

L'EFFET CUMULATIF DE RÉSEAU(X)

Didier FERRIER

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

1. INTRODUCTION

1. Le règlement n.º 2790-99¹ concernant l'exemption de catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées consacre une part significative de son dispositif au traitement de «*l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs*»².

Il s'agit même de l'innovation la plus marquante du nouveau règlement, car les autres dispositions reprennent pour l'essentiel les solutions déjà retenues dans les anciens règlements³ n.º 1983-83 concernant la distribution exclusive, n.º 1984-84 concernant l'achat exclusif et n.º 4087-88 concernant la franchise, en définissant les restrictions verticales concernées⁴, les pratiques condamnables⁵, les parts de marché et les entreprises liées⁶.

Elle n'a pourtant pas fait l'objet d'études critiques, au sens neutre du terme, comme si la notion d'effet cumulatif et les applications qui en ont été faites dispensaient de toute interrogation sur l'avenir du nouveau dispositif.

2. Il est vrai que l'effet cumulatif ou effet de réseau⁷ a été défini de manière claire par la Commission européenne comme celui réalisé «*lorsqu'un fournisseur qui pratique une restriction verticale déterminée avec ses acheteurs n'est pas le seul fournisseur à agir ainsi sur le marché*»⁸.

¹ Du 22 décembre 1999, JOCE 29 décembre, n.º L.336.

² Règlement article 6, 7 et 8, soit trois articles sur un total de 13 articles.

³ Dont l'application aux accords conclus avant le 1er juin 2000 est maintenue jusqu'au 31 décembre 2001.

⁴ Article 1 à 3.

⁵ Article 4 et 5.

⁶ Article 9 à 11.

⁷ I. VAN BAEL et J. F. BELLIS, *Droit de la concurrence de la CEE*, 1991, Bruylant.

⁸ Communication 26 novembre 1998, 98/C/365/03, S.III, pt. 4.

La Commission a d'abord utilisé l'effet cumulatif pour soumettre à l'application de l'article 81-1 du traité CE des contrats⁹ qui en principe n'auraient pas du en relever.

Elle a ensuite pris en compte cet effet pour retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie dont profitaient certains contrats, lorsqu'elle constatait que *«l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci, (était) restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par des producteurs ou distributeurs concurrents»*¹⁰.

3. Le règlement n.º 2790-99 reprend formellement cette seconde utilisation de l'effet cumulatif en vue de l'inapplicabilité de l'exemption catégorielle mais en élargit la portée (3), ce qui conduit à s'interroger sur le devenir de la première utilisation de l'effet cumulatif de réseaux en vue de l'applicabilité de l'article 81-1 (2).

2. L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 81-1

4. L'effet cumulatif, selon la définition donnée par la Commission, est lié à l'existence de réseaux d'accords similaires (A) dont la conjonction a été considérée comme susceptible d'affecter la concurrence (B) et, par voie de conséquence, de justifier l'application de l'article 81-1 du Traité CE.

A. L'EXISTENCE DE RÉSEAUX

5. Le réseau est un mode d'organisation des relations considéré comme un stade intermédiaire entre d'un côté le marché c'est-à-dire la confrontation en vue d'échanges entre des entités autonomes, d'un autre côté la hiérarchie c'est-à-dire l'intégration des échanges sous une autorité unique¹¹ permettant *«de constituer un appareil commercial peu coûteux (qui) assurera une régularité et souvent un développement des ventes»*¹².

6. Juridiquement, il est défini comme *«un groupe de contrats (visant) un but commun à toutes les parties, connu et voulu par elles, qui assure*

⁹ Notamment des accords d'achat exclusif de bière: CJCE 12 décembre 1967, Brasserie de Haecht, Rec. 525, et 28 janvier 1991, Stergios Delimitis, Rec. I, 935; Commission 24 février 1999, Whitbread, JOCE n.º L88, 31 mars; mais aussi CJCE 25 novembre 1971, Beguelin, Rec. 949, CJCE 10 juillet 1980, Lancôme Rec. 2511.

¹⁰ Règlement n.º 4087-88 en matière d'accord de franchise, article 8.a

¹¹ H. THORELLI, «Networks : between markets and hierarchies», *Strategy Management Journal*, vol. 7, t. 1, 1986, p. 375; G. PACHÉ et C. PARAPONARIS, *L'entreprise en réseau*, PUF, 1993, p. 313.

¹² Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Contrats spéciaux*, Cujas, 10ème éd., 1997, p. 468, n.º 827; mais on pourrait ajouter mandant lié à des agents commerciaux ou commettant lié à des commissionnaires, donneur de licence lié à des licenciés, Commission 13 décembre 1985, JOCE n.º L369, 31 décembre, centre serveur lié à des utilisateurs...

la connexité de leurs conventions»¹³. Le réseau, à la différence du faisceau, n'est pas constitué par une simple addition de contrats, il est le résultat d'un entrelacement de relations juridiques: «chaque contrat déborde les relations des parties contractantes pour s'étendre à l'ensemble des membres du groupement qui ont adhéré par l'intermédiaire du (promoteur du réseau)»¹⁴. Il apparaît donc comme le produit des contrats conclus entre un promoteur du réseau qui est généralement fournisseur, concédant, franchiseur, et les adhérents au réseau qui sont des distributeurs: acheteur exclusif, distributeur sélectionné, concessionnaire, franchisé.

Il ressort de cette considération que le réseau est caractérisé par la combinaison d'une multiplicité d'engagements (a) similaires (b).

a) La multiplicité des engagements

7. La caractéristique première du réseau est la multiplicité des engagements qui le constituent.

A cet égard, le nombre des distributeurs déjà liés au réseau est généralement considéré comme un élément déterminant de l'engagement du candidat à l'adhésion: «chacun des partenaires devrait connaître l'existence des contrats auxquels il n'a pas été partie et sait que son contrat n'aurait pas été conclu si les autres ne l'avaient pas été»¹⁵; en droit français, dans les réseaux où les distributeurs supportent une obligation d'exclusivité au profit du promoteur, ce dernier doit ainsi donner à tout nouveau distributeur qui souhaiterait s'agréger une information, vingt jours avant la formation du contrat, sur l'importance du réseau et l'évolution quantitative qu'il a connue¹⁶.

8. Mais la caractéristique essentielle du réseau est la combinaison des engagements découlant de ces contrats, à travers la répartition des obligations entre tous les membres et la composition de ces obligations entre elles.

¹³ B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, p. 36, n.º 67; adde définition donnée par L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995, p. 8: «le réseau de distribution est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres, en vue d'organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final»; E. BROUSSEAU, *L'économie des contrats*, PUF, 1993, p. 43: «les contrats contribuent à la création de réseaux qui forment des institutions»; dans le même sens, Y. FOURNIER, *Le réseau de vente*, Dalloz, 1990, p. 47.

¹⁴ J. GUYENOT, note sous Paris 18 novembre 1964, D.1965, 794; on a dans le même sens relevé que «la notion de réseau confère une dimension collective aux rapports bilatéraux établis entre un fournisseur et un revendeur en vue de former un ensemble cohérent», P. PIGASSOU, «La distribution intégrée», *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1980, p. 483.

¹⁵ M. CABRILLAC, «Remarques sur la théorie générale du contrat», *Mélanges Marty*, 1978, p. 253.

¹⁶ C.com. article L.330-3 et décret 4 avril 1991, article 1, le fournisseur doit indiquer notamment: «la liste des entreprises qui font partie du réseau avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu; l'adresse des entreprises établies en France...; le nombre d'entreprises qui... ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédente».

9. La répartition des obligations vise à assurer la complémentarité des efforts de l'ensemble des membres du réseau.

Ainsi la participation de chacun à l'activité globale du réseau est généralement fixée par la stipulation d'engagements de quota ou de minima pour l'achat, la revente ou le chiffre d'affaires à réaliser.

Lorsque le distributeur a l'exclusivité de la commercialisation sur un territoire ces objectifs imposés par le promoteur du réseau sont très largement admis puisqu'ils constituent, alors, la contrepartie de la réservation territoriale liée à cette exclusivité¹⁷. Lorsque le distributeur ne bénéficie pas d'une exclusivité de commercialisation les objectifs de vente sont appréciés très restrictivement puisqu'il doit conserver la liberté de commercialiser d'autres produits¹⁸.

La participation de chacun à la promotion du réseau peut également être fixée, par l'obligation imposée au distributeur d'utiliser les signes distinctifs du réseau, de payer une fraction du budget promotionnel concernant l'ensemble du réseau, de réaliser des opérations promotionnelles et d'appliquer celles qui auront été décidées par le promoteur du réseau¹⁹. Là encore, la détermination de la participation aux promotions est très largement admise, sous réserve toutefois qu'elle ne vise pas un autre but en constituant l'argument d'une discrimination illicite, d'une imposition de prix²⁰ ou d'une entente sur les prix²¹.

10. La composition des obligations vise à assurer la synergie des efforts. Le réseau prend, en effet, tout son sens dans les effets positifs ou négatifs induits par chacun des contrats sur l'activité des autres mem-

¹⁷ Ancien règlement n.º 1983-83, considérant n.º 6: «la désignation d'un concessionnaire exclusif se chargeant de la promotion de la vente... constitue pour le fournisseur le moyen souvent le plus efficace et parfois même le seul moyen de pénétrer dans un marché... qu'il y a lieu de laisser à l'appréciation des parties le point de savoir si elles estiment souhaitable de stipuler dans les accords des obligations destinées à promouvoir les ventes et la mesure dans laquelle elles désirent prévoir de telles obligations» et article 2 pt. 3 validant l'obligation «d'acheter des quantités minimales» de produits; règlement n.º 1475-95, article 4, pt. 1-3, validant l'obligation «d'écouler pendant une période déterminée à l'intérieur du territoire convenu un nombre minimal de produits contractuels fixé par les parties de commun accord ou en cas de désaccord sur le nombre minimal de produits contractuels à écouler annuellement, par un tiers expert...», avec parfois le contrôle des objectifs en fonction des résultats de l'activité de l'ensemble des concessionnaires, ce qui montre bien qu'il s'agit d'une répartition des efforts entre eux; le règlement n.º 1475-95, art. 4, pt. 1-3 à propos de la fixation du minima précise: «... en tenant compte notamment... des estimations prévisionnelles de ventes pour ce territoire et au niveau national».

¹⁸ Ainsi, en matière de distribution sélective de produits parfumants et cosmétiques, le distributeur ne peut être tenu de réaliser un chiffre d'affaires minimal annuel supérieur à quarante pour cent du chiffre d'affaires moyen réalisé dans le réseau au cours de l'année précédente, TPI CE 12 décembre 1996, Leclerc, Rec. II, 1851; le juge français a estimé que la clause «imposant la réalisation d'un chiffre d'affaires minimal manifestement supérieur au pourcentage que les produits du fournisseur réalisaient sur le marché... perd le caractère raisonnable qui le légitime», Paris 1er février 1995, Lettre de la distribution 1995-4.

¹⁹ Commission CE décision 16 décembre 1985, Villeroy et Boch, JOCE n.º L.376, 31 décembre 1985.

²⁰ Règlement n.º 2790-99, article 4-a; CJCE 25 octobre 1983, AEG Telefunken, Rec. 3151.

²¹ Commission CE 16 décembre 1991, Yves Saint-Laurent, JOCE n.º L.12, 18 janvier 1992.

bres du réseau. Ces effets manifestent très clairement que le réseau n'est pas une simple juxtaposition de contrats mais un entrelacement de relations.

Ainsi, en illustration d'effet négatif, le concessionnaire ou le franchisé sont tenus pendant la durée du contrat de ne pas pratiquer une politique active de revente sur le territoire confié à un autre membre du réseau²², la politique active étant entendue comme le fait d'entretenir une succursale ou un dépôt sur le territoire d'un autre distributeur exclusif, d'y prospecter la clientèle par des actions publicitaires ou promotionnelles, d'y installer une force de vente concurrente.

En illustration d'effet positif induit par les contrats, chaque membre du réseau est tenu d'exécuter les prestations de garantie et de service après-vente demandées non seulement par ses clients mais aussi par ceux des autres membres du réseau et même par ceux ayant acquis les produits auprès de revendeurs n'appartenant pas au réseau²³.

L'inexécution de l'une de ces obligations par un membre du réseau engage la responsabilité de ce dernier vis-à-vis du promoteur du réseau (responsabilité contractuelle) mais aussi vis-à-vis des autres adhérents du réseau (responsabilité délictuelle). Des liens d'obligation s'établissent ainsi entre les membres du réseau alors qu'ils n'ont pas conclu de contrat entre eux²⁴.

De son côté, le promoteur du réseau est responsable vis-à-vis de l'ensemble des adhérents du respect de ces obligations par chacun. Il a donc le pouvoir mais surtout le devoir de faire sanctionner leur violation²⁵.

11. La composition de tous ces engagements confère aux relations contractuelles les aménageant une dimension collective qui a justifié l'application du droit de la concurrence au titre de l'article 81 du Traité CE.

Les autorités de la concurrence ont, en effet, très vite estimé que l'ensemble des contrats conclus entre le promoteur du réseau et chacun des adhérents était constitutif d'une entente entre tous les membres du réseau²⁶.

12. Encore faut-il, pour assimiler l'ensemble de ces contrats à un réseau, qu'ils emportent des obligations analogues; à défaut, l'ensemble

²² Règlement n.º 2790-99, article 4 validant «la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive... concédés par le fournisseur à un autre acheteur»; règlement n.º 1475-95, article 3 pt. 8 et 9 validant l'obligation «de ne pas, en dehors du territoire convenu: entretenir des succursales ou des dépôts pour la distribution de produits contractuels... prospecter la clientèle pour des produits contractuels par une publicité personnalisée, de ne pas confier à des tiers la distribution ou le service... de produits contractuels...».

²³ La garantie contractuellement offerte par le promoteur du réseau peut toutefois être réservée aux produits vendus par un membre du réseau, CICE 13 janvier 1994, Metro II, Rec. I, 15.

²⁴ M. CABRILLAC, article préc., p. 253, souligne «qu'ils ne sont pas les uns par rapport aux autres d'authentiques penitus extranei».

²⁵ Paris 28 septembre 1989, D.1990, Somm.371, obs. D. Ferrier; T. com. Paris 14 mai 1986, D.1988, Somm.23, obs. D. Ferrier.

²⁶ CICE 13 juillet 1966, Grundig Consten, Rec. 429.

doit être qualifié de groupe de contrats, pour exprimer que les accords conclus à l'initiative d'une même personne sont liés par une identité de cause (exemples fréquents en matière de contrats organisant une publicité: contrat avec l'agence de publicité, contrats avec les supports..., de contrats organisant une application informatique: contrat portant sur le matériel, contrat portant sur le logiciel, contrat portant sur la maintenance...) et non par l'identité d'objet qui caractérise, elle, le réseau.

b) *La similarité des engagements*

13. Les contrats liant le promoteur d'un réseau et les adhérents de ce réseau sont en principe identiques, puisque toute différence de traitement entre eux s'analyse comme une discrimination et qu'une telle discrimination est condamnable si elle n'est pas justifiée par une contrepartie réelle et si elle affecte, par voie de conséquence, la capacité concurrentielle de celui qui la subit²⁷ ou la concurrence sur le marché²⁸.

14. Cependant, les autorités de la concurrence ont constaté qu'il existait parfois entre le promoteur du réseau et les adhérents des contrats différents²⁹. Elles ont été alors conduites à apprécier dans quelle mesure la similarité présentée par ces contrats permettait de les considérer globalement comme des accords constitutifs d'un même réseau.

Le règlement n.º 2790-99 en visant précisément les «*accords similaires*» (art. 6), comme le décret du 4 avril 1991 en imposant la «*présentation du réseau... qui doit comporter l'adresse des entreprises avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée...*» (art. 1) confortent cet élargissement de la notion de réseau.

Encore faut-il préciser le critère de la similarité.

15. Selon les autorités de la concurrence, la similarité s'apprécie essentiellement au vu des restrictions verticales convenues entre le promoteur du réseau et les distributeurs: «*Des réseaux parallèles d'accords verticaux sont considérés comme similaires s'ils contiennent des restrictions qui produisent des effets similaires sur le marché*»³⁰.

Le règlement n.º 2790-99 retient à ce titre quatre types de restrictions verticales:

— le «*monomarquisme*» par lequel le distributeur est incité à s'approvisionner uniquement ou presque exclusivement auprès du promoteur

²⁷ C.com. article L. 442-6.

²⁸ Traité CE article 81; C.com. art. L.420-1 et L. 442-6.

²⁹ Commission 2 décembre 1988, Charles Jourdan, JOCE n.º L.35, 7 février 1989, relève plusieurs types de contrats de distribution dans le réseau des distributeurs de chaussures Ch. Jourdan; CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875, après avoir exigé que «les conditions de sélection soient fixées de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire», admet «l'existence de canaux de distribution différenciés».

³⁰ Lignes directrices, pt. 73.

du réseau, par une clause d'exclusivité d'approvisionnement ou de non concurrence, par une clause imposant un quota d'achat, ou encore par une clause imposant des achats ou des ventes liés³¹. Ces obligations sont susceptibles d'avoir un effet négatif sur la concurrence car les autres fournisseurs se voient empêchés de vendre aux distributeurs liés, ce qui limite la concurrence intermarques; en outre elles peuvent limiter aussi la concurrence entre les distributeurs liés, en leur interdisant de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs. La Commission apprécie toutefois de manière favorable ces obligations lorsque leur portée est limitée dans le temps³² ou quantitativement³³;

— la «distribution limitée» par laquelle le promoteur du réseau est tenu de ne vendre qu'à un acheteur ou à une certaine catégorie d'acheteurs dans un territoire, par une clause d'exclusivité de fourniture reposant sur une sélection quantitative (concession exclusive) ou qualitative (distribution sélective), ou par une clause aménageant la prestation de services après-vente en limitant les possibilités de vente du promoteur du réseau également fournisseur de composant. Ces obligations ont un effet négatif sur la concurrence dès lors que les distributeurs non sélectionnés ne pourront pas s'approvisionner auprès du fournisseur, que la limitation du nombre des distributeurs sélectionnés est susceptible de diminuer la concurrence intramarque, et surtout du fait que *«lorsque la plupart des fournisseurs concurrents restreignent le nombre de leurs détaillants, la collusion peut être facilitée au niveau des distributeurs ou au niveau des fournisseurs»*³⁴;

— l'«imposition de prix de vente» empêchant le distributeur de fixer librement ses prix de revente, par une clause imposant un prix minimal ou un prix fixe ou un prix maximal trop contraignant; le conseil de prix pouvant lui-même être assimilé à une imposition de prix lorsqu'il se traduit par une homogénéité des prix dans le réseau. L'imposition de prix produit un effet négatif évident sur la concurrence en réduisant la concurrence intramarque et en accroissant la transparence des prix au risque de faciliter la collusion horizontale entre fournisseurs ou entre distributeurs; la réduction de la concurrence intramarque entraîne par ailleurs un affaiblissement de la concurrence intermarques, en réduisant la pression à la baisse sur les prix³⁵;

— la répartition de marché par laquelle le distributeur est limité dans sa liberté de choisir sa source d'approvisionnement ou le marché sur lequel il écoulera certains produits, par une clause d'achat exclusif auprès du promoteur du réseau ou d'un fournisseur désigné par lui, ou par une clause d'exclusivité territoriale, d'attribution de zone de responsabilité principale, de limitation d'implantation ou encore de restriction de clien-

³¹ Lignes directrices, pt. 98.

³² Engagement souscrit pour une durée inférieure à cinq ans : règlement n.º 2790-99, article 5.

³³ Approvisionnement exclusif pour moins de 80% du chiffre d'affaires de l'acheteur: règlement n.º 2790-99, article 1.

³⁴ Lignes directrices, pt. 110.

³⁵ Lignes directrices, pt. 112.

tèle. Là encore, l'effet négatif sera la limitation de la concurrence intramarque permettant au fournisseur de cloisonner le marché; là encore, «lorsque la plupart des fournisseurs concurrents restreignent les possibilités d'approvisionnement ou de revente de leurs acheteurs, la collusion peut s'en trouver facilitée, soit au niveau des distributeurs soit à celui des fournisseurs»³⁶.

16. Au regard de l'effet cumulatif, ces restrictions verticales doivent être considérées dans leur portée plus que dans leur nature. En effet des restrictions distinctes par leur objet peuvent cependant produire des effets similaires sur le marché, par exemple: le monomarquisme d'une part et la répartition de marché d'autre part; il convient alors de les traiter comme des restrictions similaires.

La Commission donne comme exemple de restrictions similaires «la distribution sélective fondée sur des critères exclusivement qualitatifs» et «la distribution sélective basée sur des critères quantitatifs»³⁷.

17. La similarité des restrictions verticales apparaît plus fréquemment entre des contrats constitutifs de réseaux concurrents.

La Cour de justice a ainsi indiqué, dans des termes très généraux, que «l'existence de contrats similaires est une circonstance qui, avec d'autres, peut former un ensemble constitutif du contexte économique et juridique dans lequel le contrat doit être apprécié»³⁸ et que «pour apprécier si l'existence de plusieurs contrats... entrave l'accès au marché, il faut... examiner la nature et le contexte de l'ensemble de ces contrats. Cet ensemble comprend tous les contrats similaires qui lient à plusieurs producteurs nationaux un nombre important de points de vente»³⁹.

L'observation doit alors s'élargir de l'effet cumulatif des accords constitutifs d'un réseau à l'effet cumulatif des accords constitutifs de réseaux concurrents, lorsqu'il en résulte une affectation de concurrence.

B. L'AFFECTATION DE CONCURRENCE

18. L'ensemble des contrats organisant un réseau constitue une entente entre les membres du réseau. Cette entente n'est pas systématiquement condamnable au titre de l'article 81-1 du traité. Elle échappe à son application lorsqu'elle ne produit pas d'effet anticoncurrentiel sensible.

19. Pour apprécier si la concurrence est affectée de manière sensible par les contrats constitutifs d'un réseau, les autorités pourraient se limiter

³⁶ Lignes directrices, pt. 114.

³⁷ Lignes directrices, pt. 73.

³⁸ CJCE 12 décembre 1967, Brasserie de Haecht, Rec. 526; 18 mars 1970, Bilger, Rec. 127; 28 février 1991, Stergios Delimitis, Rec. I, 935.

³⁹ CJCE 18 mars 1970, Bilger, Rec. p. 127.

à la considération de ces contrats⁴⁰ mais, utilisant la notion d'effet cumulatif, elles considèrent également les contrats similaires constitutifs d'autres réseaux commercialisant des biens ou des services interchangeables ou substituables.

C'est ainsi que l'effet cumulatif des réseaux est pris en compte pour déterminer d'abord si la concurrence est restreinte sur le marché concerné (a), et dans l'affirmative, si les contrats constituant chacun des réseaux en cause relèvent de l'article 81-1 en raison de leur contribution à cette affectation de concurrence (b).

a) *La production de l'effet anticoncurrentiel*

20. L'accumulation de réseaux concurrents n'est pas à elle seule productrice d'un effet anticoncurrentiel. Cette accumulation constatée, l'article 81-1 commande de s'interroger sur l'affectation de concurrence qui en découle, c'est-à-dire d'apprécier les possibilités subsistantes d'accès au marché.

Comme l'a souligné le Tribunal de première instance, l'effet cumulatif des réseaux justifie l'application de l'article 81-1 dès lors *«premièrement qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché à l'encontre de nouveaux concurrents aptes à vendre les produits... de sorte que les systèmes de distribution en cause ont pour but de figer la distribution au profit des canaux existants..., ou deuxièmement qu'il n'y a pas de concurrence efficace, notamment en matière de prix...»*⁴¹.

L'effet anticoncurrentiel est donc évalué en considérant non seulement les contrats et les réseaux en cause mais aussi les solutions alternatives offertes à d'éventuels concurrents désireux d'accéder au marché.

21. Les contrats constitutifs de réseaux pourront en raison de leur nombre opérer une saturation de l'offre telle que le marché sera fermé à tout intervenant potentiel.

S'interrogeant sur l'effet cumulatif de contrats de bière, la Cour de justice a relevé que *«l'incidence des réseaux de contrats sur l'accès au marché dépend notamment du nombre des points de vente liés aux producteurs nationaux par rapport à celui des débits de boissons qui ne le sont pas, de la durée des engagements souscrits, des quantités de bière sur lesquelles ces engagements portent ainsi que de la proportion entre ces quantités et celles qui sont écoulées par des distributeurs non liés»*⁴².

S'interrogeant sur l'effet cumulatif des contrats de distribution de crème glacée, le Tribunal de première instance a estimé que le nombre important de distributeurs terminaux pouvait, en raison de l'absence d'in-

⁴⁰ CJCE 13 juillet 1966 cité *supra* note 26.

⁴¹ TPI CE 12 décembre 1996, Leclerc, Rec. II, 1851; TPI CE 14 mai 1997, Florimex, Rec. II, 693.

⁴² CJCE 18 mars 1970, Bilger, Rec. p.129, pt. 19.

termédiaire indépendant, gêner l'entrée sur le marché d'un nouveau fournisseur⁴³.

22. Il faut compléter l'appréciation quantitative des contrats par une appréciation qualitative. Les contrats constitutifs de réseaux peuvent produire un effet anticoncurrentiel en raison de la nature même des engagements qu'ils stipulent. Par exemple, l'obligation imposée au distributeur d'utiliser pour les seuls produits du fournisseur un matériel mis à sa disposition par ce dernier, lorsque ce matériel est essentiel pour la commercialisation des produits concernés et que le point de vente ne peut pas en accueillir un autre⁴⁴.

23. La nature et le nombre des contrats ne sont pas les seuls indicateurs de l'effet anticoncurrentiel, *«il ne suffit pas de constater qu'à un moment donné, sur un marché, la majorité des distributeurs d'un produit est liée par des exclusivités... aux fabricants nationaux pour en déduire que l'accès au marché est fermé... un marché n'est fermé que si les concurrents n'ont réellement aucune possibilité d'y pénétrer»*⁴⁵.

Ainsi, la Cour de justice a estimé, dans le secteur de la bière, qu'il fallait vérifier *«s'il existe des possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats grâce à l'acquisition d'une brasserie déjà implantée sur le marché avec toute sa chaîne de points de vente ou de contourner le faisceau de contrats par l'ouverture de nouveaux débits de boissons»*⁴⁶.

24. Il résultera de la constatation d'un effet anticoncurrentiel que des contrats constituant un réseau, qui échapperaient a priori à l'application de l'article 81-1 du traité parce qu'ils apparaissent comme des accords d'importance mineure⁴⁷ ou parce qu'ils ne comportent pas de restrictions de concurrence en principe condamnables⁴⁸, pourront s'y trouver tout de même soumis en raison de l'existence d'autres réseaux⁴⁹.

La prise en compte de l'effet cumulatif dans un règlement d'exemption ne saurait remettre en cause cette solution puisqu'elle est fondée sur la constatation d'une affectation de concurrence relevant de l'article 81-1.

⁴³ TPI CE 8 juin 1995, Scholler, Rec. II, 1611, pt. 85 et Langnese, Aff. T. 7/93, pt. 110.

⁴⁴ Utilisation exclusive pour les produits du fournisseur de crème glacée d'un congélateur prêté par ce dernier et occupant pratiquement toute la place disponible dans le point de vente, cf. TPI CE 8 juin 1995, préc.

⁴⁵ M. C. BOUTARD-LABARDE, «Les contrats d'approvisionnement exclusif», *JCP Cah.dr.ent.* 1992-3, p. 2.

⁴⁶ CICE 28 février 1991, Delimitis, Rec. I, p.935, pt. 21.

⁴⁷ Communication sur les accords d'importance mineure, 15 octobre 1997, *JOCE* 9 décembre 1997; Commission 11 janvier 1991, Vichy, *JOCE* n.° L.75, 21 mars 1991.

⁴⁸ Absence de clause dite «noire» visée par les articles 4 et 5 du règlement n.° 2790-99.

⁴⁹ On a fait reproche à cette solution de reposer non pas sur le dispositif du traité puisque l'article 81 ne fait aucune référence à l'effet cumulatif mais sur la théorie des pouvoirs implicites aux termes de laquelle les autorités chargées d'appliquer l'article 81 auraient tout pouvoir pour réaliser son objectif de maintien d'une concurrence efficace, B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz 1994, n.° 499; sur la théorie, cf. R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire de la communauté européenne*, Paris 1964, 131 s.

L'article 81-1 s'appliquera donc, mais uniquement aux contrats qui contribuent à affectation de concurrence, c'est-à-dire qui jouent un rôle dans la «fermeture du marché»⁵⁰.

b) *La contribution à l'effet anticoncurrentiel*

25. La Commission a précisé que «*la responsabilité de l'effet anticoncurrentiel cumulatif ne peut être imputée qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cet effet. Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'article 81-1*»⁵¹.

Il appartient aux autorités de la concurrence d'apprécier dans quelle mesure les contrats de chacun des réseaux en cause contribuent à l'effet de blocage par leur contenu (durée, nature des engagements...) ou par leur économie (part de marché des parties concernées, nombre de points de vente impliqués, gamme des produits concernés...).

26. Il en résulte que des contrats constitutifs de réseaux différents, qui comportent un même type de restriction pourront être appréciés de manière différente en raison de la portée de cette restriction.

La solution s'étend aux contrats constitutifs d'un même réseau. Selon la Cour de justice «*le fait de fractionner... le réseau d'un même fournisseur ne relève pas de l'arbitraire et ne compromet pas le principe de sécurité juridique. En effet un tel fractionnement procède d'une appréciation concrète de la position de l'opérateur..., visant... à limiter la nullité encourue aux seuls contrats d'un fournisseur qui ont ensemble une incidence significative sur l'effet de fermeture du marché*»⁵². En l'occurrence, des contrats d'achat exclusif d'hydrocarbures résiliables avec préavis d'un an ont été considérés comme distincts de contrats de même nature conclus pour une durée plus longue et n'ont pas été pris en compte au titre de l'effet cumulatif.

27. De la même manière, le réseau dont la part de marché est faible⁵³ ou dont les contrats aménagent de réelles libertés concurrentielles par rapport aux contrats constituant les autres réseaux⁵⁴ échappera à l'application de l'article 81-1, puisqu'il emporte, contrairement aux autres, un rétablissement de la concurrence ou un affaiblissement des restrictions de concurrence.

28. Il appartient, dès lors, à chaque promoteur de réseau d'apprécier sa part de marché par rapport à celle détenue par les réseaux concurrents

⁵⁰ TPI CE 27 février 1992, Vichy, Rec. II, 415.

⁵¹ Lignes directrices, pt. 74.

⁵² CJCE 7 décembre 2000, Neste Markkinointy Oy, Aff. C.214/99, pt. 37.

⁵³ CJCE 7 décembre 2000, Neste Markkinointy Oy, préc., ventes du réseau représentant moins de 2,5% des ventes totales sur le territoire national.

⁵⁴ CJCE 28 février 1991, Delimitis, préc.: clause dit «d'ouverture» permettant «réellement» au distributeur d'acquérir certains produits concurrents.

et, dans l'hypothèse où il détiendrait une part significative, d'aménager ses contrats de manière à ne pas restreindre de manière trop sensible la concurrence intermarques.

29. On a reproché au jeu de l'effet cumulatif des réseaux de créer ainsi une insécurité juridique puisque l'on «parvient à faire grief à des entreprises d'atteintes à la concurrence dont elles ne peuvent guère même avoir conscience»⁵⁵, ou encore «connaissance»; les informations concernant le marché et les contrats passés par les concurrents étant souvent «difficiles à appréhender»⁵⁶.

Ces reproches seraient recevables si le droit de la concurrence se bornait à une police des comportements anticoncurrentiels, mais ils ne peuvent être retenus, particulièrement au moment où le droit de la concurrence donne une importance considérable au contrôle de la structure du marché à travers la notion de pouvoir de marché⁵⁷.

L'effet cumulatif de réseaux parce qu'il renforce les pouvoirs de marché, peut donc non seulement provoquer, comme par le passé, l'applicabilité de l'article 81-1, mais aussi entraîner, de manière désormais plus large, l'inapplicabilité de l'exemption catégorielle.

3. L'INAPPLICABILITÉ DE L'EXEMPTION CATEGORIELLE

30. L'article 81-3 du traité permet d'exempter les accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81-1.

Le règlement n.º 2790-99 souligne, à cet égard, que «les accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes; ils peuvent en particulier entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes», en précisant que «la probabilité que de tels gains d'efficacité 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 fournisseurs...»⁵⁸.

31. Il en résulte que «la présomption de légalité que confère (ce) règlement... peut être écartée si un accord vertical, considéré... en combinaison avec des accords similaires mis en œuvre par des fournisseurs... concurrents

⁵⁵ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op.cit.*, n.º 500; C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Traité de droit communautaire des affaires*, Litec, 1992, n.º 566.

⁵⁶ L. IDOT et C. MOMÈGE parlent de «la menace d'une sanction permanente», *JCP Cah.dr.ent.*, 1995-6, p. 5.

⁵⁷ Lignes directrices pt. 9: «Les accords verticaux conclus par des entreprises dont la part ne dépasse pas 10% du marché en cause sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 81-1»; règlement n.º 2790-99 art.3: «L'exemption s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent».

⁵⁸ Considérant, pt. 6 et 7.

entre dans le champ d'application de l'article 81-1 et ne remplit pas toutes les conditions prévues à l'article 81-3»⁵⁹.

L'inapplicabilité de l'exemption catégorielle pourra ainsi intervenir en raison de l'effet cumulatif de réseaux dans deux hypothèses: lorsque cet effet se traduit par une fermeture du marché, il s'agit alors de sanctionner, par un retrait individuel de l'exemption, l'affectation de concurrence (A), ou lorsqu'il implique des réseaux couvrant une part importante du marché en cause, il s'agit alors de prévenir, par l'exclusion collective du champ de l'exemption, une affectation de concurrence (B).

A. LE RETRAIT INDIVIDUEL DE L'EXEMPTION

32. De la même manière que l'article 81-1 peut s'appliquer à des accords de réseau qui devraient en principe lui échapper, lorsqu'ils contribuent à la production d'un effet anticoncurrentiel⁶⁰, l'article 81-3 ne s'applique plus aux accords de réseau qui bénéficiaient de l'exemption, lorsque «l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur ce marché, est restreint de manière significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents»⁶¹.

Le retrait de l'exemption se singularise ici moins par ses conditions (a) que par son auteur (b).

a) Les conditions du retrait

33. Les conditions du retrait de l'exemption prévue par l'article 81-3 sont, normalement, les mêmes que celles gouvernant l'application de l'article 81-1, puisque le retrait rétablit précisément la pleine application de l'article 81-1.

La Commission doit donc faire la preuve que les contrats en cause relèvent de l'article 81-1 et ne satisfont pas les conditions d'exemption visées à l'article 81-3⁶².

34. L'appréciation de l'effet de fermeture du marché prendra en compte: la part de marché des accords en cause⁶³, ainsi que le nombre de points de vente concernés, la durée des accords, la nature des engagements⁶⁴.

⁵⁹ Lignes directrices, pt. 71.

⁶⁰ *Supra* n.° 21.

⁶¹ Règlement n.° 2790-99, art. 6.

⁶² Lignes directrices, pt. 72.

⁶³ Lignes directrices, pt. 73: «... une décision de retrait peut être prise, entre autres, dans les cas où l'acheteur par exemple dans le contexte de la distribution exclusive, dispose d'un pouvoir de marché important sur le marché en cause en aval, dans lequel il revend les biens ou effectue les prestations de services».

⁶⁴ *Supra* n.° 11.

La Commission fournit des exemples de cette appréciation en visant tout particulièrement la distribution sélective: l'effet cumulatif anticoncurrentiel peut être constaté «*si certains fournisseurs, sur un marché donné, pratiquent une distribution sélective fondée sur des critères exclusivement qualitatifs tandis que d'autres fournisseurs utilisent un système de distribution sélective basé sur des critères quantitatifs*»⁶⁵, et l'exclusivité d'approvisionnement: «*de tels effets cumulatifs peuvent par exemple se produire dans le cas d'obligations de non concurrence*»⁶⁶.

35. Il faudra là encore analyser l'impact de chaque réseau pour décider si les contrats qui le constituent contribuent significativement à l'effet de fermeture du marché⁶⁷: «*Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'article 81-1 et ne sont donc pas soumis au mécanisme du retrait de l'exemption*»⁶⁸.

Le retrait de l'exemption pourra alors ne concerner que certains accords. Dans l'exemple, fourni par la Commission, de deux réseaux de distribution sélective, l'un fondé sur des critères qualitatifs, l'autre fondé sur des critères qualitatifs et aussi quantitatifs⁶⁹, il est souligné qu'«*il faut tenir compte des effets anticoncurrentiels imputables à chaque réseau d'accords considéré séparément. Le cas échéant, le retrait de l'exemption peut ne concerner que les limitations quantitatives concernant le nombre de distributeurs agréés*»⁷⁰.

36. La décision de retrait établira l'existence de l'infraction à l'article 81-1 commise par les contrats en cause et les soumettra à la sanction de l'article 81-2.

La perturbation ainsi apportée aux réseaux à travers la remise en cause de leurs contrats se trouve limitée, dans un souci de sécurité juridique, par l'absence d'effet rétroactif de la décision de retrait; d'où il résulte que les situations nées de l'exemption et les droits bénéficiant jusque là au contrats concernés ne seront pas remis en cause pour la période écoulée avant la date de prise d'effet du retrait⁷¹.

La perturbation peut-elle être également limitée par une remise en cause seulement partielle de ces contrats ? La question avait été posée au nom du principe de proportionnalité entre la sanction et la pratique en cause. Le Tribunal de première instance y a répondu négativement, en estimant que le retrait de l'exemption devait affecter les contrats dans leur ensemble, puisque l'appréciation de l'effet cumulatif tenait elle-même compte de l'ensemble des contrats⁷².

⁶⁵ Règlement considérant n.º 13 et Lignes directrices, pt. 73.

⁶⁶ Règlement considérant, n.º 13.

⁶⁷ Lignes directrices, pt. 74.

⁶⁸ De sorte que l'on retrouve alors le principe d'inapplicabilité de l'article 81-1, vu *supra*.

⁶⁹ *Supra* n.º 16.

⁷⁰ Lignes directrices, pt. 73.

⁷¹ Lignes directrices, pt. 75.

⁷² TPI CE Langnese, Aff. T.7/93, pt. 193.

b) *L'auteur du retrait*

37. La décision de retrait ne peut normalement être prise que par la Commission, en application du principe du parallélisme des formes: elle seule peut accorder l'exemption, elle seule peut la retirer.

C'est d'ailleurs la différence essentielle entre la décision de retrait du bénéficiaire de l'exemption lorsque l'accord ne satisfait plus les conditions requises par le règlement d'exemption et la décision d'inapplicabilité du règlement d'exemption lorsque l'accord ne satisfait pas les conditions requises par le règlement pour l'obtention de cette exemption; la seconde pouvant être prise par la Commission comme par le juge national.

38. L'article 7 du règlement n.º 2790-99 confie cependant l'exercice du retrait de l'exemption au juge national, dans l'hypothèse où l'effet cumulatif restreindrait l'accès au marché ou la concurrence *«sur le territoire d'un Etat membre ou sur une partie de ce territoire qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct»*. Il appartiendra au juge national de relever la spécificité du marché ainsi délimité.

Ce dispositif n'emporte pas, pour autant, l'éviction de la Commission. D'abord, il est précisé que *«si un Etat membre n'a pas adopté de législation qui permette à l'autorité nationale compétente d'appliquer le droit communautaire de la concurrence ou, du moins, de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie, cet Etat membre peut demander à la Commission d'engager une procédure»*⁷³; ensuite, la Commission conserve la possibilité de traiter directement les contrats en cause si l'affaire lui paraît présenter un intérêt communautaire⁷⁴. Le dispositif emporte seulement une application décentralisée des règles de concurrence par les autorités nationales⁷⁵. Il est donc admis que la Commission et les autorités nationales ont, dans l'hypothèse d'une affectation de concurrence localisée au plan national, des *«compétences concurrentes pour le retrait du bénéfice de l'exemption»*⁷⁶.

39. Les décisions nationales de retrait du bénéficiaire de l'exemption doivent bien sûr être prises conformément aux procédures prévues par le droit national, et leur portée est limitée au territoire national.

Mais, pour prévenir toute distorsion dans l'application des règles communautaires au plan du marché unique, la Commission rappelle que *«les décisions nationales ne peuvent porter préjudice à l'application uniforme des*

⁷³ Lignes directrices, pt. 76.

⁷⁴ Par exemple, parce qu'elle *«soulève un problème juridique nouveau»*, Lignes directrices, pt. 77; sur la notion d'intérêt communautaire : TPI 24 janvier 1995, Viho, Rec. II, 17; 18 septembre 1992, Automec, Rec. II, 2223.

⁷⁵ Dans l'esprit du règlement du Conseil, n.º 1215-99 du 10 juin 1999, JOCE n.º L148, 15 juin.

⁷⁶ Lignes directrices, pt.77; si l'affectation concerne un marché dépassant le territoire national, l'autorité nationale n'est plus compétente.

règles de concurrence communautaires ni au plein effet des actes pris en application de ces règles»⁷⁷.

B. L'EXCLUSION COLLECTIVE DU CHAMP DE L'EXEMPTION

40. L'effet cumulatif peut être pris en considération alors même qu'aucune affectation de la concurrence ne se trouve constatée.

Le règlement n.º 2790-99 dispose en effet que *«la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché»⁷⁸.*

Ce traitement de l'effet cumulatif se singularise autant par les conditions de sa mise en œuvre (a) que par ses conséquences (b).

a) Les conditions de l'exclusion

41. Le retrait du bénéfice de l'exemption au titre des articles 6 ou 7 du règlement n.º 2790-99 supposait que soit établie une infraction à l'article 81-1⁷⁹; l'exclusion du champ de l'exemption, en application de l'article 8 du règlement, suppose seulement que soit constaté un effet cumulatif de réseaux d'accords similaires couvrant plus de 50 % du marché.

42. Il semble donc présumé que la multiplication des réseaux conduirait à entraver la concurrence. Le maintien sur les différents marchés de produits ou de services, d'une diversité des modes de distribution apparaît alors aussi important que le maintien d'une libre concurrence⁸⁰. Dans le même esprit, le Tribunal de première instance avait déjà condamné *«l'élimination (par un producteur) d'une forme de distribution en elle-même»⁸¹.*

La Commission fournit dans les Lignes directrices un exemple, qui se veut rassurant, d'application de l'article 8 du règlement: *«En règle générale l'exclusion du champ d'application de l'exemption par catégorie se justifie lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché sont susceptibles d'être limités sensiblement. Tel peut être le cas notamment lorsque des réseaux parallèles de distribution sélective couvrant plus de 50 % du marché utilisent des critères de sélection qui ne sont pas exigés par la*

⁷⁷ Lignes directrices n.º 78, CICE 13 février 1969, Walt Wilhelm, Rec. 1969, I, pt. 4; cf. règles sur la coopération entre la Commission et les autorités de la concurrence, Communication du 15 octobre 1997, JOCE n.º C.313, 15 octobre.

⁷⁸ Article 8; cf. règlement n.º 1215-1999 ajoutant un article 1 bis au règlement n.º 19-65.

⁷⁹ *Supra* n.º 25.

⁸⁰ M. C. BOUTARD-LABARDE, Thèse Paris II, 1981, 159.

⁸¹ TPI CE Leclerc, Givenchy, préc.

*nature des biens en cause ou pratiquent une discrimination à l'égard de certains modes de distribution pourtant adaptés à la vente de ces biens*⁸². Mais l'exemple choisi et la solution dégagée ne présentent guère d'originalité puisqu'il a déjà été jugé que la distribution sélective pour être validée doit être justifiée par la nature des produits⁸³, doit prévoir des restrictions de concurrence «*qui ne vont pas au delà de ce qui est nécessaire*»⁸⁴ et doit reposer sur des critères de sélection «*appliqués de manière non discriminatoire*»⁸⁵.

43. On pourrait reprocher à cette application de l'effet cumulatif de sous-estimer la réalité de la concurrence intermarques et surtout de remettre en cause la validation des formules contractuelles utilisées. Les accords constitutifs de réseaux sont, en effet, ceux dont l'apport économique a été reconnu par les autorités de la concurrence parce qu'ils répondent de manière pertinente aux réalités économiques tant du point de vue des nécessités de la production et de la distribution que de celui des besoins des consommateurs. La distribution sélective pour la vente de parfums et cosmétiques, l'achat exclusif pour la vente des hydrocarbures, la franchise pour les prestations hôtelières et de restauration, la concession exclusive pour la vente et le service après-vente des véhicules sont, parmi d'autres, des exemples d'accords établis pour répondre optimalement aux exigences économiques. C'est à ce titre qu'ils sont validés par les autorités de la concurrence, parfois de manière radicale⁸⁶, et légitimement utilisés par les entreprises du secteur concerné. La Commission a même regretté à l'occasion de la réforme du régime d'exemption des restrictions verticales «*l'effet camisole*» constitué par l'application scrupuleuse des normes contractuelles qu'elle avait indirectement établies dans ses règlements d'exemption⁸⁷.

Or désormais l'utilisation généralisée de ces accords rendra les réseaux très vulnérables. Il en résulte paradoxalement que plus la formule sera efficace économiquement et pertinente juridiquement moins elle devra être appliquée. Le traitement des contrats constitutifs de réseaux apparaît radicalement inverse de celui prévu dans les anciens règlements d'exemption par catégorie qui définissaient les formules à appliquer et encourageaient leur utilisation.

44. Certes, on comprend que la Commission cherche désormais à contrôler la structure du marché autant que le comportement des entreprises qui y interviennent⁸⁸, puisque l'objet du traité est non seulement

⁸² Lignes directrices, pt. 83.

⁸³ CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875.

⁸⁴ CJCE 11 décembre 1980, L'Oréal, Rec. p. 3775.

⁸⁵ CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875.

⁸⁶ Cf. application de la règle de raison à certaines restrictions convenues dans ces accords en matière de distribution sélective, CJCE 25 octobre 1977, Metro, Rec. 1875; en matière de franchise, CJCE 28 janvier 1986, Pronuptia, Rec. 353 et règlement n.° 4087-88, préc.

⁸⁷ Livre vert du 22 janvier 1997 et Communication du 26 novembre 1998.

⁸⁸ On retrouve cette préoccupation dans la référence systématique de la Commission à la nécessité de procéder à des études sectorielles approfondies, Communication préc.

d'éviter l'élimination de la concurrence mais encore d'assurer l'effectivité de la concurrence⁸⁹. Peut-on toutefois, en l'absence d'atteinte au moins potentielle à la concurrence, entretenir l'incertitude sur la pérennité d'accords reconnus comme bien adaptés aux réalités du marché ?

45. Pour ménager les entreprises concernées autant que pour éviter le grief d'intervention injustifiée, la Commission a soumis l'exclusion du champ de l'exemption à des modalités spécifiques de nature à en limiter la décision.

L'exclusion ne peut être décidée que par la Commission, et elle est libre d'en apprécier l'opportunité: *«l'article 8 n'impose à la Commission aucune obligation d'agir dès que le taux de couverture de 50 % est dépassé... la Commission déterminera si une décision de retrait (individuel) de l'exemption ne serait pas une mesure corrective plus appropriée (que le règlement de retrait)»*⁹⁰.

L'exclusion ne peut intervenir que par l'effet d'un règlement précisant *«clairement son champ d'application... et le type de restriction verticale auquel le règlement d'exemption ne sera plus applicable»*⁹¹.

Ce règlement d'exclusion ne s'appliquera *«qu'après au moins six mois à compter de son adoption»* de sorte que les situations nées de l'exemption initiale ne soient pas affectées pour toute la période antérieure et que les entreprises concernées puissent *«adapter leurs accords pour tenir compte du règlement d'exclusion»*⁹².

b) *Les conséquences de l'exclusion*

46. L'adoption du règlement d'exclusion n'emporte pas condamnation des réseaux concernés mais conduit au rétablissement de l'application des paragraphes 1 et 3 de l'article 81, comme si le règlement n.º 2790-99 n'existait plus.

Les contrats concernés pourront donc subsister mais sans profiter de la présomption de légalité conférée par le règlement d'exemption et avec une vulnérabilité découlant précisément de l'adoption du règlement d'exclusion.

47. Pour pallier l'incertitude qui pourrait en résulter, la Commission prévoit qu'à défaut de critères clairs de validité résultant de sa pratique décisionnelle antérieure ou de la jurisprudence elle *«rendra dans un cas donné une décision qui pourra servir de référence pour toutes les entreprises présentes sur le marché concerné»*⁹³.

⁸⁹ *Supra* note 49 et n.º 25.

⁹⁰ Lignes directrices, pt. 83 et 84.

⁹¹ Lignes directrices, pt. 85.

⁹² Lignes directrices, pt. 86.

⁹³ Lignes directrices, pt. 81.

48. Le règlement d'exclusion pourra également avoir un champ d'application modulé «*en fonction du problème de concurrence*» qui se trouve soulevé⁹⁴. La Commission fournit des exemples de cette modulation:

«A titre d'exemple, même si tous les réseaux parallèles d'accords du type monarquisme doivent être pris en considération afin d'établir si le seuil de 50 % de couverture du marché est atteint, la Commission pourra néanmoins limiter le champ d'application du règlement d'exclusion aux seules obligations de non concurrence qui dépassent une certaine durée. Ainsi, les accords conclus pour des courtes durées ou ayant une nature moins restrictive pourraient ne pas être affectés par le règlement adopté, parce que l'effet de verrouillage du marché imputable à ces restrictions est moindre. De même, lorsqu'un système de distribution sélective est pratiqué sur un marché déterminé en combinaison avec des restrictions supplémentaires telles qu'une obligation de non concurrence ou des quotas d'achat imposés à l'acheteur, le règlement d'exclusion peut ne concerner que ces restrictions supplémentaires. La Commission peut, s'il y a lieu, fournir également des indications en précisant le niveau de part de marché qui, dans le contexte propre au marché en cause, peut être considéré comme insuffisant pour entraîner une contribution significative d'une entreprise donnée à l'effet cumulatif».

Le règlement d'exclusion constituera ainsi, de manière négative, une sorte de sous règlement d'exemption par catégorie créant un, voire plusieurs statuts intermédiaires entre celui découlant du règlement n.º 2790-99 et ceux résultant d'une exemption individuelle.

49. Ainsi, entre les effets de seuil et les jeux d'exemption ou d'exclusion, la concurrence doit désormais se faire à partir de formules différenciées, à armes inégales, en fonction du pouvoir de marché qui devient le nouveau paradigme du droit européen de la concurrence.

⁹⁴ Lignes directrices, pt. 85.

