme un verrouillage sensible susceptible de relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité, les principes d'analyse relatifs au monomarchisme peuvent être appliqués. Lier les ventes revient à imposer à l'acheteur au moins une certaine forme de quota d'achat pour le produit lié. Si une obligation de non-concurrence est en outre conclue pour le produit lié, la possibilité que des effets d'éviction se produisent sur le marché du produit lié est accrue. La vente liée peut affaiblir la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié, mais pas le produit liant. Si le nombre de clients achetant uniquement le produit lié n'est pas suffisant pour soutenir les concurrents du fournisseur sur le marché lié, la vente liée peut exposer ces clients à des prix plus élevés. Si le produit lié constitue un produit complémentaire important pour les acheteurs du produit liant, une diminution du nombre d'autres fournisseurs possibles pour le produit lié et, partant, la raréfaction de ce produit peuvent rendre l'entrée sur le seul marché liant plus difficile.
- (392) La vente liée peut aussi aboutir directement à des prix supérieurs au niveau concurrentiel, en particulier dans trois situations. Premièrement, si le produit liant et le produit lié peuvent être utilisés dans des proportions variables comme intrants dans un processus de production, les clients peuvent réagir à une hausse du prix du produit liant en augmentant leur demande pour le produit lié et en la réduisant pour le produit liant. En liant les deux produits, le fournisseur peut chercher à éviter cette substitution de manière à pouvoir relever ses prix. Deuxièmement, la vente liée peut permettre de pratiquer une discrimination par les prix en fonction de l'usage fait par le client du produit liant, par exemple le fait de lier à la vente de photocopieuses l'achat de cartouches d'encre. Troisièmement, dans le cas de contrats de long terme ou dans le cas de marchés d'après-vente pour l'équipement d'origine de longue durée de vie, il peut être difficile pour les clients de calculer les conséquences de la vente liée.
- (393) La vente liée peut bénéficier de l'exemption prévue par l'article 2, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/720 lorsque la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 % sur le marché du produit lié et sur celui du produit liant et que celle de l'acheteur ne dépasse pas 30 % sur les marchés en cause situés en amont. La vente liée peut être combinée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas des restrictions caractérisées au sens du règlement, telles qu'une clause de non-concurrence ou un quota d'achat concernant le produit liant, ou un approvisionnement exclusif. Le reste de la présente section (8.2.8) donne des orientations pour l'appréciation des ventes liées dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.
- (394) La position du fournisseur sur le marché du produit liant est à l'évidence un facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels. En général, ce type d'accord est imposé par le fournisseur. Le poids du fournisseur sur le marché du produit liant est la raison principale pour laquelle il peut être difficile pour un acheteur de refuser une obligation de vente liée.
- (395) Pour apprécier le pouvoir de marché du fournisseur, la position de ses concurrents sur le marché du produit liant est importante. Tant que les concurrents sont suffisamment nombreux et puissants, des effets anticoncurrentiels sont improbables, car les acheteurs auront suffisamment d'alternatives pour acheter le produit liant sans le produit lié, à moins que d'autres fournisseurs lient les ventes de manière similaire. Par ailleurs, les barrières à l'entrée sur le marché du produit liant sont à prendre en considération pour établir la position du fournisseur sur le marché. Lorsqu'une vente liée est combinée avec une obligation de non-concurrence pour le produit liant, la position du fournisseur s'en trouve considérablement renforcée.

⁽¹⁸⁴⁾ Voir l'arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:C:2007:289, points 917, 921 et 922.

⁽¹⁸⁵⁾ Voir l'arrêt du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, point 67.

- (396) La puissance d'achat est un élément pertinent, car des acheteurs puissants n'accepteront pas facilement une obligation de ventes liées sans profiter d'une partie au moins des éventuels gains d'efficacité. Par conséquent, les ventes liées qui ne sont pas fondées sur l'efficacité constituent principalement un risque lorsque les acheteurs n'ont pas de puissance d'achat significative.
- (397) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, il est nécessaire d'apprécier si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité sont remplies. Une obligation de vente liée peut contribuer à la réalisation de gains d'efficacité grâce à une production conjointe ou à une distribution conjointe. Si le produit lié n'est pas fabriqué par le fournisseur, l'achat par ce dernier de quantités importantes de ce produit peut entraîner des gains d'efficacité. La vente liée ne peut toutefois remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité que s'il est démontré qu'une partie au moins de ces réductions de coûts est répercutée sur le consommateur, ce qui n'est normalement pas le cas lorsque le détaillant peut se procurer régulièrement des produits identiques ou équivalents aux mêmes conditions ou à des conditions meilleures que celles offertes par le fournisseur pratiquant la vente liée. Un autre gain d'efficacité peut exister lorsque la vente liée contribue à assurer une certaine uniformité et une certaine normalisation de la qualité [voir le point (16), h)]. Cependant, il convient de démontrer que ces effets positifs ne pourraient pas être obtenus avec la même efficacité en imposant à l'acheteur d'utiliser ou de revendre des produits satisfaisant à des normes de qualité minimales, sans lui demander de les acheter auprès du fournisseur ou de quelqu'un désigné par ce dernier. Les exigences relatives aux normes de qualité minimales ne relèvent normalement pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Dans le cas où le fournisseur du produit liant exige de l'acheteur qu'il se procure le produit lié auprès de fournisseurs désignés, par exemple parce qu'il n'est pas possible de formuler des normes de qualité minimales, cette pratique peut elle aussi ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité, en particulier si le fournisseur du produit liant ne tire pas un avantage (financier) direct de la désignation des fournisseurs du produit lié.
-