

WORKING PAPER
INSTITUT D'ETUDES
JURIDIQUES EUROPEENNES (IEJE)
N°5/2009

L'EXEMPTION DES ENGAGEMENTS
D'EXCLUSIVITE AU « SEUIL » DE
LA REFORME DES ACCORDS
VERTICAUX :

QUELLE(S) PART(S) DE
MARCHE ?

M. ABENHAIM ET N. PETIT

L'EXEMPTION DES ENGAGEMENTS D'EXCLUSIVITÉ AU « SEUIL » DE LA RÉFORME DES ACCORDS VERTICAUX : QUELLE(S) PART(S) DE MARCHÉ ?

Marc Abenhaim* et Nicolas Petit**

Introduction

Emblème de l'approche économique du droit communautaire de la concurrence,¹ l'introduction d'un seuil de part de marché par l'article 3 du Règlement d'exemption sur les accords verticaux² est de longue date un sujet de discorde.³ Aux brocards des années 1990 fustigeant l'importation des incertitudes de l'analyse économique dans une matière jusqu'alors dominée par le formalisme juridique,⁴ ont succédé plus récemment des objections de nature technique relatives au calcul du seuil de part de marché,⁵ à son

* Avocat, Van Bael & Bellis, Bruxelles (mabenhaim@vanbaelbellis.com).

** Chargé de cours à l'université de Liège (ULg) et co-directeur de l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes (www.iej.net); Secrétaire exécutif du Global Competition Law Centre (GCLC, College of Europe) ; Collaborateur, Howrey LLP (Nicolas.petit@ulg.ac.be).

¹ Qualifiée à ce titre de véritable « révolution » par certains auteurs : L. de Montblanc et M. Koehler de Montblanc, *Droit de la concurrence, vers une révolution*, Act. fid., juill. 1999, n°831. Alan J. Riley, *Vertical Restraints: A Revolution*, ECLR 1998, 19(8), p.483; R. Whish, *Regulation 2790/99: the Commission's « new style » block exemption for vertical agreements*, CMLR (2000) 37, p.887.

² Voir Règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE, 1999, L336/21, ci-après, le « Règlement ».

³ Le Professeur Whish décrit ainsi le traitement des restrictions verticales comme le plus controversé dans la jurisprudence de la Cour et la pratique décisionnelle de la Commission : R. Whish, article précité, p.887. Voir aussi B. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, 32 CML Rev., p.973. Pour une synthèse des contributions sur la réforme des accords verticaux, voir Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales – Suivi du Livre vert sur les restrictions verticales, pp.8 et suivantes. Le document est disponible sur le site Internet de la DG Concurrence, à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/com1998544_fr.pdf.

⁴ Voir A. Pappalardo, *Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords « verticaux »*, Revue du droit de l'Union européenne, 1-2000, à p.165, rappelant que le projet de la Commission d'introduire « le critère de la part de marché » avait rencontré « beaucoup de critiques », spécialement en raison des incertitudes liées à l'application d'un tel instrument. Voir aussi, J. Nazerali and D. Cowan, *Reforming EU Distribution Rules – Has the Commission Found Vertical Reality ?*, 1999 ECLR 3, p.159, rappelant que la proposition, introduite dans le Livre vert de la Commission, visant à adopter un test de parts de marché, avait essuyé un tir de barrage (« marked opposition »), en provenance des entreprises lors du processus de consultation publique (« Industry has shown itself to be consistently against the use of market share thresholds from the outset of the debate, on the grounds that the use of market share thresholds would generate legal uncertainty for companies »).

⁵ Voir D. Waelbroeck, *Quel est le rôle des autorités de concurrence et des juridictions nationales en matière de restrictions verticales ?* in J-F. Bellis (éd.), *Concurrence en droit belge et européen*, Larcier 2009, Bruxelles, aux pp.135-137 ; N. Petit, *L'application du droit communautaire des restrictions verticales aux accords de distribution commerciale* in P. Hollander (éd.) *Le droit de la distribution commerciale*, Anthémis, 2009, Louvain la Neuve, à p.323.

niveau,⁶ à l'opportunité de lui conférer une telle importance dans un règlement d'exemption,⁷ ou encore à sa compatibilité avec le raisonnement casuistique propre à l'analyse économique.⁸

Cette règle de seuil, qui repose sur le postulat selon lequel les accords verticaux sont le plus souvent pro concurrentiels,⁹ prescrit qu'en deçà de 30% de parts de marché, tout accord vertical contenant une restriction de concurrence est présumé¹⁰ remplir les quatre conditions d'application de l'article 81(3) TCE et échappe, ce faisant, au dispositif d'incompatibilité de l'article 81(1) TCE.¹¹ Au-delà du seuil de 30%, l'intensité des « *inconvenients que ces accords produisent sur la concurrence* » est en revanche potentiellement trop élevée pour « *présumer* » que les « *gains d'efficacité* » émanant typiquement de tels accords « *l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels* ». ¹² Le sort juridique de l'accord dépend alors d'un « *examen individuel approfondi* » par l'autorité de concurrence, le juge ou encore les parties elles-mêmes.¹³

Selon que l'on se place du point de vue des entreprises ou des autorités de contrôle et juridictions, le seuil de part de marché de l'article 3 du Règlement (on serait plutôt tenté de parler de plafond)¹⁴ fonctionne respectivement comme une « *zone de sécurité* » ou comme un filtre (« *screening* »).¹⁵ En limitant le recours à un « *examen individuel approfondi* » à un substrat d'accords, la « *présomption de légalité* »¹⁶ énoncée par le

⁶ Voir M. Troncoso-Ferrer, *Les Règlements 2790/99 et 1400/2002 sont-ils toujours d'actualité* in Concurrence en droit belge et Européen, préc. à p.157.

⁷ Voir A. Vandencastele, *La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence?* in Mélanges Waelbroeck, t. II, Bruxelles, Bruylant 1999, p.1561.

⁸ Voir L. Vogel, *Les règlements d'exemption « nouvelle génération »*, in *La nouvelle approche des restrictions verticales : évolution ou révolution ?* Actes des ateliers de la concurrence du 07 avril 04, disponibles à l'adresse suivante :

http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/verticale.htm

⁹ Voir considérants 6 et 7 du Règlement, préc.

¹⁰ Article 2(1) et considérant 8 du Règlement, préc.

¹¹ Sous réserve – bien entendu – de l'absence de restriction caractérisée et de la faculté de retrait offerte à la Commission dans des cas particuliers.

¹² Voir considérants 7 et 8 du Règlement, préc.

¹³ Depuis l'entrée en vigueur du Règlement 1/2003, la Commission ne dispose plus d'un monopole sur l'application de l'article 81(3) TCE. Voir Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003, p.1 (ci-après, le « *Règlement 1/2003* »). Les autorités nationales de concurrence disposent désormais d'une compétence expresse pour appliquer l'article 81 TCE dans son ensemble (article 5 du Règlement 1/2003, préc.). Il en va de même pour les juridictions nationales saisies de litiges mettant en cause la validité des accords au regard de cette disposition (article 6 du Règlement 1/2003, préc.). Enfin les entreprises sont désormais invitées à procéder elles-mêmes à l'auto-évaluation de leurs accords verticaux (voir notamment article 1 du Règlement 1/2003, préc.).

¹⁴ Bien que la pratique utilise couramment le terme de « *seuil* », cette expression ne correspond pas au fonctionnement du Règlement d'exemption des accords verticaux. À moins bien sûr que l'on préfère aborder la question par la négative, en se demandant à partir de quelle part de marché l'accord ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie.

¹⁵ Sur l'utilité d'indicateurs quantitatifs pour filtrer les accords d'exclusivité nécessitant un « *examen individuel approfondi* », voir notamment D. BOSCO, *L'obligation d'exclusivité*, Thèse, Bruylant (2008), pp.97–98.

¹⁶ Voir Communication de la Commission du 13 octobre 2000 portant Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE, 2000, C291/1 (ci-après les « *Lignes Directrices sur les restrictions verticales* »), au §21.

Règlement permet d'optimiser les coûts décisionnels des entreprises, des autorités de contrôle,¹⁷ et des juridictions. Ainsi s'explique sans doute que le principe d'un seuil de part de marché ait finalement été bien accueilli, et que l'instrument ait essaimé dans d'autres branches du droit communautaire de la concurrence.¹⁸

L'expiration prochaine du Règlement¹⁹ et son actuel réexamen par la Commission²⁰ ouvrent néanmoins une opportunité unique de revenir sur une question peu discutée jusqu'à présent, celle de savoir *quelle(s) part(s) de marché* prendre en compte aux fins de l'exemption.²¹ Dans sa version actuelle, l'article 3 du Règlement prévoit que c'est la part de marché du *fournisseur* qui est en principe pertinente. En revanche, dans les cas (plus rares) d'accords de fourniture exclusive pour lesquels le distributeur couvre le territoire de l'ensemble de la Communauté européenne,²² c'est la part de marché de l'*acheteur* qui est prise en compte.

Or, si l'on s'intéresse aux engagements d'exclusivité, c'est-à-dire ceux par lesquels l'une des parties réserve à l'autre la totalité ou une part considérable de ses besoins ou de sa production,²³ on peut se demander si cette approche reflète fidèlement la « *probabilité que [les] gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels* » de l'accord.²⁴ L'enjeu est important, à la fois parce que les engagements d'exclusivité sont particulièrement fréquents en pratique,²⁵ mais aussi et surtout parce qu'ils peuvent

¹⁷ Celles-ci peuvent alors concentrer leurs efforts à la détection et la poursuite des pratiques les plus nocives pour la concurrence.

¹⁸ Voir Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE, 2001, C368/13; Règlement 2658/2000 du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, JOCE, 2000, 304/03; Règlement 2659/2000 du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, JOCE, 2000, 304/07. Le critère du seuil de part de marché se trouve encore au cœur du système de contrôle des concentrations, puisqu'il commande notamment l'identification et l'analyse des marchés affectés.

¹⁹ Le 31 mai 2010 (article 13, alinéa 3 du Règlement, préc.).

²⁰ La réforme du Règlement a été entamée et un premier projet de Règlement et de Lignes Directrices devrait voir le jour dans le courant de l'été.

²¹ Il existe toutefois quelques études doctrinales sur ce thème. Voir, notamment, les travaux du Professeur SALOP suggérant d'intéressantes remarques : S. Salop, *Analysis of foreclosure in the EC Guidelines on Vertical Restraints*, in *International Antitrust Law & Policy*, 2001 Fordham Corp. L. Inst. (Barry Hawk, ed. 2000), 177-200. En revanche, la question de savoir quelle part de marché prendre en compte *aux fins de l'exemption catégorielle* n'a – à la connaissance des auteurs – jusqu'à présent pas fait l'objet d'un grand intérêt doctrinal.

²² L'application de l'article 3(2) du Règlement est en effet limitée aux accords de fourniture exclusive pour lesquels l'acheteur couvre toute la Communauté (voir article 1, c) du Règlement, préc.).

²³ Voir les définitions retenues à l'article 1 b) et c) du Règlement, préc. ainsi que dans les Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc.

²⁴ Voir considérant 7 du Règlement, préc.

²⁵ Ainsi la notion d'exclusivité recouvre-t-elle – dans les Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. – les engagements de « *monomarchisme* » (§§ 138–160), de « *distribution exclusive* » (§§ 161–177), d'« *exclusivité de clientèle* » (§§ 178–183) et de « *fourniture exclusive* » (§§ 202–214).

exercer des effets de « *verrouillage* » anticoncurrentiel,²⁶ que la Commission décrit comme « *le problème principal* »²⁷ soulevé par les accords verticaux.

C'est à ce problème qu'est consacrée la présente étude. Elle démontre, en s'appuyant d'abord sur l'exemple des engagements de monarquisme (I), puis sur celui des engagements de fourniture exclusive (II), que les parts de marché actuellement prises en compte à l'article 3 du Règlement ne permettent pas d'évaluer précisément les effets de verrouillage des engagements d'exclusivité. Faute d'une évaluation suffisamment précise, le test ainsi institué ne garantit pas la satisfaction des conditions d'application de l'article 81(3) TCE, notamment celle tenant à la non-élimination de la concurrence « *pour une partie substantielle du marché en cause* ».²⁸ Bien entendu, la question de savoir si ce constat justifie un renversement total de perspective peut rester ouverte à ce stade. À la veille de la révision du Règlement, on peut comprendre que la Commission ne souhaite pas – pour ainsi dire – rouvrir la boîte de Pandore.²⁹ Aussi la présente étude a-t-elle pour ambition d'ouvrir le débat sur la question, en suggérant, en guise de conclusion, quelques voies possibles d'aménagements du droit positif (III).

I. La présomption de légalité du Règlement à l'épreuve des engagements de monarquisme

Si l'article 3 du Règlement ne permet pas d'apprécier correctement l'effet de verrouillage des engagements de monarquisme, c'est parce qu'il ne s'intéresse pas à la part de marché de l'acheteur *lié* par l'engagement d'exclusivité, pourtant déterminante, (A) mais à la part de marché *liante* du fournisseur (B).

A. La part de marché de l'acheteur lié par l'engagement de monarquisme, critère déterminant du risque de verrouillage de la clientèle

²⁶ De façon générale, on parle de « *verrouillage* » (ou « *forclusion* ») chaque fois que des entreprises actives à un niveau ou à un autre de la chaîne de production et de commercialisation voient leur accès – à des intrants ou à la clientèle – gêné, restreint, ou bloqué. Ce phénomène affecte directement le degré de concurrence existant ou pouvant exister sur un marché. Pris à l'extrême, un verrouillage suffisamment efficace peut permettre à une entreprise d'exclure totalement ses concurrents d'un marché donné.

²⁷ Voir Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales – Suivi du Livre vert sur les restrictions verticales, p.8. Sur l'importance croissante accordée à l'analyse des effets de verrouillage, voir Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. aux §§103 et 110. Voir également CJCE, 28 février 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, aff. C-234/89, Rec., 1991, p.935; TPICE, 8 juin 1995, *Schöller c. Commission*, aff. T-9/93, Rec., 1995, p. II-1611; TPICE, 8 juin 1995, *Langnese-Iglo GmbH c. Commission*, aff. T-7/93, Rec., 1995, p. II-1533; confirmé sur pourvoi : CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Langnese-Iglo GmbH c. Commission*, aff. C-279/95, Rec., 1998, p. I-5609; TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commission*, aff. T-65/98, Rec., 2003, p.4653; confirmé sur pourvoi : CJCE, ord. 28 septembre 2006, *Unilever Bestfoods Ltd c. Commission*, aff. C-552/03P, Rec., 2006, p. I-9091. Voir enfin l'étude thématique consacrée par le Conseil de la concurrence (désormais « *Autorité de la concurrence* ») à la question des « *Exclusivité[s] et contrats de long terme* » (Conseil de la concurrence, Rapport Annuel (2007), pp.89-121).

²⁸ Voir notamment le considérant 12 du Règlement, préc.

²⁹ Compte tenu de l'ampleur de la controverse sur l'analyse des restrictions verticales, du nombre des questions que ce thème soulève, et de l'intensité des débats qui ont présidé à l'adoption du Règlement, il ne semble pas excessif de parler de boîte de Pandore.

1. Une solution de bon sens économique

La notion de monomarchisme recouvre non seulement les engagements par lesquels l'acheteur s'interdit d'acheter, revendre, ou intégrer dans ses produits des biens ou services concurrents, mais aussi d'autres formules contractuelles tendant à lui imposer ou à l'inciter à concentrer ses achats sur un fournisseur particulier (quotas d'achat, remises de fidélité, clauses anglaises, engagements de stockage, pénalités en cas d'achat à des fournisseurs concurrents, etc.).³⁰

La caractéristique principale de tels engagements est de gêner, voire de bloquer, l'accès des fournisseurs concurrents à la clientèle contractuellement liée.³¹ C'est la raison pour laquelle on associe au monomarchisme un risque de *verrouillage* et plus particulièrement de *verrouillage de la clientèle* (« *customer foreclosure* »).³²

Si tant est que ce qui est verrouillé par un engagement de monomarchisme est la *clientèle*, l'intensité de l'effet de verrouillage dépend de l'importance des débouchés verrouillés pour l'accès des fournisseurs concurrents aux clients avals. Il faut donc s'intéresser en priorité à l'importance de l'acheteur sur le marché des achats en biens/services contractuels. De plus, dans l'hypothèse où les fournisseurs concurrents pourraient procéder à une intégration verticale en aval (et ce faisant, contourner le marché des achats où s'exerce le monomarchisme), il faut aussi vérifier l'importance de l'acheteur sur le marché de la revente. Si sa position sur ce marché est élevée, il est peu probable que les fournisseurs concurrents prennent le risque de s'intégrer verticalement.

L'importance de l'acheteur *lié* par l'engagement d'exclusivité³³ est donc le facteur clé.³⁴ À l'extrême, si un distributeur lié par un engagement de monomarchisme détient un monopole sur le marché des achats et sur le marché aval de la revente au détail, la mise en œuvre d'un tel accord est susceptible de conduire à l'éviction pure et simple des fournisseurs concurrents.³⁵

³⁰ Voir article 1, b) du Règlement, préc. Les Lignes Directrices sur les restrictions verticales énumèrent une série de formules contractuelles susceptibles de répondre à la définition du monomarchisme (§§138 et suivants). Voir également J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, p.173, qui évoque la possibilité d'agir sur la durée des contrats ou sur les pénalités à payer en cas de violation du contrat. Certains économistes ont en effet démontré que des contrats avec pénalités peuvent entraîner un risque de forclusion et dissuader l'entrée.

³¹ Et, *a fortiori*, au consommateur final.

³² Les Lignes Directrices sur les restrictions verticales accompagnant le Règlement présentent au §107 le *verrouillage de la clientèle* comme le principal scénario d'atteinte à la concurrence associé au monomarchisme (« *les autres fournisseurs sur le marché ne peuvent vendre aux acheteurs concernés, ce qui peut verrouiller le marché* »). Il faut aussi noter que les contrats exclusivisants occasionnent un risque accru de *collusion*, lorsque l'ensemble des concurrents sur le marché ont recours à ce type de contrats. La collusion est une situation dans laquelle des firmes rivales s'entendent expressément ou tacitement pour aligner leur politique commerciale. Parce qu'ils rigidifient les parts de marché des fournisseurs, les contrats exclusivisants tiennent en échec toute déviation secrète du prix collusif par l'un des concurrents.

³³ Ou des acheteurs liés, si sont en cause plusieurs engagements de cette nature.

³⁴ Voir S. Salop, préc., p.194.

³⁵ Un certain nombre d'éléments qualitatifs peuvent s'avérer nécessaire pour vérifier la thèse de l'exclusion pure et simple. Il se peut en effet que les barrières à l'entrée au niveau de la distribution soient faibles et que les concurrents puissent s'intégrer verticalement en aval, en procédant eux mêmes à la distribution. Ce

En toute logique, l'évaluation du risque de verrouillage devrait donc dépendre en premier lieu de l'importance de ce qui est verrouillé, c'est-à-dire de la part de marché de l'acheteur lié par l'engagement de monarquisme. Une approche réellement « économique » – centrée sur les « effets concrets de l'accord » –³⁶ devrait donc chercher à mesurer la (ou les) part(s) de marché détenue(s) par le (ou les) acheteur(s) des biens ou services contractuels.

2. Une solution généralisée dans les autres domaines du droit positif

Dans l'ensemble des disciplines du droit communautaire de la concurrence, cette règle de bon sens guide, tantôt expressément, tantôt en filigrane, l'approche des juridictions communautaires et celle de la Commission.

Ainsi, la jurisprudence rendue dans le domaine de l'article 81 TCE s'intéresse « en premier lieu »³⁷ à la question de savoir si l'engagement de monarquisme verrouille l'accès des fournisseurs concurrents au marché de la distribution.³⁸ Depuis l'arrêt *Delimitis* – qui concernait le contentieux bien connu des contrats de bière – la jurisprudence indique de façon relativement claire que cette question dépend notamment du nombre des points de vente liés par le monarquisme par rapport à celui des points de vente qui ne le sont pas, des quantités sur lesquelles portent le monarquisme (les quantités « liées » exclusivement au fournisseur) et de la proportion entre ces quantités et celles qui sont écoulées par les détaillants non liés.³⁹ Cette problématique du verrouillage de la clientèle a d'ailleurs trouvé un certain écho dans le Règlement lui-même, dont l'article 6 évoque, comme cas possible de retrait de l'exemption, l'hypothèse dans laquelle « l'accès au marché en cause [...] est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ».

type d'éléments qualitatifs peut s'avérer très pertinent dans le cadre d'un « examen individuel approfondi » de l'accord en question.

³⁶ Voir Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc., au §7 : « Lorsqu'elle applique les règles de concurrence communautaires, la Commission adopte une approche économique fondée sur l'examen des effets produits sur le marché ».

³⁷ Voir CJCE, *Delimitis*, préc., premier point du dispositif de l'arrêt.

³⁸ Pour les accords de monarquisme, voir également TPICE, 8 juin 1995, *Schöller c. Commission*, aff. T-9/93, Rec., 1995, p. II-1611; TPICE, 8 juin 1995, *Langnese-Iglo GmbH c. Commission*, aff. T-7/93, Rec., 1995, p. II-1533; confirmé sur pourvoi : CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Langnese-Iglo GmbH c. Commission*, aff. C-279/95, Rec., 1998, p. I-5609; TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commission*, aff. T-65/98, Rec., 2003, p.4653; confirmé sur pourvoi : CJCE, ord. 28 septembre 2006, *Unilever Bestfoods Ltd c. Commission*, aff. C-552/03P, Rec., 2006, p. I-9091. Voir aussi décision de la Commission, REPSOL C.P.P. SA – Distribution de Carburants et Combustibles, 12 avril 2006 et, sur cette décision, P. Chauve, *Repsol : Opening up the fuel distribution system in Spain*, Competition Policy Newsletter, Number 2, Summer 2006.

³⁹ Pour mesurer l'intensité du verrouillage, la jurisprudence s'intéresse également à la durée et à la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité. Tous ces éléments font partie du « contexte économique et juridique » à la lumière duquel la Commission est tenue d'apprécier les effets du contrat, ou du réseau de contrats, sur la concurrence. Voir CJCE, 13 juillet 1966, aff. 56 et 58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission*, Rec. 1966, p.429.

La prise en compte de la part de marché de l'acheteur ne s'arrête pas aux frontières de l'article 81 TCE. En effet, lorsque l'engagement de monomarchisme est souscrit au bénéfice d'un fournisseur dominant,⁴⁰ l'évaluation des effets de verrouillage s'effectue notamment en fonction de la « *part de marché liée* » (« *tied market share* »).⁴¹ La Commission s'intéresse ici à la question de savoir si les débiteurs de l'engagement de monomarchisme représentent la plupart des clients de l'entreprise dominante (auquel cas, il est probable qu'un effet de verrouillage apparaîtra) ou, au contraire, s'ils n'en représentent qu'une frange (auquel cas, un effet de verrouillage est moins évident).⁴² La récente *Communication de la Commission relative à des 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*⁴³ le confirme en indiquant que le monomarchisme (ici qualifié d'achat exclusif) appelle une intervention des autorités de contrôle lorsque les clients qui y ont souscrits « *sont nombreux et que les obligations d'achat exclusif de l'entreprise dominante, prises collectivement, ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes* ». ⁴⁴

La pratique décisionnelle et la jurisprudence fournissent encore de nombreux exemples en ce sens. Dans son arrêt *Van den Bergh Foods*, le Tribunal a ainsi jugé que « *le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante, de lier de facto – fût-ce à leur demande – 40% des points de vente du marché de référence par une clause d'exclusivité* » constituait un abus de position dominante au sens de l'article 82 TCE, notamment en ce qu'une telle exclusivité a pour effet d'« *empêcher l'accès du marché de référence aux fabricants concurrents* ». ⁴⁵ Plus récemment, la Commission a annoncé avoir ouvert des procédures formelles d'examen contre Electrabel et EDF, qu'elle suspecte d'avoir verrouillé les marchés belge et français de l'électricité. ⁴⁶ Dans son communiqué de presse, la Commission indique que les engagements d'achat exclusif à long terme, introduits par EDF et Electrabel dans leurs contrats d'approvisionnement des consommateurs industriels, pourraient empêcher les fournisseurs d'électricité concurrents de servir cette clientèle en Belgique et en France. Ce « *verrouillage significatif* » de la clientèle résulterait « *notamment [...] de la part de marché couverte par ces accords* ». ⁴⁷

⁴⁰ C'est-à-dire un fournisseur dont la part de marché dépasse déjà certainement le seuil de 30%.

⁴¹ Voir Document de réflexion de la Commission sur les abus de position dominante, 19 décembre 2005, au §149.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Communication de la Commission relative à des 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, JOUE, 2009, C45/7 (ci-après les « *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE* »).

⁴⁴ Voir Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 TCE, préc. au §34.

⁴⁵ Voir TPICE, *Van den Bergh Foods* préc., au §160 (nous soulignons). L'arrêt est d'autant plus intéressant qu'il a été rendu à la fois sous l'article 81 TCE et l'article 82 TCE.

⁴⁶ Voir « *Concurrence: la Commission engage des procédures formelles contre Electrabel et EDF en raison d'une suspicion de verrouillage des marchés belge et français de l'électricité* », MEMO/07/313 de la Commission du 26 juillet 2007.

⁴⁷ *Ibid.*, p.2 (nous soulignons).

Enfin, et de manière encore plus nette, une logique analogue prévaut en contrôle des concentrations. Les Lignes directrices sur les concentrations non horizontales⁴⁸ indiquent ainsi à juste titre qu'une concentration verticale entre un fournisseur et un distributeur soulève, comme un engagement de monomarchisme,⁴⁹ un risque de verrouillage de la clientèle. Or,

« [l]orsqu'il s'agit d'apprécier la capacité de l'entité issue de la concentration à verrouiller l'accès aux marchés situés en aval, la Commission examine si les concurrents situés en amont (existants ou potentiels) disposent de suffisamment d'autres débouchés économiques, sur le marché situé en aval, pour écouler leur production. Pour que le verrouillage de la clientèle soit jugé préoccupant, il faut que la concentration verticale concerne une société qui est un client important disposant d'un pouvoir substantiel sur le marché situé en aval. Si, au contraire, il existe une base de clientèle (existante ou potentielle) suffisamment étendue, susceptible de se tourner vers des fournisseurs indépendants, il est alors peu probable que la Commission soulève des problèmes de concurrence pour ce motif ». ⁵⁰

En somme, quel que soit le cadre juridique pertinent, les risques de verrouillage issus des engagements de monomarchisme sont systématiquement analysés en fonction de ce qui est verrouillé (en l'occurrence la clientèle). Plus la part de marché de l'acheteur *lié* par l'engagement de monomarchisme est importante, plus le verrouillage résultant de cet engagement risque d'être anticoncurrentiel au sens de l'article 81 TCE. En la matière, c'est donc cette part de marché *liée* qui devrait conditionner, sinon exclusivement, du moins principalement, le bénéfice de l'exemption catégorielle.

B. La part de marché *liante* du fournisseur – l'étrange solution du Règlement

1. L'inadéquation du filtre

De manière relativement surprenante l'article 3(1) du Règlement retient la part de marché du fournisseur comme principal critère d'exemption automatique des accords verticaux en général et des engagements de monomarchisme en particulier. En présence de tels engagements, le *filtre* institué par le Règlement repose donc sur la part de marché du bénéficiaire de l'exclusivité (ou part de marché *liante*). En deçà de 30%, l'engagement est présumé remplir les conditions l'article 81(3) TCE, quelque soit la part de marché de l'acheteur lié par cet engagement. Au-delà de 30%, cette présomption tombe, l'intensité des effets anticoncurrentiels de l'engagement étant susceptible de dépasser les gains d'efficacité qui y sont habituellement associés. L'accord doit alors faire l'objet d'un

⁴⁸ Voir Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE, 2008, C265/6 (ci-après les « *Lignes directrices sur les concentrations non horizontales* »).

⁴⁹ Le problème est en effet le même en pratique, la seule différence tenant au fait que l'engagement d'exclusivité susceptible de faire suite à une concentration verticale sera ici un engagement intragroupe, échappant à l'application de l'article 81 TCE. Rappelons également le cadre analytique bien connu selon lequel les accords verticaux en général constituent précisément un moyen d'intégration verticale par contrat.

⁵⁰ Voir Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, préc. au §61 (nous soulignons).

« *examen individuel approfondi* », quelque soit la part de marché de l'acheteur lié par l'engagement.

A la réflexion, le jeu de la présomption de légalité établie à l'article 3(1) du Règlement apparaît excessivement *restrictif*. De nombreux engagements de monomarquisme, dont l'effet limité de verrouillage de la clientèle pourrait être immédiatement acté, se trouvent en effet privés du bénéfice de la présomption de légalité. Ainsi, supposons un court instant qu'un fournisseur – dont la part de marché dépasse 30% – fait souscrire un engagement de monomarquisme à un nombre relativement limité de ses distributeurs, dont la part de marché cumulée est insignifiante, tant sur le marché des achats que sur celui de la revente. Dans une telle hypothèse, les fournisseurs concurrents restent de toute évidence en mesure de s'adresser à d'autres distributeurs pour écouler leurs produits et dynamiser ainsi la concurrence intermarques. La part de marché du fournisseur ne donne ici pas la moindre indication des effets de l'exclusivité sur les « *possibilités réelles et concrètes pour un [fournisseur] concurrent* »⁵¹ d'accéder à la clientèle. Le jeu de l'exemption automatique se trouve néanmoins exclu, puisque la part de marché du fournisseur dépasse 30%.

Pour reprendre une expression dont les économistes sont friands, le système de filtrage prévu par le Règlement comporte un risque d'erreur de « type I », puisqu'il exclut automatiquement du bénéfice de la présomption de légalité des accords pourtant manifestement susceptibles de remplir les conditions de l'article 81(3) TCE. Certes, ces accords ne sont pas pour autant incompatibles, puisqu'ils peuvent bénéficier d'une exemption au terme d'un « *examen individuel approfondi* ». ⁵² Toutefois, on ne peut exclure que, lorsque la part de marché de l'acheteur *lié* est insignifiante,⁵³ mais que celle du fournisseur dépasse 30%, les parties confrontées aux caprices de l'« *examen individuel approfondi* » soient conduites à renoncer à leur accord. En outre, quand bien même elles parviendraient à s'assurer de la réunion de chacune des quatre conditions de l'article 81(3) TCE, il est permis de se demander si les sujétions qu'impose un tel examen sont bien compatibles avec l'objectif d'optimisation des coûts de décision inspirant le Règlement.

Dans le même ordre d'idées, la présomption de légalité de l'article 3 du Règlement apparaît aussi excessivement *permissive*, puisqu'elle est susceptible de conduire à l'exemption automatique d'accords dont on ne peut pourtant pas présumer qu'ils remplissent les conditions de l'article 81(3) TCE. La présomption de légalité abriterait un risque d'erreur de « type II » en exemptant, en raison de la part de marché limitée du fournisseur, certains engagements de monomarquisme pouvant néanmoins entraîner un verrouillage significatif du marché pour les fournisseurs concurrents.⁵⁴ Supposons, ici,

⁵¹ Voir CJCE, *Delimitis*, préc. au §21

⁵² « [I]l n'y a pas d'exemption par catégorie, mais il n'y a pas non plus de présomption d'illégalité », Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. au §69.

⁵³ Le seul fait que la part de marché de l'acheteur se trouve en dessous du seuil de 15% ne suffit pas à faire entrer l'accord dans le champ de la règle *de minimis*, dans la mesure où les parts de marchés de toutes les parties sont prises en compte pour l'application du seuil *de minimis*. Voir Communication *de minimis* préc., au §7.

⁵⁴ C'est d'ailleurs ce type de scénario que le Règlement lui-même cherche à prévenir, en codifiant à l'article 6 la théorie de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords.

qu'un engagement de monomarchisme soit conclu entre un fournisseur dont la part de marché ne dépasse pas 30% et un acheteur détenant une position dominante (voire en monopole) sur le marché de l'achat et de la vente. L'accord, automatiquement exempté en vertu de l'article 3 du Règlement, risque pourtant de verrouiller l'ensemble des débouchés pour les fournisseurs concurrents. Comment présumer, dans de telles circonstances, que l'accord n'aura pas pour effet d'éliminer la concurrence « *pour une partie substantielle des produits en cause* » ?⁵⁵

Certes, il est vrai que la Commission et les autorités nationales de concurrence jouissent de la faculté de retirer le bénéfice de l'exemption. Toutefois, au vu des coûts de détection des accords mal filtrés et des lourdeurs liées à la mise en œuvre de la procédure de retrait, il est permis de se demander s'il ne serait pas finalement plus simple de retenir un test de parts de marché fonctionnant d'emblée à l'endroit.

2. Les justifications du filtre

A la lecture du texte du Règlement et des Lignes Directrices, le choix de la part de marché du fournisseur comme critère de déclenchement de la présomption de légalité semble trouver une double justification. Toutefois, aucune de ces justifications ne résout le problème de l'inadéquation du filtre.

2.1. Le primat de la concurrence intermarques ?

La philosophie du droit communautaire des restrictions verticales et, notamment, de la présomption de légalité consignée à l'article 3 du Règlement est assez simple. Les Lignes Directrices sur les restrictions verticales disposent ainsi que :

*« Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence intermarques est insuffisante, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur ou à celui de l'acheteur, ou à ces deux niveaux. Si la concurrence intermarques est insuffisante, il y a alors lieu de protéger celle-ci ainsi que la concurrence intramarque ».*⁵⁶

A l'aune de ces considérations, la Commission estime – par un raisonnement relativement structuraliste – qu'au-delà d'un seuil de 30% de parts de marché, calculé au niveau du fournisseur, l'intensité de la concurrence intermarques est trop faible pour présumer que les gains d'efficacité habituellement générés par un accord vertical

⁵⁵ La probabilité de ce type de scénario dépend certes en pratique des incitants de l'une et l'autre des parties à imposer ou à consentir ce type d'engagements. De ce point de vue, l'exemple de l'acheteur en position dominante qui consentirait un engagement de monomarchisme au profit d'un petit fournisseur, tient sans doute du cas d'école. Il n'en demeure pas moins qu'il existe une marge non négligeable en pratique entre le cas de l'acheteur dominant et celui de l'acheteur dont les parts de marché sont suffisamment importantes pour créer des problèmes de forclusion. En outre, une différence fondamentale existe entre la probabilité de conclusion d'un accord particulier et les conséquences de cet accord sur la structure de la concurrence. Sur ce point, voir *infra*.

⁵⁶ Voir Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. au §6.

l'emportent sur ses éventuels effets anticoncurrentiels.⁵⁷ En conséquence, les accords verticaux intervenant sur de tels marchés doivent être soumis à la rigueur d'un « *examen individuel approfondi* ».

Si l'objet du présent article n'est pas de remettre en cause ce postulat théorique, force est pourtant de constater que l'article 3 du Règlement ne permet de tirer aucune conclusion quant aux effets qu'un engagement de monomarquisme produit sur la concurrence intermarques alors même, pourtant, qu'en verrouillant l'accès des fournisseurs concurrents ce type d'engagement y porte en principe directement atteinte.⁵⁸ En outre, s'intéresser uniquement à la part de marché du fournisseur, sans tenir compte des parts de marché de ses concurrents, ne permet nullement de mesurer le degré de concurrence intermarques prévalant lors de la conclusion de l'accord.⁵⁹ Enfin, sur un bon nombre de marchés oligopolistiques (de produits différenciés, notamment),⁶⁰ des parts de marché inférieures à 30% ne permettent pas de conclure avec certitude à l'existence d'un sain degré de concurrence intermarques. Dans un tel cas de figure, l'article 3 du Règlement conduit pourtant à présumer la légalité de l'engagement de monomarquisme.

En réalité, en appréhendant par le biais de l'« *examen individuel approfondi* » des accords aux effets anticoncurrentiels insignifiants au motif que le degré structurel de concurrence intermarques prévalant sur le marché est insuffisant, le droit positif commet une erreur de causalité. Pour reprendre une expression du Professeur VOGEL, l'accord – qui n'est ici nullement la source du problème de concurrence – n'est que le « *prétexte* » à un contrôle plus profond (des autorités et/ou du juge) sur la « *structure du marché* ». ⁶¹ Et si l'on pousse le raisonnement un peu plus loin, la renonciation à l'accord (ou son interdiction) ne corrige pas le problème préexistant de concurrence sur le marché. Le droit positif n'exerce donc, au mieux, qu'un effet correctif marginal sur les paramètres de la concurrence.

2.2. L'équilibre des relations commerciales ?

Au risque de donner trop d'importance aux mots, le champ sémantique employé par les Lignes Directrices sur les restrictions verticales suggère une nouvelle justification à la prise en compte de la part de marché du fournisseur. La position du fournisseur permettrait d'obtenir de sérieuses indications sur sa *capacité d'imposer* un engagement de monomarquisme à l'acheteur.⁶²

⁵⁷ « *La probabilité que [les] gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence des autres fournisseur* ». Voir Règlement, préc. au considérant 7.

⁵⁸ La concurrence plus ou moins intense entre fournisseurs dépend en effet directement de leurs possibilités réelles et concrètes d'accéder à la clientèle. Or, c'est l'importance de la demande liée (ou des points de vente liés) qui permet de mesurer l'impact de l'exclusivité sur ces possibilités.

⁵⁹ Que l'on songe un instant à une part de marché entre 10% et 20% avec trois fournisseurs concurrents se partageant à parts égales les 80%-90% restants du marché. L'accord sera ici autorisé en dépit du caractère quasi-oligopolistique, voire oligopolistique du marché.

⁶⁰ En présence de tels marchés, les économistes parlent de « *concurrence monopolistique* ».

⁶¹ Voir L. Vogel, *Traité de droit commercial*, 18ème Ed., L.G.D.J., Paris, 2001.

⁶² Voir en ce sens, Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. au §140, évoquant le fait que ce type d'engagement est « *en général [...] imposé par le fournisseur* »; voir également §§145 et 147.

Aussi louable qu'elle puisse être du point de vue de l'équilibre des relations commerciales, cette attention portée à la *capacité d'imposer* n'intéresse finalement qu'à la marge le droit de la concurrence.⁶³ La « *protection du faible* » fait déjà l'objet de nombreuses réglementations sectorielles, à l'échelon national et communautaire.⁶⁴ C'est ainsi par exemple qu'en droit français, la Loi de Modernisation de l'Économie protège certaines entreprises contre leurs cocontractants, lorsqu'apparaît un « *déséquilibre significatif* » au sein de leurs relations commerciales.⁶⁵ Il est dès lors permis de se demander s'il relève bien de la fonction spécifique du droit de la concurrence de connaître de ce type de problématiques.

De plus, si la part de marché du fournisseur est utile dans un contexte de contrôle *ex ante* (contrôle des concentrations, par exemple), où elle renseigne sur la capacité et les incitations stratégiques futures de l'entité fusionnée d'adopter une stratégie de verrouillage des débouchés (dans le cas d'une concentration verticale, par exemple, en interdisant à une filiale de commercialiser des produits concurrents),⁶⁶ elle semble dénuée d'intérêt dans le cadre du Règlement d'exemption, où la question est de savoir si un accord donné (un engagement de monomarquisme par exemple) remplit ou non les conditions de l'article 81(3) TCE. Il s'agit en effet ici d'un examen *ex post* dans le cadre duquel la part de marché du fournisseur est inutile, puisque en toute hypothèse, l'*existence* de l'engagement de monomarquisme est déjà tangible.

II. La présomption de légalité du Règlement à l'épreuve des engagements de fourniture exclusive

En vertu d'un engagement de fourniture exclusive, le fournisseur s'engage à ne vendre ses produits ou services qu'à un seul acheteur sur un marché donné (*à l'exclusion* des acheteurs concurrents).⁶⁷ Plus généralement, la notion de fourniture exclusive recouvre tout dispositif tendant à obliger ou inciter un fournisseur à concentrer ses ventes sur un acheteur (quotas minima de vente, exclusivité territoriale, exclusivité de clientèle, etc.).⁶⁸

⁶³ Ainsi la question de l'équilibre des relations commerciales peut-elle intervenir de manière incidente, lorsque dans le cadre d'une demande d'indemnisation fondée sur l'incompatibilité d'un contrat avec l'article 81CE, le demandeur – partie à ce contrat – risque de se voir opposer l'adage « *nemo auditur...* ». Voir CJCE CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd c. Crehan*, aff. C-453/99, Rec., 2001, p. I-6297.

⁶⁴ Le droit de la consommation protège par exemple le consommateur dans ses relations avec les fournisseurs de produits/services.

⁶⁵ L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce dispose désormais qu'« [*e*]ngage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

⁶⁶ Voir Lignes Directrices sur les concentrations non horizontales, préc. au §61 notamment.

⁶⁷ Voir, en ce sens, article 1, c) du Règlement, préc.

⁶⁸ La fourniture exclusive constitue un exemple extrême de distribution limitée (exclusive ou sélective). Voir Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. aux §§161–183 et 202–214; voir également les Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 TCE, préc. au §32, note 4: « *La notion d'accords exclusifs comprend également les engagements de fourniture exclusive ou les incitations ayant le même effet, par lesquelles l'entreprise dominante cherche à évincer ses concurrents en les empêchant d'acheter à des fournisseurs* ».

Il y a de bonnes raisons à ce que le droit de la concurrence s'intéresse à la fourniture exclusive. Le fournisseur s'engageant dans une relation verticale de fourniture exclusive exclut nécessairement certains acheteurs de son système de distribution. Les acheteurs non-membres ne peuvent pas s'approvisionner auprès de lui. Il y a donc un risque de « *verrouillage du marché des achats* » ou, pour reprendre l'expression consacrée en économie industrielle, de « *verrouillage des intrants* » (« *input foreclosure* »).⁶⁹

Si l'on s'en tient au bon sens économique et à la cohérence juridique, toute mesure du risque de verrouillage d'un engagement de fourniture exclusive devrait s'intéresser prioritairement à la position de marché du fournisseur (A). Or, si le mécanisme de filtrage du Règlement promeut une solution valable dans la plupart des cas, il applique un principe exactement inverse à certains engagements particuliers de fourniture exclusive (B).

A. La part de marché du fournisseur liée par l'engagement de fourniture exclusive, critère déterminant du risque de verrouillage des intrants

1. Une solution de bon sens économique

Puisque le principal scénario d'atteinte à la concurrence associé à la fourniture exclusive est celui de « *verrouillage des intrants* »,⁷⁰ la logique voudrait que la présomption de légalité instituée par le Règlement s'intéresse à ce qui risque d'être verrouillé par l'engagement. C'est donc l'importance des *intrants* du fournisseur qui devrait être appréciée pour évaluer l'effet de verrouillage d'un engagement de fourniture exclusive et, le cas échéant, déclencher le bénéfice d'une exemption automatique.⁷¹ A cette fin, la part de marché en amont du fournisseur donne en principe un aperçu relativement fiable de l'importance des intrants du fournisseur pour les acheteurs. A l'extrême, lorsque le fournisseur contrôle seul une « *facilité essentielle* » ou, pour reprendre l'expression consacrée en jurisprudence, un produit/service « *indispensable* »⁷² pour opérer en aval, le risque de verrouillage des intrants est particulièrement élevé.

2. Une solution généralisée dans les autres domaines du droit positif

Dans la droite ligne de ce qui précède, le droit communautaire de la concurrence s'intéresse généralement aux risques de « *verrouillage des intrants* » en prenant en considération la part de marché *liée* par l'engagement de fourniture exclusive, à savoir celle du fournisseur.

⁶⁹ *Idem*. Ce risque est particulièrement aigu dans la fourniture exclusive. Il est également présent dans la distribution exclusive.

⁷⁰ Voir en ce sens, Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. au §110.

⁷¹ Voir S. Salop, préc., à p.183.

⁷² Voir TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services*, aff. T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. 1998, p.II-3141., au §209: c'est à dire un service/une facilité pour laquelle il n'existe pas « *d'alternatives viables* ».

Ainsi, dans le domaine de l'article 82 TCE, la Commission « considère que [le] verrouillage des intrants est en principe susceptible d'entraîner une éviction anticoncurrentielle si l'engagement de fourniture exclusive ou l'incitation lient la plupart des fournisseurs efficaces d'intrants et si les entreprises en concurrence avec l'entreprise dominante sont incapables de trouver d'autres sources efficaces de fourniture des intrants ». ⁷³

Les choses ne sont guère différentes en contrôle des concentrations. Dans des termes on ne peut plus explicites, les Lignes Directrices sur les concentrations non horizontales indiquent que :

« Le verrouillage du marché des intrants ne peut poser de problèmes de concurrence que s'il concerne un intrant important pour le produit situé en aval [...] Pour que le verrouillage du marché des intrants constitue une source de préoccupation, il faut que la société verticalement intégrée issue de l'opération de concentration ait un pouvoir substantiel sur le marché situé en amont. C'est dans ce cas-là seulement que l'on peut s'attendre à ce que l'entité issue de la concentration ait une influence significative sur les conditions de concurrence sur le marché situé en amont et donc peut-être aussi sur les prix et les conditions d'approvisionnement sur le marché situé en aval ». ⁷⁴

A l'heure de la *transversalité* qu'impose depuis plus de dix ans l'approche économique du droit de la concurrence, une méthode similaire devrait prévaloir dans le domaine de l'article 81 TCE. ⁷⁵ La présomption de légalité prévue au Règlement en matière d'engagements de fourniture exclusive s'en démarque toutefois.

B. La dualité des parts de marché en matière de fourniture exclusive – L'étonnante géométrie variable du Règlement

Les solutions retenues par le Règlement ne laissent pas de surprendre. Car c'est bien deux solutions différentes que retient le texte, selon que la fourniture exclusive répond (1) ou non (2) à la définition restrictive de l'article 1(c).

1. La fourniture exclusive au sens du Règlement

D'après l'article 1(c) du Règlement, l'engagement de fourniture exclusive est celui qui impose « au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage déterminé ou de la

⁷³ Voir Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE, au §32, note 4 (nous soulignons).

⁷⁴ Voir Lignes Directrices sur les concentrations non horizontales, préc. aux §§ 34 et 35 (nous soulignons).

⁷⁵ Voir par exemple, « Ententes et abus de position dominante: le bien-être des consommateurs au cœur de la lutte de la Commission contre les abus de position dominante », Communiqué de presse de la Commission, IP/08/1877, Bruxelles, 3 décembre 2008 : les orientations retenues dans le domaine de l'article 82 CE « s'alignent sur [l']approche relative aux pratiques commerciales restrictives et au contrôle des opérations de concentration ».

revente ». ⁷⁶ Seuls les accords de fourniture exclusive couvrant l'intégralité du territoire de la Communauté relèvent donc de l'article 3(2) du Règlement, qui dispose :

« Dans le cas d'accords verticaux contenant des obligations de fourniture exclusive, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels. » ⁷⁷

Ces accords de fourniture exclusive doivent donc être filtrés à la lumière de la part de marché de l'acheteur, c'est-à-dire du bénéficiaire de l'engagement. Si celle-ci est inférieure à 30%, l'accord est réputé remplir les conditions de l'article 81(3) TCE; si elle est supérieure, la présomption est inapplicable et l'accord devra faire l'objet d'un « examen individuel approfondi ».

Tout comme pour les engagements de monomarchisme, la présomption de légalité énoncée à l'article 3(2) fonctionne ici à l'envers. Si l'on applique à la lettre le mécanisme, il ne peut être exclu que des engagements de fourniture exclusive ne présentant qu'un risque mineur de verrouillage des intrants échappent au bénéfice de l'exemption automatique. Supposons ainsi qu'un fournisseur d'intrant détenant 10% du marché confie exclusivement l'ensemble de sa production à un distributeur en position dominante. Les distributeurs concurrents demeurent libres de s'adresser à 90% du marché des intrants pour leurs approvisionnements.

Ici encore, le Règlement favorise donc les erreurs de « type I » en excluant du bénéfice de l'exemption des accords verticaux dont on peut pourtant raisonnablement présumer qu'ils remplissent les conditions de l'article 81(3) TCE. Certes, les accords en question ne sont pas automatiquement interdits. ⁷⁸ Il n'en demeure pas moins que lorsque la part de marché liée en amont est insignifiante, ⁷⁹ mais que celle de l'acheteur dépasse 30%, les parties doivent procéder à un « examen individuel approfondi » de leur accord. Or, de la même manière que pour les engagements de monomarchisme, on ne peut exclure que dans la plupart des cas, confrontées aux incertitudes de l'autoévaluation, les parties ne préfèrent renoncer à leur accord.

À ces critiques s'ajoutent celles tenant spécifiquement à la définition restrictive des engagements de fourniture exclusive. Si l'approche des accords verticaux se veut réellement économique – c'est-à-dire centrée sur les effets concrets de ces accords sur le marché – dire que tous les engagements de fourniture exclusive ne sont pas des engagements de fourniture exclusive a tout de même quelque chose de gênant. Ces engagements ne présentent-ils pas les mêmes effets pour la concurrence ?

⁷⁶ Nous soulignons.

⁷⁷ Nous soulignons.

⁷⁸ « [I]l n'y a pas d'exemption par catégorie, mais il n'y a pas non plus de présomption d'illégalité ». Lignes Directrices sur les restrictions verticales, préc. au §69.

⁷⁹ Le seul fait que la part de marché de l'acheteur se trouve en dessous du seuil de 15% ne suffit pas à faire entrer l'accord dans le champ de la règle de *minimis*, dans la mesure où les parts de marchés de toutes les parties sont prises en compte pour l'application du seuil de *minimis*. Voir Communication de *minimis*, préc., au §7.

Enfin, force est de reconnaître que la définition retenue à l'article 1(c) se distingue par son inefficacité. Il suffit à quiconque souhaitant contourner le seuil de l'article 3(2) de désigner un second distributeur exclusif de taille marginale dans la Communauté, pour bénéficier de la « *zone de sécurité* » établie par le Règlement, et échapper ainsi aux caprices de « *l'examen individuel approfondi* ».

2. L'« autre » fourniture exclusive

De façon étonnante – peut-être involontaire – la présomption de légalité fonctionne en quelque sorte à l'endroit pour tous les autres engagements de fourniture exclusive, ne couvrant pas l'ensemble de la Communauté. En effet, pour tous ces engagements, l'article 3(1) du Règlement s'applique et c'est donc la part de marché du fournisseur qui est prise en considération.

Dans un tel cas de figure, le dispositif d'exemption par catégorie mesure correctement le risque de verrouillage des intrants. Si le fournisseur détient moins de 30% du marché, il est possible de présumer qu'existent en quantité suffisante des intrants alternatifs pour les distributeurs concurrents. Inversement, lorsque la part de marché du fournisseur dépasse 30%, le risque d'une disponibilité insuffisante des intrants alternatifs pour les acheteurs concurrents justifie le passage dans le régime de « *l'examen individuel approfondi* ». En effet, faute d'un accès suffisant au marché des intrants, les acheteurs concurrents risquent de voir leurs coûts augmenter au profit de l'acheteur bénéficiaire, voire d'être purement et simplement évincés du marché. Dans un tel cas de figure, l'absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ne peut pas être présumée.

III. Quelques voies possibles d'aménagement du Règlement

Les règles de seuils de parts de marché instituées par le Règlement permettent sans doute de mesurer la capacité et les incitations des opérateurs à imposer des engagements d'exclusivité. En revanche, elles appréhendent mal les problèmes de verrouillage que posent ces engagements. L'instrument qui consiste à mesurer la probabilité de *l'existence* d'un accord donné n'est malheureusement pas d'une grande utilité une fois que l'accord existe, et qu'il faut s'intéresser à la probabilité de ses *effets* sur la structure de la concurrence. Dans un tel contexte, deux principales pistes d'aménagement du droit positif semblent se dessiner.

A. Une inversion des seuils ?

De manière générale, la présomption de légalité du Règlement devrait s'intéresser à la part de marché du *débiteur* de l'engagement d'exclusivité. Il s'agit de la part de marché aval de l'acheteur, dans le cas de l'engagement de monomarchisme, et de la part de marché amont du fournisseur, dans le cas de la fourniture exclusive. Mais faut-il pour autant inverser les seuils actuellement prévus dans le Règlement ?

La Commission pourrait en effet décider d'entériner une inversion pure et simple de perspective, en prévoyant l'application (i) pour l'ensemble des engagements de monomarquisme, d'un seuil de part de marché de 30%, calculé au niveau de l'acheteur ; et (ii) pour l'ensemble des engagements de fourniture exclusive, d'un seuil de part de marché de 30%, calculé au niveau du fournisseur. Un tel dispositif, sans doute justifié au regard des observations qui viennent d'être formulées, soulève cependant quelques difficultés.

Qu'on le veuille ou non, un tel renversement de perspective ne tient pas totalement compte de la philosophie du Règlement puisqu'il minore, à tout le moins en ce qui concerne les engagements de monomarquisme, l'idée selon laquelle le régime juridique des restrictions verticales doit frapper l'ensemble des accords intervenant sur des marchés présentant un degré insuffisant concurrence intermarques.

Par ailleurs, la position de marché du bénéficiaire de l'exclusivité n'est pas totalement dénuée de pertinence. En permettant d'apprécier la capacité à imposer un engagement d'exclusivité, cette approche donne un aperçu des causes et incitations stratégiques se cachant derrière l'accord vertical en cause.⁸⁰

Enfin, s'il est vrai que le risque de verrouillage est le principal problème que posent les engagements d'exclusivité, d'autres risques concurrentiels – comme par exemple le risque de collusion sur le segment de marché occupé par le bénéficiaire de l'exclusivité – peuvent justifier la prise en compte d'une part de marché autre que celle du débiteur de l'engagement d'exclusivité.

B. Un cumul des seuils ?

La Commission aurait également la possibilité de prévoir, pour l'examen des engagements de monomarquisme et de fourniture exclusive, l'application cumulative d'un double seuil de 30% de parts de marché, calculé à la fois au niveau de l'acheteur et du fournisseur.⁸¹ Cette solution présente essentiellement le mérite de la cohérence.⁸² La Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure de 2001 prévoit qu'un accord vertical dans lequel aucune des parties ne détient une part de marché supérieure à 15%, est présumé ne pas restreindre la concurrence de manière sensible.⁸³

⁸⁰ Sur cet aspect stratégique des engagements d'exclusivité, voir par exemple E. B. Rasmusen, J. M. Ramseyer et J. S. Wiley, *Naked exclusion*, *American Economic Review*, vol. 81 (5), 1991; P. Rey et J. Stiglitz, *The role of exclusive territories in producers' competition*, *RAND Journal of Economics*, vol. 26 (3), 1995; S. Salop, préc.; J. M. Abito et J. Wright, *Exclusive dealing with imperfect downstream competition*, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26 (1), 2008.

⁸¹ Une variante serait de maintenir le dispositif prévu en droit positif, et d'exiger, dans le cadre des conditions de l'article 5 du Règlement, la prise en compte au titre, de la part de marché du débiteur de l'engagement d'exclusivité.

⁸² Elle est en outre justifiée dans tous les cas, qui ne manquent pas de se présenter en pratique, où sont combinés au sein d'un même accord des engagements de monomarquisme et de fourniture exclusive.

⁸³ Voir Communication de *minimis*, préc., au §7b. Il suffirait alors de vérifier que les accords exemptés automatiquement sous l'empire de l'ancien régime respectent aussi l'autre part de marché (celle non prise en compte) demeure en dessous du seuil.

En revanche, une telle solution n'éradique pas entièrement le problème économique dont nous avons fait état. Que l'on songe, un court instant, à un accord de monomarchisme entre un fournisseur détenant une part de marché de 40% et un acheteur détenant une part de marché de 15%. Ici, le risque de verrouillage des débouchés est relativement limité. Pourtant, puisque l'une des parts de marché dépasse le seuil de 30%, l'accord se trouverait soumis à un « *examen individuel approfondi* », en dépit de ses effets véniels de « *verrouillage des débouchés* ».

A cela, il faut encore ajouter que depuis près de dix ans, les opérateurs économiques – et spécialement les plus petits – se plaignent régulièrement des difficultés rencontrées dans le calcul des parts de marchés (et de l'ensemble des sujétions juridiques qui y sont associées, comme la délimitation des marchés pertinents).⁸⁴ Y ajouter, le calcul d'une nouvelle part de marché est sans doute susceptible d'aggraver l'inconfort des opérateurs et, *a fortiori*, le risque d'application approximative de l'article 81 TCE.⁸⁵ Cela est d'autant plus vrai que, dans un tel système, chaque partie à la relation contractuelle doit aussi s'interroger sur la part de marché détenue par son cocontractant. Or, si chacune des parties jouit en principe d'informations complètes et fiables (les économistes parlent d'information parfaite) sur ses propres activités de marché (volume et valeur des ventes notamment), rien ne garantit qu'elle bénéficie de mêmes informations sur les activités de son cocontractant.⁸⁶

*

* *

⁸⁴ Voir N. Petit, préc. Le calcul de la part de marché du fournisseur et de l'acheteur par les parties à un accord vertical relève souvent de la gageure. Selon le droit communautaire la part de marché pertinente correspond au ratio entre (i) la valeur des ventes en biens ou services contractuels réalisées par le fournisseur ; et (ii) la valeur des ventes totales en biens ou services substituables (incluant les ventes du fournisseur). Mais, sauf à connaître la valeur des ventes des fournisseurs concurrents – ce qui ne manquerait pas d'éveiller les soupçons d'une autorité de concurrence – comment un fournisseur peut-il précisément calculer la valeur des ventes totales, et le cas échéant, sa part de marché ?

⁸⁵ Voir V. Korah and D. O'Sullivan, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2002, au §3.4.13, p.155 indiquant que l'introduction d'un double seuil avait été envisagé lors de l'adoption du Règlement. Cette solution fut abandonnée, le législateur estimant le mécanisme du double seuil excessivement complexe.

⁸⁶ Ou que ces derniers seront prêts à les divulguer, puisqu'il s'agit d'informations potentiellement confidentielles.