II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 11 mars 1998

relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité

(Affaires n° IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited)

[notifiée sous le numéro C(1998) 292]

(Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi)

(98/531/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité [1], modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède, et notamment son article 3, paragraphe 1,

vu les plaintes déposées, au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17, par Masterfoods Limited et Valley Ice Cream (Ireland) Limited à l'encontre de Van den Bergh Foods Limited, anciennement dénommée HB Ice Cream Limited, dans lesquelles ces deux sociétés déclaraient être empêchées, à la suite d'une restriction de la concurrence, de vendre leurs glaces en Irlande,

vu la décision de la Commission du 29 juillet 1993 d'ouvrir une procédure dans cette affaire,

vu la demande d'attestation négative/exemption introduite par Van den Bergh Foods Ltd, le 9 mars 1995, conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 17, pour ses accords de distribution de glaces destinées à la consommation immédiate en Irlande,

après avoir donné aux entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission, conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17, en liaison avec le règlement n° 99/63/CEE de la Commission du 25 juillet 1963 relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 du Conseil [2],

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, considérant ce qui suit:

I. INTRODUCTION

(1) La présente décision concerne les accords conclus par Van den Bergh Foods Limited, précédemment connue sous le nom de HB Ice Cream Limited (ci-après dénommée «HB»), pour la distribution en Irlande de ses glaces destinées à la consommation immédiate. HB a pour pratique de mettre des congélateurs à la disposition des points de vente distribuant ses glaces, sous réserve qu'ils soient utilisés exclusivement pour ces dernières.

[1] JO 13 du 21.2.1962, p. 204/62.

[2] JO 127 du 20.8.1963, p. 2268/63.

(2) Le 18 septembre 1991, Master Foods Limited, opérant sous la raison sociale Mars Ireland (ci-après dénommée «Mars»), a déposé une plainte [3] contre HB auprès de la Commission, en vertu de l'article 3 du règlement n° 17. Cette plainte portait sur la fourniture par HB, à un grand nombre de détaillants, de congélateurs devant être utilisés exclusivement pour les produits de cette marque. Mars prétend que cette pratique l'empêche d'accéder à des commerces de détail où elle pourrait vendre ses glaces pour consommation immédiate en Irlande, ce qui constitue une entrave à la concurrence.

(3) Mars a pénétré sur le marché irlandais des glaces alimentaires en 1989. En avril 1990, la High Court d'Irlande a prononcé une ordonnance en référé en faveur de HB, qui interdisait le stockage des produits Mars dans des congélateurs HB. En mai 1992, cette même juridiction [4] a prononcé une ordonnance définitive en faveur de HB interdisant à Mars d'inciter les détaillants à stocker ses glaces dans les congélateurs HB. Elle a également estimé que la politique d'utilisation exclusive de ses congélateurs pour ses produits pratiquée par HB ne tombait sous le coup de l'interdiction figurant à l'article 85, paragraphe 1, et que ni cette clause d'exclusivité, ni la politique de prix pratiquée par HB n'étaient en infraction avec les dispositions de l'article 86. Toutefois, elle a estimé que HB détenait une position dominante sur le marché irlandais des glaces pour consommation immédiate. Mars a fait appel de ces arrêts devant la Cour suprême irlandaise.

(4) Le 22 juillet 1992, Valley Ice Cream (Ireland) Limited (ci-après dénommée «Valley») a introduit auprès de la Commission une plainte [5] contre HB similaire, dans ses termes, à la plainte introduite par Mars. Valley était un fabricant irlandais de glaces qui a été mis en liquidation en 1997. Jusque peu avant sa mise en liquidation, il avait été le principal distributeur des glaces Mars en Irlande.

(5) Le 29 juillet 1993, la Commission a provisoirement conclu que le système de distribution mis en place par HB à cette époque était en infraction avec les articles 85 et 86 du traité et elle a adressé une communication des griefs à HB à cet effet. HB a contesté le point de vue de la Commission sur la légalité de ses accords de distribution.

(6) Dans sa communication des griefs, la Commission admettait que les accords signés par HB apportaient certaines améliorations à la distribution, mais elle estimait que celles-ci se trouvaient annulées par les effets négatifs des entraves à la concurrence qui en résultaient. Toutefois, elle précisait que HB avait la possibilité de proposer une modification de ces accords de distribution des glaces pour consommation immédiate en Irlande, de nature à lui permettre de bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3. Tout en maintenant son point de vue sur la légalité de ses accords de distribution en cours, à la suite d'un certain nombre d'entretiens avec la Commission, HB a présenté des propositions en ce sens. Le 8 mars 1995, elles ont été notifiées à la Commission [6], qui a alors publié une déclaration [7] dans laquelle elle estimait qu'à première vue ces modifications pourraient permettre à HB de bénéficier d'une exemption.

(7) Sur la base de ces propositions et compte tenu des effets que HB estimait qu'elles auraient sur le marché, la Commission a annoncé, le 15 août 1995 [8], son intention de se montrer favorable aux accords de distribution de HB, tels qu'ils avaient été notifiés. Toutefois, les modifications n'ont pas apporté les résultats escomptés en termes de libre accès aux points de vente. Compte tenu de ce facteur et de la situation actuelle sur le marché, la Commission a révisé son jugement initial (voir considérants 247 et suivants). En conséquence, la Commission a adressé à HB, le 22 janvier 1997, une nouvelle communication des griefs. HB a communiqué sa réponse écrite à cette communication le 24 avril 1997 et présenté ses arguments lors d'une audition qui a eu lieu le 11 juin 1997.

II. LES FAITS

1. *Produit*

i) **Glace alimentaire en général**

(8) Les principales matières premières utilisées pour la production de glace alimentaire sont le lait (y compris le lait écrémé), les matières grasses (animales ou végétales) et le sucre. D'autres produits peuvent y être ajoutés, notamment des agents émulsifiants et stabilisants, des colorants et des aromatisants, des noix, du chocolat et des concentrés de fruits. La législation relative à la définition des produits, à l'étiquetage et aux teneurs autorisées (teneur en air, etc.) varie légèrement d'un État membre à l'autre. Le contenu des yaourts glacés, des sorbets et autres glaces à base d'eau, ainsi que

[3] Affaire n° IV/34.073.
[4] Masterfoods c/HB Ice Cream, [1992]3 CMLR 830.
[5] Affaire n° IV/34.395.
[6] Affaire n° IV/35.436.
[7] Communiqué de presse de la Commission du 8 mars 1995, IP/95/229.
[8] JO C 211 du 15.8.1995, p. 4; communication conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17, qui contenait une présentation succincte des nouveaux accords de distribution de HB et invitait les tiers intéressés à communiquer leurs observations. La société Mars a transmis des observations.

des glaces à l'italienne (soft ice cream) et des mousses glacées (qui sont fabriquées avec des graisses végétales et ne contiennent pas de produits laitiers) est très différent de celui des glaces alimentaires en général.

(9) La glace alimentaire doit être maintenue à une température peu élevée au cours de tous les stades de la production et de la distribution, avant consommation. La seule exception est la glace à l'italienne qui est livrée aux détaillants sous forme d'un mélange de composants (mix) à température ambiante (en tant que produit «frais» ou «stérile») et est transformée en produit final par traitement dans un appareil de distribution spécial dans les locaux du détaillant.

(10) La glace alimentaire peut être classée en fonction de son mode de fabrication et de distribution. On opère habituellement une distinction entre, d'une part, la glace artisanale, qui est généralement fabriquée, distribuée et consommée localement, sur une petite échelle, et, d'autre part, la glace industrielle, qui est fabriquée pour être distribuée sur une grande échelle. Presque toute la glace alimentaire fabriquée et vendue en Irlande est industrielle.

(11) La glace peut également être classée en fonction du lieu où elle sera consommée. De ce point de vue, on distingue généralement trois catégories:

— la glace faisant l'objet d'un achat impulsif, qui est destinée à être consommée immédiatement, sur place ou près du lieu d'achat: elle est vendue en conditionnement individuel (souvent en bâtonnets) ou en portions individuelles, à la boule,

— la glace à emporter, qui comprend des articles individuels en emballages multiples, les produits en boîte, les desserts, etc., destinée à être consommée à domicile,

— la glace destinée au secteur de la restauration, qui est vendue en vrac aux hôtels, restaurants, pâtisseries, etc., où elle sera consommée.

ii) **Glace destinée à la consommation immédiate**

(12) Les glaces alimentaires destinées à la consommation immédiate, qui sont vendues en portions individuelles, sont généralement entreposées dans des congélateurs «self-service» installés dans les locaux du détaillant ou juste à l'extérieur. Ces congélateurs occupent habituellement une place en vue. Comme c'est le cas pour tous les produits faisant l'objet d'achats impulsifs, la disponibilité et la visibilité sur le point de vente sont des facteurs importants. Si le produit n'est pas disponible ou n'est pas visible, une occasion de vente pourra être manquée définitivement [9] — les consommateurs ne faisant généralement pas des kilomètres pour acheter une glace ou remettant leur décision d'achat à plus tard. L'accès à un vaste réseau de distribution est particulièrement important pour que les consommateurs puissent goûter les produits nouveaux, ce qui permet de stimuler la demande pour ces produits. Les glaces pour consommation immédiate en emballages individuels sont presque toujours des produits de marque, soutenus par des investissements considérables dans la publicité et d'autres formes d'actions promotionnelles.

(13) Les facteurs saisonniers jouent un rôle très important dans la consommation de cette catégorie de glaces, la plupart des ventes étant réalisées pendant les mois d'été. Ainsi, en 1992, environ deux tiers des ventes des produits HB de ce type ont été effectuées sur quatre mois, de mai à août. Les ventes dépendent aussi en grande partie du temps.

(14) Si les enfants représentent une proportion particulièrement élevée des acheteurs de glace en portions individuelles, la tendance, pour les nouvelles glaces industrielles, est aux produits haut de gamme (qui sont généralement riches en matières grasses du lait et contiennent une faible proportion d'air), essentiellement consommés par des adultes. Ces produits sont vendus à un prix plus élevé et sont destinés à un public plus large, comprenant les adultes. C'est le segment du marché des achats impulsifs qui connaît actuellement la plus forte croissance.

(15) La glace destinée à être vendue à la boule est livrée en vrac au détaillant, qui l'entrepose généralement dans un congélateur spécialement destiné à cet effet, et la sert au client sur un cône. En Irlande, ce type de glace ne représente qu'une faible partie du volume des ventes.

(16) La glace à l'italienne est livrée au détaillant sous forme d'une poudre à température ambiante. Le détaillant doit ensuite ajouter d'autres ingrédients à ce mélange de base et utiliser un équipement de distribution spécial qui le transforme en un pro-

[9] Le magazine irlandais du commerce de détail «Shelflife» cite, dans son numéro de mars 1996, ces paroles de Noel McEneaney, le directeur du *marketing* de HB: «Il est prouvé que sur trois personnes effectuant un achat impulsif, une seule est entrée dans le magasin avec l'intention d'acheter un glace. Nous essayons de maximiser ce facteur en faisant en sorte que la première chose que le client voie lorsque il ou elle entre dans le magasin soit le congélateur contenant les glaces, soit dans l'entrée ou près de la caisse».

duit à faible température, qui est servi au client. La glace à l'italienne est généralement servie sur un cône en gaufre.

(17) Du point de vue du fabricant, le commerce à grande échelle de cette catégorie de glaces est à forte intensité de capital et comporte des risques commerciaux considérables, parce qu'il est tributaire de conditions météorologiques impossibles à prévoir. Il nécessite un niveau élevé de fonds de roulement pour financer la production avant la saison et la stocker. Les producteurs doivent donc bien planifier les opérations et élaborer une stratégie efficace pour pouvoir mener la brève «campagne saisonnière».

2. *Marché de la glace alimentaire dans la Communauté*

(18) Dans la Communauté, les marchés de la glace alimentaire possèdent des caractéristiques différentes d'un État membre à l'autre. La consommation annuelle de glaces artisanales, par exemple, va de plus de 6 litres par habitant en Italie à moins d'un demi litre par habitant en Espagne, et encore moins en Irlande. La quasi-totalité des produits vendus en Europe sont de type industriel. C'est au Royaume-Uni que la production de glaces industrielles est la plus élevée; il est suivi, par ordre décroissant, par l'Allemagne, l'Italie et la France. La part des glaces pour consommation immédiate dans la totalité des ventes de glaces varie également considérablement selon les États membres.

(19) Les sociétés du groupe Unilever sont les principaux fournisseurs de glaces alimentaires dans la plupart des États membres. Dans le secteur des glaces pour consommation immédiate, les sociétés Unilever occupent la première place dans pratiquement tous les États membres, à l'exception de l'Espagne, de la Grèce et de la Finlande. Les groupes Nestlé, Artic/Beatrice, Grand Metropolitan et Schöller vendent tous de la glace dans plus d'un État membre. Certains de ces groupes, notamment Unilever et Nestlé, opèrent sous des raisons sociales différentes selon les États membres.

(20) Les réglementations nationales sur le contenu des glaces ne sont pas harmonisées dans la Communauté. Les différences qui existent, notamment celles concernant les types autorisés de matières grasses animales et végétales, peuvent donner lieu à des différences importantes dans les produits vendus dans les divers États membres, ainsi que dans leur coût. Les prix de vente moyens au détail pour des produits similaires, voire identiques, peuvent également varier de façon importante d'un État membre à l'autre. Toutefois, une analyse de la gamme des produits mis en vente par des fournisseurs opérant dans plusieurs États membres montre que des produits similaires ou identiques sont souvent vendus sous des noms de produits ou de marques différents. En outre, le volume des échanges entre États membres est considérable.

(21) Les fabricants et les distributeurs de glace, en l'occurrence tant les sociétés du groupe Unilever qu'un grand nombre de ses concurrents, ont largement recours, dans toute l'Europe, à la pratique qui consiste à fournir des congélateurs aux détaillants, avec une clause d'exclusivité.

3. *Marché de la glace alimentaire en Irlande*

i) **Remarques générales**

(22) La consommation de glace par habitant en Irlande est l'une des plus élevées de la Communauté. La taille globale, tant en volume qu'en valeur, du marché des glaces industrielles en Irlande est indiquée, dans le tableau ci-dessous, pour 1995 et 1996 ([10]).

	1996 (vol.) (en milliers de litres)	1996 (val.) (en milliers de livres irlandaises)	1995 (vol.) (en milliers de litres)	1995 (val.) (en milliers de livres irlandaises)
Achats impulsifs (consommation immédiate)	11 632	46 425	12 297	56 430
Emballages multiples	1 480	5 585	1 388	5 597
Produits à emporter	14 065	28 832	15 542	31 281
Restauration	4 718	11 175	4 756	10 954
Total	31 895	96 523	33 983	104 262

Au cours de l'été 1995, les ventes (notamment les achats impulsifs) ont été très favorables en raison des bonnes conditions atmosphériques. La dégradation de celles-ci au cours de l'été 1996 explique la baisse relative des ventes au cours de cette année. La valeur totale du marché des glaces à l'italienne ([11]) en Irlande s'élève, selon HB, à environ [. . .] de livres irlandaises par an.

([10]) Source: AC Nielsen, une importante société d'études de marché. Les chiffres des ventes concernent les ventes au détail et ne sont pas les mêmes que les chiffres relatifs aux ventes brutes indiqués ailleurs; ceux-ci ne contiennent ni la marge des détaillants, ni la TVA. Les chiffres indiqués englobent également les sorbets.

([11]) Selon HB, les informations sur ce secteur ne sont pas publiées.

ii) **HB**

(23) HB est le principal fabricant et distributeur de glaces alimentaires en Irlande. La société estime qu'elle doit sa première place sur ce marché à l'acquisition, en 1968, du secteur «glaces alimentaires» de son principal rival à l'époque, Premier Dairies [12]. Depuis 1974, elle fait partie du groupe Unilever. En 1993, la société a été réorganisée sous la raison sociale Van den Bergh Foods Ltd, à la suite de la fusion de HB Ice Cream Limited avec d'autres sociétés du groupe Unilever. En 1996, elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ [. . .] de livres irlandaises. En 1995, son chiffre d'affaires a été de [. . .] de livres irlandaises, contre [. . .] de livres irlandaises en 1994 et [. . .] de livres irlandaises en 1993.

(24) Le groupe multinational Unilever est l'un des principaux fabricants de biens de consommation dans le monde. Les deux sociétés mères, Unilever NV et Unilever PLC, ont réalisé un chiffre d'affaires mondial consolidé d'environ 33,5 milliards de livres sterling en 1996. En Irlande, le groupe Unilever a réalisé cette même année un chiffre d'affaires d'environ 231 millions de livres irlandaises. Les sociétés du groupe Unilever produisent et distribuent des glaces dans tous les États membres. Sur la plupart de ces marchés, Unilever occupe la première place. Le groupe a eu pour politique, sur les différents marchés nationaux, d'acquérir les fabricants de glace locaux et de développer les marques à l'échelle nationale. Toutefois, plus récemment, elle a lancé certains produits à l'échelle internationale, notamment le bâton glacé «Magnum», qui connaît un grand succès.

(25) HB fournit une gamme complète de glaces, notamment un éventail exhaustif de produits pour consommation immédiate (y compris des produits haut de gamme), dont beaucoup sont très populaires auprès des consommateurs. La plupart des produits sont fabriqués en Irlande, mais certains d'entre eux sont fabriqués par d'autres sociétés du groupe Unilever et importés par HB. La glace est commercialisée sous la marque «HB», dont la notoriété est très forte en Irlande. HB vend également des mélanges de composants à température ambiante destinés à être transformés en glaces à l'italienne par les détaillants.

(26) Le volume total des glaces commercialisées par HB en Irlande est indiqué dans le tableau ci-dessous (en milliers de litres):

	1993	1994	1995	1996
Achats impulsifs (consommation immédiate)	8 138	8 563	10 170	9 736
Emballages multiples	648	908	1 091	2 664
Produits à emporter	10 392	10 960	11 582	15 344
Restauration	737	1 146	1 189	1 788
Total	19 915	21 577	24 032	23 398

(27) En 1996, la valeur totale des ventes de HB dans le secteur des glaces pour consommation immédiate s'est élevée à [. . .] de livres irlandaises (ventes brutes), contre [. . .] de livres irlandaises en 1995 et [. . .] de livres irlandaises en 1994.

(28) En 1996, au cours de la période de quatre mois qui va de juin à septembre, HB a atteint une part de marché [13] d'environ 85 % dans le secteur des glaces pour consommation immédiate en Irlande, contre 83 % au cours de la même période en 1995, 77 % en été 1994 et 76 % en été 1993. En termes de volume, la part de marché détenue par HB au cours de l'été 1996 s'est élevée à environ 85 %, contre 83 % au cours de la même période en 1995 et 80 % en 1994 et en 1993. En juin/juillet 1997, la part de marché détenue par HB s'est élevée à 89 %, tant en volume qu'en valeur. HB attribue cette augmentation de ses parts de marché, au moins en partie, aux difficultés financières éprouvées par Valley et au fait que l'accord de distribution commune conclu entre Mars et Valley a pris fin. HB évalue sa part sur le marché irlandais des glaces à l'italienne environ [. . .] %.

iii) **Autres fabricants**

(29) Le reste du marché irlandais des glaces se répartit principalement entre Mars, Valley, Nestlé, Leadmore (Ireland) Ltd (ci-après dénommée «Leadmore»), Dale Farm Dairy Group Ltd (ci-après dénommée «Dale Farm») et Häagen Dazs.

a) *Mars*

(30) Mars est une filiale à 100 % de la multinationale américaine Mars Incorporated. Elle fait donc par-

[12] Du jour au lendemain, la part du marché des glaces détenues par HB est passée de 42 % à 80 %. En échange, Premier Dairies a acquis le secteur «produits laitiers» de HB.

[13] Ces chiffres sur les parts de marché proviennent d'AC Nielsen qui, pour les calculer, a utilisé la même définition du marché que dans la présente décision, la seule exception étant que les sorbets y sont inclus (ce qui, toutefois, n'affecte pas de façon sensible les parts détenues par les différents acteurs).

tie d'un groupe international possédant des filiales dans la plupart des États membres. Mars a pénétré pour la première fois sur le marché des glaces alimentaires lorsqu'elle a acheté Dove, un fabricant américain de glace. S'appuyant sur le renom de ses marques dans le domaine de la confiserie, Mars a mis au point des versions glacées de certains de ses produits, étendant ainsi ces derniers à une autre catégorie de produits. Mars produit l'ensemble des glaces destinées au marché européen dans ses installations de production française (Doveuropa SA) et vend les produits sous les mêmes dénominations dans chaque État membre. C'est en 1988 qu'elle a introduit ses produits glacés en Europe.

(31) Mars a commencé à vendre ses glaces en Irlande, en portions individuelles et en emballages multiples, en 1989. La notoriété déjà élevée de la marque auprés des consommateurs a permis de réduire les coûts de lancement des produits. La gamme de produits glacés proposée par Mars se limite à un nombre relativement faible d'articles, qui se situent presque tous sur le segment «haut de gamme» (à prix élevés) du marché et sont essentiellement recherchés par des consommateurs adultes.

(32) La part de marché en valeur détenue par Mars dans le secteur des glaces pour consommation immédiate en Irlande, au cours de la période juin-septembre 1996, a été d'environ 6 %, alors qu'elle atteignait 7 % au cours de la même période en 1995, 10 % environ en été 1994 et 14 % en 1993. Sa part de marché en volume est un peu plus faible, en raison du caractère «haut de gamme» des produits qu'elle propose. Au cours de l'été 1995 et 1996, elle détenait environ 4 % du marché, contre 6 % en 1994 et 8 % en 1993. Au cours de la période juin/juillet 1997, la part de marché de Mars s'est élevée à 4 % en volume et à 5 % en valeur.

b) *Valley*

(33) Jusqu'à sa liquidation en octobre 1997, Valley fournissait une large gamme de glaces destinées à la consommation immédiate, mais sans produits haut de gamme. Valley a un long passé de difficultés financières, jusqu'à sa mise en liquidation et à sa reconstitution ultérieure en 1985. À l'été 1996, sa part de marché (en valeur) était d'environ 6 %, contre 7 % en 1994 et 1995 et 5 % en 1993. En volume, sa part de marché s'est élevée à environ 8 % en 1996, contre 9 % l'année précédente. Au cours de la période juin/juillet 1997, la part de marché de Valley a été de 3 % en volume et de 2 % en valeur. De 1989 à début 1997, Valley a été le principal distributeur des produits Mars destinés à la consommation immédiate.

c) *Nestlé*

(34) Nestlé est une société multinationale possédant des filiales dans le secteur de la glace dans la plupart des États membres. Nestlé a pénétré sur le marché irlandais en 1994, où elle a atteint une part de marché d'environ 2 % (en valeur et en volume) en 1995 et 1996, contre environ 1 % en 1994. Au cours de la période juin/juillet 1997, la part de marché de Nestlé, tant en volume qu'en valeur, a été de 2 %.

d) *Häagen Dazs*

(35) Häagen Dazs (qui fait partie du groupe Grand Metropolitan) a pénétré sur le marché irlandais des glaces destinées à la consommation immédiate en 1993, avec une gamme limitée de produits de luxe. Sa part sur le marché des glaces destinées à la consommation immédiate est trés faible et Nielsen ne l'a pas calculée individuellement.

e) *Dale Farm*

(36) Dale Farm, une filiale du producteur britannique de produits laitiers Northern Foods, est essentiellement implantée en Irlande du Nord, où elle est le *leader* du marché. Elle distribue ses glaces par l'intermédiaire de franchisés indépendants et d'agents. Au cours des étés 1995 et 1996, sa part de marché a été de 1 % en volume et valeur, contre 0,5 % en 1994. Au cours de la période juin/juillet 1997, sa part a été de 1,5 %, tant en volume qu'en valeur. Dale Farm distribue également les produits Mars, bien que ceux-ci lui soient fournis par la filiale britannique de Mars, et non par sa filiale irlandaise.

f) *Leadmore*

(37) Leadmore est un producteur régional de glaces. En décembre 1994, Leadmore Ice Cream Ltd a été mise en règlement judiciaire. Elle a été rachetée en tant qu'entité économique encore existante par le liquidateur judiciaire en mai 1995 et reconstituée sous la raison sociale Leadmore (Ireland) Ltd. La part de marché en valeur de Leadmore a été d'environ 0,5 % au cours des étés 1995 et 1996 et de la période juin/juillet 1997, alors qu'elle atteignait 3 % au cours de l'été 1994. Leadmore opère essentiellement dans une zone géographique limitée.

g) *Fournisseurs de poudres pour glaces à l'italienne*

(38) Outre HB (voir ci-dessus), les principaux fournisseurs de poudres pour glaces à l'italienne en Irlande sont R&F Martin (opérant sous le nom de «Angelito's»), avec une part de marché estimée à 35 %, Pritchards, avec une part de marché estimée à 20 %, ainsi que d'autres fournisseurs tels que Leepatrick Dairies et Dawn Dairies, dont les parts sont plus réduites.

4. *Canaux de distribution des glaces destinées à la consommation immédiate en Irlande*

i) **Remarques générales**

(39) En Irlande, la glace industrielle est distribuée au public par l'intermédiaire d'un vaste réseau de points de vente: épiceries, commerces de détail «traditionnels» (bureaux de tabac, confiseries, marchands de journaux), stations-services, débits installés dans des lieux de loisirs. Les points de vente les plus importants pour les glaces destinées à être consommées immédiatement sont le commerce de détail traditionnel, les épiceries (y compris les groupes franchisés) et les garages, comme le montrent les études réalisées par AC Nielsen [14] sur le marché des glaces en Irlande au cours de l'été 1992 et en avril/mai 1995, qui ventilent les ventes (en valeur) selon les canaux de distribution comme suit:

	Juin/juillet 1992	Août/ septembre 1992	Avril/mai 1995
Supermarchés	3 %	4 %	2 %
Épiceries	60 %	59 %	55 %
Bureaux de tabac, confiseries, marchands de journaux/garages	37 %	37 %	43 %

(40) D'après les recensements des commerces de détail d'AC Nielsen de 1991 et 1994, la structure des points de vente dans le secteur des produits alimentaires et de la confiserie (nombre de points de vente) est la suivante:

	1991	1994
Supermarchés	154	160
Groupes franchisés	999	1 015
Épiceries	6 069	5 652
Bureaux de tabacs, confiseries, marchands de journaux	1 864	1 863
Garages	1 186	979
Total	10 272	9 669

(41) Comme on peut le constater, la structure a peu évolué au cours de ces trois ans, à l'exception du nombre des épiceries, qui a baissé. La plupart de ces points de vente vendent des glaces destinées à être consommées immédiatement. En 1994, c'était le cas pour 95 % d'entre eux. HB, se basant sur les chiffres d'AC Nielsen, estime (pour 1997) que le nombre de points de vente vendant ce type de produits est de 9 454.

(42) Les magasins à succursales multiples (une catégorie de points de vente comprenant essentiellement des supermarchés) vendent principalement des glaces à emporter, notamment en emballages multiples, qui sont souvent stockés, comme les aliments surgelés, dans les propres congélateurs du détaillant. On notera également que dans certaines petites épiceries irlandaises, les glaces pour consommation immédiate et les glaces à emporter sont fréquemment écoulées dans les mêmes points de vente et proviennent, dans bien des cas, du même congélateur.

(43) Les points de vente normaux disposent bien sûr d'une surface limitée pour placer les congélateurs. Ceux qui enregistrent les ventes les plus importantes de glaces destinées à la consommation immédiate sont généralement petits et l'espace dont ils disposent est restreint. Les glaces destinées à la consommation immédiate constituent pour la plupart des détaillants un produit marginal, dans la mesure où elles ne représentent qu'un petit pourcentage de leur chiffre d'affaires et de leurs bénéfices et qu'elles se trouvent en concurrence, pour l'occupation de la surface de vente, avec toute une série d'autres produits (faisant l'objet d'achats impulsifs ou non), dont beaucoup présentent l'avantage de ne pas se vendre de manière saisonnière et pour lesquels les ventes par unité de surface enregistrées sur l'année sont plus importantes [15]. Selon des informations fournies par HB, la glace ne représente, en valeur, que 8,5 % de l'ensemble des ventes de produits faisant l'objet d'achats impulsifs en Irlande (confiserie, boissons non alcoolisées, snacks et glaces). En outre, l'espace disponible dans un point de vente ne présente pas une importance égale pour la vente de produits faisant l'objet d'un achat impulsif. En effet, la visibilité constitue dans ce cas un facteur essentiel (voir note 9 de bas de page).

(44) L'accès à la distribution est généralement mesuré en termes de: a) «distribution non pondérée (numérique)», c'est-à-dire le pourcentage de points de vente proposant des glaces pour consommation immédiate où les produits d'un fabricant sont disponibles et b) la «distribution en valeur», c'est-à-dire le pourcentage de points de vente proposant des glaces pour consommation immédiate dans

[14] L'étude d'AC Nielsen sur les glaces pour consommation immédiate est la seule source de données régulières fiable sur la distribution de ce type de produits en Irlande. Les points de vente contenus dans l'«univers» sont les mêmes que ceux pris en compte par Nielsen dans ses études sur la confiserie et ne comprennent pas certains points de vente de glace plus marginaux, tels que les cinémas, les théâtres et les débits isolés.

[15] L'étude de marché réalisée par Lansdowne en été 1996, décrite en détail ci-dessous, a montré que les mouvements de congélateurs destinés à satisfaire des modifications saisonnières de la demande étaient minimes (voir considérant 97).

lesquels les produits d'un fabricant sont disponibles, pondéré par le chiffre d'affaires relatif aux glaces pour consommation immédiate. Bien que la distribution en valeur soit généralement considérée comme le facteur de mesure du niveau de distribution d'une société le plus important, dans le cas des produits faisant l'objet d'achats impulsifs, la distribution numérique est particulièrement importante, dans la mesure où elle constitue l'indicateur le plus précis de la disponibilité (et de la visibilité) du produit pour les consommateurs. C'est lorsqu'un produit de ce type est lancé pour la première fois sur le marché que l'importance de niveaux élevés de distribution numérique est la plus évidente, car il y a ainsi plus de chances que des consommateurs essaient le produit au moins une fois.

ii) **HB**

(45) Les glaces HB sont en vente dans chacune des catégories de commerce mentionnées au considérant 39. HB vend ses glaces pour consommation immédiate à [...] clients au total, dont [...] ([...]%) réalisent un chiffre d'affaires annuel, pour ces produits, inférieur à 1 500 livres irlandaise.

(46) Selon les études menées par AC Nielsen en Irlande ces dernières années, HB a réalisé, pour les glaces destinées à la consommation immédiate, une distribution numérique d'environ 79 % et une distribution en valeur de 94 %, au cours de la période août-septembre 1995. Cela signifie que ses produits ont été vendus dans 79 % des points de vente en nombre [16], et que les glaces HB destinées à la consommation immédiate ont été vendues dans des points de vente représentant 94 % de l'ensemble des ventes pour ce type de produits en Irlande. Les chiffres ont été presque identiques pour la période juin-juillet de cette année, où la distribution en valeur à été de 95 %. En juin-juillet 1994, la distribution numérique et la distribution en valeur des produits HB ont été de 78 % et 92 % respectivement, alors que pour août-septembre cette année, ces chiffres étaient de 79 % et 93 %. En juin-juillet 1996, la distribution numérique des produits HB a été de 82 % et la distribution en valeur de 96 %. En août-septembre 1996, ces chiffres sont demeurés inchangés, alors qu'en juin-juillet 1997, la distribution numérique a été de 85 % et la distribution en valeur de 97 %.

iii) **Mars**

(47) Selon AC Nielsen, Mars a couvert, au cours de la période août-septembre 1995, environ 35 % du marché en ce qui concerne la distribution numérique et 48 % pour la distribution en valeur. Ces chiffres ont été les mêmes en juin-juillet de cette année, alors qu'en juin-juillet 1994, la distribution numérique et la distribution en valeur des produits Mars ont été de 36 % et 56 % respectivement. En août-septembre de cette année, ces chiffres ont été de 34 % et 52 %. En juin-juillet 1996, la distribution numérique était de 32 % et la distribution en valeur de 43 %, alors que pour août-septembre 1996 ces chiffres étaient de 31 % et 43 % respectivement, et de 30 % et 40 % en juin-juillet 1997.

(48) Mars considère (sur la base d'une enquête réalisée par ses représentants à l'époque) qu'avant l'ordonnance en référé prononcé à son encontre par la High Court d'Irlande en 1990 (transformée ultérieurement en ordonnance permanente — voir considérant 3), qui lui interdit d'inciter les détaillants à stocker ses glaces dans des congélateurs HB, la distribution numérique de ses glaces pour consommation immédiate en Irlande était de l'ordre de 42 %. Ce niveau a été atteint dans les premiers mois du lancement de ses produits sur le marché irlandais et a été réalisé, en grande partie, grâce à l'entreposage des produits Mars dans les congélateurs HB. Mars estime que, à la suite de cette ordonnance, son niveau de distribution est tombé à moins de 20 %.

iv) **Autres fabricants**

(49) Les niveaux de distribution numérique et de distribution en valeur atteints par Valley ont été les suivants: août-septembre 1995: 29 % et 36 %; juin-juillet 1995: 30 % et 37 %; juin-juillet 1994: 28 % et 39 %: août-septembre 1994: 29 % et 39 %: juin-juillet 1996: 26 % et 31 %; août-septembre 1996: 26 % et 30 %; juin-juillet 1997: 20 % et 19 % seulement.

(50) En ce qui concerne Nestlé, les chiffres relatifs à la distribution numérique et à la distribution en valeur ont été les suivants: août-septembre 1995: 20 % et 25 %; juin-juillet 1995: 20 % et 26 %; juin-juillet 1994: 19 % et 18 %; août-septembre 1994: 20 % et 19 % (la plupart des ventes de Nestlé en 1994 ont été réalisées avec une seule gamme de produits, «Fruit Pastilles»); juin-juillet 1996: 19 % et 24 %; août-septembre 1996: 18 %

[16] Les chiffres réels pour la distribution en valeur et la distribution numérique sont légèrement plus élevés, dans la mesure où tous les points de vente compris dans les études ne vendent pas de glace destinée à la consommation immédiate. C'est ainsi que 93 % seulement de tous les points de vente compris dans les études ont vendu ce type de produits au cours de la période mentionnée ci-dessus. Dans ce cas, il serait donc plus précis de prendre comme référence la moyenne entre 79 et 93, soit 85 %. Une correction similaire peut être faite pour l'ensemble des périodes considérées, mais cela n'a pas été le cas dans la présente décision. Cette distorsion n'existe pas pour les chiffres en valeur.

et 25 %; juin-juillet 1997: 20 % pour la distribution numérique et 21 % pour la distribution en valeur, ce qui représente une hausse pour la distribution numérique et une baisse pour la distribution en valeur.

(51) Pour Dale Farm, les chiffres relatifs à la distribution numérique et à la distribution en valeur ont été les suivants: août-septembre 1995: 11 % et 12 %; juin-juillet 1995: 11 % et 11 %; juin-juillet 1994: 5 % et 6 %; août-septembre 1994: 4 % et 6 %; juin-juillet 1996: 9 % et 8 %; août-septembre 1996: 8 % et 7 %; juin-juillet 1997: 11 % et 11 %.

(52) Avant d'être mise en règlement judiciaire fin 1994, Leadmore avait réalisé une distribution numérique de 17 % et une distribution en valeur de 15 % en juin-juillet 1994. En juin-juillet 1995, la distribution numérique a été d'environ 10 %; en juin-juillet 1996, la distribution numérique a été de 7 % et la distribution en valeur de 6 %, alors qu'en juin-juillet 1997, ces chiffres étaient respectivement de 4 % et 7 %.

5. *Accords de distribution conclus en Irlande pour les glaces destinées à la consommation immédiate*

(53) La distribution à grande échelle de la glace industrielle nécessite, entre autres, que le transport se fasse par véhicules frigorifiques de l'usine au point de vente ou à l'établissement de restauration, qui doivent également disposer sur place d'installations frigorifiques (généralement des congélateurs). Un producteur de glace doit soit constituer son propre réseau de distribution de produits congelés, soit conclure un accord lui permettant d'avoir accès au réseau de distribution d'un autre producteur de glace ou d'un grossiste. Un distributeur doit être en mesure de se rendre fréquemment dans les différents points de vente et de répondre rapidement à des commandes, notamment en été.

(54) L'usage en Irlande veut que les producteurs qui vendent des glaces pour consommation immédiate mettent «gracieusement» (c'est-à-dire sans frais directs) des congélateurs à la disposition des détaillants dans le cadre d'accords aux termes desquels le détaillant s'engage à n'utiliser les congélateurs que pour entreposer les produits du fournisseur (clause d'exclusivité). Ce point est illustré par l'étude de marché exposé plus en détail ci-dessous (voir considérants 90 et 91). Le fournisseur assure généralement l'entretien des congélateurs, également «à titre gracieux». Les producteurs livrent habituellement la plupart de leurs produits directement aux détaillants, y compris par l'intermédiaire d'agents, sans avoir recours à des intermédiaires indépendants. Le commerce de gros dans le secteur des glaces est très réduit en Irlande.

(55) Avant que HB ne se défasse d'une partie de son parc de congélateurs en 1996 (voir considérants 72 et 73), il semble qu'il y ait eu, en Irlande, peu de congélateurs destinés au stockage et à la vente de glace pour consommation immédiate qui aient été la propriété des détaillants, ainsi que le montre l'étude de marché mentionnée aux considérants 85 et suivants.

6. *Accords de distribution de HB pour les glaces destinées à la consommation immédiate en Irlande*

i) **Remarques générales**

(56) HB fournit directement 80 % des points de vente de ses glaces en Irlande. La livraison se fait directement dans le congélateur, qu'il appartienne ou non à HB. HB possède des dépôts régionaux à partir desquels elle effectue des livraisons locales dans ses propres camionnettes réfrigérées. Les 20 % restants de ses points de vente sont livrés par huit agents locaux différents, travaillant pour le compte de HB. Les accords conclus avec ces distributeurs sont déjà anciens et ils ont été passés en raison des difficultés logistiques qu'éprouvait HB à garantir une couverture géographique intégrale par la distribution directe de ses produits. Sur le marché irlandais, HB est le seul producteur de glace possédant un réseau de distribution à l'échelon du pays, intégré verticalement.

(57) HB accorde des remises liées aux chiffres d'affaires pour l'achat de ses glaces (non applicables aux glaces à l'italienne). Elles sont accordées conformément à une échelle allant (pour 1997) de 2 % pour des achats d'un montant de 1 350 à 2 750 livres irlandaises à 11 % pour des achats de 26 601 livres irlandaises ou plus. Ces remises sont accordées à l'ensemble des détaillants vendant des glaces HB, qu'ils soient ou non propriétaires des congélateurs.

ii) **Fourniture de congélateurs**

a) *Congélateurs exclusifs HB*

(58) HB met, depuis de nombreuses années, à la disposition des détaillants un congélateur pour l'entreposage dans les points de vente des glaces destinées à la consommation immédiate [17]. Ce con-

[17] Le stockage des glaces HB à emporter est également autorisé.

gélateur est soit prêté «gracieusement» aux détaillants (voir considérants 76 à 79), soit loué à un prix annuel symbolique (1 livre irlandaise) qui n'est pas encaissé. HB assure aussi l'entretien et la réparation des appareils, mais elle ne fournit pas aux détaillants les distributeurs nécessaires à la transformation des glaces à l'italienne.

(59) Le congélateur est fourni aux conditions stipulées dans un contrat-type conclu entre HB, d'une part, et le détaillant, d'autre part. Les principales dispositions de cet accord sont les suivantes:

— HB accepte de mettre un congélateur à la disposition du détaillant; HB demeure propriétaire du congélateur et s'engage à l'entretenir à ses frais (sauf en cas de dommages résultant d'un mauvais usage du congélateur ou d'une négligence qui sont le fait du détaillant),

— le congélateur doit être utilisé exclusivement pour stocker les produits fournis par HB; en conséquence, aucun produit fabrique ou fourni par un tiers ne doit être vendu ou proposé à la vente, ni stocké dans le congélateur,

— le contrat peut être résilié à tout moment par l'une des parties, avec un préavis de deux mois [18],

— le détaillant s'engage à placer le congélateur dans une position bien en vue dans ses locaux; seul du matériel publicitaire HB pourra être disposé sur le couvercle ou les parois du congélateur.

(60) Le nombre de détaillants avec lesquels HB a passé de tels accords (c'est-à-dire ceux approvisionnés avec une clause d'exclusivité) s'élève (en 1997) à 7 907. HB a donné la ventilation suivante des accords de fourniture de congélateurs:

	1995	1996 [1]	1997
Épiceries	10 224	8 420	8 315
Bureaux de tabac/confiseries/marchands de journaux	1 749	1 440	1 410
Stations-services	1 170	951	925
Autres points de vente	323	487	500
Total	13 453	11 298	11 150

[1] Ces chiffres indiquent la situation en septembre 1996 et tiennent compte des congélateurs cédés par HB en 1995 et 1996 (voir considérants 72 et 73).

(61) HB possède (en 1997) [. . .] congélateurs installés dans des points de vente en Irlande, à l'avant des magasins [19]. En 1995, HB a réalisé un chiffre d'affaires de [. . .] de livres irlandaises dans des points de vente avec lesquels elle avait signé des accords de fourniture de congélateurs, ce qui représente environ [. . . plus de 95 % . . .] de l'ensemble des glaces pour consommation immédiate commercialisées par HB en Irlande au cours de cette année (voir considérant 27). En 1994, HB a réalisé des ventes d'un montant de [. . .] de livres irlandaises dans des magasins avec lesquels elle avait signé un accord, ce qui représente également environ [. . . plus de 95 % . . .] des ventes totales de glaces pour consommation immédiate réalisées par HB en Irlande cette année-là.

(62) HB n'a jamais eu pour politique officielle de fournir un congélateur à chaque point de vente qui se proposait de vendre ses produits. Au contraire, elle applique des critères à la fois financiers et commerciaux [20]. Les critères financiers reposent sur le coût marginal que représente pour elle la prise en charge d'un nouveau point de vente et sur le rendement acceptable de l'investissement. Leur application comporte donc une évaluation: a) du coût de revient net du congélateur pour HB et b) de sa marge bénéficiaire variable sur les ventes de glace dans le point de vente. Les critères commerciaux sont exprimés sous la forme d'un objectif annuel de vente, établi à partir d'une estimation du chiffre d'affaires minimal dans le point de vente considéré.

(63) HB, contrairement aux détaillants individuels, voire aux grandes coopératives d'achat, supporte le coût de l'achat et de l'entretien des congélateurs, ce qui permet des économies substantielles. Sa participation au groupe Unilever (qui achète un très grand nombre de congélateurs chaque année) lui permet de bénéficier de remises importantes. À titre d'exemple, HB estime que le coût d'installation (qui comprend la livraison, le stockage, la manutention, etc.) que devrait supporter un détaillant qui achèterait un congélateur type d'un mètre serait plus élevé que celui supporté par HB pour fournir ce même congélateur. HB emploie ses propres mécaniciens frigoristes pour l'entretien et les réparations, et elle fait aussi appel aux services d'entreprises de réfrigération locale. En 1994, 1995 et 1996, les sommes engagées par HB pour les congélateurs (qui comprennent l'achat, l'installation, l'entretien, le contrôle et l'amortissement) se sont élevées à [. . .] %, [. . .] % et [. . .] % respectivement du chiffre d'affaires annuel réalisé par la société dans le secteur des glaces pour consommation immédiate.

[18] HB a toutefois indiqué qu'elle n'imposait pas, dans la pratique, le respect du préavis de deux mois pour les détaillants souhaitant résilier l'accord avec un préavis plus court ou sans préavis.

[19] Certains sont installés à l'arrière du magasin; ils sont destinés au stockage des produits.

[20] HB a toutefois indiqué que, dans la pratique, elle n'exigeait pas toujours un strict respect de ces critères pour attribuer un congélateur à un point de vente.

(64) L'importance attribuée par le groupe Unilever à la fourniture de congélateurs destinés à l'usage exclusif de ses sociétés est apparue avec une évidence particulière à l'occasion de l'entrée de Mars sur le marché européen, à la fin des années quatre-vingt. Les extraits de documents internes présentés ci-après (considérants 65 à 68) illustrent l'importance cruciale qu'attribuait Unilever au maintien de la clause d'exclusivité.

(65) Dans un document du groupe Unilever du 3 septembre 1990, intitulé «La position de Mars en Europe et la réponse» de la Coordination des produits surgelés [21], l'un des éléments figurant au chapitre «Approche stratégique» est qu'il faut «engager tous les efforts pour maintenir la clause d'exclusivité».

(66) Dans un autre document de la coordination des produits surgelés d'avril 1989, intitulé «Stratégie de commercialisation des glaces alimentaires en Europe», il est fait référence à l'importance de la clause d'exclusivité et au maintien du régime de propriété des congélateurs: «Nous devons conserver la propriété des congélateurs, notamment lorsque la distribution est assurée par les tiers, afin de garder, dans la mesure du possible, grâce à des contrats d'exclusivité, le monopole d'utilisation des appareils et, en fait, le monopole des ventes de glace dans le point de vente».

(67) Le «compte rendu de la réunion des directeurs du *marketing*» de Rotterdam (un document de la Coordination des produits surgelés) de novembre 1989 contient les déclarations suivantes: «HB a fait descendre Mars à 400 points de vente HB (4,2 %) alors qu'en août, elle culminait à 1 920 congélateurs (29,7 %), en créant un groupe de travail spécial ... Dans certains cas, HB a été en mesure d'acheter le départ de Mars de certains points de vente. Le déplacement vers d'autres congélateurs du magasin et des retraits très sélectifs de congélateurs ont également été utilisés ...» Sous le titre «Mars, que va-t-il arriver?», il est dit que «afin de réaliser des économies d'échelle au niveau de la production, Mars doit augmenter de façon sensible son volume de vente. Elle doit faire tomber la barrière que constitue la distribution ... Refuser à Mars d'assurer la distribution de ses produits est la meilleure manière, dans l'immédiat, de faire obstacle à son implantation ...».

(68) Dans un document stratégique interne d'Unilever intitulé «Coordination des produits surgelés, conférence des directeurs des ventes, juin 1990, Vienne, points forts et suivi», l'importance de la clause d'exclusivité est soulignée. Sous le titre «exclusivité» il est dit ceci: «Ne sommes que trop conscients du fait que dans bien des pays, l'une des bases de notre succès, l'exclusivité, est actuellement menacée:

— l'exclusivité au niveau des agents et des distributeurs,

— l'exclusivité dans les points de vente et pour les congélateurs.»

b) *Modification de la politique de fourniture des congélateurs*

(69) À la lumière de la communication des griefs de la Commission du 29 juillet 1993 (voir considérant 5), et à la suite d'un entretien avec la Commission, HB a modifié ses accords de distribution. Ils ont été notifiés à la Commission dans le cadre d'une demande d'attestation négative ou, à défaut, d'exemption (voir considérant 6). Les accords modifiés comprennent notamment l'accord type aux termes duquel HB continuera, si la demande lui en est faite, à fournir des congélateurs exclusivement réservés aux produits HB aux détaillants, selon les modalités décrites ci-dessus (considérants 58 et 59), ainsi que les conditions types de HB pour les ventes et les barèmes de remise (voir considérant 57). Ils comprennent aussi, désormais, un nouveau régime de prix pour les glaces (voir considérants 76 à 79) et l'introduction d'un système de location-vente (voir considérants 70 et 71) destiné à faciliter l'acquisition de congélateurs par les détaillants.

(70) HB propose une autre forme de mise à disposition d'un congélateur HB dans le cadre de l'accord type: un système de location-vente permettant aux détaillants d'acheter leur propre congélateur. Les appareils sont offerts au prix de gros auquel HB les achète; ce prix est attesté par une facture délivrée par le fournisseur indépendant de congélateurs. Dans ce contexte, les détaillants peuvent obtenir un meuble frigorifique à couvercle transparent (visi-top cabinet), d'un mètre, par point de vente, à n'importe quel moment. Les modalités du système figurent sur les barèmes de prix HB et sur le matériel promotionnel. Les remboursements se font sur une période maximale de cinq ans; les conditions d'un remboursement anticipé non assorti de pénalités sont indiquées clairement aux détaillants. Le taux du crédit devrait être le taux de location-vente en vigueur en Irlande [22]. Le

[21] Frozen Products Coordination.

[22] Il devrait être fixé selon des critères objectifs, par exemple le taux d'intérêt consenti par la Banque d'Irlande aux petites entreprises.

congélateur ne doit être affecté exclusivement au stockage des produits HB que pendant la période de remboursement. L'entretien est assuré par Unilever pendant toute cette période, durant laquelle les acquéreurs pourront prétendre à la somme forfaitaire du système différencié de prix (voir considérants 76 à 79), déduction faite des coûts d'entretien ([23]).

(71) Unilever a déclaré à la Commission qu'elle pensait que ce système intéresserait les détaillants et les inciterait à acheter leur propre congélateur. Depuis l'introduction du système de location-vente en Irlande, début 1995, aucun détaillant n'a demandé à profiter de cette offre.

(72) Afin qu'un nombre important de points de vente puissent, à court terme, se dégager de leurs obligations, Unilever s'est engagée envers la Commission à assurer, dans un bon nombre de points de vente (environ 20 %) équipés alors (en décembre 1994) de congélateurs lui appartenant, la vente d'un congélateur commercial de devanture déjà en place ayant une «durée de vie utile résiduelle raisonnable». Ce sont au total 1 750 congélateurs qui devaient être vendus. Or, pas plus de 400 congélateurs ont été vendus à des points de vente réalisant un chiffre d'affaires annuel, pour les glaces HB destinées à la consommation immédiate, inférieur à 650 livres irlandaises, et aucun appareil n'a été vendu à des points de vente dont le chiffre d'affaires annuel pour ces produits était inférieur à 400 livres irlandaises. À compter de la date de la vente, tout détaillant pouvait prétendre à la somme forfaitaire annuelle prévue dans le système différencié de prix (voir considérants 76 à 79). Les congélateurs devaient être vendus aux détaillants qui ne possédaient alors qu'un seul appareil HB. Le prix devait être fixé de manière à atteindre le but recherché. Les ventes devaient se faire une fois pour toutes en 1995 et en 1996, être étalées de la même façon sur les deux années et sur une zone géographique suffisante. La vente des congélateurs devait constituer le point de départ d'une évolution au terme de laquelle tous les détaillants seraient propriétaires de leur congélateur. Unilever a déclaré que cette mesure devait avoir pour effet d'instaurer, dès la saison 1995, un changement visible et sensible du marché concerné. Elle constituerait le point de départ du processus mentionné précédemment, dont l'évolution devait être garantie par la double structure de prix et le système de location-vente.

([23]) Les coûts d'entretien ont été chiffrés à [. . .] livres irlandaises en 1995, la somme ainsi versée aux acquéreurs en location-vente étant de [. . .] livres irlandaises pour cette année. HB devait faire preuve de souplesse en ce qui concerne le paiement de la prime aux détaillants ayant opté pour le système de location-vente en 1995.

(73) Conformément à cet engagement, HB a vendu [. . .] congélateurs dans [. . .] points de vente depuis début 1995. La plupart de ces ventes ont eu lieu au cours du premier semestre de 1996 ([24]) et, [. . .]. D'après HB, 1 750 cessions sont conformes aux conditions mentionnées au considérant 72. La quasi-totalité des congélateurs appartenaient à des modèles ou à des types qui n'ont plus été installés par HB, à l'état neuf, au cours des [. . .] dernières années. Les congélateurs cédés avaient en moyenne juste moins de [. . .] ans ([25]). Tous les congélateurs cédés n'avaient pas été installés dans des commerces de détail; certains d'entre eux ([. . .], selon HB) avaient été installés dans des écoles, des cantines, des piscines, etc. Plus de [. . .] clients ont acquis plus d'un appareil. HB a concentré les cessions dans ce qu'elle appelle le «secteur des petits commerces». D'après elle, le chiffre d'affaires total réalisé par les points de vente qui ont acquis des congélateurs dans le domaine des glaces pour consommation immédiate est d'environ [. . .] de livres irlandaises.

c) *Installations récentes de congélateurs et prolifération des produits*

(74) En 1994, HB a intensifié la modernisation de son parc de congélateurs et a remplacé la plupart des anciens modèles ([26]). En 1993, [. . .] nouveaux congélateurs ont été installés dans les points de vente; en 1994: [. . .]; en 1995: [. . .]; en 1996 (jusqu'en août): [. . .]. D'une manière générale, les nouveaux congélateurs occupent une surface plus importante dans les points de vente (bien qu'ils soient parfois plus petits en volume), non seulement en raison de leurs dimensions, mais également parce que beaucoup d'entre eux sont du type «îlot» et ne doivent donc pas jouxter d'autres appareils ni être appuyés contre les murs du magasin. HB parle d'évolution de la conception de son parc de congélateurs, qu'elle rapporte à la popula-

([24]) Seulement [. . .] appareils ont été vendus en 1995, dont la plupart à la fin de l'année.

([25]) La durée de vie moyenne d'un congélateur est évaluée par HB à dix ans; les appareils sont amortis par HB au bout de huit ans.

([26]) HB a déclaré qu'elle a mis en route un programme destiné à maintenir l'image de marque de HB et la visibilité de ses produits, notamment en remplaçant les anciens congélateurs par des appareils plus modernes. Mars a déclaré qu'Unilever avait mis en œuvre un programme exceptionnel d'installation de congélateurs en 1994 et 1995. Une comparaison entre les deux études Rosslyn a montré qu'en 1994/1995, le taux de remplacement a été supérieur de plus de 230 % à celui des années 1990/1991. Mars poursuit en déclarant que les nouveaux congélateurs Unilever sont tous plus grands que les anciens (à l'exception d'un type, dont l'implantation est restée limitée).

rité croissante des modèles de type «îlot» aux dépens des modèles à couvercle, transparent ou non, à une augmentation progressive de la taille des congélateurs, avec une longueur supérieure à un mètre et à une réduction progressive de la taille globale des congélateurs (longueur, largeur et hauteur). D'après HB, cette évolution s'explique essentiellement par deux facteurs: a) la baisse de la proportion, dans le total des points de vente, des bureaux de tabac, confiseries et marchands de journaux, ainsi que des petits épiciers indépendants, entraîne une baisse de la proportion, dans le parc total de congélateurs, des appareils à couvercle transparent d'un mètre, typiques de ces points de vente et b) l'introduction, par les fabricants, de nouveaux congélateurs plus faciles à utiliser par les clients qui se servent eux-mêmes, et qui sont donc plus longs et plus étroits.

(75) Mars souligne que «la prolifération générale des produits Unilever et l'expansion de sa gamme a pour but de remplir ces congélateurs . . ., de façon à ce que les détaillants puissent être persuadés qu'ils disposent ainsi d'une gamme complète de produits et qu'ils n'ont pas besoin de vendre des produits concurrents».

d) *Accords sur les prix*

(76) Jusqu'en mars 1995, HB a fourni ses produits et ses congélateurs à un prix dit «global». Ce prix se composait du coût d'achat des congélateurs, de leur coût d'entretien et de la valeur des produits. Tous les détaillants se voyaient facturer le même prix, qu'ils soient ou non propriétaires des congélateurs dans lesquels les produits étaient stockés. De ce fait, un point de vente possédant son propre congélateur payait le même prix, pour les glaces HB, qu'un détaillant acceptant l'offre d'un congélateur HB. Dans sa communication des griefs de 1993 (voir considérant 5), la Commission était parvenue à la conclusion provisoire que cette politique de prix était contraire à l'article 86 du traité, dans la mesure où elle opérait une discrimination envers les détaillants qui n'avaient pas pris de congélateur HB, mais qui achetaient néanmoins des glaces HB. La Commission était parvenue à la conclusion provisoire que la politique de prix «globaux» ne constituait pas seulement une incitation à accorder l'exclusivité aux produits HB, au détriment des fournisseurs concurrents de glace destinée à la consommation immédiate, mais qu'elle entraînait également une discrimination entre les partenaires commerciaux, en traitant de manière identique des situations qui ne l'étaient pas. En effet, les détaillants qui possédaient leur propre congélateur devaient payer pour un service qu'ils ne recevaient pas et, de ce fait, étaient contraints de subventionner la fourniture des congélateurs aux détaillants qui souhaitaient en recevoir; les premiers se trouvaient donc défavorisés, sur le plan de la concurrence, par rapport aux derniers.

(77) Compte tenu des griefs formulés par la Commission, HB a renoncé à sa politique de «prix global» en 1995 au profit d'un système «différencié» ou «dual». Ce système prévoit le paiement d'une somme forfaitaire aux détaillants qui stockent de la glace HB sans se doter d'un congélateur HB, sous réserve qu'ils réalisent un chiffre d'affaires brut annuel (ventes brutes) d'au moins 650 livres irlandaises avec les glaces HB. Cette somme forfaitaire est fixée actuellement à 78 livres irlandaises par an et correspond aux économies que réalise HB du fait qu'elle n'a pas à fournir aux détaillants un congélateur standard, d'un mètre, ni a l'entretenir. Le seuil de chiffre d'affaires est fixé de façon à garantir à HB un rendement minimal sur les glaces vendues aux détaillants.

(78) Unilever a déclaré que le nouveau système était «destiné à supprimer toute pression économique sur le détaillant l'incitant à prendre un congélateur HB et qu'il aurait un effet sensible sur la soi-disant fermeture du marché, dans la mesure où un nombre plus grand de détaillants se rendront compte que la prime peut servir à financer l'achat de leur propre congélateur».

(79) Le système est en vigueur depuis le début de l'année 1995 et ses modalités figurent sur tous les barèmes de prix de HB. En 1995, les détaillants qui ne possédaient pas leur propre congélateur depuis une année entière devaient recevoir une fraction de la prime. Le montant de la somme forfaitaire peut être révisé périodiquement pour tenir compte de tout changement des coûts de HB. De même, le seuil fixé pour le chiffre d'affaires pourra être adapté. Toutes ces adaptations s'effectueront dans la transparence. En mars/avril 1996, [. . .] détaillants ont demandé et reçu la prime pour les achats de glace destinée à la consommation immédiate effectués auprès de HB en 1995. En 1997, [. . .] détaillants ont demandé et reçu la prime pour les achats de glace destinée à la consommation immédiate effectués auprès de HB en 1996.

7. ***Accords passés par les autres fabricants pour la distribution des glaces destinées à la consommation immédiate en Irlande***

i) **Mars et Valley**

(80) En 1989, Mars a chargé Valley de distribuer ses nouvelles glaces. Avant le prononcé d'une ordonnance contre Mars par la High Court d'Irlande en

1991 (voir considérant 3), certains détaillants avaient également placé les produits Mars dans les congélateurs HB. Initialement, Mars fournissait Valley qui, à son tour, livrait les produits Mars dans des congélateurs détenus par Mars ou par Valley, ainsi que dans des congélateurs achetés conjointement par Mars et Valley. Toutefois, depuis 1993, Mars a distribué certains produits directement. À la suite de l'arrêt rendu par la High Court en 1992, qui rendait permanente l'ordonnance en référé prononcée contre Mars, Mars et Valley ont modifié leurs accords relatifs aux congélateurs, afin de garantir l'exclusivité pour chaque détaillant. Mars a déclaré que les sommes totales qu'elle avait dépensées pour les seuls congélateurs, en 1994, atteignaient 22 % de son chiffre d'affaires sur les glaces pour consommation immédiate au cours de cette même année. En mars 1997, Mars a mis fin à son accord de distribution avec Valley.

ii) **Nestlé**

(81) Depuis que Nestlé est entrée sur le marché irlandais des glaces pour consommation immédiate, en 1994, elle a installé des congélateurs dans les points de vente avec une clause d'exclusivité. Nestlé distribue ses glaces en Irlande exclusivement par l'entremise de distributeurs. Au moment où elle s'est introduite sur ce marché en 1994, elle a signé un accord de coopération avec Leadmore pour la distribution de ses produits. Cet accord ne s'est pas poursuivi au-delà de la première saison.

iii) **Dale Farm**

(82) Dale Farm fournit des congélateurs aux points de vente sous un régime de «prêt gratuit» pour l'entreposage exclusif des glaces Dale Farm, des glaces Mars et d'autres produits congelés Northern Foods.

iv) **Häagen Dazs**

(83) Häagen Dazs installe des congélateurs dans des points de vente pour le stockage de ses glaces, pour consommation immédiate ou autres. Les congélateurs sont généralement de petite taille et leur installation est assortie d'une clause d'exclusivité. Toutes ses glaces sont vendues par l'intermédiaire de distributeurs.

v) **Leadmore**

(84) Leadmore fournit des congélateurs aux points de vente avec clause d'exclusivité.

8. *Études de marché et quantification du degré de fermeture du marché*

(85) Il convient de commencer par une remarque d'ordre général à propos des études de marché. Il y a toujours une certaine marge d'erreur lorsque les données sont obtenues par une enquête portant seulement sur un échantillon, quel que soit le soin avec lequel il ait été choisi pour sa représentativité de l'ensemble du marché concerné. Toutefois, c'est la seule façon efficace et pas trop chère d'obtenir de nombreux types d'informations sur le marché. En outre, la fiabilité de ces données peut être considérablement améliorée lorsque plusieurs études d'un marché particulier tendent à confirmer leurs résultats respectifs, comme c'est le cas pour les trois études de marché décrites ci-après.

(86) Si HB reconnaît la grande corrélation entre les résultats des études Lansdowne et B&A, elle critique la représentativité de l'étude Rosslyn, du fait qu'elle est basée sur une enquête menée auprès des mêmes points de vente cinq ans auparavant, lors d'une enquête similaire, qui était soi-disant «basée sur un échantillon aléatoire, sans aucune tentative de stratification» en fonction du type ou de la taille du point de vente. Selon HB, l'étude Rosslyn est «... axée de façon disproportionnée sur les bureaux de tabac/confiseries/marchands de journaux, aux dépens des épiciers indépendants», contrairement aux études Lansdowne et B&A, qui sont stratifiées conformément à ce que l'on appelle l'univers Nielsen des points de vente. C'est également la seule des trois études qui ait été réalisée avant que HB ne cède une partie de ses congélateurs. La Commission a pris bonne note de ces critiques à chaque fois qu'elle s'est appuyée sur cette étude. Elle a également tenu compte du fait que l'étude B&A s'appuyait plus sur les grands points de vente que les deux autres études.

i) **Étude Lansdowne**

(87) Cette étude a été réalisée, à la demande de la Commission, par Lansdowne Market Research Limited, en juillet/août 1996, la haute saison pour la glace. Un échantillon aléatoire de 501 points de vente a été choisi. Lansdowne s'est assuré qu'il serait représentatif des commerces de détail

concernés [27]. Une couverture géographique, y compris une division nette zone urbaine/zone rurale, a été garantie. Les données ont été recueillies lors d'entrevues personnelles avec les propriétaires ou les gérants de tous les points de vente. Les principaux résultats de l'étude sont présentés en détail ci-dessous.

(88) Dans les points de vente concernés, 84 % de l'ensemble des congélateurs étaient la propriété d'un fabricant/fournisseur de glace: 61 % des congélateurs provenant des fournisseurs étaient la propriété de HB [28]; 11 % appartenaient à Mars; 9 % à Valley; 8 % à Nestlé, 4 % à Dale Farm [29]; 2 % à Leadmore et 1 % à Häagen Dazs.

(89) 12 % de l'ensemble des congélateurs appartenaient aux détaillants; 2 % avaient été cédés en location-vente par un fabricant de glace; 1 % était la propriété d'un groupe de détaillants. 38 % des congélateurs appartenant aux détaillants avaient été achetés à des agents HB.

(90) La proportion des points de vente ne possédant qu'un seul congélateur pour les glaces destinées à la consommation immédiate était de 58 %; 35 % en possédaient deux, 7 % trois ou plus. Le nombre moyen de congélateurs par point de vente était de 1,5.

(91) 85 % de l'ensemble des points de vente vendant des glaces pour consommation immédiate avaient au moins un congélateur fourni par un fabricant: 72 % [30] possédaient au moins un congélateur HB, 14 % au moins un congélateur Mars; 10 %: Nestlé; 10 %: Valley; 5 % [31]: Dale Farm; 2 %: Leadmore; 1 %: Häagen Dazs; 5 %: autres fournisseurs. 17 % de l'ensemble des points de vente possédaient au moins un congélateur appartenant au détaillant lui-même.

(92) 56 % de l'ensemble des points de vente possédaient un ou plusieurs congélateurs fournis par un seul fabricant (ils ne pouvaient donc vendre que les produits de ce seul fabricant); 27 % possédaient des congélateurs appartenant à plus d'un fabricant (et aucun congélateur appartenant aux détaillants); 83 % de tous les points de vente, par conséquent, n'ont que des congélateurs appartenant à des fabricants; 17 % possèdent au moins un congélateur appartenant au détaillant lui-même — ces 17 % comprennent les 12 % de l'ensemble des points de vente ne possédant qu'un ou plusieurs congélateurs appartenant au détaillant lui-même et les 5 % de l'ensemble des points de vente possédant un ou plusieurs congélateurs appartenant au détaillant ainsi que un ou plusieurs congélateurs appartenant à des fabricants.

(93) Les données recueillies ont également été ventilées en fonction du chiffre d'affaires réalisé par chacun des points de vente avec les glaces destinées à la consommation immédiate. On distingue trois catégories: i) les points de vente ayant un chiffre d'affaires inférieur à 1 000 livres irlandaises (22 %); ii) les points de vente dont le chiffre d'affaires se situe entre 1 000 et 2 000 livres irlandaises (23 %); iii) les points de vente dont le chiffre d'affaires est égal ou supérieur à 2 000 livres irlandaises (40 %) [32]. 28 % des points de vente de la catégorie i) possédaient au moins un congélateur appartenant au détaillant lui-même (22 % ne possédaient que des congélateurs appartenant au détaillant); 6 % un ou plusieurs congélateurs appartenant au détaillant ainsi que un ou plusieurs congélateurs appartenant au fabricant; 19 % des points de vente de la catégorie ii) possédaient au moins un congélateur appartenant au détaillant lui-même (15 % ne possédaient que des congélateurs appartenant au détaillant, alors que 4 % possédaient un ou plusieurs congélateurs appartenant au détaillant ainsi que un ou plusieurs congélateurs appartenant à des fabricants). Dans la catégorie iii), toutefois, seulement 10 % des points de vente possédaient au moins un congélateur appartenant au détaillant lui-même (4 % n'avaient que des congélateurs appartenant au détaillant, alors que 6 % possédaient un ou plusieurs congélateurs appartenant au détaillant ainsi que un ou plusieurs congélateurs appartenant à des fabricants). 58 % des points de vente des catégories i) et ii) possédaient des congélateurs fournis par un seul fabricant (et ne pouvaient donc vendre que des glaces fournies par le fabricant en question); 53 % des points de vente de la catégorie iii) ne pouvaient vendre que des produits fournis par un seul fabricant.

[27] 68 % des points de vente constituant l'échantillon étaient des épiceries ou des magasins de proximité, 21 % des bureaux de tabac/confiseries/marchands de journaux, 11 % des garages. Les magasins à grande surface n'ont pas été pris en considération. 92 % des points de vente étaient la propriété de commerçants indépendants, alors que 6 % faisaient partie d'une chaîne (franchisés).

[28] Ce chiffre comprend les congélateurs appartenant à des agents HB.

[29] Ce chiffre comprend les congélateurs appartenant à des agents Dale Farm.

[30] Y compris 2 % (de l'ensemble des points de vente) où les congélateurs appartiennent à des agents HB.

[31] Y compris 1 % (de l'ensemble des points de vente) où les congélateurs appartiennent à des agents Dale Farm.

[32] 15 % des points de vente ont refusé de divulguer leur chiffre d'affaires.

(94) 95 % des congélateurs HB sont installés dans des points de vente ne possédant que des congélateurs fournis par un fabricant; 58 % des congélateurs HB sont situés dans des points de vente ne possédant que des congélateurs HB. Les ventes de glace pour consommation immédiate dans ces derniers points de vente sont presque identiques à celles réalisées dans tous les magasins possédant des congélateurs HB.

(95) 47 % des points de vente ne peuvent vendre que des produits fournis par un seul fabricant et ne possèdent qu'un seul congélateur; 8 % ne peuvent vendre que les produits d'un seul fabricant, mais possèdent deux congélateurs; 41 % de l'ensemble des points de vente ne peuvent vendre que les produits HB; 35 % de l'ensemble des points de vente ne peuvent vendre que des produits HB et ne possèdent qu'un congélateur HB, 6 % possédant deux congélateurs HB ou plus; 15 % des points de vente ne peuvent vendre que des produits d'un seul fabricant autre que HB. Pour aucune de ces marques autres que HB, il n'existe un nombre important de points de vente tenus de vendre leurs produits en exclusivité.

(96) L'âge moyen des congélateurs dans les points de vente concernés était de 3,02 ans; ce chiffre était de 4,59 ans pour les congélateurs appartenant aux détaillants, de 2,92 ans pour les congélateurs appartenant à HB, de 2,06 ans pour les congélateurs appartenant à Mars, de 3,53 ans pour les congélateurs appartenant à Valley et de 1,65 an pour les congélateurs appartenant à Nestlé. Pour un congélateur sur six, les détaillants ont été incapables d'indiquer l'âge de l'appareil.

(97) Lorsqu'il a été demandé aux détaillants s'ils considéraient que consacrer de l'espace supplémentaire à l'installation d'un autre congélateur destiné aux glaces pour consommation immédiate constituait pour eux une «option viable», 87 % ont répondu par la négative et 11 % par l'affirmative. 53 % estiment qu'un appareil constitue le nombre optimal de congélateurs pour leur magasin pendant l'été (saison des glaces), 36 % considérant que le nombre optimal est de deux, 8 % de trois, 1 % de quatre ou plus. Le nombre optimal moyen est de 1,57 %. Lansdowne a fait observer qu'il était évident que le nombre de congélateurs pour glaces actuellement en place dans les commerces de détail du pays est perçu comme proche du maximum viable.

(98) 97 % des congélateurs étaient installés de façon permanente dans le magasin (c'est-à-dire n'avaient pas été installés juste pour la saison d'été). 87 % des détaillants ont déclaré qu'ils n'installaient jamais de congélateur supplémentaire pour faire face à l'augmentation de la demande en été; 6 % ont déclaré qu'ils le faisaient parfois et 6 % qu'ils le faisaient toujours.

(99) 90 % de l'ensemble des congélateurs sont utilisés exclusivement pour stocker des glaces (50 % sont utilisés exclusivement pour stocker des produits faisant l'objet d'achats impulsifs, 40 % pour stocker des produits faisant l'objet d'achats tant impulsifs que non impulsifs); 94 % de l'ensemble des congélateurs appartenant à des fabricants sont utilisés exclusivement pour entreposer des glaces (54 % uniquement pour des produits faisant l'objet d'achats impulsifs, 40 % pour des produits «impulsifs» et «non impulsifs»); toutefois, 67 % seulement de l'ensemble des congélateurs appartenant à des détaillants sont utilisés exclusivement pour stocker des glaces (26 % sont utilisés exclusivement pour les produits faisant l'objet d'achats impulsifs, 41 % pour les produits «impulsifs» et «non impulsifs», 34 % pour stocker tant des glaces que d'autres produits).

(100) Les détaillants ne possédant pas de congélateur ont été interrogés sur les raisons à l'origine de ce choix: 54 % ont indiqué qu'ils n'en voyaient pas la nécessité sur le plan commercial; 25 % que le coût était prohibitif; 9 % qu'on ne leur demandait qu'une seule marque de glace; 4 % que cela n'était pas pratique.

(101) Il a été demandé à tous les détaillants ne possédant pas leur propre congélateur ou n'ayant pas encore acquis de congélateur en location-vente auprès de HB, si le système de location-vente de HB les intéressait. 8 % ont répondu qu'ils étaient intéressés, alors que 78 % ont répondu que cela ne les intéressait pas. 54 % ont répondu qu'ils n'étaient pas du tout intéressés; 24 % qu'ils n'étaient pas très intéressés; 5 % que cela les indifférait; 6 % qu'ils étaient assez intéressés, 2 % qu'ils étaient très intéressés. La raison massivement citée pour ce manque d'intérêt par les commerçants était qu'ils étaient satisfaits des accords en cours dans ce domaine.

(102) Il a été demandé à tous les détaillants qui n'étaient en mesure de vendre que des glaces HB s'il y avait une demande pour d'autres marques: 53 % ont répondu qu'il n'y avait pas de demande; 40 % qu'il y avait une demande (31 %, une petite demande; 9 %, une forte demande). Il a été demandé à cette même catégorie de détaillants s'ils étaient intéressés par la vente de marques autres

que HB: 62 % ([33]) ont déclaré qu'ils n'étaient pas intéressés [32 % ([34]): pas intéressés du tout, 30 % ([35]): pas très intéressés]; 9 % étaient indifférents; 25 % ([36]) étaient intéressés [17 % ([37]): assez intéressés; 8 % ([38]): très intéressés].

(103) Sur les détaillants intéressés par la vente de marques autres que HB (25 % des 41 % de l'ensemble des points de vente, soit 10 % de l'ensemble des points de vente), 53 % ont déclaré qu'ils n'étaient pas disposés à installer un congélateur supplémentaire pour stocker ces marques, alors que 40 % se déclaraient prêts à le faire. La plupart de ceux qui n'étaient pas disposés à le faire ont cité comme raison principale le manque d'espace. La majorité de ceux disposés à installer un congélateur supplémentaire ont exprimé une préférence pour un congélateur fourni avec une clause d'exclusivité.

(104) Il a également été demandé aux commerçants intéressés par la vente de marques autres que HB s'ils seraient disposés à remplacer/échanger leurs congélateurs HB actuels contre des congélateurs fournis par un autre fabricant: 82 % ont répondu par la négative, 11 % par l'affirmative. Les principales raisons citées par ceux qui n'étaient pas disposés à le faire étaient la popularité et la position de numéro un sur le marché de HB et la satisfaction procurée par les accords actuels. Il a ensuite été demandé aux mêmes détaillants s'ils seraient disposés à remplacer/échanger un de leurs congélateurs HB par un congélateur loué ou acheté par le détaillant lui-même: 76 % ont répondu par la négative, 18 % par l'affirmative. La principale raison avancée par les détaillants que cela n'intéresse pas est le fait qu'ils sont satisfaits des accords actuels et que cela leur coûterait trop cher. Enfin, il a été demandé, toujours au même groupe de détaillants, s'ils seraient disposés à échanger un congélateur HB contre deux congélateurs plus petits, dont l'un n'appartiendrait pas à HB: 49 % ont répondu par la négative, 44 % par l'affirmative.

ii) **Étude Rosslyn**

(105) Mars a également commandé une étude du marché irlandais des glaces destinées à la consommation immédiate (achats impulsifs). Cette étude a été effectuée par Rosslyn Research Ltd ([39]), société établie à Londres, (bien que le travail de terrain ait été réalisé par la société Irish Marketing Surveys, implantée sur place). L'étude Rosslyn porte sur 408 points de vente répartis dans toute l'Irlande, avec une stratification par taille et par type. Certains des principaux résultats de l'étude Rosslyn sont indiqués ci-dessous, avec des chiffres comparatifs provenant de l'étude de Rosslyn de 1991. Sur la base des résultats de cette étude, Mars a également commandé une analyse économique, examinée ci-dessous.

(106) La proportion des points de vente ne possédant qu'un seul congélateur de devanture pour les glaces destinées à la consommation immédiate était de 64 % ([40]); 31 % ([41]) possédaient deux congélateurs de ce type; 4 % ([42]), trois ou plus. Le nombre moyen de congélateurs par point de vente était de 1,42 % ([43]).

(107) 92 % ([44]) des congélateurs appartenaient au fabricant des produits qui y étaient stockés. 6 % ([45]) appartenaient au détaillant lui-même; 64 % ([46]) appartenaient à HB ([47]); 14 % ([48]) à Mars; 4 % à Valley, 2 % à Dale Farm; 1 % à Leadmore.

(108) 50 % des points de vente possédaient un seul congélateur HB; 5 % deux congélateurs HB seulement; 2 %, un congélateur Mars seulement; 1 %, seulement un congélateur Valley, Dale Farm ou Leadmore, respectivement; 14 %, un congélateur HB et un congélateur Mars; 7 %, un congélateur

([33]) Dans la communication des griefs, ce chiffre a été indiqué par erreur comme étant de 65 % (en l'occurrence le chiffre indiqué dans les résultats préliminaires de l'étude); l'intégralité de l'étude a été jointe à l'annexe de la communication des griefs.
([34]) *Idem;* le chiffre indiqué par erreur dans la communication des griefs était 37 %.
([35]) *Idem;* le chiffre indiqué par erreur dans la communication des griefs était 28 %.
([36]) *Idem;* le chiffre indiqué par erreur dans la communication des griefs était 22 %.
([37]) *Idem;* le chiffre indiqué par erreur dans la communication des griefs était 16 %.
([38]) *Idem;* le chiffre indiqué par erreur dans la communication des griefs était 6 %.

([39]) Une étude presque identique avait été réalisée pour Mars par la même société en décembre 1991/janvier 1992. Ses résultats avaient été cités dans la communication des griefs de la Commission du 29 juillet 1993. Cette étude a été réalisée auprès des mêmes points de vente (à l'exception de 40 d'entre eux) qu'en 1991.
([40]) 79 % en 1991.
([41]) 20 % en 1991.
([42]) 1 % en 1991.
([43]) 1,22 en 1991.
([44]) 89 % en 1991.
([45]) 11 % en 1991.
([46]) 71 % en 1991.
([47]) 68 % des congélateurs installés à l'arrière du magasin.
([48]) 1 % en 1991.

HB et un congélateur provenant d'un autre fabricant, à l'exception de Mars.

(109) 97 % des congélateurs fournis par un fabricant étaient prêtés par celui-ci, dont 99 % gratuitement et 88 % avec une clause d'exclusivité [49]; 27 % [50] des détaillants ayant reçu des congélateurs de fabricants ont déclaré qu'ils souhaitaient stocker des produits d'autres fabricants dans ces appareils [68 % [51] n'étaient pas intéressés par cette possibilité].

(110) 87 % des détaillants ayant reçu des congélateurs de fabricants sous réserve qu'ils les utilisent exclusivement pour leurs produits devraient installer un autre appareil s'ils souhaitaient vendre une autre marque de glace. 67 % d'entre eux ont déclaré qu'ils n'avaient pas suffisamment de place pour ce faire. Parmi ceux qui ont déclaré disposer de la place nécessaire, 15 % ont dit qu'ils n'avaient pas choisi de le faire parce que cette solution ne serait pas rentable en termes de coûts d'exploitation et 3 % parce qu'ils pouvaient faire un meilleur usage de l'espace en question; 43 % de ceux disposant de l'espace nécessaire ont déclaré qu'ils seraient prêts à installer un autre congélateur en cas de demande élevée pour un autre produit.

(111) 78 % des congélateurs remplacés (rendus, échangés ou changés) par un autre congélateur du même fabricant de glace, ou d'un fabricant différent, au cours des cinq années précédentes, appartenaient à HB; 55 % de ces congélateurs ont été rendus, échangés ou changés pour être remplacés par un appareil plus moderne; 25 %, pour être remplacés par un appareil plus grand; 74 % des nouveaux congélateurs appartiennent à HB; les congélateurs rendus, échangés ou changés ont presque toujours été remplacés par un appareil du même fabricant — 214 des 234 congélateurs remplacés étaient des congélateurs HB remplaçant des appareils de la même marque.

(112) 72 % des détaillants interrogés ont déclaré qu'ils n'étaient pas disposés à installer un congélateur de remplacement ou un congélateur supplémentaire; parmi ceux qui étaient disposés à le faire (26 % de l'échantillon), 82 % n'étaient pas disposés à acheter l'appareil eux-mêmes, 94 % ne souhaitaient pas prendre un congélateur avec clause d'exclusivité moyennant un prêt reflétant les coûts de fourniture du congélateur, 80 % n'étaient pas disposés à louer un congélateur sans clause d'exclusivité, alors que 84 % se déclaraient disposés à prendre un congélateur prêté gracieusement, avec clause d'exclusivité. Il a été demandé à ces 26 % s'ils pouvaient installer un congélateur supplémentaire (en plus d'un appareil fourni par un fabricant sous réserve qu'il soit utilisé exclusivement pour ses produits): 77 % ont déclaré qu'ils ne pouvaient pas, dont 51 % par manque d'espace ou parce qu'ils pouvaient faire un meilleur usage de l'espace en question, et 22 % parce qu'ils considéraient que ce n'était pas rentable en terme de coûts d'exploitation. Parmi ceux qui ont déclaré qu'ils pouvaient le faire (20 % de 26 % de l'échantillon), seulement 17 % étaient disposés à le faire.

(113) L'étude a été réalisée à la mi-avril 1996. 5 % seulement des détaillants s'étaient vu proposer un congélateur dans le cadre du nouveau système de location-vente mis en place par Unilever (considérants 72 et 73). Seulement 13 % des détaillants avaient connaissance de ce système.

(114) L'analyse économique a été réalisée par une société d'économistes, Case Associates, et elle est intitulée «Estimating foreclosure levels in the Irish ice cream market» (estimation des niveaux de fermeture du marché irlandais de la glace). Cette analyse tire un certain nombre de conclusions de l'étude. Elle avait notamment pour but de calculer la proportion des points de vente qui sont «fermés», en ce sens qu'il faudrait y installer un nouveau congélateur pour qu'un nouvel arrivant sur le marché soit en mesure d'y vendre ses glaces. L'analyse conclut, sur la base d'un mode de calcul, qu'au moins 89 % [52] de l'ensemble des points de vente vendant des glaces destinées à la consommation immédiate sont ainsi fermés. Si l'on utilise un autre mode de calcul, l'analyse débouche sur un niveau de fermeture (au sens qui vient d'être décrit) de 84 % [53]. Un troisième mode de calcul

[49] Dans la mesure où aucun fabricant ne fournit de congélateurs à des conditions non exclusives, il est plus que probable que les 12 % restants étaient également fournis avec une clause d'exclusivité dont le détaillant n'avait pas connaissance.

[50] 52 % en 1991.

[51] 44 % en 1991.

[52] Le calcul se fonde sur le fait que, dans les 408 points de vente faisant partie de l'échantillon, pas plus de 45 congélateurs n'avaient pas été fournis par un fabricant (ils appartenaient soit au détaillant, soit à un «autre propriétaire» ou étaient «d'origine inconnue»). Au cas où un point de vente contiendrait plus d'un congélateur de ce type, le niveau de fermeture serait encore plus élevé.

[53] 234 points de vente possèdent uniquement un congélateur fourni par un fabricant, 87 un congélateur HB et un autre congélateur fourni par un fabricant, 23 deux congélateurs HB: ces 344 points de vente représentent 84 % de l'échantillon total.

permet d'aboutir à un niveau de fermeture encore plus élevé, en l'occurrence 93 % ([54]).

iii) **Études B&A**

(115) HB a également commandé une étude de marché qui a été réalisée en août/septembre 1996 par Behaviour & Attitudes Limited, une société d'études de marché. Les résultats de cette étude figuraient dans la réponse écrite de HB à la communication des griefs. L'échantillon se composait de 507 points de vente, répartis dans toute l'Irlande, avec une stratification par taille et type de magasins ([55]). Les principaux résultats de cette étude sont exposés ci-après.

(116) [. . .] % des points de vente concernés disposaient d'un congélateur de devanture, [. . .] % de deux congélateurs et [. . .] % de trois congélateurs ou plus. Les produits HB étaient vendus dans [. . .] % des points de vente, les produits Mars dans [. . .] %, les produits Valley dans [. . .] %, les produits Nestlé dans [. . .] % et les produits Häagen Dazs dans [. . .] %. Dans [. . .] % des points de vente, les glaces HB n'étaient pas stockées avec les produits d'autres fabricants de glace. HB est confrontée à la concurrence directe d'autres marques de glace dans [. . .] % des points de vente, soit moins de [. . .] % des points de vente dans lesquels ses produits sont vendus.

(117) Si l'on considère les points de vente ne possédant qu'un seul congélateur, [. . .] % de ces appareils étaient des congélateurs HB, [. . .] % des congélateurs Mars, [. . .] % des congélateurs Valley, [. . .] % des congélateurs Nestlé, [. . .] % des congélateurs appartenant aux détaillants. Parmi ceux possédant deux congélateurs ou plus, [. . .] % avaient au moins un congélateur HB, [. . .] % un congélateur Mars, [. . .] % un congélateur Valley, [. . .] % un congélateur Nestlé, [. . .] % un congélateur Häagen Dazs et [. . .] % un congélateur appartenant aux détaillants. [. . .] % de l'ensemble des points de vente possédaient un seul congélateur HB, installé isolément à l'avant du magasin.

(118) B&A a demandé aux détaillants avec quelle fréquence on leur demandait des marques qu'ils ne vendaient pas: [. . .] % ont répondu jamais, [. . .] % rarement, [. . .] % occasionnellement et [. . .] % fréquemment. Parmi ceux qui se voyaient parfois demander des marques qu'ils ne vendaient pas, [. . .] % ne donnaient aucune suite, [. . .] % «ajoutaient un fabricant» et aucun ne «changeait de fabricant». L'étude a montré que, au cours des sept années précédentes, [. . .] % des points de vente avaient, à un moment ou à un autre, mis en vente de nouvelles marques de glace, alors que [. . .] % avaient déréférencé des marques de glace. Les principales raisons citées pour un déréférencement étaient l'absence de demande de la part des clients ([. . .] %), de mauvaises conditions de livraison ([. . .] %) et un mauvais entretien des congélateurs ([. . .] %).

(119) Il a été demandé aux détaillants ne possédant qu'un seul congélateur dans leur magasin s'ils étaient disposés à en installer un deuxième: [. . .] % ont répondu par la négative, [. . .] % par l'affirmative, les autres ne savaient pas. La principale raison à l'origine des réponses négatives était l'absence d'espace. Il a aussi été demandé à ces mêmes détaillants s'ils étaient disposés à remplacer leur congélateur actuel: [. . .] % ont répondu par la négative, [. . .] % par l'affirmative, les autres ne savaient pas. La principale raison à l'origine des réponses négatives était que les détaillants étaient satisfaits de la gamme de produits et des congélateurs fournis par les fabricants. Il a enfin été demandé à ces mêmes détaillants s'ils seraient disposés à remplacer leur congélateur actuel par deux congélateurs plus petits: [. . .] % ont répondu par la négative, [. . .] % par l'affirmative, les autres ne savaient pas.

(120) Il a été demandé aux détaillants si, au cas où les fabricants n'imposeraient plus de clause d'exclusivité et factureraient à la place le coût de la location des congélateurs, ils entreposeraient une gamme plus importante de produits: [. . .] % ont répondu par l'affirmative, [. . .] % par la négative, [. . .] % ont déclaré qu'ils stockeraient les mêmes produits et [. . .] % qu'ils cesseraient tout stockage. Il a ensuite été demandé aux [. . .] % qui étaient disposés à stocker une gamme plus large de produits s'ils préféreraient acheter ou acquérir le congélateur en location-vente plutôt que de payer la location de l'appareil: [. . .] % ont répondu par l'affirmative, [. . .] % par la négative. Enfin, l'étude B&A a montré que, dans les points de vente ayant fait l'objet de l'enquête, les détaillants étaient très

([54]) Il s'agit de la méthode de calcul utilisée par William Bishop, un économiste qui a analysé les niveaux de fermeture à partir de l'étude Rosslyn de 1991: cette méthode consiste à diviser le nombre total de points de vente compris dans l'échantillon par le nombre moyen de congélateurs installés dans l'ensemble de ces points de vente et de le multiplier ensuite par le nombre de congélateurs appartenant aux détaillants et à «d'autres». Cette méthode part du principe que les congélateurs appartenant aux détaillants sont probablement répartis sur les points de vente dans la même proportion que n'importe quel autre type de congélateurs.

([55]) 20 % d'entre eux étaient des bureaux de tabac/confiseries/marchands de journaux; 63 % des épiceries, dont 10 % franchisées; 10 % des garages et 7 % d'autres types de magasins. Les grandes surfaces étaient exclues.

satisfaits de la gamme de produits, des conditions de livraison et du service d'entretien proposés par l'ensemble des fabricants de glace.

(121) HB a également transmis, avec sa réponse à la communication des griefs, une autre étude B&A réalisée en 1994 et intitulée «New HB Cabinets: the Views of Retailers» (Les nouveaux congélateurs HB: l'opinion des détaillants.) Cette étude avait pour but de recueillir l'opinion des détaillants et des consommateurs sur les nouveaux congélateurs HB. À cet effet, elle a été ciblée sur les points de vente plus grands et son utilité aux fins de la présente décision est donc quelque peu limitée. Cette étude a montré, entre autres, que HB était plus appréciée par les détaillants que les autres fournisseurs de glace en ce qui concerne ses performances sur un certain nombre de points. Elle a également montré que les détaillants étaient généralement réticents à l'idée d'accepter l'installation de deux congélateurs HB dans un point de vente, essentiellement en raison du manque d'espace et du coût.

(122) HB a également transmis, avec sa réponse à la communication des griefs, une étude qualitative intitulée «RFetailers Stocking Policy» (Politique de stockage des détaillants), réalisée par B&A pour HB en mars/avril 1997, sur la base de 25 entretiens. Cette étude avait pour but de recueillir des données qualitatives sur la façon dont les détaillants gèrent leurs magasins. Il était d'ailleurs reconnu que les résultats de cette étude ne pourraient être considérés que comme des indicateurs d'ensemble. Voici quelques-uns de ces résultats.

(123) La plupart des détaillants interrogés ne vont pas jusqu'à calculer le bénéfice par mètre carré, mais évaluent plutôt ce chiffre à l'instinct. Certains se sont également déclarés préoccupés par le fait qu'il n'était pas possible de stocker d'autres produits au-dessus des congélateurs à glaces, ce qui signifie qu'ils ont tendance à être placés au milieu du magasin, ce qui entraîne manifestement certaines préoccupations quant à la sous-utilisation de l'espace. Les détaillants ont également indiqué qu'il était préférable de renouveler les produits dans un congélateur plus fréquemment pour maximiser les ventes au cours des mois d'été, plutôt que d'installer de nouveaux congélateurs pour répondre à la demande de glaces au cours de la saison de pointe. L'étude a également montré qu'une réaffectation de l'espace pour faire face à une évolution de la demande des consommateurs n'était pas monnaie courante, généralement parce que les magasins sont, pour la plupart, relativement petits.

iv) **Autres sources**

(124) HB estime (1997) que [. . .] points de vente disposent d'un congélateur de devanture fourni uniquement par HB, que [. . .] points de vente disposent de plus d'un congélateur de ce type et que, sur un total de [. . .], environ [. . .] vendent exclusivement des produits HB faisant l'objet d'achats impulsifs. Sur la base de l'estimation à [. . .] par HB du nombre total des points de vente (voir considérant 41), [. . plus de 40 % . .] de l'ensemble des points de vente en Irlande ne sont en mesure de vendre que des glaces HB pour consommation immédiate.

(125) Dans un document intitulé «Sales of cabinets *in situ*» (ventes de congélateurs sur place), présenté par HB à la Commission le 29 novembre 1994, HB a déclaré qu'elle est présente dans [. . .] points de vente, y compris ceux appartenant à des agents. Sur ce nombre, [. . .] (soit [. . .] %) sont partagés avec d'autres fournisseurs. L'univers total (Nielsen) est de 9 669 points de vente. Sur cette base, [. . .] points de vente (ou [. . .] % des points de vente HB) ne vendaient à l'époque que des produits HB; les points de vente en question représentent [. . plus de 60 % . .] de l'ensemble des points de vente (sur la base de l'univers Nielsen).

9. *Marché de la glace alimentaire en Irlande du Nord*

(126) La structure du marché des glaces en Irlande du Nord est très différente de celle de l'Irlande. Alors que HB est le seul fabricant de glace appartenant au groupe Unilever qui opère en Irlande, en Irlande du Nord tant HB que la filiale britannique d'Unilever, Walls Ice cream Ltd, sont présentes sur le marché de la glace alimentaire. Walls fournit les grandes surfaces, alors que HB est maintenant essentiellement présente dans le commerce traditionnel. Jusqu'à récemment, Dale Farm était le numéro un sur le marché de la glace en Irlande du Nord [56] mais, depuis 1996, cette place est occupée par HB/Walls. Néanmoins, la notoriété des marques varie considérablement entre l'Irlande et l'Irlande du Nord, ainsi qu'en témoigne le fait que Dale Farm continue à détenir environ 40 % du marché en valeur (alors que sur le marché irlandais, sa part est négligable — voir considérant 36); les prix sont également quelque peu différents pour des produits similaires.

[56] C'est Dale Farm qui distribue les produits Mars en Irlande du Nord.

(127) Alors qu'en Irlande, HB distribue généralement ses glaces directement aux détaillants, en Irlande du Nord, elle fait distribuer ses produits par des agents. En ce qui concerne la fourniture de congélateurs en Irlande du Nord, HB facture aux détaillants un loyer annuel et applique une réduction de prix aux produits qu'elle fournit aux détaillants possédant leur propre congélateur.

(128) Les réglementations régissant la composition des glaces ne sont pas les mêmes en Irlande et en Irlande du Nord. En Irlande, la glace doit avoir une teneur minimale en matières grasses butyriques de 5 %, alors que la législation britannique ne prévoit rien de tel. Les taux de TVA sont également légèrement différents.

III. APPRÉCIATION JURIDIQUE

(129) La présente appréciation juridique a pour objet de déterminer la compatibilité avec les articles 85 et 86 du traité des accords passés par HB pour la distribution en Irlande de ses glaces destinées à la consommation immédiate, accords aux termes desquels elle fournit des congélateurs aux points de vente stockant ses produits, sous réserve d'une clause d'exclusivité. La détermination de la compatibilité avec l'article 85 des accords d'exclusivité en question a été faite dans le contexte de la situation juridique et économique dans laquelle ils s'inscrivent ([57]).

A. ARTICLE 85, PARAGRAPHE 1

1. *Marché en cause*

i) **Marché de produits en cause**

(130) Le marché des produits comprend, en principe, tous les produits que le consommateur considère comme raisonnablement interchangeables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage auquel ils sont destinés ([58]). Si l'on retient ces critères, on peut tout d'abord établir une distinction en fonction de la façon dont la glace est produite et distribuée, c'est-à-dire entre glace industrielle et glace artisanale (voir considérant 10). Seule la glace industrielle est distribuée à grande échelle en Irlande. On devrait aussi opérer une deuxième distinction entre les trois catégories ([59]) de glaces ([60]) suivantes, en fonction du lieu de consommation: glace destinée à la consommation immédiate (achats impulsifs), glace à emporter et glace servie dans le secteur de la restauration (voir considérant 11).

(131) La glace servie dans le secteur de la restauration, dans le cadre d'une prestation de services, constitue un marché distinct ([61]). Ce marché est essentiellement ([62]) celui de la glace industrielle achetée en gros pour être servie, par exemple, comme dessert; le restaurateur ajoute souvent une certaine valeur à la glace.

(132) C'est en raison de la nature même du produit que le lieu de consommation constitue un facteur décisif pour la détermination du marché en cause. Compte tenu du fait que la glace doit obligatoirement être maintenue à une température basse, le consommateur, lorsqu'il achète un produit de ce type dans un point de vente, a en fait le choix entre deux options: soit la consommer immédiatement sur le lieu de la vente, ou à proximité, afin de satisfaire une impulsion, soit la stocker dès que possible dans un congélateur, généralement chez lui, pour la consommer plus tard. Cette distinction en fonction de l'objectif recherché par le consommateur lors de son achat détermine à son tour des différences de caractéristiques et de prix entre les produits à consommer tout de suite et les produits à emporter. Ces derniers ont généralement la forme de blocs ou de gâteaux de glace, ainsi que de portions individuelles en emballages multiples, alors que les glaces pour consommation immédiate sont toujours offertes en portions individuelles. Il est donc clair que le marché des glaces à consommer tout de suite et celui des glaces à consommer à domicile sont deux marchés entièrement distincts ([63]).

([57]) Affaire 23/67: Haecht I, Recueil 1967, p. 407, p. 415.
([58]) Affaire 27/76: United Brands, Recueil 1978, p. 207, point 12.
([59]) Il est généralement admis que les produits autres que la glace n'appartiennent pas au marché de la glace. Voir arrêt de la Cour suprême d'Irlande, note 4 de bas de page.
([60]) Compte tenu des quantités très faibles de glace artisanale vendues en Irlande, il n'est pas nécessaire d'opérer une distinction entre glace artisanale et glace industrielle aux fins de la présente évaluation. Toutes les glaces mentionnées sont des glaces industrielles.
([61]) Affaire C-234/89: Delimitis, Recueil 1991, I-935, point 17, affaires T-7/93: Langnese, point 63 et T-9/93 Schöller, point 42, Recueil 1995 II-1532.
([62]) Des glaces en conditionnement individuel peuvent également être vendues dans la restauration.
([63]) Affaires T-7/93 et T-9/93: Langnese & Schöller, points 64-65 et 43-44.

(133) Pour le consommateur, les portions individuelles sous emballage papier peuvent être perçues comme raisonnablement interchangeables avec les glaces vendues à la boule et les glaces à l'italienne. Dans le cas de ces dernières, il peut y avoir contestation en raison de la nature non laitière de leur contenu. Le point de vue du consommateur ne constitue toutefois pas dans tous les cas le seul critère qui permette de délimiter un marché de produits. Un examen qui se limite aux seules caractéristiques objectives des produits en cause ne suffit pas non plus. Il convient également de prendre en considération les conditions de concurrence ainsi que la structure de l'offre et de la demande sur le marché ([64]). Dans le cas de la glace pour consommation immédiate, il est également nécessaire d'opérer une distinction supplémentaire en raison des conditions de concurrence différentes qui caractérisent la production et la distribution de cette catégorie de glace. Compte tenu de l'importance marginale de la glace vendue en boules en Irlande, il n'est pas nécessaire de déterminer si elle doit ou non être incluse dans le marché des produits en cause. La glace à l'italienne, en revanche, est assez largement vendue en Irlande.

(134) Les détaillants achètent les glaces en conditionnement individuel sous la forme qui sera ensuite proposée au consommateur. Cette forme convient très bien à la vente en libre service (voir considérant 12). Dans le cas de la glace à l'italienne, il y a valeur ajoutée par le détaillant, qui doit traiter le mélange de composants avant que le produit final ne puisse être servi aux consommateurs. La valeur ajoutée ainsi créée par le détaillant se traduit en général par des marges bénéficiaires plus élevées pour ce type de glace que pour les glaces en conditionnement individuel. En outre, ce type de glace nécessite des installations différentes des congélateurs dans lesquels les glaces en conditionnement individuel sont stockées. Un appareil spécial doit en effet être installé dans le point de vente pour traiter et débiter le produit. Du personnel (pour servir le client et entretenir les machines) et de l'espace supplémentaires sont également nécessaires.

(135) Les différences dans les conditions de distribution des glaces à l'italienne et des glaces en conditionnement individuel font que les conditions de concurrence dans lesquelles elles sont offertes au commerce de détail sont distinctes. En ce qui concerne la production, les caractéristiques différentes des produits (mélange de composants contre glace) et, par-là même, la technologie utilisée pour les produire, constituent un obstacle supplémentaire à la substituabilité du côté de l'offre. En outre, les articles sous conditionnement individuel portent souvent un nom de marque, ce qui n'est généralement pas le cas des glaces à l'italienne. Ces différences du côté de l'offre sont illustrées par le fait que ces deux types de glace ne sont pas fabriqués par les mêmes producteurs (voir considérant 38): seule HB fabrique les deux types de produits, mais sa part de marché dans le secteur des crèmes glacées est beaucoup plus faible que dans celui des produits vendus sous conditionnement (voir considérants 27 et 38). Ces deux types de produits constituent donc des marchés distincts.

([64]) Affaire 322/81: Michelin, Recueil 1983, p. 3461, point 37.

(136) Même si les deux catégories de produits qui viennent d'être mentionnées constituaient un seul et même marché, cela n'affecterait pas sensiblement la présente évaluation, du fait que la glace à l'italienne présente une importance relativement mineure par rapport à la valeur du marché des glaces pour consommation immédiate dans son ensemble. Cela n'affecterait donc pas sensiblement la position des différents producteurs sur le marché. En fait, parmi tous les producteurs de glaces vendues sous conditionnement, c'est la position de HB qui serait la moins affaiblie par l'addition de la part qu'elle détient sur le marché des glaces à l'italienne (voir considérant 38).

(137) Les conditions de la concurrence dans les circuits de distribution autres que le commerce de détail (par exemple les écoles, restaurants d'entreprises, manifestations sportives et récréatives) présentent souvent des caractéristiques différentes de celles qui prévalent dans les commerces de détail normaux, en particulier le fait que les produits sont souvent vendus non au grand public, mais à des groupes captifs de consommateurs. Dans ce type d'endroit, des considérations telles que la gestion de l'espace sont souvent très différentes, et les niveaux de prix peuvent également varier. Toutefois, la part des achats impulsifs dans ce type d'endroit est relativement faible et il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la glace qui y est vendue doit être exclue du marché en cause. C'est ainsi, par exemple, que 4 % seulement des congélateurs fournis par HB sont installés dans ce type de point de vente (voir considérant 60).

(138) Le marché de produits qui est en cause dans le cadre de la présente procédure comprend donc les glaces destinées à la consommation immédiate vendues en conditionnement individuel. Par conséquent, dans la suite du texte, toute référence aux «glaces destinées à la consommation immédiate» ne désignera que les glaces en conditionnement individuel.

ii) **Marché géographique en cause**

(139) Les conditions objectives de concurrence pour l'offre et la demande de glaces destinées à la consommation immédiate varient considérablement dans

les différentes parties de la Communauté. Bien que la tendance soit clairement à l'internationalisation de la production de glaces industrielles, la distribution est en grande partie organisée sur une base nationale. Les accords de distribution, y compris les accords de fourniture de congélateurs et les conditions similaires d'octroi d'exclusivité, sont conclus au niveau national, cela est aussi vrai pour l'Irlande. Les spécificités nationales se reflètent dans les différences existant entre les structures du marché, l'assortiment et les prix. Les consommateurs privilégient en général des marques différentes dans chaque pays; cela tient en partie au fait que certains producteurs de glaces qui exercent leurs activités dans plusieurs États membres ont pour pratique d'utiliser des marques différentes selon les pays (voir considérant 20), ce qui illustre bien le caractère national des marchés. En outre, les réglementations qui régissent la fabrication des glaces ne sont pas harmonisées à l'échelle européenne.

(140) On constate notamment qu'en Irlande le marché de la glace destinée à la consommation immédiate diffère sur des points importants de celui d'Irlande du Nord (voir considérants 126, 127 et 128). Les conditions de concurrence ne sont donc pas suffisamment homogènes pour que les producteurs et les fournisseurs se comportent comme si les deux parties de l'Irlande constituaient un seul marché. Le marché géographique en cause est donc l'Irlande ([65]).

iii) **Position de HB sur le marché en cause**

(141) La position de HB sur le marché des glaces pour consommation immédiate en conditionnement individuel en Irlande est particulièrement puissante, ainsi qu'en témoigne notamment la part qu'elle détient sur ce marché depuis de nombreuses années (voir considérants 28, 255 et suivants). Cette puissance est également illustrée par l'importance de la distribution numérique et en valeur des produits HB appartenant à cette catégorie (voir considérant 46), ainsi que par la notoriété de la marque et l'importance et la popularité de sa gamme de produits (voir considérants 24 et 25). La position de HB sur ce marché est en outre renforcée par la puissance d'Unilever, non seulement sur les autres marchés de la glace en Irlande (glaces à emporter et secteur de la restauration), mais aussi sur les marchés internationaux de la glace et sur les marchés des produits surgelés et des biens de consommation en général.

([65]) Affaire C-234/89: Delimitis, point 18, en ce qui concerne le marché allemand de la bière, affaire T-9/93: Schöller, point 54, où le Tribunal de première instance a admis que l'Allemagne constituait le marché géographique à retenir pour les glaces destinées à la consommation immédiate.

2. ***Restriction de concurrence***

(142) HB fournit des congélateurs aux détaillants sur la base d'accords types contenant des dispositions qui stipulent que les congélateurs doivent être utilisés exclusivement pour stocker les produits fournis par HB (voir considérant 56). Par conséquent, aucun produit fabriqué ou fourni par un tiers ne doit être vendu à partir de ces congélateurs ni y être stocké. Les contrats conclus entre HB et les différents détaillants constituent des accords entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1. HB a conclu tout un ensemble d'accords de ce type relatifs à des congélateurs installés dans des points de vente situés dans l'ensemble du marché géographique en cause.

(143) Ces dispositions contractuelles ont pour effet une restriction de la capacité des détaillants ayant conclu ces accords à stocker et mettre en vente dans leurs magasins des produits pour consommation immédiate fabriqués par des fournisseurs concurrents lorsque le ou les seuls congélateurs destinés au stockage de glace à consommer tout de suite ont été fournis par HB, lorsqu'il est peu probable que le ou les congélateurs HB en place soient remplacés par un ou des congélateurs appartenant au détaillant ou fournis par un concurrent et lorsqu'il ne serait pas rentable d'affecter de la surface à l'installation d'un congélateur supplémentaire. Cette restriction a pour effet d'empêcher les fournisseurs concurrents de vendre leurs produits dans ces points de vente, ce qui restreint la concurrence entre fournisseurs sur le marché en cause.

(144) L'origine de la restriction de concurrence causée par les accords de fourniture de congélateurs de HB (voir considérant 142) et les circonstances dans lesquelles elle produit des effets restrictifs sur les détaillants et les fournisseurs constituant le marché en cause au sens de l'article 85, paragraphe 1 (voir considérant 143) ayant été identifiées, il reste à démontrer l'existence de ces circonstances. Dans ce contexte, ce ne sont pas les effets restrictifs de chaque accord individuel qui ont été pris en considération, mais plutôt les effets produits par la catégorie d'accords répondant aux conditions mentionnées précédemment et constituant une partie identifiable du réseau de fourniture de congélateurs de HB dans son ensemble ([66]),

([66]) Affaire C-234/89: Delimitis, points 19-24; affaires T-7/93 et T-9/93: Langnese & Schöller, points 129-131 et 95-99.

l'évaluation des effets restrictifs de cette partie du réseau HB s'applique alors également à chacun des accords en faisant partie [67].

(145) L'appréciation de ces effets restrictifs a été faite en tenant compte des effets de tous les réseaux d'accords similaires de fourniture de congélateurs conclus par d'autres fournisseurs de glace sur le marché en cause, ainsi que toutes les autres conditions caractérisant ce marché. Les effets restrictifs ont en outre été quantifiés, afin de démontrer leur importance.

3. *Profil des points de vente*

(146) Afin de déterminer avec précision le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, aux accords de fourniture de congélateurs par HB, il faut tout d'abord analyser le profil des points de vente afin d'identifier ceux dans lesquels seuls des congélateurs HB sont implantés.

(147) Les réseaux d'accords de fourniture de congélateurs réservés exclusivement aux produits du fournisseur ont manifestement pour effet de restreindre la capacité des détaillants à stocker et à vendre les glaces pour consommation immédiate d'un certain nombre de fournisseurs concurrents. Cette restriction est consécutive aux contraintes en matière d'espace auxquelles les points de vente sont inévitablement soumis (voir considérant 43). Le nombre moyen de congélateurs implantés dans les points de vente est de 1,5 selon les études Lansdowne et de 1,42 selon l'étude Rosslyn, ce qui confirme l'existence des contraintes en question (voir considérants 89 et 105). Au demeurant, les détaillants sont conscients de ces contraintes, ainsi qu'en témoigne leur perception du nombre optimal de congélateurs nécessaires dans un point de vente en période de pointe, à savoir 1,57 (voir considérant 97).

(148) Seule une petite partie des commerces de détail en Irlande possèdent des congélateurs qui ne sont pas soumis à une condition d'exclusivité [68]: ces magasins peuvent être qualifiés de points de vente «ouverts», au sens où les détaillants sont libres de stocker les glaces pour consommation immédiate de n'importe quel fournisseur. L'étude Lansdowne, réalisée en juillet 1996 [69], a montré (voir considérant 92) que 17 % seulement de l'ensemble des points de vente étaient équipés de congélateurs appartenant au détaillant et pouvaient donc être qualifiés de points de vente «ouverts», les 83 % restants ne possédant que des congélateurs fournis par des fournisseurs. En avril 1996 [70], l'étude Rosslyn a montré (voir considérant 114) que 11 % seulement des points de vente pouvaient être équipés d'au moins un congélateur qui n'était pas réservé exclusivement aux produits d'un fournisseur; 6 % seulement de l'ensemble des congélateurs, dans les points de vente sur lesquels l'étude a porté, appartenaient à des détaillants. Ce sont les seuls points de vente auxquels les fournisseurs de glace pour consommation immédiate peuvent avoir directement accès, sans offrir au détaillant un congélateur pour le stockage de leurs produits et sans avoir à le persuader d'accepter cette offre.

(149) Les autres points de vente, c'est-à-dire ceux qui ne possèdent pas de congélateurs non soumis à des conditions d'exclusivité, sont équipés d'un ou plusieurs congélateurs réservés exclusivement aux produits du fabricant qui les a fournis. D'après l'étude Lansdowne, 83 % de l'ensemble des points de vente du marché en cause appartiennent à cette catégorie (voir considérant 92), alors que d'après l'étude Rosslyn (voir considérants 108 et 114), ce pourcentage est de 84 %. Il s'agit des points de vente auxquels les fournisseurs, qui n'y ont pas déjà installé un congélateur, ne pourront pas accéder directement pour vendre leurs produits, sans avoir à surmonter d'abord les barrières à l'entrée considérables mentionnées ci-dessous. Ainsi, tout fabricant qui n'est pas déjà implanté dans le point de vente s'en trouvera exclu. Bien que cette exclusion ne soit pas absolue en ce sens que le détaillant n'est pas contractuellement empêché de vendre les produits d'autres fournisseurs, on peut néanmoins dire que le point de vente est fermé, en ce sens qu'il est très difficile pour les fournisseurs concurrents d'y accéder.

(150) Il apparaît également clairement que la majorité des ventes de glaces pour consommation immédia-

[67] Le Tribunal de première instance a déclaré, dans l'affaire Langnese et Schöller (points 129 et 95), que «... en présence d'un réseau d'accords similaires conclus par un seul producteur, l'appréciation portée sur les effets de ce réseau sur le jeu de la concurrence s'applique à l'ensemble des contrats individuels constituant le réseau».

[68] Dans la pratique, étant donné que tous les fournisseurs sur le marché en cause pratiquent la fourniture de congélateurs sous conditions d'exclusivité, cela signifie un congélateur appartenant au détaillant lui-même ou qui lui a été prêté par une source autre qu'un producteur de glace.

[69] C'est-à-dire après la cession par HB d'une partie de son parc de congélateurs (voir considérants 72 et 73).

[70] C'est-à-dire avant la cession par HB d'une partie de son parc de congélateurs (voir considérants 72 et 73).

te se font dans les points de vente équipés de congélateurs fournis sous condition d'exclusivité. Cela est illustré non seulement par la simple supériorité en nombre de ce type de points de vente sur le marché en cause, mais également par la proportion beaucoup plus faible des points de vente à chiffres d'affaires élevés (dans le domaine des glaces pour consommation immédiate) parmi ceux qui peuvent être considérés comme «ouverts» au sens décrit au considérant 138: 10 % seulement des points de vente réalisant des chiffres d'affaires élevés appartiennent à cette catégorie, contre 28 % pour les magasins réalisant de faibles chiffres d'affaires (voir considérant 93).

(151) Une majorité de ces points de vente fermés sont, de plus, seulement en mesure de vendre les glaces pour consommation immédiate d'un seul fournisseur, puisqu'ils ne possèdent qu'un seul congélateur fournir par un seul producteur de glace, sous condition d'exclusivité: d'après l'étude Lansdowne, 56 % de l'ensemble des points de vente se trouvent dans cette situation (voir considérant 92).

(152) La majorité des congélateurs fournis par un fabricant de glace sur le marché en cause proviennent de chez HB: cette proportion est de 61 % selon l'étude Lansdowne (voir considérant 88) et de 64 % selon l'étude Rosslyn (voir considérant 107). D'après Lansdowne, 72 % des points de vente ont au moins un congélateur HB (76 %, selon Rosslyn) voir considérant 108). HB, quant à elle, estime (voir considérant 124) que 75 % de l'ensemble des points de vente sur le marché en cause possèdent au moins un congélateur HB.

(153) D'après l'étude Lansdowne, 41 % de l'ensemble des points de vente ne sont en outre en mesure de vendre que les seules glaces pour consommation immédiate de HB, du fait qu'ils ne possèdent qu'un ou plusieurs congélateurs fournis par HB (35 % ne possèdent qu'un seul congélateur HB, 6 % plus d'un congélateur HB). D'après Rosslyn, 50 % des points de vente ne possèdent qu'un seul congélateur HB (voir considérant 108), alors que 5 % possèdent plus d'un congélateur HB, ces congélateurs étant les seuls présent dans le point de vente. Cela signifie que 55 % des points de vente constituant l'échantillon ne sont en mesure de vendre que les glaces pour consommation immédiate de HB (exclusivité HB), au sens décrit ci-dessus. Selon B&A, dans [. . .] % ([. . .] % de [. . .] % — voir considérants 116 et 117) de l'ensemble des points de vente, le congélateur HB est le seul implanté dans le magasin; [. . .] % des points de vente constituant l'échantillon vendaient ainsi exclusivement des produits HB, au sens décrit ci-dessus (voir considérant 116). Selon les estimations de HB, [. . plus de 40 % . .] de l'ensemble des points de vente vendent exclusivement ses produits (estimation HB de novembre 1994: [. . plus de 60 % . .] — voir considérant 125).

(154) La quasi-totalité des ventes de HB dans le domaine des glaces pour consommation immédiate se font dans des points de vente équipés uniquement de congélateurs fournis par des fabricants sous condition d'exclusivité. Cela est confirmé par le fait que [. . plus de 95 % . .] des ventes de glace HB se font dans des points de vente équipés de congélateurs HB (voir considérant 61). Étant donné que 5 % seulement de l'ensemble des points de vente sont «ouverts» tout en possédant également un ou plusieurs congélateurs sous condition d'exclusivité (voir considérant 92) et que 95 % des congélateurs HB sont installés dans des points de vente ne possédant que des congélateurs fournis sous condition d'exclusivité (voir considérant 94), on est inévitablement amené à conclure que la quasi-totalité des ventes de produits HB se font dans ce type de points de vente [71].

(155) L'étude Lansdowne montre que le niveau des ventes de produits HB dans les points de vente possédant uniquement un ou plusieurs congélateurs HB, c'est-à-dire ceux qui vendent exclusivement des produits HB au sens décrit ci-dessus, est presque identique au niveau des ventes de glace pour consommation immédiate réalisées dans les autres points de vente auxquels HB a fourni un congélateur (voir considérant 94). En outre, les niveaux de distribution numérique et en valeur montrent que le niveau des ventes dans les points de vente où HB est présente est généralement plus élevé que dans ceux dont elle est absente (voir considérant 46). Le niveau des ventes de produits HB dans les points de vente possédant uniquement un ou plusieurs congélateurs HB est donc au moins aussi élevé que celui réalisé dans l'ensemble des autres points de vente du marché en cause.

(156) On peut donc en conclure que dans quelque 40 % [72] de l'ensemble des points de vente du marché en cause, le ou les seuls congélateurs destinés au stockage de glace pour consommation immédiate installés dans le point de vente ont été fournis par HB (voir considérant 153). HB a déclaré expressément, dans sa réponse à la consommation des griefs, qu'elle ne contestait pas cette conclusion. Il a également été prouvé qu'environ 40 % de l'ensemble des ventes de glace pour consommation immédiate réalisées sur le marché en cause se font dans cette catégorie de points de vente (voir considérant 155). Or, il s'agit de points de vente vendant exclusivement des produits HB, au sens décrit ci-dessus. Les accords relatifs aux congélateurs installés dans cette catégorie de points de vente constituent une partie identifiable du réseau d'accords de fourniture de congélateurs mis en place par HB.

[71] La cession de congélateurs délà en place par HB au cours du premier semestre de 1996 n'affecte pas sensiblement cette évaluation; en effet, indépendamment du fait que les congélateurs cédés avaient un âge moyen de neuf ans (c'est-à-dire qu'ils étaient au moins proches du terme de la durée de vie normale d'un congélateur), les cessions ont essentiellement concerné des points de vente à faible chiffre d'affaires (voir considérant 73).

[72] On constate, d'après ce qui précède, qu'il s'agit d'une estimation prudente.

4. *Conditions nécessaires à la constatation de l'effet restrictif sur le marché en cause de la partie identifiée des accords de mise à disposition de congélateurs de HB*

(157) Un fournisseur, qui souhaite commencer à vendre ses glaces pour consommation immédiate dans un point de vente (c'est-à-dire un nouvel arrivant dans ce point de vente) déjà doté d'au moins un congélateur réservé à un autre fournisseur, ne peut le faire qu'à la condition que ce point de vente possède un congélateur qui ne soit pas soumis à une condition d'exclusivité (c'est-à-dire un point de vente ouvert au sens du considérant 148), ou qu'il puisse persuader le détaillant de remplacer un congélateur réservé en place ou d'installer un congélateur supplémentaire en plus du ou des congélateurs réservés en place. Ces deux possibilités font l'objet des parties i) et ii) visées ci-dessous, concernant la catégorie de points de vente visée au considérant 156.

i) **Probabilités de persuader un détaillant de remplacer un congélateur HB**

(158) Si un fournisseur concurrent souhaite commencer à vendre ses produits dans un point de vente ne possédant, pour le stockage des glaces destinées à une consommation immédiate qu'un (ou plusieurs) congélateur(s) fourni(s) par HB, il peut essayer de persuader le détaillant de remplacer l'un de ses congélateurs HB en l'incitant à acheter ou à louer (location-vente) lui-même un congélateur auprès d'une source autre qu'un fournisseur de glaces ou en lui en fournissant un.

a) *Remplacement par un congélateur appartenant au détaillant*

(159) Un détaillant ne remplacera un congélateur soumis à une condition d'exclusivité que s'il est certain que ce remplacement lui permettra d'accroître ses bénéfices. Dans cette perspective, il doit tenir compte de la puissance du (ou des) fournisseur(s) sur le marché en cause. Un détaillant qui envisage de remplacer un congélateur HB doit, par conséquent, tenir compte de la puissance écrasante de HB sur le marché en cause (voir considérant 141). Cela est particulièrement vrai lorsque le seul congélateur du point de vente a été fourni par HB: lorsque le détaillant envisage de remplacer cet unique congélateur HB par son propre congélateur, les glaces entreposées dans son propre appareil refléteront généralement les parts de marché des différents producteurs du marché en cause. Étant donné la puissance de HB sur le marché, la gamme de produits offerte par le point de vente n'est pas susceptible de changer de manière importante après ce remplacement. Le détaillant n'a pas, par conséquent, de raisons de penser qu'il pourra augmenter notablement ses bénéfices en proposant des glaces de producteurs différents.

(160) La peur du risque peut également dissuader un détaillant d'acheter son propre congélateur: l'incertitude relative aux bénéfices futurs ainsi que le désavantage général que représentent l'acquisition et la maintenance de son propre appareil ne sont pas des considérations sans importance pour les petits détaillants. Il faut garder à l'esprit que l'incertitude relative aux bénéfices futurs est susceptibles d'influencer surtout les petits détaillants pour lesquels le risque inhérent à ce type d'investissements (voir ci-dessous) est beaucoup plus grand et, partant, plus dissuasif.

(161) L'investissement nécessaire à l'achat et à la maintenance d'un congélateur constitue un élément dissuasif pour les détaillants qui devraient, dans ce cas, renoncer au congélateur fourni «gracieusement» par le fournisseur, HB, qui en assure également la maintenance: bien que le détaillant paye indirectement pour ce service (voir considérants 76 à 79), les économies d'échelle liées à l'achat, l'installation et la maintenance de congélateurs qui peuvent être réalisées par les grands fournisseurs de glaces, tels que HB, ne peuvent pas être réalisés par les petits détaillants, ce qui peut par conséquent les inciter à accepter d'être équipés par le fournisseur. Avant l'instauration du régime différencié de prix en 1995, cet effet dissuasif était encore plus marqué en raison de la politique du prix «global» appliquée par HB (voir ci-dessus). L'inclusion de cet élément dans le prix des glaces vendues au détail a abouti à une situation dans laquelle un détaillant possédant son propre congélateur finançait indirectement le parc des congélateurs HB sans en bénéficier. Cet investissement constitue, de plus, un investissement «à fonds perdus» pour le détaillant s'il ne peut pas revendre facilement son congélateur. Ces considérations relatives aux coûts sont particulièrement importantes pour les détaillants soumis, pour des raisons quelconques, à des contraintes en termes de liquidités et de crédits et le seront d'autant plus pour les petits points de vente. L'étude Lansdowne a

montré que ces considérations commerciales ou financières dissuadaient incontestablement les détaillants d'acheter leur propre congélateur: voir les considérants 100 et 104.

(162) La nécessité de mettre fin aux relations existant avec le fournisseur propriétaire du congélateur à remplacer représente un autre obstacle, en particulier dans les cas où ce fournisseur possède une part de marché aussi importante que celle de HB. Le fait même qu'il y ait si peu de détaillants, en Irlande, qui aient choisi d'acheter ou de louer des congélateurs pour entreposer leurs glaces destinées à une consommation immédiate tend à confirmer cette analyse. Avant la cession des certains de ses congélateurs par HB en 1996, très peu de détaillants en Irlande avaient choisi d'acheter leur propre congélateur (voir l'étude Rosslyn, au considérant 107, qui a été réalisée en avril 1996 avant la cession des congélateurs). La plupart des congélateurs qui ont été cédés à des détaillants par HB en 1996 [. . .] et représentent une part importante des congélateurs appartenant à des détaillants sur le marché en cause. Le système de location-vente de congélateurs mis en place par HB en 1995 n'a suscité l'intérêt d'aucun détaillant (voir considérants 70 et 71) malgré la certitude de HB que ceux-ci trouveraient les conditions proposées attrayantes; seulement 11 % des détaillants interrogés par Lansdowne qui ne possédaient pas encore de congélateur ou n'en louaient (location-vente) aucun se sont montrés intéressés par ce système. L'étude de marché réalisée par Rosslyn a montré que, sur les 26 % de détaillants interrogés qui ont déclaré qu'ils étaient disposés à remplacer leur congélateur ou à en acheter un nouveau, 82 % n'étaient pas prêts à acheter leur propre congélateur et 80 % ne souhaitaient pas louer un congélateur ne faisant pas l'objet d'une clause d'exclusivité.

(163) HB a fait valoir que, dans les points de vente dotés de plusieurs congélateurs HB, les détaillants étaient davantage susceptibles d'en remplacer un par leur propre congélateur tout en conservant l'autre (ou les autres). Il faut souligner que la plupart des points de vente de la catégorie en cause (c'est-à-dire les points de vente dotés uniquement de congélateurs HB) ne possèdent qu'un unique congélateur HB pour la vente des glaces destinées à une consommation immédiate (voir considérant 153); la plupart des points de vente restants ne disposent que de deux congélateurs. Dans les points de vente dotés d'au moins deux congélateurs HB, les détaillants ne sont susceptibles d'en remplacer un ou plusieurs que s'ils considèrent que ce remplacement leur permettra d'obtenir au moins le même chiffre d'affaires pour les glaces destinées à une consommation immédiate que celui qu'ils réalisaient auparavant. Alors qu'ils peuvent en effet parvenir à cette conclusion, ils ne choisissent en fait que très rarement d'agir en ce sens (voir ci-après); bien que la puissance de HB représente certainement l'élément le plus dissuasif, les autres éléments précités peuvent également, au moins en partie, avoir un effet dissuasif.

(164) L'étude de marché sur laquelle s'appuie la Commission confirme que le remplacement de congélateurs fournis par un fabricant par des congélateurs appartenant au détaillant, ou par des congélateurs mis à sa disposition par des fournisseurs concurrents, reste très marginal (voir considérant 111) et que les réticences des détaillants sont particulièrement marquées à cet égard (voir considérants 104, 112 et 119). Cette étude de marché montre, de plus, que le remplacement de congélateurs HB par des congélateurs, qui ne sont pas fournis par HB, est très rare: au cours des cinq dernières années, 78 % de l'ensemble des congélateurs remplacés dans les points de vente étaient des appareils HB et 74 % des nouveaux congélateurs étaient également des appareils HB (voir considérant 111) et, dans la plupart des cas, il s'agissait d'appareils plus volumineux (voir considérant 74).

(165) Cette étude montre, en outre, que les détaillants ne sont généralement pas intéressés par cette possibilité de remplacement. Lansdowne a ciblé certaines de ses questions à l'intention des détaillants qui ne possédaient qu'un (ou plusieurs) congélateur(s) HB et qui, partant, n'étaient en mesure de vendre que des glaces pour consommation immédiate HB. À la question de savoir s'ils étaient intéressés par la vente de produits d'une autre marque que HB, seulement 25 % d'entre eux ont répondu par l'affirmative. Sur ces 25 %, 76 % des détaillants ont déclaré qu'ils n'envisageaient pas de remplacer leurs congélateurs HB (ou l'un d'eux) par un congélateur qu'ils loueraient ou achèteraient eux-mêmes (voir considérants 102, 103 et 104).

b) *Remplacement par un congélateur appartenant à un fournisseur*

(166) Un détaillant ne remplacera un congélateur mis à sa disposition par un fournisseur par un congélateur appartenant à un autre fournisseur de glaces que s'il prévoit d'accroître ses bénéfices en effectuant ce remplacement [73]: il doit en général être assuré que la demande est plus importante pour

[73] Lorsqu'un congélateur réservé exclusivement aux produits d'un fournisseur est remplacé par un congélateur réservé exclusivement aux produits d'un fournisseur concurrent, le point de vente concerné est alors fermé à l'ancien fournisseur, pour autant que le congélateur remplacé ait été son seul appareil dans ce point de vente, et demeure fermé à tout autre fournisseur qui n'était pas déjà présent dans ce point de vente.

les produits du nouveau fournisseur et que le congélateur fourni par celui-ci sera par conséquent plus rentable que l'ancien appareil dont il disposait. Si le nouvel arrivant dans le point de vente est un producteur de glaces moins connu que le(s) fournisseur(s) déjà présent(s), s'il dispose d'une gamme de produits moins importante ou moins appréciée, si le congélateur qu'il propose est plus petit ou si les conditions offertes sont moins attrayantes, le détaillant ne sera pas incité à effectuer ce remplacement. Dans les points de vente où le seul congélateur est réservé exclusivement aux produits d'un fournisseur, les détaillants abandonneraient, en effet, complètement la possibilité de vendre les glaces pour consommation immédiate de ce fournisseur, étant donné que les producteurs semblent presque toujours fournir des congélateurs soumis à une condition d'exclusivité.

(167) Pour les détaillants qui envisagent de remplacer un congélateur HB par le congélateur d'un autre fournisseur de glaces, la puissance de HB sur le marché en cause a un effet encore plus dissuasif que dans le cas d'un remplacement par un congélateur appartenant au détaillant. Cela est particulièrement vrai lorsque le congélateur HB est le seul du point de vente: les détaillants abandonneraient, en effet, complètement la possibilité de vendre les glaces pour consommation immédiate de HB [74]. Le détaillant ne choisira cette possibilité que s'il prévoit d'accroître ses bénéfices en effectuant ce remplacement et il aura, par conséquent, très peu de chances de la choisir si le congélateur HB est le seul du point de vente. Aucun concurrent de HB ne possède une gamme de produits aussi connue et complète que la sienne. Par conséquent, leurs produits n'offrent pas, en général, de véritable alternative aux produits de HB du point de vue du détaillant.

(168) La peur du risque de nombreux détaillants, le désavantage lié à l'acquisition et à la maintenance d'un congélateur et la nécessité de mettre fin aux relations établies avec les fournisseurs ont aussi pour effet de dissuader les détaillants de choisir de remplacer le congélateur d'un fournisseur par celui d'un autre. Lorsque le congélateur d'un fournisseur en place est remplacé, non pas par un congélateur appartenant au détaillant, mais par le congélateur d'un autre fournisseur, cela signifie presque toujours que le détaillant ne souhaite plus faire affaire avec son ancien fournisseur. Ces considérations sont toutes d'autant plus pertinentes pour le remplacement d'un congélateur HB, compte tenu de la puissance de cette entreprise sur le marché en cause. Même lorsqu'un point de vente possède uniquement des congélateurs HB (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un revendeur HB exclusif), le remplacement de l'un de ces congélateurs est peu probable, étant donné la puissance de HB: la probabilité de ce remplacement est déterminée par les attentes du détaillant en termes de retour sur investissement. L'étude de marché précitée confirme l'improbabilité de ce type de remplacement.

(169) La question de savoir si un congélateur HB est susceptible d'être remplacé par le congélateur d'un autre fournisseur doit aussi être considérée du point de vue de ce dernier. Comme il a été mentionné précédemment, on ne peut s'attendre à ce que ce fournisseur réalise l'investissement nécessaire que s'il prévoit un retour sur investissement satisfaisant sous la forme d'une augmentation des ventes. Compte tenu de la puissance de HB sur le marché en cause, les autres fournisseurs de glaces sont susceptibles d'obtenir un retour sur investissement plus faible que celui de HB. Ce désavantage concurrentiel par rapport au fournisseur le plus important du marché rend la mise à la disposition des détaillants de congélateurs par les autres fournisseurs moins probable dans certains cas.

(170) Il faut rappeler que l'expérience, telle qu'elle ressort de l'étude de marché sur laquelle s'appuie la Commission, indique que le remplacement de congélateurs mis à disposition par un fournisseur en général, et par HB en particulier, se traduit presque inévitablement par l'installation de nouveaux congélateurs provenant de ce même fournisseur (voir considérant 111). 82 % des détaillants interrogés par Lansdowne qui ne possédaient qu'un (ou plusieurs) congélateur(s) HB et qui se sont montrés intéressés par la vente de glaces d'autres marques ont déclaré qu'ils n'envisageaient pas de remplacer leur (ou l'un de leurs) congélateur(s) HB par un appareil provenant d'un autre fournisseur de glaces (voir considérant 104), la puissance de HB et la popularité de ses produits ayant été avancées comme principales raisons par de nombreux détaillants.

(171) Les accords de mise à disposition de congélateurs HB sont conclus pour une période indéterminée. Ces accords conservent leur force exécutoire jusqu'à ce que HB ou le détaillant informe l'autre partie, avec un préavis de deux mois, de son intention d'y mettre fin [75]. Malgré le fait que les

[74] Le fait de rendre un congélateur HB peut aussi contraindre un détaillant à abandonner la vente des glaces à emporter HB, étant donné que celles-ci sont souvent entreposées dans le même congélateur que les glaces pour consommation immédiate (voir considérant 42); cette conséquence supplémentaire rend la perspective de remplacer un congélateur HB par celui d'un autre producteur encore moins attrayante.

[75] Le fait que HB ne tienne apparemment pas compte de cette condition (voir ci-dessus) peut seulement être considéré, à cet égard, comme un facteur en partie atténuant, compte tenu de l'ignorance ou de l'incertitude possible des détaillants au sujet de cette pratique.

détaillants savent généralement qu'il est possible de mettre fin à ces accords avec un court préavis, la durée indéterminée de ces accords constitue néanmoins un autre facteur provant dissuader les détaillants de prendre l'initiative d'y mettre fin, que ce soit en vue de remplacer un congélateur HB par un appareil leur appartenant ou de remplacer un congélateur HB par un appareil provenant d'un autre fournisseur.

ii) **Probabilités de persuader un détaillant d'installer un congélateur supplémentaire**

(172) Un fournisseur concurrent souhaitant commencer à vendre ses produits dans un point de vente doté uniquement d'un (ou plusieurs) congélateur(s) HB pour entreposer les glaces destinées à une consommation immédiate peut aussi essayer de persuader le détaillant concerné d'installer, en plus de ce (ou de ces) congélateur(s) HB, soit un congélateur supplémentaire acheté ou loué par le fournisseur lui-même auprès d'une autre source qu'un fournisseur de glaces, soit un congélateur que le nouvel arrivant lui-même mettra à sa disposition.

(173) Pour prendre la décision d'installer ou non un congélateur supplémentaire dans son point de vente, un détaillant doit prendre en compte les contraintes en matière d'espace, qui sont inhérentes à tout point de vente et, en particulier, à ceux du marché en cause (voir considérant 43). Le détaillant doit être convaincu de la viabilité économique de cette décision. En général, un détaillant répartit son espace de vente en fonction de la rentabilité éventuelle qu'il en attend [76]. En particulier, il tiendra compte de plusieurs facteurs, dont certains sont décrits ci-après. L'étude Lansdowne a montré que 87 % des détaillants interrogés ne considéraient pas qu'il serait rentable pour eux de consacrer plus d'espace à l'installation d'un congélateur supplémentaire (voir considérant 96). Cette étude de marché démontre, de plus, la très grande réticence de la plupart des détaillants à permettre l'installation de congélateurs supplémentaires (voir l'étude Lansdowne, considérants 97 à 100 et 103; l'étude Rosslyn, considérant 112 et l'étude B&A, considérant 119). L'étude Lansdowne a, par exemple, montré que seulement 40 % des 25 % de détaillants qui ne peuvent vendre que des glaces HB et qui ont montré un intérêt pour la vente de produits d'autres marques étaient prêts à installer un congélateur supplémentaire; l'étude B&A a montré que seulement [. . .] % des détaillants ne possédant qu'un seul congélateur dans leur point de vente étaient disposés à envisager l'installation d'un congélateur supplémentaire.

(174) Pour la vente des glaces destinées à une consommation immédiate, l'accessibilité et la visibilité du congélateur sont essentielles. Par conséquent, tous les emplacements d'un point de vente ne conviennent pas [77] (voir considérants 10 et 43). Parallèlement, un emplacement approprié doit aussi permettre la présentation d'autres produits, en particulier des produits faisant l'objet d'un achat «impulsif». En général, les ventes de ces autres produits ne sont pas soumises à des variations saisonnières et peuvent assurer des revenus plus importants sur l'espace utilisé. Le fait de consacrer un espace de vente à des congélateurs destinés à la vente de glaces pour consommation immédiate dépendra en général de l'effet direct attendu sur les ventes.

(175) L'installation d'un congélateur supplémentaire appartenant au détaillant ou fourni par un producteur autre que HB a pour résultat immédiat de permettre l'offre d'une plus grande gamme de produits. Cependant, cet élargissement de la gamme de produits n'entraîne pas nécessairement une augmentation du chiffre d'affaires réalisé par ce point de vente dans le secteur des glaces destinées à une consommation immédiate. En fait, si les ventes globales de glaces pour consommation immédiate de ce point de vente peuvent effectivement augmenter, elles n'atteindront pas nécessairement le niveau attendu par le détaillant à la suite de cette attribution supplémentaire d'espace. Le nouveau congélateur n'est non seulement pas susceptible de générer le même niveau de ventes que celui généré par le(s) congélateur(s) en place avant son installation, mais ce(s) dernier(s) n'est pas (ou ne sont pas) non plus susceptible(s) de continuer à générer le même niveau de ventes qu'auparavant. C'est seulement si toutes les ventes résultant du nouveau congélateur sont entièrement imputables à une demande spécifique pour les produits du nouvel arrivant, à l'exclusion de la demande de toute autre glace pour consommation immédiate vendue dans le point de vente, que les ventes du (ou des) congélateur(s) en place ne seront pas affectées par la nouvelle installation. Du point de vue du détaillant, l'installation supplémentaire ne

[76] Le fait que l'étude qualitative réalisée par B&A ait montré que les détaillants agissaient généralement sur la base de méthodes plus instinctives que précises pour apprécier le retour sur investissement possible (voir considérants 122 et 123) ne remet pas en cause la validité de cette affirmation: leurs calculs de nature instinctive reposeront sur les mêmes considérations de base.

[77] Décision 78/172/CEE de la Commission dans l'affaire Liebig (1978) (JO L 53 du 24.2.1978, p. 20, considérant 9).

sera rentable que s'il prévoit de compenser les pertes consécutives à la possibilité d'utiliser cet espace de vente au détail d'une autre manière, par la demande supplémentaire générée par le nouveau congélateur. Le niveau important de déréférencement enregistré par l'étude B&A (considérant 118) confirme ces considérations liées à la rentabilité de l'espace: les détaillants en question ont pu considérer que les ventes de glaces d'un fournisseur ne justifiaient pas l'utilisation de l'espace nécessaire au congélateur de ce fournisseur.

(176) En raison de la puissance de HB sur le marché en cause, il est plus qu'improbable qu'un détaillant décide d'installer un congélateur supplémentaire, lui appartenant, dans un point de vente déjà doté d'un ou de plusieurs congélateurs du réseau de congélateurs de HB. En raison de la variété et du succès des produits offerts par HB, les bénéfices supplémentaires susceptibles de résulter de l'installation d'un congélateur appartenant au détaillant, en plus d'un congélateur HB, sont réduits. Les pertes d'efficience possibles, décrites précédemment de manière plus générale, seront par conséquent d'autant plus marquées dans ce cas.

(177) De plus, la manière la plus efficace d'augmenter la capacité des détaillants à faire face à une hausse de la demande est de réapprovisionner plus souvent un nombre minimal de congélateurs et non d'installer des congélateurs supplémentaires [78]. Le fait de devoir installer des congélateurs supplémentaires pour entreposer les produits de chaque fournisseur entraîne des pertes d'efficience évidentes pour le détaillant.

(178) Un autre facteur rendant l'installation d'un congélateur supplémentaire d'autant plus improbable est l'augmentation de la place occupée par les congélateurs HB récemment installés (voir considérant 74). Cela dissuade évidemment les détaillants d'affecter encore plus d'espace à la vente de glaces pour consommation immédiate.

(179) La possibilité de remplacer un congélateur HB en place par plusieurs congélateurs plus petits doit aussi être examinée. Alors que cette possibilité ne risque pas d'entraîner d'augmentation de l'espace de vente au détail consacré au stockage des glaces pour consommation immédiate et semble séduire certains détaillants (voir l'étude Lansdowne: considérant 104), elle est limitée par le fait que les fournisseurs semblent proposer des congélateurs conçus pour recevoir l'intégralité de leur gamme de produits: l'espace occupé par ces congélateurs tend à augmenter pour les fournisseurs disposant d'une gamme complète, en particulier HB (voir considérants 74 et 75 relatifs aux congélateurs HB). Dans tous les cas, il n'est pas possible en général pour un détaillant d'obtenir des fournisseurs des congélateurs qui soient parfaitement adaptés à la gamme et au nombre précis de produits qu'il souhaite proposer à la vente. De plus, l'installation d'un plus grand nombre de congélateurs plus petits peut compliquer la tentative d'un détaillant d'offrir à ses clients une gamme complète de tous les types de glaces pour consommation immédiate. Du point de vue du fournisseur, les congélateurs de très petite taille présentent l'inconvénient de limiter ses possibilités d'expansion sur le marché en cause. De plus, il faut souligner que les coûts d'achat, d'installation, de maintenance et de fonctionnement de deux congélateurs sont considérablement plus élevés que pour un seul congélateur deux fois plus grand.

(180) HB a argué du fait que le nombre moyen de congélateurs par point de vente risquait de continuer à augmenter, comme cela semble avoir été le cas au cours de ces cinq dernières années: l'étude Rosslyn a montré que le nombre moyen de congélateurs par point de vente était passé de 1,22 à 1,42 entre 1991 et 1996; selon l'étude Lansdowne, ce nombre serait de 1,50. Cependant, il existe manifestement une limite supérieure au nombre de congélateurs qu'un détaillant est prêt à installer pour la vente de glaces destinées à une consommation immédiate. Cela est confirmé par la très petite proportion de points de vente dotés de plus de deux congélateurs [79], mais aussi par le peu d'enthousiasme suscité auprès des détaillants par la possibilité d'installer des congélateurs supplémentaires: l'étude Lansdowne a fourni des informations détaillées concernant l'attitude des détaillants à cet égard (voir considérants 97 à 100 et 103). Il faut noter en particulier que les détaillants considèrent que le nombre idéal de congélateurs pendant la haute saison s'élève à 1,57 (moyenne), ce qui indique (sur la base de données chiffrées relatives au nombre moyen de congélateurs par point de vente) que le marché est plus ou moins saturé et que de nouvelles arrivées ou une augmentation du parc en place sont donc peu probables à l'avenir.

[78] Cela est confirmé par l'étude qualitative de B&A, qui a montré que les détaillants préféraient le réapprovisionnement fréquent d'un congélateur à l'installation d'un congélateur supplémentaire (voir considérant 123).

[79] 7 % selon Lansdowne; 4 % selon Rosslyn; [. . .] % selon B&A, une étude qui s'est surtout intéressée aux points de vente plus importants (voir considérant 86).

(181) Au-delà des considérations générales précitées concernant la probabilité qu'un détaillant choisisse d'installer un congélateur en plus du (ou des) congélateur(s) HB existant déjà dans son point de vente, il faut tenir compte des remarques suivants relatives aux possibilités spécifiques visées au considérant 172.

a) *Installation d'un congélateur appartenant au détaillant en plus du (ou des) congélateur(s) HB*

(182) La plupart des facteurs dissuasifs, décrits aux points i) a) visés ci-dessus, relatifs à l'acquisition de leur propre congélateur par les détaillants s'appliquent également à ce scénario. Le risque inhérent à cet investissement (qui sera probablement «à fonds perdus») aura un effet dissuasif sur les détaillants. Le désavantage lié à l'achat et à la maintenance d'un congélateur a également un effet fortement dissuasif sur les détaillants.

b) *Installation d'un congélateur réservé à un autre fournisseur en plus du (ou des) congélateurs HB*

(183) Du point de vue du fournisseur, les facteurs visés au considérant 169 (et développés ci-après) sont au moins tout aussi applicables. Lorsqu'un fournisseur met un congélateur supplémentaire à la disposition d'un détaillant, ses bénéfices seront limités par la concurrence de l'autre (ou des autres) fournisseur(s) déjà présent(s) dans le point de vente en cause, alors qu'il ne sera pas en concurrence avec l'ancien fournisseur dans le cas d'un remplacement. Lorsque HB est le fournisseur en place et que le point de vente est au moins doté d'un congélateur du réseau de congélateurs HB, la puissance de HB sur le marché en cause rend toute installation dans ce point de vente d'un congélateur supplémentaire réservé à un autre fournisseur d'autant plus improbable. En raison de la plus grande variété et du succès plus important des produits offerts par HB par rapport à tous ses concurrents, les bénéfices supplémentaires susceptibles de résulter de l'installation d'un congélateur appartenant à un autre fournisseur, en plus de congélateur HB, sont réduits ([80]).

([80]) Lorsqu'un congélateur supplémentaire faisant l'objet d'une clause d'exclusivité est installé dans un point de vente, celui-ci demeure fermé à tout nouveau fournisseur.

iii) **Conclusion**

(184) À la lumière des considérations qui précèdent, il est possible de parvenir à la conclusion que les accords de mise à disposition de congélateurs HB, conclus pour les congélateurs installés dans les points de vente dotés uniquement d'un (ou de) congélateur(s) HB, remplissent les conditions visées au point 143 et, partant, restreignent la concurrence dans le marché en cause. Au vu de cette conclusion, la catégorie de points de vente en question peut être considérée comme étant, de fait, liée à HB par une clause d'exclusivité pour la vente de glaces à destinées à une consommation immédiate. L'accès de ces points de vente est par conséquent fermé aux autres fournisseurs.

5. *Autres caractéristiques du marché en cause*

i) **Condition d'exclusivité applicable aux congélateurs: un obstacle pratique et financier important à l'entrée et à l'expansion des autres fournisseurs**

(185) La généralisation de la fourniture, aux détaillants, de congélateurs soumis à une clause d'exclusivité par les fournisseurs de glaces rend l'accès au marché en cause et toute expansion difficiles (voir considérants 147 à 156): une majorité de points de vente ne sont en mesure de vendre que les glaces pour consommation immédiate d'un seul fournisseur. Par conséquent, la condition d'exclusivité applicable aux congélateurs représente une entrave importante à la concurrence entre les fournisseurs.

(186) Il est clair que la fourniture de congélateurs soumis à une clause d'exclusivité représente un obstacle pratique à la pénétration du marché et à l'expansion des fournisseurs de glaces existants. Au titre 4, il a été démontré qu'il était difficile, dans les points de vente dotés uniquement de congélateurs HB, de persuader les détaillants de remplacer les congélateurs HB existants ou d'installer des congélateurs supplémentaires pour les glaces destinées à une consommation immédiate. De plus, il ressort clairement de ce titre 4 que cela ne vaut pas seulement pour les congélateurs HB installés dans des points de vente dotés uniquement de congélateurs HB, mais aussi pour tout congélateur soumis à une condition d'exclusivité en général. Si les autres fournisseurs ne bénéficient pas de la puissance de HB sur le marché concerné, ils mettent néanmoins des congélateurs à la disposition des détaillants dans des conditions très similaires, et avec les mêmes contraintes en termes d'espace. Le désavantage que représentent pour les

détaillants l'achat et la maintenance d'un congélateur, leur peur du risque et leurs réticences à mettre fin aux relations établies avec les fournisseurs sont autant de facteurs qui empêchent l'accès des fournisseurs concurrents au marché en cause (obstacle pratique).

(187) L'analyse du marché sur laquelle s'appuie la Commission illustre cet obstacle pratique général. Les trois études de marché démontrent que les détaillants ne remplacent pas en général les congélateurs soumis à une condition d'exclusivité par des congélateurs provenant d'autres fournisseurs et qu'ils sont généralement peu disposés à consacrer de l'espace à l'installation de congélateurs supplémentaires (voir considérants 164, 165 et 173).

(188) La mise à la disposition des détaillants de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité représente aussi un obstacle financier à l'entrée de nouveaux fournisseurs sur le marché en cause et à l'expansion des fournisseurs existants. Lorsqu'un fournisseur de glaces pour consommation immédiate du marché en cause, qu'il s'agisse d'un fournisseur existant ou d'un nouvel arrivant sur ce marché, souhaite vendre ses produits dans un point de vente doté uniquement d'un (ou de) congélateur(s) exclusif(s) (c'est-à-dire la plupart des points de vente du marché en cause: voir considérant 149) et lorsqu'il ne peut pas persuader le détaillant d'acquérir son propre congélateur non soumis à une clause d'exclusivité, sa dernière possibilité est de mettre un congélateur à la disposition de ce détaillant pour qu'il y entrepose ses produits (les produits du nouvel arrivant dans le point de vente). En dehors de la difficulté de persuader le détaillant d'accepter cette offre (décrite ci-dessus), la fourniture de ce service représente un coût important pour le fournisseur.

(189) L'investissement que représente l'acquisition d'un parc de congélateurs destinés à être installés dans des points de vente pour assurer des niveaux viables de distribution aux produits d'un fournisseur rend l'accès au marché en cause et le maintien sur ce marché très difficiles pour les petites entreprises et même pour de nombreuses entreprises de taille moyenne. Il faut ajouter à cet investissement les coûts de maintenance courants des congélateurs, auxquels les fournisseurs ne peuvent faire face qu'à la condition qu'un nombre minimal de leurs congélateurs soient installés dans une zone géographique raisonnablement restreinte. Les deux petites entreprises de glaces pour consommation immédiate présentes en Irlande, Valley (actuellement en liquidation) et Leadmore, ont été toutes les deux récemment confrontées à de graves difficultés financières et ont dû se résoudre à conclure des accords de distribution avec de nouveaux arrivants (Valley avec Mars et Leadmore avec Nestlé). HB, Mars, Nestlé, Dale Farm et Häagen Dazs appartiennent toutes à des grandes entreprises ou de grands groupes multinationaux. En dehors du risque plus élevé que représente, pour des petites entreprises, le financement de ce type d'investissements, les grands groupes peuvent réaliser des économies d'échelle en acquérant et en assurant la maintenance de congélateurs, ce qui n'est pas le cas des petites entreprises pour qui cela renchérit le coût de l'accès au marché.

(190) L'étendue de la gamme de produits offerte par le fournisseur est également à prendre en compte. Plus la gamme est réduite, plus il est difficile de justifier l'investissement. Si un fournisseur n'offre qu'un ou deux produits, il est quasiment impossible qu'il mette un congélateur à la disposition du détaillant et, partant, qu'il parvienne à vendre ses produits dans le point de vente concerné. Cela vaut en particulier pour les fournisseurs de glaces destinées à une consommation immédiate qui sont situés sur des créneaux bien précis et dont l'accès à la grande distribution est ainsi rendu plus difficile.

(191) Les fournisseurs établis qui possèdent déjà des congélateurs dans un grand nombre de points de vente sont ainsi protégés contre la concurrence des autres fournisseurs, qui, en raison de cet obstacle financier, ne peuvent pénétrer les points de vente en question: l'existence d'un certain nombre de réseaux de congélateurs exclusifs réservés aux fournisseurs établis, couvrant la quasi-totalité des points de vente du marché en cause, a pour effet de renchérir le coût de l'accès à ce marché pour les nouveaux concurrents ainsi que le coût de tout projet d'expansion pour l'ensemble des fournisseurs. Les détaillants ne seront pas susceptibles d'accepter les congélateurs de fournisseurs qui n'offriront pas des conditions au moins aussi avantageuses que celles offertes par les fournisseurs dont les congélateurs seront déjà en place dans les points de vente concernés, ou que celles offertes par les fournisseurs de ce marché en général. Dans le cadre du marché en cause, cela signifie que le fournisseur doit être disposé à proposer «gracieusement» un congélateur moderne (c'est-à-dire sans frais directs) et à en assurer la maintenance. De plus, un nouvel arrivant ne s'attendra normalement pas à obtenir par l'installation d'un congélateur le même retour sur investissement qu'un fournisseur établi, tout du moins pas avant d'avoir consolidé sa position sur le marché. Cet avantage conféré aux entreprises en place a eu pour conséquence que les seuls nouveaux arrivants sur le marché en cause ces derniers temps ont été des «grosses pointures»: Mars, Häagen Dazs et Nestlé. Le coût de l'entrée de Mars sur le marché en cause est illustré par la part qu'a représentée l'investissement qu'elle a réalisé en 1994, pour acquérir des congélateurs, dans le chiffre d'affaires qu'elle a enregistré au cours de cet exercice pour la vente de ses glaces (voir considérant 80). L'importance de cet investissement consistant à fournir des

congélateurs à des détaillants signifie qu'il est par conséquent difficile pour un fournisseur de glaces de faire face aux autres exigences en matière d'investissements, en particulier au cours de la période suivant son entrée sur le marché, lorsqu'il n'a pas encore rentabilisé son investissement auprès des détaillants.

(192) HB est de loin le fournisseur le plus important du marché en cause. Sa puissance sur ce marché depuis de nombreuses années a été décrite de manière détaillée ci-dessus. Son réseau de congélateurs est le plus vaste du marché en cause: il compte trois fois plus d'appareils que son concurrent le plus important et les congélateurs HB sont présents dans la plupart des points de vente. Les congélateurs fournis par HB tendent aussi à être plus grands que ceux installés par ses concurrents et son parc a été en grande partie renouvelé au cours de ces dernières années.

(193) HB a fait valoir, à cet égard, qu'un système de distribution dans lequel des congélateurs sont mis à la disposition de détaillants avec une clause d'exclusivité ne représentait pas, dans toutes les situations du marché en cause, une entrave à la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1. HB a déclaré que «le type de concurrence visé par les dispositions combinées de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 3, point g), était suffisamment large pour englober un système dans lequel les fournisseurs de glaces se font, entre autres, concurrence par la mise à la disposition des détaillants de congélateurs faisant l'objet d'une clause d'exclusivité». Cette affirmation repose essentiellement sur le fait que ce système constitue une pratique commerciale bien ancrée sur le marché en cause et que la concurrence, qui s'exerce dans le domaine de la fourniture de congélateurs aux détaillants avec clause d'exclusivité, fait partie intégrante de la concurrence globale sur le marché en cause. Cette concurrence relative à la fourniture de congélateurs concerne à la fois les fournisseurs bien établis et les nouveaux arrivants.

(194) On peut opposer à cela que la concurrence sur le marché en cause ne devrait pas faire de la fourniture de congélateurs aux détaillants une condition préalable à la vente, à ces mêmes détaillants, de glaces destinées à une consommation immédiate. Or, dans la plupart des cas dans lesquels des fournisseurs souhaitent vendre leurs produits dans un point de vente n'étant pas doté de congélateur «non réservé», cette obligation semble bien réelle. De plus, la concurrence intermarques au niveau des consommateurs ne peut pas être remplacée par une concurrence pour l'accès aux points de vente. Cela vaut en particulier pour les produits destinés à une consommation immédiate pour lesquels la concurrence s'exerce en grande partie au sein des points de vente plutôt qu'entre les points de vente (voir considérants 195 et suivants). Dans le présent cas d'espèce, le caractère inévitable de la concurrence qui s'exerce en matière de fourniture de congélateurs aux détaillants a pour effet de restreindre de manière importante la concurrence sur le marché des glaces pour consommation immédiate. Il va sans dire que cette concurrence entre les fournisseurs de glaces pour la mise à la disposition des détaillants de congélateurs n'est pas en soi indésirable, mais c'est seulement lorsque la fourniture de congélateurs aux détaillants est soumise à une clause d'exclusivité par tous les fournisseurs de glaces que les avantages économiques de cette pratique sont contrebalancés par ses effets négatifs sur la concurrence dans le marché en cause.

ii) **Autres conséquences anticoncurrentielles de l'obstacle à l'entrée et à l'expansion évoqué précédemment**

(195) Il existe au moins deux autres facteurs rendant l'accès au marché en cause plus difficile: d'une part, le fait que la vente en gros indépendante de glaces pour consommation immédiate ne soit pas développée en Irlande implique que l'accès à la distribution par ces intermédiaires indépendants est rendu plus difficile; d'autre part, le poids des marques existantes sur le marché en cause et la fidélité que leur témoignent les consommateurs représentent un obstacle considérable pour les nouveaux arrivants. Il est reconnu que la notoriété d'une marque dans le secteur des glaces, comme dans celui de la plupart des biens pour consommation à rotation rapide, est d'une importance capitale. À cet égard, il faut souligner que Mars et Nestlé ont largement bénéficié de la notoriété de leurs marques respectives dans le secteur de la confiserie, qui sont souvent les mêmes que celles de leurs glaces. Un autre nouvel arrivant, Häagen Dazs, jouit d'une très grande notoriété internationale et a consacré des sommes considérables à la publicité; sa part de marché demeure néanmoins très réduite. La position particulière de la marque HB sur le marché en cause et l'étendue de la gamme de produits commerciales sous cette marque constituent un obstacle rendant la concurrence avec HB d'autant plus difficile.

(196) En raison des obstacles à l'entrée décrits ci-dessus, de nombreux points de vente restent, dans la pratique, fermés aux produits des nouveaux arrivants. Lorsque l'entrée est possible, ce n'est qu'à un coût très élevé, ce qui représente un obstacle particulier à l'entrée des petites et moyennes entreprises. Les possibilités d'expansion sur le marché en cause des fournisseurs existants se voient également limitées. La distribution numérique et la distribution en valeur enregistrées par les différents fournisseurs montrent clairement qu'il leur est

difficile de distribuer leurs produits à une grande échelle (voir considérants 46 à 52): en particulier, aucun fournisseur n'approche les niveaux de distribution atteints par HB. Mars, par exemple, a atteint un degré de pénétration du marché plus élevé au cours de l'année qui a suivi son arrivée sur ce marché (lorsque les détaillants ont placé son produit dans des congélateurs HB) qu'au cours des cinq années suivantes (voir considérants 47 et 48). Nestlé, qui est arrivée sur le marché en 1994, a conservé depuis le même niveau de distribution (exprimé en nombre de détaillants) et a seulement enregistré une légère augmentation de sa distribution en valeur (voir considérant 50). L'efficacité de ces obstacles a été bien comprise par les fournisseurs qui ont choisi de mettre à la disposition des détaillants des congélateurs soumis à une clause d'exclusivité. Cela est illustré très clairement par les différentes réactions de HB à l'arrivée de Mars sur le marché en 1989 (voir considérants 64 à 68): il ressort de documents émanant de HB que son insistance à maintenir une clause d'exclusivité sur ses congélateurs n'était pas motivée par ses craintes liées au «piratage» possible de ceux-ci, mais plutôt par le fait qu'elle voyait dans cette clause un moyen très utile de contrôler l'accès effectif au marché et l'expansion de son nouveau concurrent.

(197) Comme cela a été indiqué précédemment, l'importance économique que revêt l'acquisition de congélateurs pour les fournisseurs porte par conséquent atteinte aux autres investissements et l'affectation de leurs ressources qui en découle est susceptible d'entraîner des distorsions de concurrence dans le marché en cause. Les concurrents, qui sont contraints d'investir des sommes aussi importantes pour la distribution physique de leurs produits, en particulier lorsqu'ils pénètrent sur un marché, risquent d'être obligés de négliger d'autres aspects de la commercialisation de leurs produits. Or, le *marketing* (publicité, promotion, etc.) est essentiel au moment de l'arrivée sur le marché, précisément lorsque l'investissement en congélateurs est également très important. Les nouveaux arrivants ou fournisseurs qui souhaitent se développer sur le marché sont de même limités dans leur capacité d'innovation et de création de nouveaux produits, au détriment non seulement de ces fournisseurs, mais également des consommateurs, en raison du coût que représentent la réalisation ou l'amélioration de ces niveaux de distribution.

(198) Comme il a été démontré précédemment, les réseaux de congélateurs soumis à une clause d'exclusivité ont pour effet de restreindre considérablement le nombre de produits provenant de fournisseurs concurrents que peut offrir un point de vente. Étant donné que la concurrence dans le secteur des produits pour consommation immédiate s'exerce, en grande partie, au sein des points de vente en raison de la nature spontanée de la demande créée par l'impulsion d'achat (voir considérant 12), cela entraîne une restriction importante de la concurrence intermarques (concurrence entre les fournisseurs) sur le marché en cause. Lorsqu'un point de vente est seulement en mesure d'offrir les produits d'un unique fournisseur, cette concurrence au niveau des consommateurs est complètement exclue, car la concurrence s'exerce seulement entre les différents produits d'un même fournisseur. Cette situation s'applique à plus de la moitié de l'ensemble des points de vente du marché en cause, dans lesquels n'est (ou ne sont) installé(s) qu'un (ou que des) congélateur(s) soumis à une clause d'exclusivité ([81]). Dans ces conditions, la concurrence par les prix entre les fournisseurs est susceptible d'être réduite ([82]). Les consommateurs sont par conséquent pénalisés par la pauvreté du choix de produits concurrents et par les effets de la faiblesse de la concurrence par les prix.

(199) Les effets négatifs produits sur les détaillants par les réseaux de congélateurs soumis à une clause d'exclusivité consistent à restreindre leur capacité d'offre de produits de fournisseurs concurrents, en limitant leur capacité de sélection parmi la gamme de produits de ces fournisseurs en fonction de la demande ou de leur perception de la demande. Cette restriction peut se traduire par la perte de possibilités, pour le détaillant, de devenir plus efficace et, partant, plus rentable, sur la base de son choix d'offre de produits: un détaillant risque souvent d'entreposer des produits dans ses congélateurs soumis à une clause d'exclusivité qu'il n'aurait pas nécessairement choisis en l'absence de cette clause. Les réseaux d'exclusivité sont aussi susceptibles d'entraîner une affectation inefficace de l'espace à l'intérieur d'un point de vente (comme cela a été évoqué plus haut); plus un détaillant cherche à compenser son incapacité d'entreposer tous les produits qu'il souhaite vendre à ses clients en acceptant l'installation d'un plus grand nombre de congélateurs, plus l'inefficacité de l'affectation de son espace de vente sera perceptible.

([81]) 56 % d'après l'enquête de Lansdowne (considérant 92); au moins 60 %, d'après l'enquête Rosslyn (considérant 108). HB est confrontée à la concurrence directe d'autres marques de glaces dans [. . .] des points de vente ayant fait l'objet de l'enquête par B&A dans lesquels sont vendus les produits HB (voir considérant 116).

([82]) En juin/juillet 1995, Mars a lancé une opération promotionnelle consistant dans la réduction de plus de 20 % des prix de vente au détail recommandés (et, partant, des prix de vente aux détaillants) de ses barres glacées: HB n'a pas réagi à cette opération — voir la lettre de Mars du 9 août 1996. Mars a réitéré cette opération pendant l'été 1996; HB n'y a pas non plus réagi. Cette opération ne semble pas non plus avoir affecté la part de marché de HB, qui a augmenté au cours de cette période.

(200) Le réseau d'accords de mise à disposition de congélateurs de HB, qui est le plus vaste et le plus étendu des réseaux d'accords relatifs à des congélateurs faisant l'objet d'une clause d'exclusivité, contribue fortement aux effets anticoncurrentiels précités. En effet, dans le cas du réseau de HB, ces effets sont aggravés par la puissance de HB sur le marché. Dans les points de vente dotés uniquement de congélateurs HB (environ 40 % de l'ensemble des points de vente du marché en cause), HB n'est confrontée à aucune concurrence intermarques au niveau des consommateurs.

6. *Risque d'affectation du commerce entre États membres*

(201) Lorsque, pour les raisons décrites précédemment, l'effet des accords de mise à disposition de congélateurs en question ne permet plus aux détaillants de choisir les glaces pour consommation immédiate des fournisseurs concurrents, qu'ils souhaitent entreposer et vendre, ces fournisseurs n'ont plus aucun moyen de pénétrer les points de vente concernés, indépendamment de leur situation géographique et de l'origine des marchandises. Cette restriction affectant les détaillants et les fournisseurs a pour effet de rendre la pénétration du marché irlandais plus difficile pour les concurrents étrangers, la conséquence étant que le commerce des glaces risques de se situer à un niveau inférieur à celui qu'il aurait atteint autrement. Les possibilités offertes aux fournisseurs étrangers de s'implanter sur le marché irlandais des glaces pour consommation immédiate sont affectées par les accords de mise à disposition de congélateurs, ce qui contribue au renforcement des marchés nationaux ([83]). Le commerce des glaces est, de plus, important entre l'Irlande et les autres États membres, ainsi qu'en témoigne, entre autres, l'importation de France de tous les produits Mars et l'importation en Irlande d'une partie des produits de HB (considérants 25 et 29). Par conséquent, les accords de mise à disposition de congélateurs HB risquent d'affecter le commerce entre États membres.

7. *Effet sensible*

(202) La partie identifiée du réseau d'accords de mise à disposition de congélateurs HB visée au considérant 184 ne déroge cependant à l'article 85, paragraphe 1, que si elle affecte d'une manière sensible la concurrence et le commerce entre les États membres. Il a été établi que la partie identifiée du réseau d'accords de HB concernait environ 40 % de l'ensemble des points de vente du marché en cause, soit environ 40 % des ventes globales de glaces pour consommation immédiate de ce marché. Ce seul fait, mais combiné en particulier aux effets anticoncurrentiels importants entraînés par les différents réseaux d'accords relatifs à des congélateurs soumis à une clause d'exclusivité qui sont gérés par des fournisseurs du marché en cause, et aussi dans le contexte des autres circonstances précitées liées à ce marché, démontre incontestablement que la concurrence est restreinte d'une manière sensible au sens de l'article 85, paragraphe 1, et que le commerce entre États membres est également notablement affecté.

(203) On peut ainsi parvenir à la conclusion que la partie du réseau d'accords de HB relatifs aux congélateurs installés dans des points de vente dont les congélateurs ont tous été fournis par HB, remplit toutes les conditions nécessaires à l'application de l'article 85, paragraphe 1.

(204) HB a fait valoir que la Commission n'avait pas observé le principe de l'égalité de traitement dans la mesure où son évaluation n'a porté que sur le réseau de congélateurs réservés de HB et non ceux de ses concurrents sur le marché en cause et dans la mesure où elle a donc pénalisé HB par rapport à ses concurrents. À cela, il faut répondre que la Commission a tenu compte de l'ensemble des effets anticoncurrentiels produits par les réseaux de congélateurs réservés sur le marché. L'examen de la Commission n'a, cependant, pas permis d'établir qu'un réseau (ou une partie identifiable de réseau) de congélateurs réservés autre que celui de HB avait contribué d'une manière importante à la fermeture de l'accès au marché en cause (voir considérant 95).

(205) HB a avancé que l'article 85, paragraphe 1, n'exigeait pas que tous les obstacles à la vente de glaces pour consommation immédiate de différents producteurs dans tout point de vente du marché en cause devaient être éliminés. Dans ce contexte, elle s'est référée au raisonnement appliqué par la Cour dans l'affaire Delimitis ([84]) et a conclu que les concurrents devaient seulement avoir accès au nombre minimal de points de vente nécessaire au fonctionnement économique d'un système de distribution (point 21 de l'arrêt). Selon HB, il suffit

([83]) Arrêt Langnese, points 119 à 124.

([84]) Affaire 234/89.

qu'il y ait une certaine marge de manœuvre pour les concurrents sur le marché. HB considère que ces conditions sont remplies lorsqu'un fournisseur est en mesure, quel qu'en soit le coût, d'atteindre un degré minimal de pénétration et d'exercer des activités rentables.

(206) À cet égard, il faut souligner que les accords d'exclusivité de ce type ne doivent pas être considérés comme des violations *a priori* de l'article 85, paragraphe 1, mais doivent être ramenés au contexte dans lequel ils ont été conclus (voir considérant 129). Il n'est pas non plus prétendu que l'article 85, paragraphe 1, exige que tous les obstacles à la vente de glaces pour consommation immédiate de différents producteurs dans tout point de vente du marché en cause soient éliminés. Cependant, lorsqu'un réseau d'accords d'exclusivité (ou une partie identifiable d'un de ces réseaux), dans toutes les circonstances du marché en cause, produit les très graves effets anticoncurrentiels décrits précédemment et affecte ainsi le commerce entre États membres, le réseau d'accords en question est incompatible avec le marché commun.

(207) HB a de plus argué du fait que la clause d'exclusivité contenue dans ses accords de mise à disposition de congélateurs ne relevait pas de l'article 85, paragraphe 1, au titre de restriction accessoire à l'objet prétendument légitime de ces accords, à savoir la fourniture d'installations aux détaillants afin de leur permettre d'entreposer des glaces destinées à la vente ([85]). À cela il faut répondre que cette restriction ne peut échapper à l'application de l'article 85, paragraphe 1, que dans les cas où elle est liée et objectivement nécessaire à cette fin. Étant donné qu'il n'existe objectivement aucun lien direct entre la fourniture de congélateurs aux détaillants pour qu'ils y entreposent des glaces destinées à une consommation immédiate et cette clause d'exclusivité, celle-ci ne peut pas être considérée comme accessoire.

(208) HB remet en cause la validité du raisonnement de la Commission lorsqu'elle déclare que des accords de mise à disposition de congélateurs, qui peuvent être «dans la pratique résiliés au gré des parties» (dans la mesure où HB ne semble pas chercher à imposer le respect du préavis de deux mois), peuvent conduire de fait au type d'entrave visée au considérant 184. Une «relation provisoire» de ce type n'est, selon HB, pas compatible avec l'existence de cette entrave. La Commission ne partage pas cet avis. Les accords de mise à disposition de congélateurs sont d'une durée indéterminée et il ne peut y être mis fin qu'à la demande de l'une des parties. Loin d'indiquer que cette relation contractuelle est de nature provisoire, ce fait prouve le contraire. La réalité économique, telle qu'elle est confirmée par les études de marché, est que les détaillants qui ne possèdent que des congélateurs HB ne les remplacent que très rarement par leurs propres appareils ou des appareils provenant d'autres fournisseurs (voir considérants 158 et suivants). Les accords de mise à disposition de congélateurs HB sont presque toujours remplacés par des accords identiques (voir considérant 111).

(209) HB réfute également l'objection selon laquelle la catégorie de points de vente dotés uniquement de congélateurs HB, visée au considérant 184, serait fermée à la concurrence ou selon laquelle il existerait une relation de cause à effet entre cet effet restrictif et la clause d'exclusivité des accords de mise à disposition de congélateurs HB applicable à ces points de vente. À cet égard, HB invoque principalement le niveau élevé de satisfaction que procurent apparemment ces accords d'approvisionnement aux détaillants. HB soutient que les points de vente dans lesquels «le détaillant n'a aucun intérêt à entreposer les glaces d'une autre marque» ne devraient pas être pris en compte pour le calcul du verrouillage du marché. HB attire aussi l'attention sur le fait que la faiblesse apparente de la demande des consommateurs pour les marques autres que HB dans les points de vente en cause serait à l'origine de ce manque d'intérêt.

(210) La Commission ne peut pas non plus accepter ce raisonnement. Tout accord entre deux parties peut avoir un effet restrictif sur la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, indépendamment des raisons qui ont poussé ces parties à conclure cet accord restrictif. Plus précisément, tout accord d'achat exclusif est en principe susceptible de ne pas être compatible avec l'article 85, paragraphe 1, lorsqu'il a pour effet de fermer l'accès au marché concerné aux autres fournisseurs de manière significative, indépendamment du fait que la partie soumise à l'exclusivité puisse, à un moment donné, exprimer son désintérêt pour l'achat de produits provenant de tiers. En ce qui concerne la faiblesse apparente de la demande des consommateurs pour les glaces des autres marques, il faut souligner que l'impossibilité pour les concurrents de HB de distribuer à une grande échelle leurs glaces pour

([85]) HB a déclaré que «la clause d'exclusivité relative aux congélateurs était nécessaire pour bénéficier de tous les avantages du système» et a poursuivi en disant entre autres qu'elle n'était pas «excessivement restrictive» et ne relevait pas, par conséquent, de l'article 85, paragraphe 1, au titre de restriction accessoire.

consommation immédiate constitue l'une des principales raisons de l'absence de demande, en particulier dans le cas des produits qui ont été récemment mis sur le marché (voir considérants 12 et 44). En l'absence de clause d'exclusivité, il serait plus facile d'inciter les détaillants à entreposer des produits supplémentaires, étant donné qu'ils ne seraient pas, dans ces circonstances, contraints de remplacer un ancien congélateur ou d'en installer un nouveau. On peut supposer que le fait d'entreposer ainsi des glaces d'autres marques que HB stimulerait la demande des consommateurs pour ces glaces.

8. *Droits de propriété*

(211) HB a argué du fait que l'application de l'article 85, paragraphe 1 ([86]), du traité à la clause d'exclusivité contenue dans ses accords de mise à disposition de congélateurs serait incompatible avec ses droits de propriété et, partant, contraire à l'article 222 du traité, en ce sens qu'elle autoriserait les détaillants à entreposer des produits d'autres producteurs dans ses congélateurs.

(212) La Commission rejette cet argument. Dans l'ordre juridique communautaire, le droit de propriété, tel qu'il est énoncé à l'article 222 du traité, est garanti conformément aux principes communs aux constitutions des États membres. Tous les États membres prévoient cependant, dans leur constitution, que l'exercice des droits de propriété, par opposition à leur contenu, peut être limité dans l'intérêt général, et ce dans la mesure nécessaire à cette fin ([87]).

(213) En tant que disposition fondamentale du droit communautaire, l'article 85 du traité sert l'intérêt général. De plus, l'application de l'article 85, paragraphe 1, dans la présente procédure ne concerne pas l'usage que fait HB de sa propriété, mais les restrictions qu'elle impose aux tiers auxquels elle en a conféré la jouissance. De plus, l'exercice de ses droits de propriété serait, en l'espèce, uniquement limité à ce qui est nécessaire pour garantir que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur [article 3, point g), du traité].

(214) En tant que principe général, cette approche se traduit par les exemptions par catégorie de la Commission relatives entre autres aux interdictions de concurrence imposées au revendeur qui sont contenues dans les accords d'achat exclusif [règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission ([88]), modifié par l'acte d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède, article 8, paragraphe 2, point b)] et aux obligations pouvant être exemptées qui sont contenues dans les accords de transfert de technologie [règlement (CE) n° 240/96 de la Commission ([89]), article 1er]. Dans ces règlements, les restrictions imposées par les titulaires de droits de propriété aux utilisateurs de ces droits sont exemptées dans certaines circonstances et dérogent ainsi, en premier lieu, à l'article 85, paragraphe 1 ([90]).

(215) HB a argué du fait que la clause d'exclusivité contenue dans ses accords de mise à disposition de congélateurs était analogue aux catégories d'obligations autorisées, par exemple, en vertu de l'article 2 du règlement (CE) n° 240/96, et en particulier à celles visées au paragraphe 1, deuxième et huitième alinéas, de cet article; il s'agit de la clause autorisant les restrictions pour certaines «applications techniques» et de la clause interdisant la concession de sous-licences. Cette analogie n'est pas valide pour les raisons suivantes.

(216) Premièrement, une restriction applicable à une «utilisation» spécifique porterait sur l'utilisation du congélateur pour l'entreposage de glaces par opposition à d'autres catégories de produits; la condition d'exclusivité des accords de mise à disposition de congélateurs HB limite, cependant, l'utilisation du congélateur pour ce qui est de l'entreposage de produits similaires provenant de producteurs différents. Même si l'on démontrait que cette condition d'exclusivité constituait une restriction applicable à une «utilisation» spécifique, l'article 2 du règlement (CE) n° 240/96 n'exclurait pas le fait que ces obligations puissent, dans certaines circonstances, restreindre la concurrence, comme c'est d'ailleurs le cas.

(217) Deuxièmement, la présente procédure ne porte pas atteinte au droit de HB, en qualité de propriétaire, de refuser que des parties autres que le détaillant à qui elle a fourni le congélateur utilisent ce congélateur. Elle entend plutôt autoriser le détaillant à exercer sa liberté commerciale de choix en lui

([86]) Cette question sera développée ci-après au regard de l'article 86.
([87]) Affaire 44/79: Hauer, Rec. 1979, p. 3727, point 18.
([88]) JO L 173 du 30.6.1983, p. 5.
([89]) JO L 31 du 9.2.1996, p. 2.
([90]) Voir aussi la décision 88/49/CEE arrêtée par la Commission dans l'affaire Aalsmeer Bloemenveiligen (JO L 262 du 22.9.1988, p. 27).

permettant de choisir les produits qu'il souhaite proposer dans son point de vente. La présente procédure vise, par conséquent, les dispositions contractuelles relatives aux conditions dans lesquelles le détaillant est autorisé à utiliser le bien qui a été mis à sa disposition, moyennant le paiement d'un droit de location.

(218) HB a également fait valoir qu'elle serait fortement pénalisée par rapport à ses concurrents si ceux-ci pouvaient, en incitant des détaillants à utiliser également les congélateurs qu'elle leur a fournis pour entreposer leurs produits, éviter l'investissement qu'ils devraient effectuer pour mettre leurs propres congélateurs à la disposition de ces détaillants. HB argue du fait que d'autres producteurs bénéficient ainsi de l'investissement qu'elle a réalisé.

(219) En ce qui concerne cet argument, il ne faut pas oublier que ce sont les détaillants qui supportent, en fin de compte, le coût de la fourniture de congélateurs, et non HB. Il faut également souligner qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien objectif entre la clause d'exclusivité contenue dans les accords de mise à disposition de congélateurs de HB et les accords relatifs au remboursement de l'investissement réalisé pour acquérir ces congélateurs. HB a choisi de répercuter ce coût sur le prix des glaces vendues aux détaillants pour des raisons commerciales qui n'appartiennent qu'à elle. D'autres méthodes de couverture des frais pourraient être mises au point afin d'éviter que les détaillants répercutent à leur tour ce coût sur les consommateurs par le seul biais d'une augmentation des prix de vente des produits HB. L'application de l'article 85, paragraphe 1, à la clause d'exclusivité contenue dans les accords de HB n'empêcherait, par exemple, pas HB de faire payer séparément au détaillant un droit de location suffisant pour couvrir le coût global de la fourniture d'un congélateur. Bien que HB affirme que le prélèvement de ce droit de location impliquerait des frais de gestion supplémentaires, ceux-ci ne l'affecteraient quasiment pas, étant donné qu'elle dispose déjà d'un système de facturation des glaces à ses clients et de prélèvement de leurs paiements.

(220) HB fait de plus valoir dans ce contexte, tel que décrit au considérant 230, que si elle mettait en place un système distinct pour le prélèvement de ce droit de location, cela aurait un coût considérable et risquerait d'avoir un effet dissuasif sur les détaillants, qui pourraient alors se tourner vers ses concurrents fournissant des congélateurs «à titre gracieux». À cela, la Commission ne peut qu'opposer les arguments exposés au considérant 231.

B. ARTICLE 85, PARAGRAPHE 3

(221) À la lumière des considérations qui précèdent, les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ne peuvent pas, en vertu de l'article 85, paragraphe 3, être déclarées inapplicables aux accords de mise à disposition de congélateurs conclus entre HB et des détaillants et concernant des congélateurs installés dans des points de vente dotés uniquement de congélateurs HB.

1. *Amélioration de la distribution des produits*

(222) Toute amélioration de la distribution que la partie du réseau d'accords de HB, qui déroge à l'article 85, paragraphe 1 (voir considérant 203), pourrait entraîner doit compenser l'effet restrictif de ces accords, qui limitent en particulier l'accès des autres fournisseurs du marché en cause au commerce de détail et, ainsi, aux consommateurs.

(223) L'effet restrictif résultant de cette partie du réseau d'accords de HB est très proche de celui produit par les obligations d'achat exclusif. Conformément au considérant 5 du règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, les obligations d'achat exclusif «entraînent en général une amélioration de la distribution». Elles «permettent au fournisseur de planifier la vente de ses produits de manière plus exacte et plus longtemps à l'avance et assurent au revendeur un approvisionnement régulier pendant la durée de l'accord . . . les entreprises intéressées ont ainsi la possibilité de limiter les risques de fluctuations du marché et de réduire leurs coûts de distribution».

(224) Les accords de mise à disposition de congélateurs de HB peuvent assurer tout ou partie des avantages décrits au considérant 5 du règlement (CEE) n° 1984/83 pour HB elle-même ainsi que pour les détaillants qui sont parties à ces accords. Le fait que ces accords puissent présenter des avantages pour les parties contractantes n'est, cependant, pas suffisant pour constituer une amélioration de la distribution au sens de l'article 85, paragraphe 3. Ils doivent plutôt présenter des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients qu'ils comportent sur le plan de la concurrence ([91]).

([91]) Affaires jointes 56/64 et 58/64: Consten/Grundig, Rec. 1966, p. 299, plus particulièrement p. 348; voir aussi l'arrêt dans l'affaire Langnese, point 180.

(225) Les obligations d'achat exclusif peuvent en théorie présenter un avantage objectif de cette nature sous la forme d'une intensification de la concurrence intermarques [considérant 6 du règlement (CEE) nº 1984/83]. Il est clair que les accords de mise à disposition de congélateurs en cause renforcent considérablement la position de HB sur le marché concerné, en particulier vis-à-vis de ses concurrents potentiels. Cependant, le renforcement d'une entreprise qui est aussi importante que HB sur le marché ne stimule pas la concurrence, mais la freine, parce que le réseau d'accords de cette entreprise constitue un obstacle majeur à l'accès au marché ainsi qu'à l'expansion sur ce même marché des concurrents existants.

(226) HB a, par exemple, souligné l'importance du «marchandisage» dans la vente de produits de marque; la condition d'exclusivité permet à HB de commercialiser l'ensemble de ses produits ou marques de manière unifiée *(corporate block)*, les marques bénéficiant réciproquement de la notoriété des autres marques ainsi que d'une bonne visibilité et d'un positionnement avantageux dans le point de vente. Selon HB, l'étendue de sa gamme de produits est telle que celle-ci peut en général satisfaire la demande des consommateurs pour les différents types de glaces destinées à une consommation immédiate. HB fait valoir que, en l'absence d'exclusivité, certains de ses produits, en particulier les glaces pour consommation immédiate caractérisées par une marge et un prix réduits, risqueraient d'être déplacés. Les avantages que retire HB de la clause d'exclusivité contenue dans ses accords renforcent incontestablement sa position sur le marché ainsi que dans les points de vente dotés uniquement de congélateurs réservés, en particulier de congélateurs HB: ils restreignent l'accès au marché ainsi que l'expansion sur ce marché des concurrents existants, comme cela a été expliqué plus haut dans la partie «Article 85, paragraphe 1».

(227) L'existence de congélateurs destinés à la vente de glaces pour consommation immédiate dans un très grand nombre de points de vente, couvrant la totalité du marché géographique et provenant en grande partie du réseau de congélateurs de HB, peut être considérée comme un avantage objectif (en matière de distribution de ces produits) d'intérêt général. À cet égard, HB a déclaré que rien ne lui permettait de savoir si la fourniture de congélateurs à tous les points de vente actuellement dotés d'appareils HB continuerait d'être intéressante du point de vue commercial, si la clause d'exclusivité contenue dans ses accords était supprimée. HB a argué du fait que, si elle devait cesser de fournir des congélateurs à un certain nombre de ses détaillants, il est probable que certains d'entre eux cesseraient complètement de vendre des glaces pour consommation immédiate, étant donné qu'ils ne pourraient pas justifier l'investissement nécessaire à l'installation de leurs propres congélateurs.

(228) En réponse à cela, il faut souligner qu'il est peu probable que HB cesse définitivement de fournir des congélateurs aux détaillants, quelles qu'en soient les conditions, à part dans un petit nombre de cas, si sa faculté d'imposer une obligation d'exclusivité relative à ces congélateurs était restreinte. La réalité commerciale pour une société comme HB, qui souhaite conserver sa puissance sur le marché, est qu'elle cherchera à être présente dans le plus grand nombre de points de vente possible, même dans ceux qui atteignent de faibles niveaux de vente en matière de glaces pour consommation immédiate. Comme il a été indiqué précédemment, une visibilité et une disponibilité importantes sont essentielles pour tous les produits pour consommation immédiate. La nécessité de vendre, et donc de réaliser des bénéfices, constitue une incitation suffisante pour un fournisseur de glaces, en particulier pour un fournisseur possédant une gamme de produits et une part de marché aussi importantes que celles de HB, à continuer de s'assurer que les points de vente sont en mesure d'entreposer ses produits destinés à la vente aux consommateurs. De plus, même si le (ou les congélateurs) d'un point de vente n'étai(en)t plus soumis à une clause d'exclusivité, il est probable que les produits entreposés dans ce (ou ces) congélateur(s) refléteraient plus ou moins les parts de marché respectives des différents producteurs du marché en cause. HB pourrait ainsi, en raison de sa puissance sur le marché, continuer de réaliser une part très importante des ventes de glaces de ces points de vente. Par conséquent, il est peu probable que HB prenne le risque de perdre complètement ces ventes en cessant de fournir des congélateurs aux points de vente qui choisiraient dans ce cas de ne plus entreposer de glaces. HB applique de toute manière une politique consistant à ne fournir des congélateurs qu'aux détaillants remplissant certains critères financiers et commerciaux prédéfinis et lui garantissant ainsi un retour sur investissement (voir considérant 62), ce qui signifie que les points de vente les moins importants du marché concerné ne sont actuellement que très rarement équipés de congélateurs HB. Il faut aussi souligner, à cet égard, que la plupart des points de vente auxquels HB a récemment cédé des congélateurs réalisent des chiffres d'affaires peu importants (voir considérant 73).

(229) HB argue du fait que, si elle ne pouvait plus imposer de condition d'exclusivité sur les congélateurs qu'elle met à la disposition des détaillants, elle serait désavantagée par rapport à ses concurrents qui n'en proposent pas aux détaillants. Les autres fournisseurs de glaces seraient ainsi, selon elle, en mesure d'offrir des conditions plus avantageuses aux détaillants pour lesquels ils n'auraient pas à supporter le coût de l'installation d'un congélateur. HB a déclaré que sa réaction naturelle, dans de telles circonstances, serait de cesser de fournir des congélateurs aux détaillants. Face à cet argument, il faut rappeler qu'il est clair que l'application de l'article 85, paragraphe 1 (dans les cas où l'article 85, paragraphe 3, n'est pas applicable), à la clause d'exclusivité contenue dans les accords de HB n'empêcherait pas cette dernière de recourir aux méthodes de son choix, quelles qu'elles soient, pour recouvrer son investissement lié à l'acquisition de congélateurs. Ces méthodes ne doivent pas aboutir à une situation dans laquelle les autres fournisseurs de glaces bénéficieraient de l'investissement de HB (voir considérants 218 et 219).

(230) HB fait de plus valoir que, si elle introduisait un système distinct de droit de location, elle n'aurait pas la certitude que les détaillants continueraient de s'équiper de congélateurs HB. Pour appuyer cette affirmation, HB attire l'attention de la Commission sur l'échec du système de location-vente qu'elle avait mis en place en 1995 pour attirer davantage de détaillants, sur le nombre généralement bas des congélateurs loués ou appartenant aux détaillants sur le marché, ainsi que sur le fait que la plupart des détaillants ne sont pas prêts à acheter ou à louer leur(s) propre(s) congélateur(s) (voir l'étude Rosslyn). À cet égard, HB soutient que les détaillants seraient alors plus enclins à se tourner vers les autres fournisseurs de glaces du marché qui continueraient à fournir des congélateurs soumis à une clause d'exclusivité, ce qui reviendrait de fait à exclure les produits HB de bon nombre des points de vente concernés.

(231) Face à cet argument, il faut rappeler que le fait que les détaillants ne soient pas en principe disposés à acquérir ou louer leur(s) propre(s) congélateur(s) n'a pas constitué la seule raison de l'échec du système de location-vente mis en place par HB en 1995. L'étude Lansdowne (voir considérant 100) a montré que la principale raison résidait plutôt dans le fait que les détaillants étaient satisfaits des accords existants: l'expérience a montré que les détaillants ayant la possibilité soit d'être équipés «gracieusement» d'un congélateur, soit d'en acquérir un dans le cadre d'un système de location-vente choisissaient toujours la première possibilité. Cela ne signifie pas que, si les congélateurs n'étaient plus soumis à une condition d'exclusivité, les détaillants cesseraient de vendre des glaces: selon l'étude B&A, plus de [...]% des détaillants auraient déclaré qu'ils continueraient à en vendre dans de telles circonstances et que bon nombre d'entre eux choisiraient, à cette fin, d'acquérir leur propre congélateur en location-vente (voir considérant 120). En ce qui concerne l'affirmation de HB selon laquelle les détaillants se tourneraient alors vers ses concurrents pour obtenir «gracieusement» des congélateurs soumis à une clause d'exclusivité, il est seulement possible de dire que, si les détaillants réagissaient massivement de la sorte et que le (ou les) réseau(x) de congélateurs réservés (lorsque ceux-ci constituent les seuls congélateurs installés dans ces points de vente) étai(en)t en grande partie responsable(s) du verrouillage du marché en cause, la (ou les) partie(s) concernée(s) de ce(s) réseau(x) dérogerai(en)t également à l'article 85, paragraphe 1.

(232) On ne peut cependant pas exclure la possibilité que HB cesse de fournir des congélateurs à un petit nombre de points de vente, par exemple à ceux qui ne satisfont plus à certains critères relatifs à la vente des glaces HB ou à la distance les séparant du dépôt HB. Ce n'est pas pour autant que tous ces points de vente cesseront nécessairement de vendre des glaces pour consommation immédiate. Les détaillants concernés pourraient décider, en effet, d'acheter leur(s) propre(s) congélateur(s) en location-vente, ou un autre fournisseur de glaces pourrait décider d'en mettre à leur disposition. Les producteurs concurrents de HB pourraient appliquer une politique consistant à fournir des congélateurs aux points de vente qui réalisent des chiffres d'affaires trop bas, dans le domaine des glaces pour consommation immédiate, pour intéresser HB, et ce à des conditions plus avantageuses que celles que les détaillants pourraient espérer obtenir eux-mêmes.

(233) Même dans les cas où ces concurrents ne sont pas disposés à fournir des congélateurs à des points de vente dont HB a retiré ses appareils ou auxquels elle décide de ne pas en fournir, il est toujours possible que des congélateurs puissent être installés par des revendeurs indépendants qui s'approvisionneraient auprès de différentes sources et satisferaient à la demande de tous ces points de vente. Le fait qu'il n'existe actuellement que très peu de revendeurs indépendants de ce type est dû au moins en partie aux obligations d'exclusivité émanant des nombreux accords de mise à disposition de congélateurs existants, ainsi qu'à la politique de livraison directe aux points de vente menée par le fournisseur le plus important du marché (HB). Si les congélateurs n'étaient plus soumis à aucune

clause d'exclusivité, l'offre de glaces aux consommateurs n'aurait par conséquent aucune raison d'être affectée de manière importante.

(234) Le léger recul possible du nombre de points de vente entreposant des glaces pour consommation immédiate sur le marché géographique en cause qui pourrait résulter de l'abandon de la clause d'exclusivité des accords HB relatifs aux congélateurs installés dans des points de vente dotés uniquement d'appareils HB doit être évalué par rapport à l'effet restrictif de ces accords. Dans cette évaluation, l'avantage provenant du fait qu'un petit nombre de points de vente ne continueraient de proposer des glaces pour consommation immédiate qu'à la condition que la clause d'exclusivité du réseau d'accords HB en question soit maintenue ne peut pas compenser les inconvénients résultant de la restriction de concurrence provoquée par l'ensemble de ces accords.

(235) À cet égard, il faut se reporter au système de location-vente mis en place par HB en 1995. Ce système devait inciter les détaillants à acheter leur propre congélateur et devait ainsi entraîner un changement structurel important du marché qui aurait pu permettre de réduire l'effet restrictif du réseau HB, de manière à ce qu'il puisse être compensé par l'amélioration de la distribution. Or, cette attente constituait une erreur de jugement (voir considérant 71).

(236) HB a aussi argué du fait que ses accords de distribution permettaient des gains d'efficience en matière de planification, d'organisation et de distribution; elle soutient qu'ils facilitent la planification des livraisons et de la fréquence des approvisionnements; ces accords entraînent des gains d'efficience en matière de distribution, parce que les quantités acceptées, pour chaque livraison, par les détaillants (ou *drop sizes*) soumis à une clause d'exclusivité sont supérieures à celles qu'ils accepteraient en l'absence d'exclusivité et qu'une concentration important de congélateurs HB contribue aussi à la réalisation de ces gains d'efficience. Comme il a été souligné précédemment (voir considérant 224), le fait que les accords de mise à disposition de congélateurs puissent présenter des avantages pour HB, et même pour les détaillants, n'est pas suffisant pour constituer une amélioration de la distribution des marchandises au sens de l'article 85, paragraphe 3; on ne peut considérer que ces accords entraînent une amélioration de la distribution que si la nature objective des avantages procurés peut être démontrée. S'il est incontestable que la méthode de distribution utilisée actuellement par HB peut lui offrir certains avantages en termes d'efficience, à elle ainsi qu'à ses détaillants, il faut souligner que les accords d'exclusivité portent aussi atteinte à l'efficience des autres fournisseurs de glaces en les contraignant à entrer en concurrence non seulement en ce qui concerne l'offre de glaces, mais aussi la fourniture de congélateurs aux détaillants à des conditions attrayantes. Cela a pour conséquence de renforcer la position de HB sur le marché en cause, en y rendant toute entrée ou toute expansion encore plus difficiles. Les désavantages présentés par ces accords sous forme de restriction de la concurrence l'emportent ainsi manifestement sur tous les avantages qui en découlent.

(237) Pour apprécier les avantages offerts par le réseau de congélateurs de HB, il faut tenir compte des économies d'échelle qu'il permet de réaliser au niveau de l'achat et de la maintenance des congélateurs (voir considérant 63). HB a fait valoir que ces économies d'échelle contribuaient à l'amélioration de la distribution des marchandises au sens de l'article 85, paragraphe 3. Il faut reconnaître que les accords d'exclusivité incitent, en effet, les producteurs à installer un grand nombre de congélateurs et leur permettent ainsi de réduire leurs coûts d'achat et de maintenance. Il faut, cependant, souligner que l'application d'une clause d'exclusivité ne constitue pas une condition préalable à la réalisation de ces économies d'échelle. Il n'y a aucune raison de penser que HB ne réaliserait plus ces économies d'échelle au moyen de son réseau de congélateurs si ceux-ci n'étaient plus soumis à aucune condition d'exclusivité.

(238) Bien que la fourniture de congélateurs aux détaillants par les fournisseurs de glaces améliore, en effet, la distribution des glaces pour consommation immédiate en évitant, entre autres, aux détaillants d'avoir à se soucier de disposer des capitaux nécessaires ou d'avoir à acheter des congélateurs et à en assurer la maintenance, il ressort néanmoins du considérant précédent que ces avantages peuvent tout aussi bien être obtenus en l'absence de condition d'exclusivité. On ne peut pas non plus affirmer que les accords HB ne présentent que des avantages, sur le plan de la distribution, pour les détaillants. Comme cela a été indiqué au considérant 199, ce type de réseaux présente aussi des inconvénients en réduisant la capacité des détaillants à choisir les produits qu'ils souhaitent vendre ainsi qu'en entraînant des pertes d'efficience, en termes d'espace, dans les points de vente.

2. ***Réserver aux consommateurs une partie équitable du profit***

(239) Dans les points de vente dotés uniquement d'un (ou de) congélateur(s) HB, les détaillants ne peuvent pas décider librement d'entreposer et de vendre les glaces d'autres fournisseurs. La partie du

réseau de congélateurs HB relative aux congélateurs installés dans ces points de vente limite ainsi le choix des glaces pour consommation immédiate offertes aux consommateurs: seules les glaces pour consommation immédiate de HB peuvent être vendues dans ces points de vente. Même si un autre point de vente propose les produits d'autres fournisseurs dans la localité concernée, cette possibilité de choix n'équivaut pas à la possibilité de choisir entre les produits de différents fournisseurs dans un seul et même point de vente, étant donné que les consommateurs de glaces pour consommation immédiate ne parcourent pas, en général, de grandes distances pour effectuer leur achat ou ne reportent pas leur décision d'achat. Cette possibilité n'existe de toute manière que très rarement. De plus, le fait de devoir se rendre dans plusieurs points de vente constitue un inconvénient pour le consommateur souhaitant acheter des produits de différentes gammes. De manière générale, il ne se donnera pas cette peine pour un achat «impulsif». En raison de cette restriction du choix offert aux consommateurs, on ne peut pas considérer que ceux-ci bénéficient ne serait-ce que d'un seul des prétendus avantages liés aux accords de mise à disposition de congélateurs HB. Au vu de la restriction de la concurrence intermarques qui résulte du réseau HB, il est probable que la concurrence par les prix s'exerçant entre les fournisseurs s'en trouve également affaiblie, ce qui nuit aux intérêts des consommateurs (voir considérant 198).

(240) En ce qui concerne les économies d'échelle qui seraient facilitées, par la clause d'exclusivité des accords HB, en matière d'achat et de maintenance de congélateurs ainsi que de gains d'efficience au niveau de la distribution (voir considérants 222 et suivants), il faut attirer l'attention sur le fait qu'en raison de la puissance économique de HB qui lui permet de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective (voir considérants 255 et suivants), il n'y a aucune garantie que les consommateurs puissent bénéficier de ces avantages.

3. *Caractère indispensable*

(241) La condition d'exclusivité contenue dans la partie du réseau d'accords HB en cause ne pourrait être considérée comme indispensable à l'obtention des prétendus avantages précités que si elle constituait le moyen le moins «restrictif» de les obtenir. HB n'a aucunement démontré que tous ces avantages supposés conduisant à une amélioration de la production et de la distribution, dans l'intérêt entre autres des consommateurs, ne pouvaient pas être obtenus d'une manière tout aussi efficace en l'absence de clause d'exclusivité en faveur de ses produits et ainsi de «lien» entre la fourniture de congélateurs et l'offre de glaces (voir considérant 219).

4. *Possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie importante des produits en cause*

(242) À cet égard, il faut tenir compte des obstacles à l'accès au marché en cause ainsi qu'à leurs effets sur les relations concurrentielles existant au sein de ce marché. Ces obstacles sont abordés en détail aux considérants 130 et suivants. Il ressort de cette analyse que le réseau d'accords de HB, en général, et que la partie de ce réseau relative aux congélateurs installés dans des points de vente dotés uniquement de congélateurs HB, en particulier, constituent un obstacle important à l'accès au marché en cause et à l'expansion des fournisseurs qui y sont déjà implantés. Ces obstacles entraînent à leur tour une détérioration de la concurrence entre les différents fournisseurs du marché. Comme tels et en particulier en conjonction avec la position dominante de HB sur le marché concerné, ils contribuent en grande partie à l'élimination de la concurrence sur ce marché.

(243) Cette élimination de la concurrence est clairement illustrée par la très grande proportion de points de vente du marché en cause qui ne sont actuellement en mesure de vendre que des glaces pour consommation immédiate HB, en raison de la clause d'exclusivité contenue dans la partie des accords HB en question: ceci concerne environ 40 % de l'ensemble des points de vente du marché en cause, qui représentent de plus environ 40 % des ventes globales de glaces pour consommation immédiate de ce marché (voir considérants 156 et 184).

(244) En raison de sa position dominante sur le marché concerné, qui sera décrite ci-après, HB y fait obstacle au maintien d'une concurrence effective. Cette position dominante, en tant que telle, doit être considérée comme un obstacle majeur à la concurrence sur ce marché. La notoriété qu'ont acquise, au fil des années, les glaces pour consommation immédiate de la marque HB représente également un obstacle de taille à toute modification de la structure concurrentielle de ce marché.

(245) À la lumière des considérations économiques qui précèdent, il est incontestable que la concurrence sur le marché en cause est fortement restreinte. Cette conclusion est confirmée par le fait que la structure concurrentielle de ce marché n'a subi aucun changement sensible depuis de nombreuses années. Ce marché continue d'être dominé par un

seul fournisseur qui a toujours détenu, dans la région concernée, une part correspondant aux quatre cinquièmes du marché, le cinquième restant étant réparti entre plusieurs petits fournisseurs (dont certains risquent de changer). Les accords de mise à disposition de congélateurs de HB ont permis de perpétuer cette inertie structurelle. Ces accords, et en particulier ceux conclus avec les points de vente dotés uniquement de congélateurs HB, permettent ainsi à HB d'éliminer la concurrence pour une partie importante des produits en cause, d'une manière interdisant toute dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3.

(246) La Commission avait estimé, de prime abord, que le système de location-vente de congélateurs mis en place par HB en 1995, en tant que l'un des éléments de la révision de ses accords de distribution (voir considérants 69 et suivants), constituerait une occasion de modification structurelle importante du marché, en conjonction avec les autres modifications intervenues à ce moment-là. HB était persuadée que ce système inciterait les détaillants à acheter leur propre congélateur en raison des conditions avantageuses qu'il comportait. Ce système devait donc permettre de réduire notablement la restriction de concurrence de manière à ce que l'on ne puisse plus considérer que la fourniture par HB des congélateurs soumis à une clause d'exclusivité restants avait pour conséquence d'éliminer en grande partie la concurrence sur le marché en cause. Ce résultat n'a, cependant, pas été atteint.

5. ***Conclusion***

(247) Pour les raisons précitées, les accords de mise à disposition de congélateurs de HB ne peuvent donc pas bénéficier d'une dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3. La demande de HB y afférente doit, par conséquent, être rejetée. En particulier, il faut souligner que les différentes modifications apportées par HB à ses accords de distribution (voir considérants 69 à 73) en vue d'obtenir une dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3, se sont révélées insuffisantes, contrairement aux premières conclusions rendues par la Commission (voir considérant 6). Les différents éléments en question ont été abordés en détail aux considérants 228, 230, 231, 235 et 246. Il n'est, par conséquent, plus possible pour la Commission de maintenir «l'avis favorable» qu'elle avait proposé de rendre dans sa communication publiée le 15 août 1995, conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 (voir note 6 de bas de page).

(248) HB soutient que le refus de la Commission de prendre une décision qui aurait permis à ses accords de bénéficier d'une dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3, constitue une atteinte à ses attentes légitimes. À cet égard, HB déclare avoir conclu un marché avec la Commission et avoir rempli intégralement sa part du contrat, à ses propres frais. Selon HB, la Commission serait revenue sur sa position à la lumière de l'échec d'un élément de la solution visant à susciter l'intérêt des détaillants (à savoir l'échec du système de location-vente). HB fait valoir qu'elle n'est aucunement responsable de cet échec.

(249) En revendiquant une atteinte à ses attentes légitimes, HB cherche à s'appuyer sur une conclusion de la Commission selon laquelle ses propositions semblaient susceptibles, sur la base d'un premier examen, de produire des effets qui auraient permis à ses accords de distribution de bénéficier d'une dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3. Cette première conclusion a été exprimée dans un communiqué de presse publié à la suite de la notification de HB et, ensuite, dans une publication au *Journal officiel des Communautés européennes,* conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17. Il est, par conséquent, tout à fait impropre, pour qualifier le résultat des discussions qui ont eu lieu entre la Commission et HB, de parler de «marché» ou de «contrat» par lesquels la Commission aurait alors renoncé à prendre une décision d'interdiction. Il va sans dire que la Commission ne pouvait pas, de toute manière, accepter de ne pas appliquer des règles dont les conditions d'application sont objectives. Comme il a été indiqué précédemment, la Commission n'a fait aucune déclaration susceptible de faire naître des attentes légitimes de nature à invalider une mesure prise ultérieurement qui serait contraire à ses premières conclusions. Le communiqué de presse soulignait expressément la nature préliminaire de l'appréciation de la Commission. Une communication faite conformément à l'article 19, paragraphe 3, ne consiste par nature qu'en l'annonce des intentions de la Commission, sa publication visant seulement à inviter les tiers intéressés à présenter leurs observations avant l'adoption d'une position finale.

(250) Comme il a été mentionné précédemment (considérants 235 et 246), cette première appréciation de la Commission a été fondée sur l'attente que les accords de distribution révisés entraîneraient, en incitant les détaillants à acheter leur propre congélateur, une réduction importante de l'effet de verrouillage produit par les accords de mise à disposition de congélateurs de HB. Le fait que cette attente ait été déçue ne résulte pas du fait que HB n'a pas mis en œuvre les modifications envisagées,

mais plutôt du fait que ces modifications n'ont pas eu les effets escomptés par HB en termes de libre accès aux points de vente.

(251) HB critique en particulier le fait que l'appréciation de la Commission repose uniquement sur l'échec d'un élément des accords révisés, à savoir le système de location-vente. À cela, il faut répondre que ce système ne constituait pas un des éléments, mais l'élément central des accords révisés, ainsi que la solution qui devait inciter les détaillants à acheter leur propre congélateur. Le fait que ce système n'ait pas réussi à susciter l'intérêt des détaillants a, par conséquent, inévitablement empêché la réalisation des effets escomptés. HB déplore aussi le fait que la Commission soit parvenue à une conclusion prématurée au sujet d'une mesure qui devait seulement produire des effets à long terme. À cet égard, on peut seulement préciser que, au moment où la Commission a notifié sa communication des griefs, en janvier 1997, le système en question avait déjà été en place pendant deux saisons estivales. Étant donné qu'aucun détaillant n'avait décidé, à ce stade, de louer un congélateur dans le cadre de ce système, il était raisonnable de penser que celui-ci n'aurait vraisemblablement pas d'effet à long terme.

(252) Après que HB a été informée par la Commission que les conditions d'application d'une dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3, n'étaient plus remplies, HB a élaboré de nouvelles propositions destinées apparemment à garantir les effets qu'aurait dû entraîner son système de location-vente et les a présentées à la Commission en juin 1996. Ces propositions peuvent être résumées de la manière suivante: i) la clause d'exclusivité applicable à deux catégories de petits congélateurs fournis par HB aux détaillants devrait être limitée à cinq ans; ii) à l'issue de cette période de cinq ans, le détaillant devrait avoir «la possibilité de prendre un congélateur exempt de toute clause d'exclusivité et de l'utiliser à son gré»; iii) après une période de douze mois, un détaillant ayant pris un congélateur à ces conditions aurait droit à la somme forfaitaire prévue dans le cadre du système de prix différencié.

(253) La Commission considère que ces propositions seraient insuffisantes pour permettre l'application aux accords de distribution HB d'une dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3, principalement pour les raisons suivantes: i) cette offre serait limitée à deux catégories de petits congélateurs et le choix des détaillants qui pourraient disposer de ces congélateurs reviendrait, de plus, à HB et non aux détaillants comme cela est le cas dans le système de location-vente actuel; ii) étant donné qu'il n'a été prévu aucune application rétroactive de cette mesure, ses premiers effets n'apparaîtraient, au plus tôt, que cinq ans après sa mise en œuvre; iii) il n'y a aucune garantie que le congélateur en question ne sera pas remplacé par un congélateur HB soumis à une clause d'exclusivité, au cours de la période de cinq ans ou peu de temps après, ce qui permettrait à HB de conserver l'exclusivité.

(254) HB estime que la Commission n'a pas dûment pris en compte ces nouvelles propositions et qu'une appréciation de celles-ci aurait dû figurer dans la communication des griefs. La Commission ne partage pas ce point de vue. Les raisons pour lesquelles ces nouvelles propositions n'auraient pas pu faire revenir la Commission sur sa décision concernant l'application de la dérogation précitée aux accords de distribution de HB, telle qu'elle a été décrite précédemment, ont été détaillées dans une lettre adressée à Unilever plusieurs semaines après la réception par la Commission de la notification de ces propositions. Cette lettre constituait une réponse administrative appropriée aux propositions présentées par une entreprise souhaitant bénéficier d'une dérogation au titre de l'article 85, paragraphe 3. Étant donné que ces propositions n'ont pas été mises en œuvre, il n'a pas été nécessaire de les prendre en compte dans la communication des griefs. La position de la Commission à l'égard de ces propositions a, de plus, été rappelée lors de l'audition qui a eu lieu en juin 1997.

C. ARTICLE 86

1. *Position dominante*

i) **Marché en cause**

(255) Le marché en cause dans lequel la position de HB doit être appréciée est le marché irlandais des glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate. Il n'y a aucune raison — HB n'en a d'ailleurs suggéré aucune — de penser que les marchés géographique et des produits en cause ne correspondent pas aux conclusions formulées par la Commission dans le cadre de son appréciation au regard de l'article 85 (considérants 120 et suivants). L'Irlande représente une partie importante du marché commun au sens de l'article 86.

ii) **Puissance économique**

(256) La Cour de justice a déclaré [92] que la position dominante visée par l'article 86 concernait une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.

(257) L'existence d'une position dominante peut résulter de la combinaison de plusieurs facteurs qui, considérés séparément, pourraient ne pas être nécessairement concluants, mais qui, associés à d'autres, entraînent cette position. La détention d'une très grande part de marché constitue l'un des plus importants de ces facteurs.

(258) La détention de parts de marché d'une grande ampleur est, sauf dans des circonstances exceptionnelles, un indice hautement significatif de l'existence d'une position dominante [93]. La Cour de justice a conclu dans l'affaire Akzo [94] que, dans des circonstances normales, une part de marché de 50 % constitue par elle-même la preuve de l'existence d'une position dominante. Dans l'affaire Hilti [95], le Tribunal de première instance a conclu qu'il était établi qu'Hilti détenait une part de marché comprise entre 70 et 80 % du marché en cause et qu'une telle part de marché constituait par elle-même la preuve de l'existence d'une position dominante sur ce marché.

(259) HB a détenu, pendant une longue période, une part en volume et en valeur de plus de 75 % du marché en cause (voir considérant 27). En raison du volume de sa production et de l'importance de son réseau de distribution, cette entreprise détient une position de puissance économique. Pour de nombreux détaillants vendant des glaces HB, les concurrents de HB, au vu de la variété et du succès de ses produits, ne représentent pas de véritables alternatives. Les concurrents de HB ne seraient pas en mesure, en effet, de répondre aux attentes et aux exigences de la demande de points de vente concernés. Dans la pratique, HB est par conséquent un partenaire commercial incontournable pour de nombreux détaillants du marché en cause, ce dont témoigne le fait que la grande majorité des détaillants choisissent de vendre des glaces HB et ce souvent de manière exclusive. La puissance économique de HB est, en outre, confirmée par les parts de marché relatives de ses concurrents et le fait que leur gamme de produits soit plus limitée [96]. Cette situation assure à HB, au moins pour les années à venir, une liberté d'action [97] qui est caractéristique d'une position dominante [98]. La liberté d'action dont jouit HB est renforcée par le fait qu'elle est le seul fournisseur de glaces pour consommation immédiate dans environ 40 % des points de vente du marché en cause, lesquels représentent environ 40 % des ventes de glaces pour consommation immédiate de ce marché (voir considérant 159).

(260) Au-delà de la très grande part de marché de HB, il faut tenir compte d'autres facteurs qui contribuent à sa puissance économique. HB fait partie d'un groupe multinational d'entreprises qui produit et commercialise des glaces, depuis de nombreuses années, dans tous les États membres et dans beaucoup d'autres pays, dans lesquels les entreprises du groupe Unilever sont très souvent les fournisseurs les plus importants sur leur marché respectif. C'est pourquoi HB a accès à un savoir-faire très précieux dans le domaine de la production et de la distribution de ces produits qu'elle tient de son expérience dans ces domaines. Aucun autre opérateur sur le marché en cause ne possède ce niveau de connaissances et d'expérience. De plus, HB est très bien placée sur le marché des produits surgelés et d'autres entreprises du groupe Unilever jouissent de positions similaires sur le marché agroalimentaire en général, ce qui lui confère un avantage supplémentaire pour négocier avec les épiceries, le canal de distribution le plus important en Irlande, pour les glaces destinées à une consommation immédiate (voir considérants 39 et suivants). En outre, HB possède une gamme de produits étendue comprenant la plupart des meilleures marques de glaces pour consommation immédiate du marché en cause ainsi qu'un réseau de distribution de dimension nationale. Il est aussi incontestable que HB réalise, en raison de l'importance de sa part de marché, des économies d'échelle en matière de distribution que ne peuvent pas réaliser ses concurrents.

(261) Eu égard à tous ces facteurs, il est possible de conclure que HB détient une position dominante sur le marché irlandais des glaces pour consommation immédiate.

[92] Affaire 27/76: United Brands et affaire 85/76: Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p. 461.
[93] Affaire 85/76: Hoffmann-La Roche, point 41.
[94] Affaire C-62/86: Akzo Chemie, Rec. 1991, p. I-3439, point 60.
[95] Affaire T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, point 92 (arrêt confirmé en appel par la Cour de justice, affaire C-53/92-P, arrêt du 2 mars 1994, Recueil 1994, p. I-667).
[96] Affaire 27/76: United Brands.
[97] L'offre promotionnelle lancée par Mars pendant l'été 1995 (voir note 83 de bas de page) n'a suscité aucune réaction de la part de ses concurrents.
[98] Affaire 85/76: Hoffmann-La Roche, point 41.

2. *Abus de position dominante*

i) **Concept**

(262) La Cour de justice a défini l'abus de position dominante de la manière suivante: «La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence» ([99]). À cet égard, les concurrents de moindre importance ne doivent pas être pénalisés par des comportements d'une entreprise en position dominante, facilités par l'importance de sa part de marché, qui ont pour but de les exclure du marché ou qui ont un tel effet.

ii) **Violation de l'article 86**

(263) Contrairement aux dispositions de l'article 86, HB exploite de façon abusive sa position dominante sur le marché en cause dans le sens où elle incite les détaillants (comme décrit au considérant 266) qui, pour entreposer les glaces destinées à une consommation immédiate, ne possèdent pas leur propre congélateur ou ne disposent pas de congélateur(s) provenant d'un fournisseur de glaces autre que HB à accepter des accords de mise à disposition de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité. Cette violation de l'article 86 prend la forme d'une offre de fourniture de congélateurs aux détaillants ainsi que de maintenance de ces appareils, sans frais directs pour les détaillants.

(264) Étant donné qu'il est extrêmement difficile de persuader les détaillants de remplacer ces congélateurs ou d'en installer de nouveaux (comme cela a été expliqué dans la partie intitulée «Article 85, paragraphe 1»), le fait que HB les incite à accepter des accords de mise à disposition de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité, tel que cela est décrit dans le considérant précédent, en fait des revendeurs exclusifs de glaces pour consommation immédiate HB. Cela renforce la position dominante de HB et constitue, en tant que tel, une violation de l'article 86. Comme ceci a été confirmé par la Cour de justice et le Tribunal de première instance dans un certain nombre d'affaires ([100]), cet article interdit à un fournisseur dominant d'inciter un revendeur à s'approvisionner exclusivement auprès de lui dans le but de barrer l'accès du marché aux autres fournisseurs pendant de longues périodes.

(265) Lorsque, comme en l'espèce, un opérateur économique détient une position dominante sur le marché, un approvisionnement exclusif [qu'il s'agisse de l'objet ou de l'effet ([101]) des accords conclus par cet opérateur] constitue une entrave inacceptable à l'entrée sur ce marché et est incompatible avec l'objectif d'une «concurrence non faussée dans le marché commun» visé à l'article 3, point g), du traité ([102]). Dans les points de vente dotés uniquement de congélateurs HB, les accords de mise à disposition de congélateurs de HB ont pour effet de supprimer la possibilité, pour un nombre très important de détaillants ([103]) (environ 40 % de l'ensemble des points de vente du marché en cause, lesquels représentent environ 40 % des ventes de glaces pour consommation immédiate: voir considérants 156 et 184), d'entreposer et de vendre les glaces pour consommation immédiate d'autres fournisseurs. Ces détaillants, en raison de ces accords, s'approvisionnent exclusivement auprès de HB. Par conséquent, l'accès au marché en cause est rendu plus difficile pour les autres fournisseurs. Dans ces conditions, l'effet d'un accord de mise à disposition de congélateurs soumis à une clause d'exclusivité est le même que celui de toute autre mesure prise par un fournisseur dominant pour empêcher ses concurrents d'approvisionner le détaillant en question ([104]). Bien que la notion d'exploitation abusive soit une notion objective, on peut remarquer que HB est non seulement consciente de l'effet de verrouillage produit par ses accords, mais qu'elle l'a intentionnellement recherché (voir considérants 64 et suivants).

(266) En incitant les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès d'elle dans les conditions visées au considérant 263, HB a recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une concurrence normale dans le secteur des biens de consomma-

([99]) Affaire 85/76: Hoffmann-La Roche, point 91.

([100]) Affaires Hoffmann-La Roche (85/76) et Akzo (C-62/86); affaire T-65/89: BPB and British Gypsum, Rec. 1993, p. II-389.

([101]) Affaires 85/76: Hoffmann-La Roche, point 91 et 322/81: Michelin, point 70.

([102]) Affaires Hoffmann-La Roche, point 89 et BPB and BG, point 68.

([103]) Dans l'affaire T-65/89: BPB and British Gypsum, point 68, le Tribunal a déclaré que «. . . la conclusion de contrats de fourniture exclusive concernant une proportion importante des achats constitu(ait) une entrave inacceptable à l'entrée sur ce marché».

([104]) Affaires 85/76: Hoffmann-La Roche, point 89; 322/81: Michelin, point 70; C-62/86: Akzo, point 149; T-65/89: BPB and British Gypsum; C-393/92: NV Energiebedrijf Ijsselmij, Recueil 1994, p. I-1477.

tion. Cette pratique est intéressante pour les détaillants et représente ainsi une incitation en raison de l'avantage général qu'elle leur procure, en particulier du fait que la maintenance des congélateurs est assurée par HB, et parce qu'elle leur épargne des soucis au sujet de leurs besoins de financement, y compris du risque inhérent à l'achat d'un congélateur. HB réalise, de plus, des économies d'échelle en mettant des congélateurs à la disposition des détaillants, comme en témoigne le coût de ces congélateurs, qui est bien inférieur à celui que représenterait, pour tout détaillant, l'achat de son propre appareil. Cependant, HB restreint ainsi la possibilité, pour les détaillants, de choisir leurs fournisseurs sur la base de la qualité des produits qu'ils offrent. En rendant toute entrée et toute expansion sur le marché en cause plus difficiles, l'exclusivité découlant de cette incitation ne nuit pas seulement aux intérêts des concurrents de HB, mais aussi à ceux des détaillants et, finalement, à ceux des consommateurs: les détaillants ne peuvent plus choisir librement leurs sources d'approvisionnement ni la manière d'utiliser le plus efficacement leur espace de vente et le choix de produits offert aux consommateurs s'en trouve restreint. HB exploite, par conséquent, de façon abusive sa position dominante au sens de l'article 86 ([105]).

(267) HB a argué du fait que les accords de mise à disposition de congélateurs constituaient une pratique commerciale normale sur le marché spécifique faisant l'objet de la présente procédure et, partant, ne représentaient pas un abus de position dominante au sens de l'article 86. Il est en effet possible que ces accords constituent une pratique courante sur le marché en cause et qu'ils offrent des avantages aux deux parties en présence, dans le sens où ils garantissent un niveau de ventes minimal au fournisseur et un approvisionnement fiable, ainsi qu'une assistance technique, au détaillant. Ces considérations, qui peuvent être applicables à une situation concurrentielle normale, ne peuvent cependant pas être acceptées sans réserve dans le cas d'un marché où la concurrence est déjà affaiblie en raison de la position dominante d'une entreprise. À l'entreprise en position dominante sur un marché incombe une responsabilité particulière, celle de ne pas porter atteinte à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun ([106]).

(268) De plus, HB a soutenu qu'interdire ses accords de mise à disposition de congélateurs sur la base de l'article 86 reviendrait à la condamner à nuire à ses propres intérêts et à la pénaliser simplement parce qu'elle détient une position dominante. Elle souligne que le Tribunal de première instance considère que le simple fait, pour une entreprise en position dominante, d'être partie à des accords limitant la concurrence n'est pas en soi constitutif d'un abus au sens de l'article 86 du traité ([107]). À cet égard, il faut noter que, aux fins de l'application de l'article 86, le contexte des accords et en particulier leurs effets sur la structure de la concurrence sur le marché en cause doivent être pris en compte lors de l'établissement de l'existence d'un abus, comme cela a été fait aux considérants 264, 265 et 266.

(269) HB a justifié la nécessité de la clause d'exclusivité contenue dans ses accords par le fait que, sans cette clause, ses congélateurs seraient utilisés pour entreposer les glaces d'autres fournisseurs. Dans ces conditions, HB estime que le droit communautaire peut considérer, dans certains cas exceptionnels, que des éléments du droit de propriété, tels que des dispositions contractuelles, sont abusifs dans des circonstances dans lesquelles ils pourraient être jugés «inéquitables» ou «excessifs» ([108]). Or, HB soutient que les dispositions habituelles de ses accords de fourniture de congélateurs, y compris la clause d'exclusivité, ne peuvent pas être jugées «inéquitables».

(270) En plus des arguments abordés précédemment concernant l'exercice du droit de propriété dans le contexte de l'article 85 (voir considérants 211 à 220), il faut souligner que les détaillants paient un droit de location, inclus dans le prix des glaces, pour l'équipement que HB leur fournit. Dans ces conditions, une clause d'exclusivité supplémentaire relative à l'utilisation de l'appareil loué ne peut pas être justifiée en vertu du droit de propriété. L'exclusivité, qui ne profite qu'au fournisseur et ce aux dépens de la liberté de choix du détaillant, peut être considérée comme inéquitable. Étant donné que HB utilise ses biens pour inciter les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès

([105]) Affaires 85/76: Hoffmann-La Roche, point 89; C-62/86: Akzo, point 149.

([106]) Affaires 322/81: Michelin, point 57 et T-65/89: BPB and British Gypsum, point 67.

([107]) Affaire T-51/89: Tetra Pak, point 24.

([108]) Affaire 247/86: Alcatel, Rec. 1988, p. 5987, point 10.

d'elle, cette utilisation est en soi constitutive d'un abus au sens de l'article 86 ([109]).

3. *Effet sur le commerce entre États membres*

(271) L'exploitation abusive de sa position dominante par HB est susceptible d'affecter le commerce entre États membres de la manière dont cela a été expliqué au regard de l'article 85 (considérant 201).

IV. ARTICLE 3 DU RÈGLEMENT N° 17

(272) En réponse aux plaintes déposées par Mars et Valley et en réponse à la demande d'attestation négative ou de dérogation introduite par HB pour ses accords de distribution, la Commission, pour les raisons précitées, considère, conformément à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17, qu'en Irlande et dans le secteur des glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate vendues par des détaillants:

a) la clause d'exclusivité des accords de fourniture de congélateurs de HB applicable aux points de vente dotés uniquement d'appareils HB constitue une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1,

et

b) le fait que HB incite les détaillants ne disposant pas de leur propre congélateur ni de congélateur(s) provenant d'un autre fournisseur de glaces à devenir parties à ses accords de fourniture de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité, en leur proposant de mettre des congélateurs à leur disposition et d'en assurer la maintenance, sans que cela n'occasionne aucun frais direct pour eux, constitue une infraction aux dispositions de l'article 86.

(273) Les accords de fourniture de congélateurs visés au point a) visé ci-dessus, qui contiennent cette clause d'exclusivité, sont toujours en vigueur. HB continue également de proposer la fourniture de congélateurs dans les conditions visées au point b) visé ci-dessus. La Commission exige par conséquent que HB mette fin à ces infractions, conformément à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17. La Commission exige aussi que HB informe les parties avec lesquelles elle a conclu les accords visés au point a) ci-dessus du fait que chacun de ces accords est nul et non avenu et que le fait d'inciter des détaillants à devenir parties à ces accords constitue, dans ces circonstances, une exploitation abusive de sa position dominante contraire aux dispositions de l'article 86.

(274) HB est d'avis que la Commission, en poursuivant la présente procédure, n'agit pas conformément au principe de subsidiarité tel qu'il est défini, dans le domaine du droit de la concurrence, par la communication du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales ([110]). HB a argué du fait que le présent cas d'espèce, qui concerne le marché irlandais, avait déjà fait l'objet d'un examen approfondi et d'une décision de l'Irish High Court (considérant 3), selon laquelle ni les dispositions de l'article 85 ni celles de l'article 86 n'auraient été enfreintes.

(275) L'application d'une condition d'exclusivité aux congélateurs fournis aux détaillants est une pratique contractuelle propre à la majorité des producteurs de glaces de la Communauté. La légalité de cette pratique n'est pas seulement contestée par les deux plaignants en cause dans le présent cas d'espèce, mais aussi par Mars qui a déposé une autre plainte, relative au marché allemand. L'application de ce type de condition sur le marché des glaces pour consommation immédiate du Royaume-Uni a également fait l'objet d'un récent rapport présenté par la Monopolies and Mergers Commission ([111]). Enfin, un producteur de glaces allemand a notifié à la Commission des accords types de fourniture de congélateurs. La Commission est obligée de se prononcer en tenant compte de ces notifications. Dans ces circonstances, une décision de la Commission est appropriée pour garantir que les règles de concurrence communautaires sont appliquées de manière cohérente aux différentes formes d'exclusivité pratiquées par les producteurs de glaces sur l'ensemble du territoire de la Communauté.

(276) Dans sa communication, du 13 février 1993, relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité, la Commission a indiqué que, normalement, il n'y a pas un intérêt communautaire suffisant à poursuivre l'examen d'une affaire lorsque le plaignant est en mesure d'obtenir

([109]) Voir, à cet égard, la décision 88/589/CEE de la Commission: London-European/Sabena (JO L 317 du 24.11.1988, p. 47), et la décision de la Commission du 11 juin 1992: B&I/Sealink (non publiée), Rapport de concurrence 1992 n° 219 et [1992] 5 C.M.L.R. 255.

([110]) JO C 39 du 13.2.1993, p. 6.

([111]) *Report on the supply in the UK of ice cream for immediate consumption, avril 1994.*

une protection adéquate de ses droits devant les juridictions nationales [tout au moins lorsque celles-ci ont été également saisies de l'affaire, arrêt rendu par le Tribunal de première instance dans l'affaire T-24/90: Automec II ([112])]. La Commission entend donner la priorité aux procédures présentant un intérêt politique, économique ou juridique particulier pour la Communauté.

(277) Lorsqu'une affaire présente ce type d'intérêt pour la Communauté, la Commission peut intervenir, et ce même si une juridiction nationale en a déjà été saisie. Dans la décision d'intervention de la Commission, l'intérêt communautaire de l'affaire en cause prévaut sur le fait que le plaignant soit ou non en mesure d'obtenir une voie de recours dans la procédure nationale ou qu'une juridiction nationale ait déjà été saisie ou non.

(278) Le présent cas d'espèce présente un intérêt politique, économique et juridique particulier pour la Communauté, dans la mesure où il porte sur des questions fondamentales relatives à des pratiques commerciales concernant l'ensemble de la Communauté, non seulement sur le marché des glaces, mais aussi (comme HB l'a elle-même souligné) sur de nombreux autres marchés sur lesquels les fournisseurs proposent d'équiper les détaillants qui s'approvisionnent auprès d'eux. Ce cas d'espèce fait donc partie de la catégorie d'affaires que la Commission continuera d'examiner, même si des juridictions nationales ont déjà statué sur elles.

(279) Dans son arrêt du 28 mai 1992 (considérant 3), l'Irish High Court s'est référée aux décisions de la Commission du 25 mars 1992 accordant des mesures provisoires ([113]). Elle a aussi examiné la possibilité de s'en remettre à la Commission ainsi que la possibilité de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice en vertu de l'article 177 du traité. Exerçant son pouvoir discrétionnaire dans l'affaire en cause, l'Irish High Court n'a jugé aucune de ces deux possibilités nécessaire pour qu'elle puisse statuer. Pour autant qu'il existe un intérêt communautaire suffisant, le fait que la Commission prenne une décision qui diffère d'un arrêt rendu par une juridiction nationale n'est pas incompatible avec les principes gouvernant les pouvoirs concurrents des juridictions nationales et de la Commission dans l'application des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de celles de l'article 86 du traité. Comme il a été indiqué précédemment, cet intérêt dans le présent cas d'espèce consiste à résoudre des questions fondamentales relatives à des pratiques commerciales concernant l'ensemble de la Communauté.

(280) En ce qui concerne les inquiétudes de HB au sujet de l'existence de décisions contraires et de l'insécurité juridique qui en découlerait, il faut souligner qu'il appartient à la Cour de justice d'interpréter en dernier recours les articles du traité en cause. Toute décision de la Commission est susceptible d'être réexaminée par le Tribunal de première instance et, en dernier recours, sur des questions de droit, par la Cour de justice. En vertu de l'article 177 du traité, l'Irish Supreme Court, qui a été saisie d'un recours contre une décision de la High Court dans l'affaire en cause, peut également demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La clause d'exclusivité figurant dans les accords de fourniture de congélateurs conclus en Irlande entre Van den Bergh Foods Limited et des détaillants, applicables aux congélateurs installés dans les points de vente qui sont dotés uniquement d'appareils fournis par Van den Bergh Foods Limited pour le stockage de glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate et qui ne disposent ni de leur propre congélateur ni de congélateur(s) provenant d'un autre producteur de glaces, constitue une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

Article 2

Par la présente décision, la demande d'exemption déposée, conformément à l'article 85, paragraphe 3, du traité, par Van den Bergh Foods Limited en faveur de la clause d'exclusivité visée à l'article 1er est rejetée.

Article 3

Le fait que Van den Bergh Foods Limited incite les détaillants irlandais ne disposant pas de leur propre congélateur ni de congélateur(s) provenant d'un autre producteur de glaces à devenir parties à des accords de fourniture de congélateurs soumis à une condition d'exclusivité, en leur proposant de leur fournir des congélateurs pour le stockage de glaces en conditionnement individuel destinées à une consommation immédiate et d'en assurer la maintenance, sans que cela n'occasionne aucun frais direct pour eux, constitue une infraction aux dispositions de l'article 86 du traité.

([112]) Recueil 1992, p. II-2223.

([113]) Décisions arrêtées dans les affaires IV/31.533 et IV/34.072: Schöller et Langnese-Iglo.

Article 4

Par la présente décision, Van den Bergh Foods Limited est mise en demeure de mettre fin immédiatement aux infractions visées aux articles 1er et 3 et de s'abstenir de prendre des mesures ayant le même objet ou le même effet.

Article 5

Par la présente décision, Van den Bergh Foods Limited est mise en demeure d'informer, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision, les détaillants avec lesquels elle est actuellement liée par les accords de fourniture de congélateurs faisant l'objet de l'infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité visée à l'article 1er, du texte complet des articles 1er et 3 et de leur notifier que les clauses d'exclusivité en question sont nulles et non avenues.

Article 6

Van den Bergh Foods Limited
Whitehall Road
Rathfarnham
Dublin 14
Ireland

est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 11 mars 1998.

Par la Commission
Karel VAN MIERT
Membre de la Commission