



N° 1539

# ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

ONZIÈME LÉGISLATURE

---

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 1999

## RAPPORT D'INFORMATION

DÉPOSÉ

PAR LA DÉLÉGATION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE  
POUR L'UNION EUROPÉENNE (1),

*sur le nouveau cadre communautaire des « accords verticaux »*  
(COM [98] 0546 final / n° E 1166),

ET PRÉSENTÉ

PAR M. PIERRE LEQUILLER,

Député.

---

(1) La composition de cette Délégation figure au verso de la présente page.

*La Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne est composée de : M. Alain Barrau, président ; Mme Nicole Catala, MM. Maurice Ligot, Jean-Claude Lefort, vice-présidents ; MM. Jean-Louis Bianco et Didier Boulaud, secrétaires ; Mmes Michèle Alliot-Marie, Nicole Ameline, MM. René André, Jacques Blanc, Jean-Marie Bockel, Pierre Brana, Yves Bur, Yves Coussain, Camille Darsières, Yves Dauge, Bernard Derosier, Philippe Douste-Blazy, Mme Nicole Feidt, MM. Yves Fromion, Gérard Fuchs, Gaëtan Gorce, François Guillaume, Christian Jacob, Pierre Lellouche, Pierre Lequiller, François Loncle, Noël Mamère, Mme Béatrice Marre, MM. Gabriel Montcharmont, Jacques Myard, Daniel Paul, Jean-Bernard Raimond, Mme Michèle Rivasi, M. Michel Suchod.*

## SOMMAIRE

---

	Pages
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>I. LES ACCORDS VERTICAUX DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE ACTUEL DE LA CONCURRENCE.....</b>	<b>7</b>
<b>A. Les fondements des pouvoirs de la Commission .....</b>	<b>7</b>
1) L'interdiction posée par l'article 85 paragraphe 1 <sup>er</sup> .....	7
2) La possibilité d'exemption prévue par l'article 85 paragraphe 3 .....	8
3) L'autorité chargée de la mise en œuvre de l'article 85 .....	8
<b>B. L'exercice de ses pouvoirs par la Commission.....</b>	<b>9</b>
1) Les règlements d'exemption par catégorie .....	10
2) La pratique administrative et la jurisprudence de la Cour .....	13
<b>II. UN SYSTEME QUI, MALGRE DES ASPECTS POSITIFS, EST CONDAMNE PAR SES INSUFFISANCES .....</b>	<b>17</b>
<b>A. Des aspects positifs.....</b>	<b>17</b>
1) Sécurité juridique et cohérence .....	17
2) Une certaine prise en compte de la réalité économique.....	18
<b>B. Des insuffisances inhérentes au système, aggravées par         l'évolution technique et économique de la distribution.....</b>	<b>19</b>
1) Une approche fragmentaire et limitée.....	19
2) Un formalisme excessif .....	20
3) Un système condamné par l'évolution du secteur de la distribution .....	22

<b>III. UNE NOUVELLE POLITIQUE PLUS EFFICACE ET PLUS REALISTE A L'EGARD DES ACCORDS VERTICAUX .....</b>	<b>25</b>
<b>A. Les deux projets de règlement : une procédure plus simple et plus efficace, un dispositif général et sans formalisme .....</b>	<b>26</b>
1) Une procédure plus simple et plus efficace .....	26
2) Un dispositif d'application générale .....	28
3) Un dispositif moins formaliste .....	32
<b>B. Les principes de la nouvelle politique : un compromis équilibré entre sécurité juridique et réalisme économique .....</b>	<b>32</b>
1) Une réflexion sur la finalité et les effets des accords verticaux .....	33
2) Le critère de l'effet anti-concurrentiel d'un accord vertical : la part de marché .....	36
3) Le schéma d'ensemble du nouveau dispositif .....	40

MESDAMES, MESSIEURS,

Lorsqu'elle a examiné, le 19 novembre dernier, les deux propositions de règlement du Conseil tendant à modifier le régime de concurrence applicable aux accords verticaux<sup>(1)</sup>, la Délégation a estimé opportun de se donner les moyens d'une étude plus approfondie. Elle a souhaité l'élaboration d'un rapport d'information pour l'éclairer sur les contours de la nouvelle politique de concurrence que la Commission envisage de mettre en œuvre à l'égard des accords de distribution.

Les deux projets de règlement présentés par la Commission ont pour objet de modifier les conditions d'application aux accords verticaux des dispositions de l'article 85 du Traité instituant la Communauté européenne, qui interdit les accords entre entreprises ou pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Les accords verticaux sont les accords ou pratiques concertées entre entreprises opérant chacune à un stade économique différent, concernant la livraison, l'achat de biens destinés à la revente ou à la transformation, ou la commercialisation de services. Il a semblé à la Commission que les règles de procédure et de fond définies par elle-même et par la Cour de Justice à l'égard de ces accords devaient faire l'objet d'un réexamen.

Le Rapporteur se doit dès à présent de mentionner la situation quelque peu paradoxale dans laquelle se trouve aujourd'hui la Délégation pour porter une appréciation sur la nouvelle politique envisagée par la Commission pour ce volet du droit de la concurrence. Aussi curieux que cela puisse paraître, les deux projets de textes qui lui ont été transmis sont en effet muets sur ses données essentielles ; de surcroît, dans l'état actuel

---

<sup>(1)</sup>- Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement n° 19/65/CEE concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et pratiques concertées

- Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement n° 17/62/CEE, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité.

de l'application de l'article 88-4 de la Constitution, elle pourrait n'avoir jamais à connaître des textes qui les définiront.

Sans entrer trop avant, à ce stade, dans le fond du dossier, quelques précisions s'imposent sur la portée des deux projets de texte. L'un - le règlement modifiant le règlement 17/62 - est un texte de procédure portant sur un point particulier du régime des accords verticaux. L'autre, dont l'importance est bien supérieure, à savoir le règlement modifiant le règlement 19/65, est un *règlement d'habilitation par lequel le Conseil donne les plus larges pouvoirs à la Commission pour édicter la future réglementation applicable aux accords verticaux*. Ainsi, ce n'est pas tant de son contenu intrinsèque mais de l'étendue du pouvoir qu'il délègue qu'il tire son importance. S'il n'est certes pas sans intérêt de pouvoir se prononcer sur ces textes, il le serait donc au moins autant d'en avoir la faculté à l'égard du ou des règlements futurs mettant en œuvre la politique arrêtée par la Commission en vertu de cette délégation. Or, si l'on se fonde sur la jurisprudence suivie par le Conseil d'Etat sur l'application des dispositions de l'article 88-4 de la Constitution aux projets d'actes relevant des pouvoirs propres de la Commission, il n'est pas du tout certain que tel pourra être le cas. En effet le Conseil d'Etat considère toujours que les règlements autonomes de la Commission n'ont pas à être soumis aux assemblées s'ils n'ont pas été *transmis au Conseil*, ce qui, pour des textes de cette nature, n'est pas nécessairement le cas, puisque cet organe n'intervient pas juridiquement dans le processus de leur élaboration. Le Rapporteur estime donc que la Délégation pourrait, à l'occasion de l'examen des projets de règlements relatifs aux accords verticaux, exprimer auprès du Gouvernement le souhait que lui soient soumis au titre de l'article 88-4 les projets de règlements élaborés par la Commission dans le cadre de l'habilitation qui lui aura été donnée à cette fin.

Le Rapporteur s'efforcera de replacer les deux projets de règlements dans le cadre de la rénovation de la politique de concurrence en matière d'accords de distribution menée par la Commission. Aussi s'attachera-t-il, après avoir rappelé les grandes lignes du régime actuel des accords verticaux en droit communautaire de la concurrence (I), à montrer pourquoi, malgré ses aspects positifs, il apparaît aujourd'hui condamné (II), avant d'examiner, au regard des critiques ainsi formulées, la nouvelle politique envisagée (III).

## **I. LES ACCORDS VERTICAUX DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE ACTUEL DE LA CONCURRENCE**

L'attention des autorités communautaires a été très tôt attirée par les obstacles que peuvent opposer les réseaux de distribution à l'unité du marché européen. Certes, l'entrée sur de nouveaux marchés est souvent facilitée par la conclusion d'accords entre des producteurs désireux de s'y introduire et des distributeurs locaux. Mais les accords entre producteurs et distributeurs peuvent aussi avoir l'effet exactement inverse, c'est-à-dire contribuer au cloisonnement des marchés en interdisant l'accès à un marché à de nouveaux opérateurs. Ayant des incidences déterminantes, positives ou négatives, sur l'intégration des marchés, les accords verticaux représentant un pan très important de la politique de concurrence communautaire. C'est dans le cadre général défini par l'article 85 du traité que la Commission exerce par délégation du Conseil sa compétence en la matière.

### **A. Les fondements des pouvoirs de la Commission**

#### **1) *L'interdiction posée par l'article 85 paragraphe 1<sup>er</sup>***

L'article 85 paragraphe 1 du Traité frappe d'interdiction générale les accords entre entreprises, décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont « *pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* ».

La question s'est très rapidement posée de l'application de cet article aux contrats de distribution. Pour les uns, il devait être considéré comme inapplicable aux contrats dits « *verticaux* » passés entre producteurs et distributeurs, au motif que ces accords présenteraient des dangers bien moindres pour la concurrence que les accords horizontaux entre concurrents. Pour les autres, ses termes très généraux visaient aussi bien les accords de distribution que les ententes horizontales, dès lors qu'ils étaient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et

avaient pour objet ou pour effet de fausser la concurrence sur le Marché commun.

La jurisprudence élaborée sur ce point par la Cour de Justice peut se résumer en trois propositions. Tout d'abord, l'article 85 peut s'appliquer aux contrats de distribution. Ensuite, l'interdiction édictée par l'article 85 paragraphe 1 s'applique en principe aux clauses des contrats de distribution qui ont pour objet de cloisonner le marché commun. Enfin, les contrats de distribution qui n'ont pas cet objet doivent être appréciés en fonction de leur contexte économique.

### **2) *La possibilité d'exemption prévue par l'article 85 paragraphe 3***

L'interdiction de portée générale des accords restrictifs posée par l'article 85 paragraphe 1 est atténuée par la possibilité de faire bénéficier d'une exemption des accords qui l'enfreignent, s'ils remplissent certaines conditions.

Pour pouvoir bénéficier d'une exemption, un accord, une décision ou une pratique concertée doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès économique ou technique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et cela sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas nécessaires pour atteindre ces objectifs ni leur donner la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

### **3) *L'autorité chargée de la mise en œuvre de l'article 85***

Aux termes de l'article 87 du traité, c'est le Conseil qui est compétent pour arrêter les modalités d'application de l'article 85.

- Sur la base de ce texte, il a adopté un règlement n° 17/62 qui donne compétence exclusive à la Commission pour accorder les exemptions dont la possibilité est prévue à l'article 85 paragraphe 3, sous réserve du contrôle par les juridictions communautaires.

Le règlement 17/62 fixe par ailleurs des règles de procédure pour l'application de l'article 85. En particulier, il exige la notification des accords, décisions et pratiques concertées interdits en vertu de l'article 85



paragraphe 1 et pour lesquels les intéressés souhaitent obtenir une exemption en application de l'article 85 paragraphe 3.

De façon à limiter le nombre d'accords soumis à l'obligation de notification, l'article 4 paragraphe 2 du règlement 17/62 en dispense ceux qui paraissent les moins dangereux pour l'unité du marché commun. Il reste que, dans la pratique, la plupart des accords susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction posée par l'article 85 paragraphe 1 ne répondent pas aux critères qui leur permettraient d'être dispensés de notification. La mise en œuvre du règlement 17/62 s'est donc rapidement traduite par un afflux de notifications d'accords à la Commission.

- En vertu des pouvoirs que lui confère l'article 87 du traité pour arrêter les modalités d'application de l'article 85 paragraphe 3 « *en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace, et d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif* », le Conseil a alors édicté le règlement 19/65, qui habilite la Commission à « *déclarer par voie de règlement que l'article 85 paragraphe 1 n'est pas applicable à des catégories d'accords ou de pratiques concertées* ».

La portée de l'habilitation ainsi donnée à la Commission est précisée de deux façons. Tout d'abord, sont limitées les catégories d'accords pouvant faire l'objet d'un règlement d'exemption : ne peuvent être concernées que des catégories d'accords auxquelles ne participent que deux entreprises et qui ont pour objet la distribution exclusive ou l'achat exclusif portant sur des biens destinés à la revente, ou qui imposent des limitations en rapport avec l'attribution de droits de propriété industrielle. Par ailleurs, les règlements d'exemption par catégorie doivent se conformer à un schéma général : ils doivent préciser les restrictions ou les clauses qui ne peuvent figurer dans les accords, ainsi que les clauses qui doivent nécessairement y figurer.

C'est en vertu des pouvoirs qu'elle détient du règlement 19/65 que la Commission a adopté des règlements couvrant plusieurs catégories d'accords de distribution qui sont automatiquement exemptés s'ils remplissent les conditions prévues par ces textes, les bénéficiaires qu'ils peuvent apporter sous l'angle de la concurrence étant alors considérés comme l'emportant sur leurs effets anticoncurrentiels.

## **B. L'exercice de ses pouvoirs par la Commission**

Ainsi habilitée à agir par voie de règlement à l'égard de catégories d'accords, la Commission dispose du moyen d'exempter

automatiquement tous les accords entrant dans une des catégories visées par un règlement et remplissant les conditions prévues par un tel texte.

A côté de ce système, la Commission met en œuvre une politique de décisions individuelles d'exemption pour les accords non couverts par un des règlements d'exemption par catégorie.

### *1) Les règlements d'exemption par catégorie*

Trois systèmes de distribution sont actuellement couverts par des règlements d'exemption par catégorie arrêtés par la Commission dans le cadre de l'habilitation opérée par le règlement 19/65 du Conseil. Il s'agit des accords de distribution exclusive, des accords d'achat exclusif et des accords de franchise. Avant d'en exposer brièvement les principales dispositions, il faut indiquer que ces règlements s'appliquent indépendamment des parts de marché détenues par les parties aux accords, et qu'ils contiennent une liste exhaustive des clauses restrictives de concurrence qui sont exemptées (« clause blanches »), une liste non exhaustive de dispositions qui en principe ne restreignent pas la concurrence et peuvent figurer dans les accords, enfin, une liste de clauses réputées anticoncurrentielles et qui excluent les accords concernés du bénéfice de l'exemption (clauses noires »).

#### **• Les accords de distribution exclusive**

Ils sont régis par le règlement n° 1983/83, qui réserve le bénéfice de l'exemption à ceux qui, d'une part répondent à la définition de la concession exclusive de vente, et d'autre part présentent des caractères tels qu'ils ne puissent entraîner une trop grave atteinte à l'unité du marché ou une trop forte restriction de la concurrence.

Telle qu'elle est définie par le règlement 1983/83, la concession exclusive de vente est un contrat unissant deux entreprises occupant respectivement la situation de fournisseur et de distributeur. Seuls peuvent être exemptés les accords auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels l'une (le fournisseur) s'engage vis à vis de l'autre (le distributeur) à ne livrer certains produits qu'à celle-ci dans le but de la revente dans l'ensemble ou dans une partie définie du territoire du marché commun. Le fabricant doit en outre n'avoir désigné qu'un seul distributeur dans la zone considérée.

La concession exclusive de vente doit par ailleurs présenter deux caractéristiques pour être exemptée automatiquement au titre du règlement 1983/83. Elle doit en premier lieu être une concession

« ouverte ». Est ainsi exclue la protection territoriale absolue rendant impossible les importations parallèles dans la zone de concession. Elle doit ensuite être équilibrée, c'est-à-dire ne pas comporter à la charge du concessionnaire une trop forte restriction de concurrence. Les obligations limitant la liberté commerciale de celui-ci ne peuvent être que de trois ordres : ne pas fabriquer ou vendre des produits concurrents, n'acheter qu'à l'autre partie les produits visés au contrat, ne pas avoir une politique de vente active en dehors de la zone concédée.

Parmi les accords de distribution exclusive qui ne répondent pas aux critères fixés pour bénéficier de l'exemption automatique, certains sont interdits et nuls de plein droit, d'autres peuvent obtenir une exemption individuelle de la Commission au titre de l'article 85 paragraphe 3. Les premiers sont les concessions avec protection territoriale absolue, soit que le contrat comporte des clauses de nature à empêcher les importations parallèles du même produit, soit que le comportement des parties se traduise par le même effet. En revanche, les accords réciproques ou non réciproques entre fabricants concurrents sont susceptibles de faire l'objet, après examen individuel, d'une décision d'exemption de la Commission (étant précisé que les accords non réciproques peuvent même bénéficier d'une exemption automatique dès lors que le chiffre d'affaires d'une des deux parties est inférieur à 100 millions d'écus).

#### • **Les accords d'achat exclusif**

C'est le règlement 1984/83 qui fixe les conditions auxquelles les accords d'achat exclusif peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie. Celle-ci s'applique aux accords conclus entre deux entreprises et dans lesquels un revendeur s'engage envers un fournisseur à n'acheter certains produits, en vue de la revente, qu'à ce fournisseur ou à une entreprise qui lui est liée. Le fournisseur peut approvisionner d'autres revendeurs dans la même zone de vente et le revendeur n'est soumis à aucune restriction territoriale dans ses efforts de vente. Mais l'obligation centrale d'achat exclusif s'accompagne souvent d'une obligation de non-concurrence à la charge du revendeur, imposant à celui-ci de ne pas fabriquer ni distribuer des produits susceptibles d'entrer en concurrence avec le produit contractuel.

Les accords d'approvisionnement exclusif remplissant ces conditions sont soumis au régime favorable de l'exemption par catégorie parce qu'ils peuvent contribuer à améliorer la production et la distribution des produits en permettant aux parties de mieux programmer la production et la vente des produits considérés, et ainsi d'abaisser les coûts de production, de stockage et de commercialisation. En particulier, de tels

accords constituent souvent le seul moyen pour les petites et moyennes entreprises de pénétrer sur un marché.

On observe que deux secteurs faisant l'objet d'accords d'approvisionnement exclusif présentent des particularités : celui de la brasserie et celui des stations-service. Aux termes des accords conclus dans ces secteurs, le fournisseur concède au revendeur des avantages économiques et financiers particulièrement importants (versement de sommes d'argent à fonds perdus, prêts accordés à des conditions avantageuses, concession de terrains ou de locaux, mise à disposition d'installations techniques, financement d'investissements). Ces accords conduisent ainsi les parties à une coopération de longue durée.

#### • Les accords de franchise

La franchise est un mode de relations commerciales associant une opération de distribution par un revendeur (le franchisé) et la transmission par un fournisseur (le franchiseur), contre paiement d'une redevance, de la jouissance d'éléments incorporels (marque, non commercial, savoir-faire).

A la suite de plusieurs décisions individuelles d'exemption se référant aux principes dégagés par la Cour de Justice, la Commission a arrêté le règlement 4087/88 fixant les conditions auxquelles les accords de franchise peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie.

Le règlement définit les accords de franchise auxquels il est applicable comme ceux par lesquels « *une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et /ou de services déterminés* ». Ces accords doivent comporter trois caractéristiques essentielles : l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux ; la communication par le franchiseur au franchisé d'un savoir-faire ; la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique.

Aux termes du règlement, trois types de clauses pourtant restrictives de concurrence bénéficient de l'exemption du fait qu'elles contribuent au progrès de la distribution. Il s'agit des clauses créant une certaine exclusivité territoriale au profit du franchisé ; de celle interdisant au franchisé de se livrer à une concurrence active en dehors de sa zone ; de celle interdisant au franchisé de fabriquer ou de vendre des produits entrant en concurrence avec ceux distribués sous le mode de la franchise.

Dans un souci de clarification pratique - car d'un point de vue juridique, cela ne relève pas de l'objet d'un règlement d'exemption - celui-ci énumère par ailleurs une série d'obligations destinées à protéger les droits de propriété intellectuelle du franchiseur ou à maintenir l'identité et la réputation du réseau.

Enfin, un certain nombre de clauses sont interdites, leur présence dans un accord faisant obstacle à ce qu'il bénéficie de l'exemption. Il s'agit notamment de celles portant atteinte à la liberté commerciale du franchisé (en matière de fixation des prix, d'approvisionnement auprès d'autres franchisés) et de celles étendant exagérément la protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur.

## 2) *La pratique administrative et la jurisprudence de la Cour*

Il ne s'agit pas ici de présenter un état des décisions individuelles d'exemption prises sur la base de l'article 85 paragraphe 3 à l'égard des accords qui ne sont pas couverts par les règlements d'exemption par catégorie évoqués ci-dessus. Une telle analyse, au demeurant fort complexe, dépassant largement le cadre du présent rapport, on se bornera ici à exposer les grandes lignes de la politique suivie par la Commission et la Cour de Justice à l'égard d'une forme particulière d'organisation des réseaux de distribution désignée sous le terme de *distribution sélective*. Bien que connaissant un développement continu, elle n'a pu faire l'objet d'un règlement d'exemption par catégorie car elle n'entre pas dans le champ de l'habilitation donnée à cette fin par le Conseil à la Commission.

Les accords de distribution sélective sont fondés sur un engagement réciproque des parties, dans lequel le fabricant s'engage à n'approvisionner que des revendeurs satisfaisant à certaines conditions professionnelles ou techniques, et les distributeurs agréés s'interdisent de vendre ou d'acquérir les produits contractuels auprès de grossistes ou de détaillants ne faisant pas partie du réseau officiel. Ce type d'organisation de la distribution se caractérise par une coopération étroite entre le fabricant et ses distributeurs, que traduisent des stipulations contractuelles variées et de plus en plus complexes.

La pratique administrative suivie par la Commission et la jurisprudence de la Cour de Justice permettent de distinguer trois types d'accords de distribution sélective.

Il s'agit en premier lieu de *réseaux fondés exclusivement sur l'application de critères qualitatifs*, tels que le niveau de qualification

professionnelle du distributeur ou les spécifications techniques et fonctionnelles que doit respecter le point de vente. La Cour considère généralement que de tels accords ne tombent pas sous le coup de l'interdiction posée à l'article 85 paragraphe 1 du traité lorsque trois conditions sont remplies : les critères qualitatifs mis en œuvre doivent être en rapport avec la nature des produits ; ils ne doivent pas représenter des exigences excessives par rapport à l'objectif d'assurer la vente des produits dans les meilleures conditions ; ils doivent s'appliquer uniformément et sans discrimination à l'égard de tous les revendeurs potentiels.

La deuxième catégorie de réseaux couvre ceux dans lesquels les *revendeurs doivent prendre des engagements à caractère promotionnel*. Les accords comportant de telles clauses entrent dans le champ de l'application de l'article 85 paragraphe 1 mais obtiennent assez fréquemment une exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3, dès lors qu'ils ne font pas obstacle aux livraisons croisées entre distributeurs agréés établis tant sur le territoire du même Etat membre que dans d'autres Etats de l'Union.

Dans le troisième type de réseaux, *le fabricant limite le nombre de revendeurs en se fondant sur des critères purement quantitatifs*, notamment la capacité potentielle d'achat de la clientèle dans une zone géographique donnée. La Commission considère alors généralement que la restriction de concurrence ainsi créée, qui a pour effet d'assurer à chaque revendeur agréé une protection territoriale absolue, ne permet pas l'octroi d'une exemption.

Il faut à cet égard signaler la particularité de la distribution de véhicules automobiles. Alors que dans ce secteur les accords s'apparentent davantage à la distribution sélective qu'à la distribution exclusive, ils ont pourtant fait l'objet d'un règlement d'exemption par catégorie (règlement 123/85 puis règlement 1495/95) adopté par la Commission sur la base du règlement 19/65 du Conseil qui lui confère ce pouvoir à l'égard des accords d'exclusivité. Nourri de l'expérience administrative acquise à travers l'analyse de nombreux accords notifiés ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice, ce texte accorde une exemption automatique, sous réserve du respect d'un certain nombre de conditions très strictes, aux contrats de distribution propres à ce secteur qui comportent traditionnellement les trois types de restriction suivants : sélection des revendeurs, spécialisation des revendeurs dans la vente des véhicules d'un seul fabricant, interdiction de livrer à des revendeurs hors réseaux.

Sans entrer dans le détail de ses dispositions, extrêmement détaillées et source de nombreuses difficultés d'interprétation, on indiquera ci-après les principales caractéristiques du règlement 1495/95 en notant les différences entre le régime propre à la distribution automobile et le droit commun des accords de distribution exclusive soumis au règlement 1983/83 évoqué plus haut.

L'exemption par catégorie s'applique aux accords de durée déterminée ou indéterminée par lesquels un fournisseur charge un revendeur de promouvoir dans un territoire déterminé la distribution (service de vente et d'après-vente) de véhicules automobiles et s'engage à lui réserver la livraison de ces véhicules et des pièces de rechange. Alors que ce type de clause est généralement considéré comme faisant obstacle à l'octroi d'une exemption, la sélection des revendeurs peut être quantitative, leur nombre étant limité par le fabricant. La justification de l'exclusivité de la sélection quantitative réside dans la nature des produits qui nécessitent à intervalles réguliers mais aussi à des moments imprévisibles, des entretiens et réparations spécialisés requérant une coopération particulière des constructeurs et des distributeurs. Dans cette perspective, l'exemption par catégorie est applicable alors même qu'auraient été imposés au distributeur un engagement de non-concurrence et l'exclusivité de marque. Elle est également compatible avec des limitations apportées à l'activité du distributeur en dehors du territoire concédé. Toutefois, les moyens accordés aux constructeurs pour protéger leurs réseaux ne sauraient aboutir au cloisonnement des marchés. Aussi les limitations contenues dans les accords ne doivent-elles jamais empêcher un distributeur de satisfaire une demande d'une personne établie hors de son territoire.

Tel est donc, présenté à grands traits, le régime actuellement applicable aux restrictions verticales de concurrence en droit communautaire.

Fruit du pouvoir réglementaire et de la pratique administrative de la Commission, qui s'est elle-même souvent inspirée des principes dégagés par la jurisprudence, le dispositif comporte incontestablement des aspects positifs, mais il apparaît aujourd'hui condamné par ses insuffisances.





## II. UN SYSTEME QUI, MALGRE DES ASPECTS POSITIFS, EST CONDAMNE PAR SES INSUFFISANCES

S'appliquant à un secteur économique qui connaît un essor constant et dont les pratiques ne cessent d'évoluer, la politique communautaire de concurrence dans le domaine des restrictions verticales comporte incontestablement des aspects positifs. S'attachant à poursuivre les objectifs fondamentaux d'intégration des marchés et de maintien d'une concurrence effective dans l'ensemble de l'Union, elle a fait preuve d'efficacité et assuré aux entreprises la sécurité juridique nécessaire à leur développement. Mais le système comporte aussi des inconvénients intrinsèques, encore aggravés par l'évolution technique et économique de la distribution.

### A. Des aspects positifs

#### 1) *Sécurité juridique et cohérence*

Les modalités de mise en œuvre de l'article 85 paragraphe 1 et paragraphe 3 ont incontestablement permis aux producteurs et aux distributeurs d'établir des relations contractuelles dans des conditions de sécurité juridique et de cohérence favorables à leur développement réciproque.

Les « *attestations négatives* » délivrées par la Commission, dont l'objet est de constater que les dispositions contractuelles considérées ne tombent pas sous le coup de l'interdiction posée par l'article 85 paragraphe 1, garantissent aux opérateurs qui les obtiennent une sécurité juridique totale. Certes, les « *lettres de classement administratif* » qui constituent les réponses les plus fréquentes aux demandes d'attestation négative ne donnent pas la même sécurité juridique. Néanmoins, elles font largement autorité, dans la mesure où la Commission s'engage ainsi, de manière informelle, à rendre, si nécessaire, une décision formelle favorable. Par ailleurs, l'existence d'une lettre de classement décourage souvent les tiers de contester un accord.

Quant aux décisions d'exemption, elles assurent à leurs bénéficiaires une sécurité juridique totale. Il en va ainsi des décisions individuelles prises par la Commission en application de l'article 85 paragraphe 3 du traité. Il en va de même, dans le cadre d'un mécanisme juridique différent, pour les parties ayant conclu un accord répondant aux conditions fixées par un règlement d'exemption par catégorie.

Enfin, le système actuel permet une application uniforme de l'article 85 dans l'ensemble des Etats membres de l'Union en ce qui concerne les restrictions verticales de concurrence. Cette cohérence est favorisée par la compétence exclusive conférée à la Commission pour prendre des décisions d'exemption en application de l'article 85 paragraphe 3, décisions qui s'imposent aux juridictions nationales et aux autorités nationales responsables de la concurrence.

## *2) Une certaine prise en compte de la réalité économique*

- L'application du droit communautaire de la concurrence aux accords verticaux fait une certaine part à l'analyse économique des marchés.

L'appréciation du caractère sensible de l'effet que peut avoir un accord sur le commerce entre Etats membres - pour déterminer s'il tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 85 paragraphe 1 - donne lieu à une évaluation du contexte économique et juridique de l'accord. Ainsi, entre dans le champ d'application de l'article 85 paragraphe 1 un accord pourtant par lui-même sans effet sensible sur la concurrence entre Etats membres (accord d'importance mineure), lorsque sur le marché en cause la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires.

De même, les décisions individuelles d'exemption prises en vertu de l'article 85 paragraphe 3 se fondent sur une appréciation économique globale des avantages des accords et de leur incidence sur la structure de la concurrence, analyse que rend nécessaire l'ambivalence des effets des restrictions verticales sur la structure concurrentielle d'un marché.

- Par ailleurs, le système permet une certaine adaptation aux évolutions économiques, dans la mesure où les nouvelles formes d'accords de distribution qui ne sont pas couvertes par les règlements d'exemption par catégorie peuvent faire l'objet d'une exemption individuelle accordée par la Commission.

A côté de ces aspects positifs, la politique communautaire de concurrence suivie à l'égard des accords verticaux comporte des inconvénients dont le poids croissant justifie qu'elle soit aujourd'hui remise en cause. Leur caractère néfaste s'est développé sous l'influence de l'évolution technique et économique du secteur de la distribution.

## **B. Des insuffisances inhérentes au système, aggravées par l'évolution technique et économique de la distribution**

Témoignant d'une approche fragmentaire et limitée de la question des accords verticaux, la mise en œuvre de l'article 85 paragraphe 1 et paragraphe 3 au moyen d'un dispositif de notification et d'exemptions par catégorie, telles que définies par les règlements pris en vertu de l'habilitation donnée par le Conseil à la Commission, se caractérise aussi par un formalisme excessif, néfaste tant pour le développement du secteur qu'au regard des objectifs de la politique de concurrence.

### *1) Une approche fragmentaire et limitée*

La portée de l'habilitation par laquelle le Conseil a autorisé la Commission (règlement 19/65) à édicter des règlements d'exemption par catégorie pour la mise en œuvre de l'article 85 paragraphe 3 était limitée. En effet, elle lui reconnaît cette compétence seulement à l'égard des accords auxquels ne participent pas plus de deux entreprises et :

- par lesquels l'une s'engage envers l'autre à ne livrer certains produits qu'à celle-ci dans le but de la revente à l'intérieur d'une partie définie du territoire du marché commun,

- ou par lesquels l'une s'engage envers l'autre à n'acheter certains produits qu'à celle-ci dans le but de la revente,

- ou par lesquels ont été conclus entre les deux entreprises de tels engagements exclusifs de vente et d'achat.

Sur la base de cette habilitation, la Commission n'a pu adopter, comme on l'a vu, que trois règlements d'exemption par catégorie portant sur : les accords de distribution exclusive, les accords d'achat exclusif, les accords de franchise<sup>(2)</sup>. Au moment où le Conseil a autorisé la Commission à agir par la voie de l'exemption réglementaire par catégorie,

---

<sup>(2)</sup> auxquels s'ajoute le règlement d'exemption particulier à la distribution de véhicules automobiles

le champ qu'il avait défini pour son intervention incluait les types d'accords alors les plus utilisés.

Mais les accords verticaux se sont depuis lors considérablement diversifiés. Aussi, très nombreux sont aujourd'hui ceux qui ne peuvent bénéficier du régime simplifié de l'exemption par catégorie : ne sont pas couverts par un tel régime les accords auxquels sont parties plus de deux entreprises intervenant à des niveaux économiques différents, les accords portant sur la commercialisation de services (sauf dans le cadre de la franchise), les accords de distribution sélective (à l'exception de ceux concernant les véhicules automobiles), les accords portant sur les biens intermédiaires et les biens destinés à la revente qui sont soumis à un processus de transformation.

Ceci ne signifie pas, bien entendu, que de tels accords ne peuvent pas bénéficier d'une exemption. Mais l'obtenir est loin d'être aussi simple que pour ceux auxquels elle est attribuée automatiquement dans le cadre des règlements par catégorie. Dans la mesure où ils entrent dans le champ d'application de l'interdiction posée par l'article 85 paragraphe 1, ils sont en effet soumis à une obligation de notification auprès de la Commission. Pour obtenir une décision d'exemption, ils doivent par ailleurs faire l'objet d'une demande en ce sens, à laquelle la Commission ne fera droit, le cas échéant, qu'après un examen de l'ensemble du contexte dans lequel ils s'inscrivent.

Apparaissent ainsi les deux effets néfastes pour les entreprises de la situation créée par le caractère restreint du champ d'application des exemptions par catégorie. Tout d'abord, elles doivent subir la lourdeur administrative de la procédure de notification. Au surplus, comme elles n'obtiennent la plupart du temps de la Commission qu'une lettre administrative de classement et non une décision expresse d'exemption, elles ne bénéficient pas d'une sécurité juridique absolue.

## 2) *Un formalisme excessif*

Le dispositif actuel des règlements d'exemption par catégorie est fondé sur l'obligation imposée aux opérateurs économiques de respecter un certain nombre de conditions de forme. Ce formalisme générateur de rigidités est nocif à deux égards.

En premier lieu, les entreprises peuvent être amenées, dans le choix de leurs méthodes de distribution, à se déterminer non pas seulement en fonction de critères économiques mais au regard des exigences posées pour bénéficier d'une exemption par catégorie qui, seule, leur garantit une

sécurité juridique absolue. Sachant que les règlements d'exemption par catégorie ne se bornent pas à interdire certaines clauses (dites « *clauses noires* »), mais procèdent par énumération limitative des clauses exemptées (dites « *clauses blanches* »), on perçoit aisément l'effet négatif d'un système qui, conçu comme un outil de simplification et de sécurité, se révèle être un obstacle à la liberté et à la flexibilité des relations contractuelles.

Ensuite, n'est prise en considération que la conformité des dispositions des accords avec les conditions de forme prévues par le règlement d'exemption dont ils relèvent. Il n'est en revanche tenu aucun compte ni de la situation des parties sur le marché sur lequel elles exercent leur activité, ni des effets que sont susceptibles d'avoir sur ce marché les accords qu'elles concluent. La priorité ainsi donnée au respect de règles formelles en méconnaissance de la situation économique des acteurs peut, selon les cas, se traduire de différentes façons.

Lorsque les entreprises ne détiennent qu'une faible part d'un marché sur lequel, en outre, la concurrence entre marques est forte, elle leur impose des contraintes inutiles car les accords conclus ne peuvent présenter de menace sérieuse pour la concurrence.

Inversement, des entreprises disposant de parts de marché très importantes peuvent bénéficier d'une exemption pour des accords dont l'application est susceptible de verrouiller le marché et de permettre la pratique de prix excessifs, dès lors qu'ils répondent aux conditions prévues par le règlement par catégorie dont ils relèvent.

Enfin, l'accent mis dans le système actuel sur l'analyse des clauses ne tient pas compte du fait que nombre d'accords verticaux, qui peuvent favoriser la coordination en matière de prix ou de fourniture de services et contribuer à discipliner les relations entre fournisseurs et distributeurs, ont des effets économiques positifs qui devraient les faire considérer comme globalement favorables au bon fonctionnement des marchés.

L'ensemble des insuffisances évoquées ci-dessus sont intrinsèques au dispositif communautaire applicable aux restrictions verticales. L'évolution technique et économique que connaît depuis quelques années le secteur de la distribution les a rendues à la fois plus criantes et plus nocives.

### 3) *Un système condamné par l'évolution du secteur de la distribution*

Le dispositif en vigueur à l'égard des accords verticaux a été élaboré en fonction de canaux de distribution traditionnels faisant intervenir des fabricants, des grossistes et des détaillants dont les relations reposaient sur des rapports de concurrence et d'indépendance.

L'irruption des nouvelles technologies de l'information a modifié à un double titre les données traditionnelles du secteur de la distribution. Les systèmes de traitement de l'information ont tout d'abord permis aux entreprises de mettre en œuvre des modes de gestion et des pratiques commerciales plus efficaces, grâce à la technique du « *juste à temps* ». Cette évolution a elle-même entraîné la transformation des relations entre fabricants, grossistes et détaillants dans le sens d'une coopération de plus en plus poussée.

Par ailleurs, le secteur de la distribution a connu d'importantes restructurations. C'est ainsi que se sont produites de nombreuses opérations de concentration, se traduisant par une diminution du nombre de distributeurs et le resserrement des liens entre les fabricants, grossistes et détaillants. Parallèlement, pour tenter de contrebalancer ce phénomène de concentration, se sont mis en place des réseaux de négociants indépendants. Par ailleurs, le nombre de grossistes se réduit. Enfin, le franchisage connaît un développement croissant dans le commerce de détail.

La tendance générale observée dans la distribution, favorisée par l'essor des technologies de l'information, est donc à l'émergence de chaînes de distribution planifiées axées sur la demande, qui supplantent progressivement les canaux traditionnels dont la gestion était fondée sur l'offre.

Ces évolutions ne sont évidemment pas neutres du point de vue de la concurrence. La concentration observée dans de nombreux secteurs à l'un ou l'autre bout de la chaîne de l'offre, le passage de relations d'indépendance et de concurrence à des rapports fondés sur la coopération, sont susceptibles d'avoir à cet égard des incidences importantes, en particulier un affaiblissement de la concurrence intramarque et une domination accrue d'un des membres de la chaîne sur les autres.

Ces facteurs nouveaux, ajoutés aux insuffisances intrinsèques du dispositif communautaire régissant les accords verticaux rendaient nécessaire sa remise en cause. La réflexion menée par la Commission,

fondée sur une approche profondément renouvelée de la question des restrictions verticales, s'est traduite par le choix de nouvelles orientations, qu'il importe donc d'apprécier au regard des critiques portées au régime actuel.





### **III. UNE NOUVELLE POLITIQUE PLUS EFFICACE ET PLUS REALISTE A L'EGARD DES ACCORDS VERTICAUX**

C'est la transmission au titre de l'article 88-4 de la Constitution de deux propositions de règlement du Conseil modifiant respectivement les règlements 17/62 et 19/65 qui donne à la Délégation l'occasion de se prononcer sur la nouvelle politique communautaire de concurrence que la Commission envisage de mettre en œuvre à l'égard des accords verticaux. Toutefois, comme cela a déjà été indiqué, ces deux textes sont en eux-mêmes bien loin de contenir la totalité des règles qui, selon le souhait de la Commission, devraient régir cette politique. Celui qui modifie le règlement 17/62 est un texte de procédure qui apporte des aménagements certes importants au régime actuel, mais ne concerne en rien les règles de fond régissant les accords verticaux. Quant à celui qui modifie le règlement 19/65, sa portée est à la fois considérable et limitée : considérable parce qu'il donne une très large habilitation à la Commission pour définir la nouvelle politique de concurrence applicable aux restrictions verticales ; limitée parce qu'il ne comporte quasiment aucune indication sur le contenu de cette future politique.

La Délégation n'est pour autant pas totalement démunie pour porter une appréciation sur les principaux axes de la réforme entreprise. Elle dispose à cette fin d'une « *Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales* » en date du 30 septembre 1998. Dans ce document, qui fait suite à un Livre vert (« *La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales* ») rendu public en janvier 1997, la Commission expose la problématique à laquelle se trouvent aujourd'hui confrontées les autorités communautaires à l'égard des accords verticaux et présente les principales caractéristiques de la nouvelle politique qu'elle estime nécessaire de mettre en œuvre.

En faisant masse de l'ensemble des éléments contenus dans les deux projets de règlement et dans la communication de la Commission, les contours de la nouvelle politique proposée se dessinent de façon suffisamment distincte. Certes, des incertitudes demeurent encore sur certains points et l'approche suivie, qui diffère sensiblement de celle mise en œuvre par les textes actuels, ne peut manquer de susciter des

interrogations auprès d'un certain nombre de professionnels. Mais outre qu'elle apporte de notables améliorations à la procédure et remédie au caractère fragmentaire et formaliste du dispositif actuel, elle constitue un compromis relativement équilibré entre les exigences respectives de sécurité juridique et de réalisme économique.

**A. Les deux projets de règlement : une procédure plus simple et plus efficace, un dispositif général et sans formalisme**

La Commission se propose de remédier aux inconvénients, évoqués ci-dessus, résultant du régime actuel de notification des accords verticaux en allégeant sensiblement les exigences imposées aux entreprises. Par ailleurs, dans le souci d'une meilleure efficacité, est envisagée une extension de la compétence des Etats membres dans la procédure de retrait d'exemption. Enfin, et c'est le point dont la portée est la plus importante, pour répondre aux critiques tenant au caractère fragmentaire et formaliste du dispositif actuel, la Commission est favorable à un règlement d'exemption ayant un champ d'application très large, ainsi qu'à la substitution d'un système de « *clauses noires* » à celui aujourd'hui en vigueur de « *clauses blanches* ».

**1) Une procédure plus simple et plus efficace**

- Les règles de procédure régissant actuellement la mise en œuvre de l'article 85 du traité ont été fixées par le règlement 17/62. Ce texte dispose, on l'a vu, que doivent être notifiés à la Commission les accords entrant dans le champ d'application de l'interdiction édictée par l'article 85 paragraphe 1 mais pour lesquels les parties souhaitent obtenir une exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3. Le règlement 17/62 avait bien cherché à limiter quelque peu le champ de l'obligation de notification en prévoyant, en son article 4 paragraphe 3, que certains accords peuvent en être dispensés.

Néanmoins, ne peuvent bénéficier de cette dispense que les accords conclus entre entreprises ressortissant d'un seul Etat membre et ne concernant ni les exportations ni les importations entre Etats membres ou ceux conclus entre deux entreprises et ayant seulement pour effet de restreindre la liberté de formation des prix ou conditions de transaction d'une partie au contrat lors de la revente de marchandises qu'elle acquiert de l'autre partie au contrat.

Aussi l'intérêt pratique du dispositif est-il très limité, la plupart des accords verticaux étant aujourd'hui susceptibles d'affecter les

importations ou les exportations entre Etats membres. En outre, il ne peut s'appliquer aux accords portant sur des biens destinés à la transformation ou relatifs à la commercialisation de services.

*La nouvelle rédaction proposée pour l'article 4 paragraphe 2 du règlement 17/62 allège considérablement le dispositif.* Aux termes de la proposition de règlement modifiant le règlement 17/62, seraient en effet dispensés de l'obligation de notification tous les accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune à un stade économique différent, concernant la livraison et/ou l'achat de biens destinés à la revente ou à la transformation ou concernant la commercialisation de services. Cet assouplissement ne peut être accueilli que favorablement, puisqu'il va alléger les entreprises d'une charge administrative génératrice de coûts importants, alors même qu'elle n'était pas justifiée au regard des exigences de la surveillance des pratiques nocives pour la concurrence.

- Le souci de simplification et de meilleure efficacité a inspiré une autre proposition de modification au régime procédural actuel, relative au retrait d'exemption. Actuellement, la Commission dispose d'une compétence exclusive pour retirer une exemption, que celle-ci ait été accordée par une décision individuelle de la Commission ou qu'elle résulte de l'application d'un règlement par catégorie, lorsque dans un cas déterminé un accord se révèle avoir des effets incompatibles avec les conditions prévues pour bénéficier de l'exemption. La seule possibilité d'intervention des Etats membres consiste en la faculté qui leur est donnée de saisir la Commission d'une demande de retrait d'exemption.

La Commission propose de *décentraliser cette procédure* en reconnaissant à l'autorité compétente en matière de concurrence de chaque Etat membre le pouvoir de retirer une exemption. Cette compétence serait limitée aux accords dont les effets se produisent sur le territoire de l'Etat membre considéré ou sur une partie de son territoire qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct.

Certains professionnels du droit entendus par votre Rapporteur ont émis quelques réserves sur cette innovation. Ils ont notamment fait valoir que les autorités compétentes en matière de concurrence ne sont pas de même nature dans tous les Etats membres et que la culture juridique en droit communautaire de la concurrence n'y est pas partout aussi développée. Il faut toutefois noter que, quelle que soit la nature juridique de l'autorité compétente en matière de concurrence dans les différents Etats, les parties concernées disposeront toujours d'une voie de recours juridictionnelle. Par ailleurs, tous les Etats membres ont déjà l'expérience de l'application d'un droit de la concurrence interne faisant appel à des notions qui ne sont pas sans parenté avec celles utilisées en droit

communautaire. Enfin, la compétence reconnue aux Etats membres en matière de retrait d'exemption n'est pas exclusive mais concurrente de celle de la Commission : celle-ci continuera à disposer de son pouvoir de retrait non seulement à l'égard des accords ne remplissant pas les conditions fixées pour que l'exemption dont ils bénéficient puisse le cas échéant être retirés par l'autorité nationale de concurrence, mais aussi à l'égard de ceux qui satisferaient à ces conditions.

Témoignant d'un souci de décentralisation des processus de décision au profit des Etats membres, gage d'une meilleure adaptation aux réalités économiques de chacun et d'une meilleure efficacité, le dispositif proposé invite, pour l'appréciation des comportements des agents économiques au regard du respect des règles de concurrence, à une coopération entre autorités nationales et communautaires.

- Enfin, la recherche de l'efficacité a conduit à apporter une attention particulière au phénomène des *effets cumulatifs*. Il s'agit de la situation dans laquelle un certain nombre de fournisseurs et d'acheteurs pratiquent sur un marché donné une même restriction verticale, les effets négatifs potentiels de cette restriction se trouvant de ce fait renforcés. Dans un tel cas de figure, chacun des fournisseurs peut en toute régularité être couvert par une exemption, mais la situation de la concurrence sur le marché peut être gravement perturbée par les interactions entre différents accords dont chacun pris individuellement est légal.

Pour résoudre ce type de problème, il est prévu de donner à la Commission le pouvoir d'établir de manière générale les conditions dans lesquelles l'existence de réseaux parallèles d'accords similaires peut exclure l'application d'une exemption générale. Dans un souci de réalisme et de souplesse, la Commission pourrait, lorsque ces conditions seraient remplies, accorder aux entreprises concernées un délai d'adaptation d'au moins six mois. Ce ne serait donc qu'à l'expiration du délai fixé et en l'absence de mesure d'adaptation que l'exemption cesserait d'être applicable aux accords concernés.

## 2) *Un dispositif d'application générale*

Les lacunes caractérisant le dispositif actuel des règlements d'exemption par catégorie et les inconvénients qui en résultent ont été évoquées plus haut. Pour y remédier, il est proposé aujourd'hui de modifier le règlement 19/65 qui délimite les pouvoirs de la Commission en la matière, de façon à lui accorder à l'égard des exemptions dont sont susceptibles de bénéficier les accords verticaux, une habilitation très large tant dans son champ d'application que dans sa portée.

- Selon la proposition de règlement modifiant l'article 1<sup>er</sup> du règlement 19/65, le pouvoir reconnu à la Commission de fixer par voie réglementaire les conditions auxquelles des accords verticaux sont exemptés de l'application de l'article 85 paragraphe 1, c'est-à-dire sont automatiquement autorisés, est considérablement élargi.

Il s'étendrait désormais à l'ensemble des accords conclu entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune à un stade économique différent, concernant la livraison et/ou l'achat de biens destinés à la revente ou la transformation ou concernant la commercialisation de services. Pourraient aussi être couverts par un règlement d'exemption les accords même conclus entre concurrents dès lors qu'il ne s'agit pas d'accords réciproques et que le chiffre d'affaires d'aucune des parties n'est supérieur à 100 millions d'écus. Il en irait également ainsi pour les accords conclus entre des associations de détaillants et leurs membres ou entre ces associations et leurs fournisseurs, pourvu que les membres de ces associations soient des petites ou moyennes entreprises.

Le texte proposé permet ainsi à la Commission de couvrir par un règlement d'exemption nombre d'accords qui ne pouvaient l'être jusqu'à présent, seule la voie d'une demande d'exemption individuelle leur étant offerte. Telle pourrait désormais être le cas pour les accords de distribution sélective, ceux conclus entre plus de deux parties, ceux concernant des biens intermédiaires, ceux portant sur la commercialisation de services, ceux passés entre des associations de PME et leurs membres ainsi qu'avec leurs fournisseurs.

Facteur de simplification et de plus grande sécurité juridique, l'extension du champ d'application des règlements d'exemption à la totalité des accords verticaux rencontre l'assentiment de la quasi-totalité des secteurs professionnels concernés.

Toutefois, les secteurs distribuant leurs produits sur la base d'accords de distribution sélective - telle la parfumerie - non seulement ne sont pas demandeurs d'un règlement d'exemption couvrant leur mode de distribution, mais y sont même défavorables. La pratique administrative de la Commission et la jurisprudence sont en effet maintenant fixées de façon suffisamment claire vis-à-vis d'eux et satisfont ainsi les opérateurs concernés en leur apportant la sécurité juridique voulue. En revanche, ils émettent des doutes sur la possibilité d'élaborer un règlement qui permette de tenir compte de la diversité tant des produits faisant l'objet de distribution sélective que des critères de sélection mis en œuvre .

Pour légitime qu'elle soit, cette inquiétude ne semble guère peser face aux avantages que la plupart des opérateurs économiques perçoivent

dans l'extension du champ de l'exemption par voie réglementaire, d'autant que rien ne s'oppose à ce que les principes dégagés par la pratique administrative et la jurisprudence puissent être repris par le futur règlement d'exemption.

Allusion vient ainsi d'être faite « *au règlement* » et non « *aux règlements* » d'exemption. Rien dans le texte proposé pour la modification de l'article 1<sup>er</sup> du règlement 19/65 ne donne d'indication sur le point de savoir si on en restera à des règlements d'exemption par catégorie - avec une extension des catégories potentiellement concernées - ou si on en viendra à un règlement d'exemption générale couvrant tous les accords désormais susceptibles d'être soustraits à l'interdiction de l'article 85 paragraphe 1. C'est dans la communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales en date du 30 septembre 1998 que se trouve la réponse.

Dans ce document, la Commission fait très nettement part de sa préférence pour un règlement d'exemption générale : traiter de façon identique des restrictions ayant des effets similaires empêcherait une différenciation injustifiée selon le type de restriction ou les secteurs considérés. Un texte unique devrait ainsi éviter que les entreprises soient influencées, dans le choix d'un mode de distribution, par la politique suivie à l'égard des uns ou des autres, pour ne plus se déterminer que sur la base de critères commerciaux.

Le règlement général d'exemption dont le choix a ainsi été fait par la Commission devrait donc englober tous les types de restrictions verticales désormais susceptibles d'être exemptées par voie générale (voir ci-dessus) mais aussi les secteurs qui font aujourd'hui l'objet de règlements spécifiques. Tel devrait être le cas pour les accords de fourniture de bière et les accords de stations-service qui sont des accords d'achat exclusif comportant un certain nombre de particularités qui conduisent les parties contractantes à une coopération de longue durée. La Commission estime aujourd'hui qu'il n'existe pas de motifs économiques ou juridiques suffisants pour justifier le maintien de régimes particuliers à ces secteurs. Toutefois, les brasseries et, dans une moindre mesure, l'industrie pétrolière, expriment des réserves à la perspective d'être incluses dans le champ d'application d'un règlement d'exemption générale. Ces professionnels craignent en effet que le nouveau système envisagé ne représente une contrainte pour les possibilités d'investissement dans leurs secteurs et ne remette en cause les partenariats sur lesquels sont fondées les relations entre producteurs et distributeurs sur les marchés en cause.

La distribution de véhicules automobiles est le seul secteur qui, dans l'état actuel des réflexions de la Commission, semble devoir continuer à faire l'objet d'un régime spécifique. Comme on l'a vu, la distribution automobile est aujourd'hui soumise à un règlement d'exemption particulier, n° 1475/95, qui autorise les constructeurs à désigner un nombre limité de distributeurs bénéficiant d'une double exclusivité de marque et de territoire sous réserve de respecter les normes de qualité et de services aux consommateurs établis par la marque. Le règlement 1475/95 expire en 2002 et la Commission a indiqué expressément, dans sa communication du 30 septembre 1998 précitée, qu'il n'était pas dans ses intentions d'appliquer le futur règlement d'exemption général à la distribution automobile.

Les représentants de ce secteur sont néanmoins inquiets à un double titre. Tout d'abord, rien dans la nouvelle rédaction proposée pour l'article 1<sup>er</sup> du règlement 19/65 n'empêche d'inclure les accords conclus dans ce secteur dans le champ d'application du règlement général d'exemption qui devrait voir le jour prochainement. Ensuite, *a fortiori*, il n'y a aucune garantie que soit édicté un nouveau règlement spécifique après l'expiration en 2002 du texte actuellement en vigueur.

Au cours des discussions relatives à la réforme du régime des exemptions aux restrictions verticales de concurrence, la France a défendu l'idée de la spécificité de la distribution de véhicules automobiles, justifiant le maintien d'un règlement particulier d'exemption. Elle se trouve néanmoins isolée sur ce dossier, certains Etats membres étant hostiles au principe d'un règlement spécifique (telle la Grande-Bretagne), la plupart ne prenant pas de position affirmée.

Dans l'état actuel des choses, puisque la Commission affirme que le règlement 1475/95 ne sera pas remis en cause par le futur règlement d'exemption générale, elle pourrait sans inconvénient formaliser cet engagement dans un « *considérant* » du règlement modifiant le règlement 19/65.

- Très large dans son champ d'application, l'habilitation que la proposition de modification du règlement 19/65 prévoit d'accorder à la Commission en matière d'exemptions aux restrictions verticales l'est aussi dans sa portée. Aucune restriction n'est mise à la liberté dont disposera la Commission pour élaborer le futur règlement d'exemption, aucun principe n'est posé pour orienter la nouvelle politique qu'elle a en charge de définir à l'égard des restrictions verticales de concurrence.

On ne saurait toutefois prétendre que la Commission s'engagera dans une voie connue d'elle seule. Le Livre vert puis la Communication

du 30 septembre dernier précités ont largement exposé la façon dont elle aborde le problème et les données qu'elle entend prendre en compte dans l'élaboration des nouvelles règles applicables aux restrictions verticales de concurrence.

Le fait que le règlement d'habilitation ait une portée aussi large peut en outre être considéré comme un facteur de souplesse pour l'avenir : la Commission dispose ainsi d'une grande facilité pour, le cas échéant, adapter la réglementation aux évolutions du contexte économique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les Etats membres ne sont pas favorables à ce que le règlement d'habilitation fixe les principales règles de fond applicables aux accords verticaux. Un certain nombre d'entre eux - dont la France - seraient toutefois partisans de la présentation par la Commission et le Conseil, conjointement ou séparément, d'une déclaration dans laquelle seraient exposés les principes sur lesquels sera fondé le nouveau dispositif.

### 3) *Un dispositif moins formaliste*

Les actuels règlements d'exemption par catégorie ne se bornent pas à préciser les clauses qui ne peuvent pas figurer dans les accords (dites « *clauses noires* ») mais procèdent également à une énumération limitative des clauses exemptées (dites « *clauses blanches* »). Ce système limite abusivement la liberté contractuelle des entreprises et peut freiner le développement de formes de distribution innovantes.

En proposant de modifier le paragraphe 2 b) de l'article 1<sup>er</sup> du règlement 19/65, la Commission traduit son choix d'une approche différente. Il ne s'agira plus de définir ce qui est exempté, mais seulement ce qui ne peut pas l'être, c'est-à-dire d'identifier les seules clauses interdites ou « *clauses noires* ». Le souci d'une meilleure adaptation des accords verticaux aux besoins des entreprises, qui se manifeste sur ce point particulier, caractérise en fait l'ensemble de la nouvelle politique envisagée par la Commission à l'égard des restrictions verticales de concurrence.

## **B. Les principes de la nouvelle politique : un compromis équilibré entre sécurité juridique et réalisme économique**

Comme cela a déjà été indiqué, ce n'est pas des deux propositions de règlement qu'il faut attendre des indications sur les règles de fond qui devraient régir la nouvelle politique communautaire à l'égard des restrictions verticales de concurrence. Plusieurs sources sont néanmoins à



notre disposition pour prendre connaissance des intentions de la Commission, celle-ci ne s'étant pas fait faute d'exposer les différentes étapes de sa réflexion puis les orientations qu'elle a finalement retenues. Même si certains points ne sont pas encore définitivement arrêtés, les principes sur lesquels est fondée la nouvelle politique de concurrence sont maintenant clairement définis.

La démarche adoptée par la Commission dans la remise en cause du dispositif actuel s'appuie sur une réflexion sur la finalité et les effets des accords verticaux. C'est là une innovation importante, qui tranche avec l'approche suivie jusqu'à présent. Principalement juridique, celle-ci ne faisait guère de place à une réflexion sur le caractère plus ou moins néfaste pour la concurrence des accords conclus entre producteurs et distributeurs. Aujourd'hui au contraire, c'est d'une telle appréciation que s'est dégagée la notion centrale autour de laquelle s'organise la nouvelle politique prônée par la Commission.

### **1) *Une réflexion sur la finalité et les effets des accords verticaux***

Longtemps considérés comme systématiquement et automatiquement néfastes à la concurrence et, de ce fait, *a priori* condamnables, les accords de formes diverses liant producteurs et distributeurs sont aujourd'hui appréciés de façon beaucoup plus nuancée. Les grandes lignes de cette analyse sont les suivantes : tout d'abord, si les accords verticaux peuvent avoir des effets négatifs au regard de la concurrence, ils peuvent aussi *améliorer l'efficacité économique des circuits de distribution* ; ensuite, le facteur qui apparaît déterminant du caractère globalement positif ou néfaste de tels accords est *la structure du marché* sur lesquels interviennent les opérateurs qui y sont parties.

- En distinguant quatre types de restrictions verticales : distribution exclusive, monomarquisme, prix de vente imposé et cloisonnement des marchés, on peut identifier les principaux effets négatifs sur la concurrence de tels accords.

S'agissant de la distribution exclusive, caractérisée par le fait que le fabricant ne vend qu'à un seul acheteur ou à un nombre limité d'acheteurs, elle peut aboutir à ce que certains acheteurs sur le marché considéré, ne pouvant plus s'approvisionner auprès de ce fournisseur, se voient interdire l'accès au marché. Au stade de la distribution de biens finals, les accords de distribution exclusive peuvent ainsi conduire à une diminution ou même à une élimination de la concurrence intramarque.

En ce qui concerne les accords mettant en œuvre le monomarquisme, par lesquels l'acheteur est incité à s'approvisionner, pour un type de bien donné, auprès d'un seul fournisseur (ce qui recouvre notamment les clauses de non-concurrence et les quotas d'achat), ils peuvent entraîner un affaiblissement de la concurrence intermarques. En effet, les autres fournisseurs, ne pouvant vendre aux acheteurs parties aux accords, sont exclus du marché, et les détaillants ne peuvent vendre qu'une seule marque pour le produit concerné.

Dans les accords fixant un prix de vente imposé, c'est-à-dire dans lesquels le prix auquel l'acheteur revend le bien doit être égal à un niveau déterminé, la concurrence intramarque se trouve éliminée par le fait que les distributeurs ne peuvent plus exercer de concurrence par les prix sur le produit de la marque désignée.

Enfin, un certain nombre d'accords ont pour effet le cloisonnement des marchés. Tel est le cas de ceux qui se traduisent par le fait que l'acheteur voit limiter ses possibilités soit de s'approvisionner auprès du fournisseur de son choix, soit de revendre un bien déterminé, ou par le fait que le fournisseur voit limiter ses possibilités de vendre un produit déterminé aux acheteurs de son choix. De tels accords (notamment accords d'achat exclusif, restrictions territoriales, restrictions en matière de clientèle, restrictions en matière d'après-vente, interdictions de revente) aboutissent à une diminution de la concurrence intramarque qui peut conduire à un cloisonnement du marché.

Il faut ajouter que les accords combinent fréquemment diverses restrictions verticales, et que, le plus souvent, la combinaison de telles restrictions renforce leurs effets négatifs potentiels. Ainsi, en cas de combinaison du monomarquisme et de la distribution exclusive, se cumulent affaiblissement de la concurrence intermarques et diminution de la concurrence intramarque. Au stade de la distribution finale, se constitue alors un marché dominé par des monopoles de marque locaux. Ou encore, lorsque la distribution sélective est combinée avec le prix de vente imposé, à la réduction de la concurrence intramarque résultant de la première s'ajoute l'élimination de la concurrence (intramarque) par les prix caractérisant la seconde, de sorte que, rapidement, se trouve totalement éliminée la concurrence intramarque.

- Dans d'autres situations, les accords verticaux ont un effet global positif sous l'angle de la politique de concurrence. Tel est le cas de ceux qui contribuent à une meilleure coordination entre producteurs et distributeurs.

Une telle coordination peut s'exercer en matière de fixation des prix. Sans accord entre les producteurs et les distributeurs, ceux-ci, lorsqu'ils disposent d'un certain pouvoir de marché, fixent leurs prix à un niveau supérieur à leur coût marginal, de sorte que leurs marges sont supérieures à ce qu'elles devraient être normalement. La mise en œuvre de certaines restrictions verticales peut résoudre les inconvénients résultant de telles situations. Tel peut être le cas par exemple de la fixation par les producteurs de prix de vente maximum imposés ou de quotas d'achat, qui permettent de mettre un terme au phénomène de « *double marginalisation* ».

La coordination entre producteurs et distributeurs peut aussi s'exercer en ce qui concerne la fourniture de services. Les distributeurs sont souvent amenés à fournir des services additionnels à la distribution *stricto sensu* de biens ou de services, sous forme de services de prévente (fourniture d'informations aux acheteurs potentiels) ou d'après-vente (octroi de garantie ou fourniture de services de maintenance). Dans ces deux cas de figure, des accords verticaux peuvent contribuer à améliorer l'efficacité économique de l'ensemble de la structure verticale dont les consommateurs bénéficieront.

A titre d'exemple, si un distributeur fait un effort de prévente, il va certes tirer avantage de l'accroissement de ses ventes en résultant. Mais le fabricant des produits concernés en bénéficiera également. Le distributeur ne recueille donc pas la totalité des avantages procurés par les efforts qu'il a consentis. Dans de telles situations, les accords de franchise instituant un tarif composé d'une redevance et d'un prix de gros inférieur peuvent permettre un renforcement des efforts de vente.

Par ailleurs, des restrictions verticales peuvent être utiles pour combattre le phénomène dit de parasitisme. Celui-ci peut prendre deux formes. Il peut s'agir tout d'abord de la situation dans laquelle des détaillants profitent des efforts promotionnels d'un autre détaillant. Un accord de distribution exclusive, par lequel le producteur concède au distributeur un territoire exclusif, peut alors combattre le parasitisme. Celui-ci peut aussi se rencontrer entre fabricants. Tel est le cas lorsqu'un producteur investit dans la promotion de sa marque sur le lieu de vente et que ses concurrents bénéficient de l'accroissement de la clientèle drainée dans les magasins par ses efforts. Un accord de non-concurrence peut alors permettre de résoudre le problème.

- Sous-jacente à l'analyse des principaux effets positifs ou négatifs des restrictions verticales dont a été faite ci-dessus une présentation succincte, se trouve l'idée selon laquelle le contexte de marché est

l'élément déterminant de l'effet des restrictions verticales sur la concurrence.

L'existence d'une structure de marché dans laquelle la concurrence au niveau de la production et/ou de la distribution est suffisante conduit à apprécier les restrictions verticales de façon globalement favorable sous l'angle de la politique de concurrence. Inversement, lorsque la concurrence entre marques est faible et que producteur ou distributeur dispose d'un pouvoir de marché, les restrictions verticales peuvent être néfastes pour la concurrence.

## 2) *Le critère de l'effet anti-concurrentiel d'un accord vertical : la part de marché*

Au terme de l'analyse exposée ci-dessus, il apparaît que ce n'est pas tant la forme de l'accord que la structure du marché qui détermine son caractère nocif ou non pour la concurrence. En d'autres termes, plus le marché concerné est concurrentiel, moins un accord comportant des restrictions verticales a d'effet anti-concurrentiel. On en déduit logiquement que le critère à retenir pour apprécier le danger d'un accord vertical au regard de la concurrence est la structure du marché sur lequel il intervient, et, plus précisément, le pouvoir de marché détenu par les parties sur ce marché.

Cette démarche a mené la Commission à tirer plusieurs conclusions pour définir les nouveaux principes fondateurs de la politique communautaire à l'égard des restrictions verticales.

En premier lieu, en l'absence de « *pouvoir de marché*, » il n'est pas nécessaire de limiter la possibilité des producteurs et des distributeurs de conclure des accords verticaux, sans discrimination selon la forme de ces accords, sauf pour ceux comportant des restrictions jugées par elles-mêmes dangereuses pour la concurrence.

En second lieu, et c'est le pendant exact de la proposition précédente, lorsqu'est constatée l'existence d'un pouvoir de marché, les accords entre producteurs et distributeurs doivent faire l'objet d'un examen particulier destiné à apprécier leurs effets sur la concurrence.

*Reste à savoir comment apprécier le pouvoir de marché.* La Commission a estimé que le seul indicateur possible de cette notion est la *part de marché*. Elle en est donc venue à retenir un seuil de part de marché comme élément central du nouveau dispositif qu'elle propose pour les restrictions verticales.

- Le principe d'un seuil de part de marché fait l'objet de certaines critiques mais un examen attentif de la portée de cet élément dans la nouvelle politique de concurrence conduit à les relativiser.

Alors qu'il existait un très large consensus pour souhaiter la substitution au régime actuel d'un système fondé sur une approche économique des accords de distribution, l'introduction d'un seuil en part de marché en-dessous duquel ils seraient automatiquement exemptés suscite de nombreuses critiques, dont les principales sont les suivantes.

Tout d'abord, la part de marché ne serait pas un critère satisfaisant ou, en tout cas, suffisant, pour apprécier le pouvoir de marché, d'autres éléments devant être pris en compte à cette fin, tels que la structure de la concurrence, la détention de droits de propriété industrielle, la puissance respective de l'industrie et de la distribution etc... Par ailleurs, la part de marché n'est pas simple à définir, du fait notamment de la difficulté à déterminer le marché qui doit être considéré. En outre, les parts de marché étant fluctuantes, se pose le problème de la permanence de seuils exprimés par référence à cette notion, et donc de la sécurité juridique offerte aux entreprises dans un tel système.

Ces critiques ne suffisent toutefois pas à remettre en cause le bien fondé du choix d'un critère de seuil de part de marché.

Certes la part de marché n'est pas synonyme du pouvoir de marché et les deux notions ne coïncident pas forcément de façon parfaite. Reste que n'a été proposé aucun autre moyen, qui soit suffisamment simple d'un point de vue opérationnel, permettant de mieux appréhender le pouvoir de marché.

La seule démarche alternative consisterait à apprécier les restrictions verticales au regard de la concurrence en fonction de l'ensemble des éléments caractérisant le marché, sans recourir à un quelconque critère de seuil, sous le contrôle du juge. Telle était la position défendue par la France au début du processus d'élaboration du nouveau dispositif applicable aux accords verticaux. Une telle option aurait constitué un changement radical dans la façon d'aborder les problèmes de concurrence et n'aurait offert aux entreprises qu'un degré de sécurité juridique insuffisant. Aussi la France a-t-elle été rapidement convaincue qu'il était pour le moins prématuré de s'engager dans cette voie et elle s'est ralliée au principe du seul critère opérationnel susceptible d'apprécier le pouvoir de marché, à savoir la part de marché.

Quant aux difficultés tenant à l'estimation de la part de marché et à la détermination du marché à considérer, sans contester qu'elles puissent

effectivement se rencontrer, on ne saurait prétendre qu'il n'y ait moyen de les surmonter. La meilleure preuve en est que cette notion est d'ores et déjà utilisée dans d'autres volets du droit de la concurrence et que la jurisprudence de la Cour de Justice a dégagé nombre d'éléments d'appréciation qui, le cas échéant, pourront contribuer à résoudre les difficultés qui viendraient à surgir. La mise en œuvre de l'article 86 du Traité a ainsi permis de définir les éléments constitutifs du « marché en cause » (ou marché pertinent) dans sa dimension géographique et par rapport au produit considéré.

En ce qui concerne le risque d'insécurité juridique que présenterait pour les entreprises un dispositif faisant appel à un seuil de part de marché comme critère d'exemption, plusieurs éléments sont à prendre en considération.

Tout d'abord, la sécurité juridique absolue est difficilement compatible avec une approche économique du phénomène des accords verticaux, en faveur de laquelle s'est dégagé un très large consensus des opérateurs économiques concernés, bien placés pour mesurer les inconvénients multiples de la réglementation actuelle.

Ensuite, pour assurer la permanence des seuils en part de marché malgré le caractère fluctuant des parts de marché, la Commission envisage d'appliquer le critère avec une certaine souplesse. Selon les indications figurant dans sa communication en date du 30 septembre 1998, les accords pourraient ainsi continuer à relever du règlement d'exemption pendant une période de deux ans même si le seuil a été dépassé, pour autant qu'il ne le soit pas dans une proportion trop importante, fixée à 5 % de part de marché. En outre, si le seuil a été dépassé dans une proportion supérieure, serait accordé un délai de grâce d'un an (débutant l'année suivant l'exercice au cours duquel le dépassement se sera produit) pendant lequel l'accord pourrait continuer à bénéficier de l'exemption.

Enfin et surtout, l'utilisation d'un seuil de part de marché telle qu'elle est envisagée dans le futur règlement d'exemption n'a pas pour objet ni pour effet de faire présumer illégaux les accords passés entre des parties détenant une part de marché supérieure au seuil. La finalité du seuil est même exactement inverse, elle est de créer une zone de sécurité juridique permettant de distinguer les accords présumés licites (ceux passés en l'absence de pouvoir de marché) de ceux qui pourraient nécessiter un examen individuel. Pour ces derniers, la charge de la preuve incombera à la Commission, qui devra établir qu'ils tombent sous le coup de l'interdiction posée à l'article 85 paragraphe 1 du traité et examiner

s'ils remplissent les conditions pour bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 85 paragraphe 3.

L'introduction d'un seuil en part de marché crée donc une *présomption de légalité en-deçà de ce seuil, mais en aucun cas une présomption d'illégalité au-delà*. En ce sens, on peut même dire que le seuil s'apparente davantage à une règle de procédure qu'à une règle de fond, puisqu'il se borne à déterminer les modalités selon lesquelles un accord peut être considéré comme licite.

- Une fois admis le principe du seuil de part de marché, reste à définir son niveau.

La Commission a longtemps hésité entre l'utilisation d'un seuil ou de deux seuils de parts de marché, un système à double seuil étant présenté comme permettant d'appliquer au traitement des restrictions verticales une gradation économiquement justifiée qui refléterait les effets anticoncurrentiels qu'elles sont susceptibles d'avoir. La plupart des Etats membres, dont la France, ayant exprimé leur préférence pour un système comportant un seuil unique, c'est dans cette voie que la Commission s'oriente finalement.

A quel niveau devrait donc être fixé ce seuil de façon à remplir le mieux possible la finalité qui lui est assignée, c'est-à-dire opérer un tri entre les accords présumés sans danger pour la concurrence et ceux qui justifient une vigilance particulière ?

Précisons tout d'abord que la fixation du niveau du seuil relève du pouvoir réglementaire de la Commission. Ce niveau n'a donc pas à figurer dans le règlement du Conseil habilitant la Commission à définir par voie générale les modalités d'exemption pouvant bénéficier à l'ensemble des accords verticaux comportant des restrictions de concurrence. Il est d'ailleurs préférable que la Commission puisse agir en la matière avec une certaine souplesse, de façon à pouvoir, le cas échéant, adapter la réglementation aux évolutions économiques.

Au stade actuel des réflexions menées en concertation entre la Commission et les Etats membres, le seuil d'application du règlement d'exemption serait fixé à 30 % de part de marché. La « zone de sécurité » ainsi créée serait favorable aux petits opérateurs ne disposant pas d'un pouvoir de marché, c'est-à-dire la grande majorité des entreprises intervenant à un stade ou à un autre d'un circuit de distribution. Elle faciliterait aussi la tâche des grandes entreprises qui opèrent sur des marchés concurrentiels. Les entreprises ayant un pouvoir de marché significatif, qui pourraient de ce fait conclure des accords susceptibles de

présenter un danger pour la concurrence feraient en revanche l'objet d'une vigilance particulière, exigence qui paraît parfaitement conforme aux exigences d'une politique de concurrence réaliste et efficace.

### 3) *Le schéma d'ensemble du nouveau dispositif*

Les principaux éléments du nouveau dispositif envisagé à l'égard des restrictions verticales de concurrence s'articulent donc de la façon suivante.

Le pilier central en sera le règlement d'exemption générale, applicable à tous les types d'accords verticaux, concernant aussi bien les biens (finaux ou intermédiaires) que les services.

Ce règlement ne comportera pas une liste des clauses exemptées mais seulement une liste des « clauses noires » interdites, liste dont le contenu fait actuellement l'objet de discussions entre la Commission et les Etats membres.

Il fixera un seuil de part de marché (qui pourrait être de 30 %) définissant son champ d'application. Par rapport à ce seuil, les entreprises concernées se trouveront donc dans l'une des situations suivantes :

- au-dessous du seuil, les accords comportant des restrictions verticales seront présumés licites et bénéficieront automatiquement de l'exemption sans avoir besoin d'être notifiés ; l'exemption pourra toutefois être retirée par la Commission ou, dans certains cas, par les autorités nationales de concurrence s'il apparaît que, bien que ne dépassant pas le seuil de part de marché, ils comportent des effets anticoncurrentiels, notamment en cas d'effets cumulatifs résultant de l'accumulation d'accords verticaux dans un secteur donné ;

- au-dessus du seuil, les accords comportant des restrictions verticales devront être notifiés. Trois cas de figure sont alors possibles : en fonction de l'ensemble des caractéristiques de l'espèce, la Commission prendra à leur égard une décision soit d'attestation négative (c'est-à-dire constatant qu'ils ne tombent pas sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 85 paragraphe 1 du Traité), soit d'exemption individuelle (si les conditions prévues par l'article 85 paragraphe 3 sont remplies) soit d'interdiction (dans le cas contraire).

\*

\* \*



Le Rapporteur, dans le cadre de la préparation du présent rapport, a consulté avec profit des juristes ainsi que des représentants des organisations patronales, des associations de consommateurs, des administrations centrales concernées et de la Commission européenne.

Malgré les incertitudes qui demeurent encore sur certains points et les difficultés inhérentes à la mise en œuvre de toute réforme, la nouvelle politique proposée en matière de restrictions verticales de concurrence nous semble réaliser un compromis entre réalisme économique et sécurité juridique. Elle devrait ainsi permettre d'assurer le respect des règles de concurrence sans imposer de contraintes excessives aux entreprises, et contribuer ainsi à l'amélioration de l'efficacité économique des producteurs et distributeurs européens.

La seule requête que formule la Délégation se situe donc dans le domaine de la procédure : le Gouvernement devrait user des pouvoirs que lui confère la nouvelle rédaction de l'article 88-4 de la Constitution, issue de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999, pour saisir les assemblées du ou des projets de règlement que la Commission doit élaborer en application des textes qui nous sont aujourd'hui soumis et font l'objet du présent rapport.

\*

\* \*