

Contrats d'exclusivité et concurrence

Louis Reboud

Volume 43, Number 4, January–March 1968

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1003090ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1003090ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0001-771X (print)

1710-3991 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Reboud, L. (1968). Contrats d'exclusivité et concurrence. *L'Actualité économique*, 43(4), 617–669. <https://doi.org/10.7202/1003090ar>

Contrats d'exclusivité et concurrence*

Nous avons précédemment¹ montré combien il était difficile pour les tribunaux et les administrations chargées de mettre en application les législations en matière de concurrence de trouver des critères simples pour justifier leurs décisions. Les contrats d'exclusivité (que nous allons définir ci-après) nous donnent un bon exemple des difficultés que nous avons analysées. Ces difficultés sont générales, et on les retrouve dans tous les pays ; mais il est évident que le cadre particulier de la création de la Communauté économique européenne (C.E.E.) nous fournit un champ d'exploration particulièrement intéressant compte tenu des modifications de structures inhérentes à la suppression des barrières douanières qui est en train de se réaliser. C'est donc à partir de cet exemple que nous allons situer notre problème, mais nous nous efforcerons de déborder le cadre strict du Marché commun pour aborder la question sous son aspect le plus large, même si des différences de cadres institutionnels rendent parfois la généralisation un peu difficile.

La politique générale de la concurrence, conçue en liaison avec les objectifs généraux du Traité de Rome et constituant le principe fondamental d'intégration des économies des pays membres, a notamment pour but de favoriser une diminution des coûts de pro-

* Cet article a été élaboré dans le cadre d'une étude entreprise par le Centre d'Études et de Documentation européennes de l'École des Hautes Études commerciales de Montréal. Nous tenons à remercier ici toutes les personnes qui, dans le cadre de ce centre, nous ont apporté leur collaboration.

1. L. Reboud, « Dimension des entreprises, concentration et concurrence », *L'Actualité Économique*, octobre-décembre 1966, pages 429 à 457.

duction et une amélioration de la productivité, tout en veillant à ce qu'il s'ensuive une amélioration de la consommation. Ceci résulte des articles 2 et 3 du Traité de Rome.

Or, l'abaissement des prix de vente des produits aux consommateurs ne dépend pas exclusivement de la réduction des coûts de production. Il dépend aussi de l'évolution du coût de la distribution ; et l'opinion est généralement très répandue que le coût de la distribution est exagérément élevé. Lorsqu'on sait que, suivant les produits, il n'est pas rare de voir les coûts de distribution représenter 30 à 50 p.c. du prix de vente au consommateur, on comprend sans peine qu'il faut prendre garde que des réductions de prix rendues possibles par des améliorations de productivité ne soient annihilées par un alourdissement injustifié du circuit et des frais de distribution. Ceci entre dans le champ d'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome.

La portée de ces deux articles est générale. Il faut éviter que le jeu de la concurrence soit empêché, restreint ou faussé par des accords, décisions d'associations, pratiques concertées ou abus de positions dominantes au niveau des entreprises de production aussi bien qu'à celui des entreprises assurant la distribution des produits.

Il importe notamment que l'intégration des marchés que l'on entend réaliser grâce à la suppression des droits de douane, à la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux, ne soit pas battue en brèche par des voies détournées. Il ne faut pas que soient rétablies indirectement des discriminations que le but du Traité de Rome est de supprimer ; et c'est là que se pose la question de savoir quel est le rôle joué par les contrats d'exclusivité qui lient producteurs et détaillants. Ces contrats d'exclusivité n'ont-ils pas pour effet de créer des discriminations et de maintenir ou rétablir des barrières que l'on prétend abolir à la fin de la période transitoire ?

Qu'est-ce qu'un contrat d'exclusivité ?

Au sens strict, on doit distinguer le « contrat d'exclusivité de fourniture » par lequel l'acheteur (détaillant ou grossiste) prend l'engagement de ne se fournir qu'auprès d'un seul fabricant ou commerçant, du « contrat d'exclusivité d'approvisionnement » par lequel un fabricant (ou commerçant) prend l'engagement de n'approvisionner qu'un seul distributeur dans un secteur donné. Ces

deux sortes de contrats peuvent souvent aller de pair et les clauses d'exclusivité peuvent être réciproques.

Plus largement, il faut ajouter à ces deux contrats, le « contrat de concession ». « Lorsqu'une exclusivité est consentie, le distributeur est tenu de ne se fournir qu'auprès du fabricant, ou ce dernier de n'approvisionner que le distributeur, suivant le cas. Mais, une fois que le distributeur a acheté la marchandise, il est libre d'en disposer à sa convenance et de la revendre dans les conditions qui lui plaisent. Le contrat de concession est toujours assorti d'une clause d'exclusivité, le plus souvent réciproque ; mais, après que le distributeur a acheté la marchandise, il n'est pas libre, malgré la vente, de la revendre à son gré ; il doit suivre les modalités fixées par le contrat de concession (lieu du magasin, présentation, etc.). Ce contrat impose à l'acheteur les conditions de la revente »².

Il y a donc déjà une différence de degré entre ces contrats. Il faut y ajouter une autre distinction entre contrat d'exclusivité parfait (fermé) et contrat d'exclusivité imparfait (ouvert). Le contrat d'exclusivité parfait est un contrat qui donne au concessionnaire un droit exclusif de vente sur un territoire donné et qui implique pour lui l'interdiction de vendre ailleurs. En revanche, aux États-Unis, il est admis qu'une exclusivité puisse être « ouverte » ou « imparfaite », c'est-à-dire que le concédant ne dispose pas d'un monopole territorial véritable, mais de ce que les Américains appellent « un territoire à responsabilité principale ». Sa concession lui confère un avantage dans son territoire, lui seul peut y avoir des établissements de vente et y faire de la publicité en portant le titre de concessionnaire exclusif avec les panneaux et autres signes de la concession, mais ses voisins étrangers pourront éventuellement, sans enfreindre leur contrat, approvisionner sa propre clientèle si celle-ci s'adresse à eux³. Toutes ces distinctions devront être retenues lorsque nous parlerons, sans précisions, ci-après de « contrats d'exclusivité » ; et il faudra s'efforcer de classer

2. Jean Casel, *Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession*, Éditions de l'entreprise moderne, 1960, pages 87 et 88.

3. « Contrats d'agence et contrats de concession exclusive au regard de la réglementation du Marché Commun », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 30 juin 1963, p. 480.

les clauses de contrats en fonction des atteintes qu'elles portent à la concurrence.

De ces définitions, il résulte directement deux conséquences particulièrement importantes sur le plan économique.

En premier lieu, il est évident qu'un fabricant ne saurait prétendre donner l'exclusivité de son produit si celui-ci n'est pas différencié. Un contrat d'exclusivité ne peut pas être conclu pour un produit quelconque que rien ne distingue d'un autre produit similaire. Il ne peut donc y avoir de contrats d'exclusivité que pour des articles de marque, la marque permettant d'identifier le produit ⁴.

En deuxième lieu, les contrats d'exclusivité portant sur des produits de marque sont souvent accompagnés d'une pratique de vente à prix imposés ⁵. En effet, « il est normal, au point de vue économique, qu'un article de marque soit à un moment donné et sur un marché donné, vendu à un prix unique ; (...) il est logique que le producteur veuille lui-même fixer ce prix unique, (car) en ajoutant le prix aux autres caractéristiques de l'article de marque (quantité et qualité uniformes), il donne en effet au consommateur l'assurance que cet article, toujours identique à lui-même, sera partout à sa disposition au même prix » ⁶.

Il en ressort que n'importe quel produit n'est pas susceptible de faire l'objet d'un contrat d'exclusivité. La majorité des contrats d'exclusivité concernent les produits suivants :

- articles alimentaires manufacturés, vendus sous conditionnement et dont le détaillant ne fait que la distribution,
- articles se rapportant à la toilette et à l'hygiène corporelle (notamment parfumerie, produits dits « de beauté », fournitures médicales et dentaires, pharmacie, herboristerie),
- articles de librairie (livres, périodiques, journaux), de papeterie et de bureau,

4. C.H. Giraud, *L'importance économique de la marque*, Paris, 1965.

5. « Il importe, d'autre part, afin d'éviter toute équivoque, de mettre l'accent sur les distinctions suivantes : une démarcation absolue doit être faite entre les prix d'entente ou de cartel fixés horizontalement entre concurrents et les prix imposés par contrat individuel pour la vente d'un article déterminé par voie de fixation verticale. Les premiers entrent dans la catégorie des prix professionnels... ; les seconds dans celle des prix conventionnels entre un producteur et des revendeurs » (cf. P. Benaerts, « La pratique des prix de vente imposés », Rapport à la Chambre de Commerce internationale, 1953).

6. M. Rives, *Traité d'Économie Commerciale*, P.U.F., 1958, T. I, p. 223.

— articles à usage domestique (produits d'entretien...) et surtout appareils électro-ménagers dans leur ensemble, ou biens semi-durables comme les automobiles, cycles, motos, etc.⁷.

C'est donc un éventail assez large de biens de consommation courante et de biens semi-durables qui entre dans le domaine des contrats d'exclusivité. Même si la part totale du commerce ainsi concernée est variable suivant les pays, il s'agit toujours, sur le plan économique, d'un domaine qui mérite d'être pris en considération en raison de ses implications.

Les avis sont évidemment très partagés en ce qui concerne la portée économique des contrats d'exclusivité.

Pour les fabricants, les contrats d'exclusivité sont assez largement considérés comme un élément indispensable de la meilleure adaptation de la production et de la commercialisation du produit aux besoins et aux désirs de la clientèle. Nombreux sont les producteurs qui prétendent ne pas pouvoir survivre à la suppression de ces contrats ; et lorsqu'on leur objecte que par ce moyen ils sclérosent les structures de la distribution et portent atteinte au libre jeu de la concurrence, ils rétorquent que le secteur de l'automobile est un secteur où fleurissent les contrats d'exclusivité et qu'on ne peut pas pour autant prétendre que le marché de l'automobile n'est pas un marché concurrentiel.

Pour les commerçants, les avantages et les inconvénients se compensent, semble-t-il, si bien qu'il n'est guère étonnant de trouver chez eux des avis partagés.

Quant aux consommateurs, tout au moins dans leurs sphères organisées, ils sont le plus souvent hostiles aux contrats d'exclusivité en général. Ils mettent en doute leur nécessité prenant argument du fait que certains produits font l'objet de concession exclusive dans certains pays, et non dans d'autres. Ils ne sont pas loin de penser que les fabricants et détaillants qui font appel à ces contrats « veulent bien accepter la concurrence à condition de ne pas en supporter le risque ». Ils redoutent enfin que, par élimination de la concurrence et refus des règles du marché, les prix des produits puissent être fixés à des niveaux supérieurs à ce qu'ils devraient être.

7. C'est ce qu'il ressort d'un sondage fait parmi les notifications de contrats d'exclusivité reçues par la Commission de la C.E.E. en application du règlement n° 17.

Tous ces arguments ne sont pas sans fondements ; et il est juste de reconnaître que la diversité des clauses qui sont incluses dans les contrats rend malaisée une schématisation. Il semble toutefois possible, en partant des cas dans lesquels les liens économiques créés par le contrat entre producteurs et détaillants sont plus étroits, d'utiliser l'analyse économique pour tenter une explication théorique des conséquences possibles de l'exclusivité de fourniture et d'approvisionnement.

Mais cette explication théorique ne permet pas de mettre en évidence toutes les nuances qu'il faut apporter, en pratique, dans l'appréciation des effets économiques de ces contrats. Il faudra donc, dans un deuxième temps rechercher pourquoi et comment producteurs et détaillants s'efforcent de se lier économiquement les uns aux autres. Ce sera, en quelque sorte, dresser un constat d'existence des contrats d'exclusivité en précisant en quoi de tels contrats découlent des nécessités économiques tout en risquant éventuellement de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

Cette analyse concrète devrait nous permettre alors d'apprécier la valeur économique des critères qui sont retenus, tant par la législation que par la jurisprudence de différents pays, pour dire s'il y a ou non atteinte aux règles de la concurrence, suivant les clauses plus ou moins strictes qui sont introduites dans les contrats d'exclusivité de vente et/ou d'achat.

1^{ère} PARTIE : APPROCHE THÉORIQUE DES CONTRATS D'EXCLUSIVITÉ.

« La théorie courante des prix admet que le producteur-vendeur prend sa décision de prix et de production en tenant compte de la demande de consommation finale. Or, dans l'économie actuelle, des intermédiaires s'établissent entre le producteur et le consommateur final. Les phénomènes de distribution y tiennent une place essentielle ; grossistes, demi-grossistes, détaillants constituent entre producteurs et consommateurs des relais, et souvent des écrans »⁸.

Les contrats d'exclusivité ont pour principal objectif de supprimer relais et écrans, et de rétablir le contact entre la production et la consommation. Le rétablissement du contact ne peut se faire qu'au moyen d'une modification des structures des circuits pro-

8. R. Barre, *Économie Politique*, Thémis, tome I, 1961, p. 618.

duction-consommation. Les contrats d'exclusivité aboutissent en effet à un phénomène de quasi-intégration, c'est-à-dire que le concessionnaire, même s'il demeure juridiquement indépendant et propriétaire de son patrimoine, n'en passe pas moins, du point de vue économique, sous la dépendance plus ou moins entière du concédant⁹.

De cette modification structurelle peuvent résulter diverses conséquences. Quand ils éliminent certains stades du processus de distribution¹⁰, les contrats d'exclusivité devraient pouvoir conduire à une diminution du prix du produit au moment de la vente au consommateur final. En réalité, on constate souvent qu'il n'en est rien, et que l'exclusivité de vente ou d'achat peut amener des abus dus à un emploi anormal d'une position dominante de l'un des signataires du contrat par rapport aux autres. Ces abus sont d'ailleurs d'autant plus faciles à commettre que l'exclusivité est susceptible, dans certains cas, de conduire à une situation de concurrence monopolistique, voire de monopole.

Il importe donc de voir comment, à l'aide des outils classiques de l'analyse économique, il est possible d'examiner comment les contrats d'exclusivité modifient les conditions de la concurrence, en modifiant les structures économiques et, par là même, en transformant les relations qui auraient pu s'établir entre prix à la production et prix de vente au détail en l'absence de contrats d'exclusivité de vente ou d'achat.

1 — Contrats d'exclusivité et modification des structures du marché.

Par l'établissement de contrats d'exclusivité, il est, à la limite, possible d'exercer une influence sur la dimension des unités de distribution, car la sécurité résultant du monopole acquis par le concessionnaire peut l'inciter à accroître les dimensions de son entreprise commerciale. Inversement, en hypothèse de monopsonne, il peut y avoir incitation à l'accroissement de la capacité de produc-

9. C'est le cas lorsque le « pouvoir économique » est du côté du producteur-concédant. Nous allons voir qu'il est possible aussi de rencontrer le cas inverse, dans lequel le « pouvoir économique » se trouve du côté du commerçant-concessionnaire. On a alors un phénomène de quasi-intégration de l'aval vers l'amont.

10. Ce qui est l'hypothèse à retenir ici, puisque, comme nous le verrons plus loin, c'est un des arguments mis en évidence pour justifier dans la pratique l'existence de contrats d'exclusivité.

tion des entreprises disposant d'un contrat exclusif d'approvisionnement. Toutefois, on sait que les contrats sont conclus pour des périodes relativement courtes (1 à 3 ans dans la majorité des cas), il y a donc peu de chances qu'un effet structurel se manifeste de façon sensible et durable.

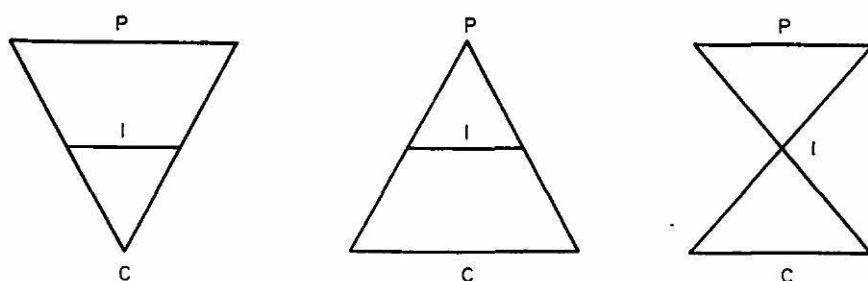
Déjà plus sérieuse pourrait être l'influence du contrat d'exclusivité sur le volume et la structure de l'appareil de distribution. Le contrat a en effet pour conséquence de permettre au producteur de mettre en place aux moindres frais un réseau cohérent de distribution de ses produits, ou d'utiliser un réseau déjà existant. Toutefois, là encore, la brièveté habituelle des contrats va permettre au producteur de suivre, géographiquement, l'évolution de la demande ; et sa politique de vente peut l'amener à rompre ou ne pas renouveler certains contrats, ce qui aura pour effet d'entraîner des difficultés graves (éventuellement la disparition) pour le concessionnaire délaissé, et d'ouvrir des perspectives pour le nouveau concessionnaire. Individuellement, les conséquences sont importantes, mais, au niveau global, il est douteux que les contrats d'exclusivité aient une influence déterminante sur le volume et la structure de l'appareil de distribution dans son ensemble. Le raisonnement analogue peut être fait en cas de monopsonie, et l'influence des contrats d'exclusivité sur le volume et la structure de l'appareil de production ne paraît pas devoir être vraiment importante.

En définitive, c'est essentiellement sur la structure du processus de production et de distribution que les effets des contrats d'exclusivité semblent devoir être les plus significatifs au niveau global, et les plus susceptibles d'entraîner une modification dans les relations entre les prix à la production et les prix à la consommation. Il est devenu habituel de distinguer trois types fondamentaux de structures du processus production-distribution ¹¹.

« Le marché en triangle, pointe en bas, lorsqu'il existe pour un produit un grand nombre de producteurs, un nombre plus faible d'intermédiaires, et un nombre encore plus petit de consommateurs : ce sont ces derniers qui sont alors les plus puissants ;

Le marché en triangle, pointe en haut, avec monopole de production, nombre restreint d'intermédiaires et grand nombre de consommateurs : le producteur a ici le plus de puissance ;

11. Cf. A. Piatier, *Études et Conjoncture*, novembre-décembre 1952, p. 528.



Le marché en forme de coquetier : nombre restreint d'intermédiaires, grand nombre de producteurs et de consommateurs : les intermédiaires sont dans ce cas dominants »¹².

Comment les contrats d'exclusivité peuvent-ils s'intégrer dans ce schéma ?

Si l'on prend le premier cas (triangle pointe en bas), il s'agit d'un monopsonne qui peut se situer soit à un stade proche de la consommation finale (grands magasins ou organisme quelconque de caractère public ou semi-public comme par exemple un hôpital ou une commission scolaire ou des organismes de défense nationale), ou encore à un stade de consommation intermédiaire (cas d'un produit devant s'intégrer dans un autre produit). Le contrat est alors un contrat d'approvisionnement exclusif qui a pour effet de supprimer les intermédiaires en tout ou en partie, et de lier les producteurs au commerçant monopsonneur. Dans une telle hypothèse il demeure une concurrence entre les producteurs qui vont s'efforcer d'obtenir un contrat d'approvisionnement exclusif. S'il s'agit de produits substituables, le producteur aura à lutter continuellement pour défendre son exclusivité d'approvisionnement. Il n'y a que dans l'hypothèse de produits non substituables que le producteur pourrait jouir d'un véritable monopole dans l'approvisionnement du concessionnaire. Le contrat d'exclusivité aurait alors pour effet de supprimer l'élasticité de la demande puisque, par contrat, le producteur bénéficiant de la concession exclusive, sait

12. R. Barre, *op. cit.*, p. 627. On peut naturellement imaginer beaucoup d'autres formes schématiques comme par exemple : grand nombre de producteurs, un seul intermédiaire, un seul consommateur — un seul producteur, un seul intermédiaire, grand nombre de consommateurs — grand nombre de producteurs, un seul exportateur, un seul importateur, grand nombre de consommateurs, etc. Néanmoins, les formes fondamentales du marché sont toujours le triangle pointe en haut ou pointe en bas, ou la combinaison de ces deux triangles.

la quantité qu'il doit fournir et à quel prix. Nous nous trouvons alors très largement dans le cas de prix administrés, le centre administratif se trouvant en aval. Ceci ne veut pas dire pour autant qu'il y ait suppression complète de la concurrence au niveau du consommateur final, car le commerçant concessionnaire peut se trouver dans une situation de concurrence monopsonistique ou d'oligopsonneur et ne pas avoir un monopole complet de la demande des consommateurs (il peut y avoir plusieurs marchés en forme de triangles pointe en bas, qui se font concurrence). Sans être rare, ce premier type de marché est moins fréquent que le deuxième.

Dans le deuxième cas (triangle pointe en haut), le contrat d'exclusivité est un contrat d'exclusivité de fourniture (avec, assez souvent, une clause réciproque qui oblige le détaillant à ne s'approvisionner que chez le producteur avec lequel il est lié). Ici encore, la concession exclusive a pour effet de supprimer les intermédiaires ; c'est l'hypothèse d'un producteur qui cherche à mettre en place un réseau de distribution exclusive de son produit, de façon rationnelle et organisée pour la conquête d'un marché. Les conséquences de la mise en œuvre d'une telle structure sont complexes du point de vue de la concurrence.

— S'il s'agit d'un produit substituable, le contrat d'exclusivité n'aura pas pour effet de supprimer la concurrence au niveau du consommateur final, car le producteur monopoleur se trouvera en présence d'une concurrence venant d'autres producteurs de produits similaires et substituables (cas du marché de l'automobile par exemple). On peut même dire que la concession exclusive peut être le seul moyen pour le producteur de pénétrer sur un nouveau marché s'il n'a pas les possibilités financières d'implanter son propre réseau de distributeurs intégrés (ce qui est notamment le cas pour les petites et moyennes entreprises de production). Il ne trouvera des distributeurs qu'à condition de leur donner l'exclusivité de la vente de son produit¹³, car les distributeurs n'accepteront de faire un effort de publicité et de prospection du marché que s'ils sont sûrs d'en retirer les profits, sans être gênés par la concurrence d'un autre distributeur du même produit. C'est dans ce cadre qu'il faut introduire la distinction entre contrat d'exclusivité parfait (fermé)

13. Cf. cas des vins de la société anonyme *Père Anselme*, argument invoqué par le notifiant, Journal officiel des Communautés européennes du 25 mars 1965.

ou imparfait (ouvert) qui apporte des nuances sans modifier fondamentalement le raisonnement.

— S'il s'agit, au contraire, d'un produit sans substituts, on entre dans le cadre d'un système de prix administré, car les détaillants liés par contrat d'exclusivité auront tendance à respecter les prix de catalogue fournis par le fabricant. On a alors une disparition ou au moins une diminution de la concurrence intra-produit, qui sera d'autant plus forte que l'exclusivité sera plus parfaite (fermée).

Toutefois, à cette première distinction, il faut en superposer une deuxième qui découle du degré d'élasticité de la demande aux différents stades du circuit de commercialisation du produit. La concession exclusive amène l'élasticité de la demande finale à se répercuter directement jusqu'au producteur : alors que sans contrat d'exclusivité il aurait une élasticité de la demande finale se manifestant auprès des intermédiaires et une élasticité de la demande des intermédiaires vis-à-vis du producteur. Or, ces deux élasticités ne sont pas obligatoirement identiques l'une à l'autre, même si la deuxième est dépendante de la première. La concession exclusive permet donc au producteur de mieux connaître l'élasticité de la demande finale : mais il faut faire, là encore, plusieurs hypothèses.

— S'il s'agit d'un bien substituable, le producteur se trouvera dans une situation de concurrence monopolistique qui l'obligera à tenir compte de la sensibilité des quantités demandées aux variations de prix, pour établir sa quantité produite optimale pour un prix lui assurant le maximum de ventes possibles.

— S'il s'agit d'un bien non substituable, le producteur aura véritablement une situation de monopoleur. Là encore, les calculs d'élasticité interviendront pour déterminer prix et quantités lui fournissant le profit maximal.

— S'il s'agit d'un bien substituable ou non substituable, mais dont l'élasticité de la demande varie suivant les marchés, le producteur pourra adopter une position de monopoleur discriminant, que ce soit dans le cadre d'un véritable monopole ou d'une concurrence monopolistique.

Il semble bien, d'après l'expérience de la Commission de la Communauté européenne, que la majorité des contrats d'exclusivité

se situent dans cette hypothèse de structure de marché (triangle, pointe vers le haut).

Reste enfin le troisième cas (marché en forme de coquetier). C'est le cas d'un grossiste qui dispose de contrats de concession exclusive tant en amont qu'en aval, vis-à-vis des producteurs et vis-à-vis des détaillants. Le développement des « chaînes de distribution », telles qu'on les connaît en Europe notamment, fait de ce cas une réalité non hypothétique ; les « chaînes de distribution » sont en effet dominantes, notamment dans le secteur de l'alimentation, tant vis-à-vis des producteurs dont les unités de production sont souvent de petites dimensions, que vis-à-vis des petits magasins détaillants. Leur situation se trouve alors être la somme des deux premiers cas que nous venons d'examiner. C'est bien évidemment dans cette hypothèse que l'influence du contrat d'exclusivité, à travers une modification de la structure du marché, est le plus susceptible de transformer les relations entre les prix à la production et les prix de vente au consommateur final.

2 — Structures du marché et influence sur les prix.

Les structures du processus production-distribution pouvant être multiples, il est très difficile d'établir d'une façon générale les rapports qui existent entre le prix du produit à l'issue du processus de production et le prix de vente au consommateur final. Il est évident que le prix de vente au détail (P_d), pour une demande donnée, va être fonction du prix à la production (P_p) et des coûts de distribution (C_d) :

$$P_d = f(P_p, C_d)$$

La question est alors de savoir si C_d est susceptible de se modifier de façon sensible en présence ou en absence de contrats d'exclusivité. On peut admettre que les coûts de distribution recouvrent des frais fixes et des frais variables, qui sont spécifiques ou *ad valorem*, plus des marges bénéficiaires dont le nombre et l'importance varient suivant la nature du produit et la longueur du circuit de distribution.

— Les frais fixes spécifiques (par exemple le coût d'amortissement des installations et immobilisations, d'entretien des locaux, etc.) ne vont pas forcément être modifiés par l'apparition d'un contrat

d'exclusivité. Si effectivement, le contrat supprime un certain nombre d'intermédiaires (grossistes, demi-grossistes, etc.), il se peut que les frais fixes spécifiques totaux du processus production-distribution diminuent. Toutefois, il faudra quand même, soit chez le producteur, soit chez le détaillant, qu'il existe des locaux et matériels d'entreposage et stockage. Il n'est donc pas certain en définitive que le contrat d'exclusivité diminue le montant de ces frais autant qu'il pourrait paraître à première vue.

— Les frais fixes *ad valorem* (par exemple : impôts locatifs, impôts fonciers, prime d'assurance, etc.) sont probablement plus sensibles à l'absence ou l'existence d'un contrat d'exclusivité. La diminution du nombre des intermédiaires, dans la mesure où elle résulte bien de la passation du contrat, peut effectivement diminuer l'importance de ces frais fixes *ad valorem* ; mais, là encore, dans une proportion moindre qu'il ne pourrait paraître à priori, car certains de ces frais seront reportés sur le producteur ou le détaillant liés par contrat de fourniture ou d'approvisionnement exclusifs.

— Les frais variables spécifiques ou *ad valorem*, qui sont directement fonction de la quantité et du prix des produits destinés à la consommation finale seront en revanche assez peu modifiés par l'apparition d'un contrat d'exclusivité. Il n'est pas sûr, en effet, que la disparition d'intermédiaires soit susceptible de diminuer sensiblement les frais de transport, les faux-frais (casse, coulage, etc.). Il se peut même dans certaines hypothèses géographiques que la suppression des stades de commerce de gros ou demi-gros entraîne un accroissement des coûts de transport par exemple.

Au total, et toujours dans l'hypothèse où le contrat d'exclusivité aboutit à la diminution du nombre des intermédiaires, c'est dans le domaine des marges bénéficiaires qu'il faudrait rechercher le principal effet des contrats d'exclusivité. Il doit, en principe, en diminuer le nombre. Mais, d'autre part, il n'est pas certain que ce nombre d'intermédiaires soit toujours diminué par le contrat d'exclusivité ; d'autre part, il n'est pas garanti non plus que les stades du processus production-distribution bénéficiant d'un contrat d'exclusivité n'essayent pas d'accroître leurs propres marges bénéficiaires, faisant en partie (ou en totalité) disparaître l'avantage qui pouvait résulter de la réduction de longueur du processus distributif.

Toutefois, il n'est plus possible alors de raisonner toutes choses égales par ailleurs, car la faculté d'accroître ou non les marges bénéficiaires, ainsi que de comprimer ou non un certain nombre de frais fixes ou variables, va dépendre de l'élasticité de la demande du produit émanant du consommateur final. Or, cette élasticité peut être forte ou faible, pour un bien substituable ou non substituable¹⁴. Elle peut surtout ne pas être toujours la même sur les différents marchés sur lesquels le produit est vendu.

En effet, qu'il s'agisse d'un contrat d'exclusivité de fourniture ou d'un contrat d'exclusivité d'approvisionnement, le monopsonneur ou le monopoleur peut s'approvisionner ou écouler ses produits sur des marchés dont les élasticités d'offre ou de demande varient. On pourra alors, compte tenu de ces élasticités diverses, se trouver, grâce au contrat d'exclusivité, en présence de discriminations géographiques qui ont d'autant plus de chances de se produire que les contrats d'exclusivité sont établis entre un concédant et des concessionnaires qui ne sont pas dans le même pays. En fonction des divergences de goût des clients ou de la nature des structures de production, les élasticités peuvent facilement varier d'un pays à l'autre.

On se trouve alors en présence d'un monopole discriminant (ou, mais plus rarement, d'un monopsonne discriminant, mais le raisonnement est analogue en remplaçant une discrimination de prix par une discrimination de coût) qui va permettre au monopoleur de fixer des prix différents suivant l'élasticité de la demande du produit sur les différents marchés¹⁵. Si l'élasticité de la demande E_d était identique sur les deux marchés (raisonnons sur deux marchés en guise de simplification, la multiplicité des marchés ne change rien au raisonnement), le monopoleur-producteur n'aurait aucune raison de fixer des prix différents à ses différents concessionnaires exclusifs. En revanche, si les élasticités E_{d_1} , E_{d_2} , E_{d_n} sur les marchés 1, 2, ..., n sont différentes, le producteur pourra fixer des prix plus élevés pour le concessionnaire exclusif qui se trouve sur le marché où la demande est la plus rigide. Il pourra, en contre-

14. Cf. les distinctions que nous avons faites ci-dessus.

15. Sur le monopole discriminant, on se reportera spécialement à J. Robinson, *Economics of Imperfect Competition*, chap. 15 et 16 ; et F. Machlup, « Characteristics and Types of Price Discrimination », *Business Concentration and Price Policy*, Princeton, 1955.

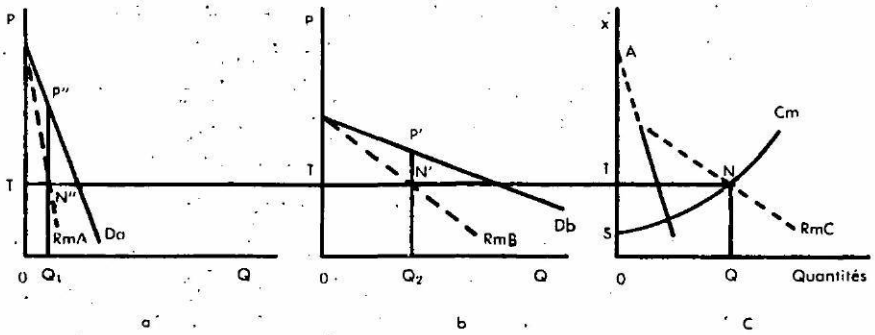
partie, pratiquer une baisse de prix pour le concessionnaire se trouvant en présence d'une demande très élastique. Pour une production donnée, le producteur aura tendance à effectuer cette différenciation de prix jusqu'au moment où les recettes marginales sur chaque marché seront égales. Il aura alors maximisé ses profits.

Dans l'hypothèse d'une production variable, il faut non seulement que la recette marginale soit la même sur chaque marché, mais encore que cette recette marginale soit égale au coût marginal de la production globale. Il faut alors distinguer le cas où le producteur dispose, grâce aux contrats d'exclusivité qu'il a conclus, d'un monopole sur deux marchés ayant chacun une élasticité différente, de celui où le producteur a un monopole sur un seul marché, se trouvant dans une situation de concurrence sur un autre marché ¹⁶.

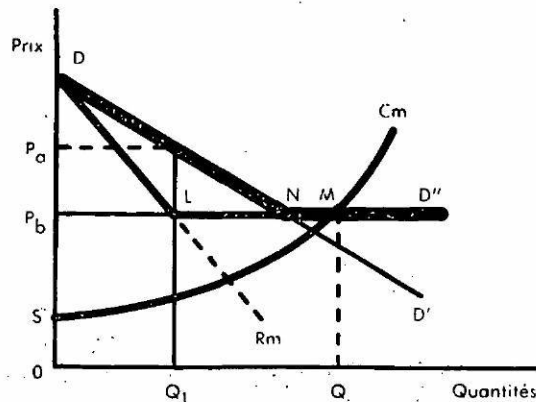
— Dans le cas d'un producteur disposant d'un monopole sur deux marchés A et B ayant chacun une élasticité de demande particulière, on peut porter la demande rigide du marché A (figure a) et la demande élastique du marché B (figure b). Sur la figure c, on peut représenter la courbe de coût marginal (C_m) et la courbe de recette marginale combinée (R_mC) obtenue à partir de R_mA et de R_mB . La production qui correspond aux profits maximaux est OQ ; cette production devant être répartie sur les marchés A et B de telle sorte que sur chacun d'eux la recette marginale soit QN (égale OT). Ceci veut dire que sur le marché A on vendra la quantité OQ_1 au prix P'' et que sur le marché B on vendra la quantité OQ_2 au prix P' . Le profit du monopoleur correspondra à la surface ANS de la figure c. Ceci correspond bien au cas d'une entreprise qui passe des contrats d'exclusivité avec deux détaillants situés sur deux marchés différents et se trouvant respectivement en présence d'élasticités de demande différentes.

— Si, en revanche, le producteur passe des contrats d'exclusivité avec un détaillant qui va se trouver en situation de monopole sur le marché A et un autre détaillant qui lui se trouvera en situation de concurrence sur le marché B (ceci peut notamment être le cas lorsqu'il y a concurrence monopolistique sur le marché B ou lorsque

16. Pour cette distinction, nous reprendrons l'exposé fait par R. Barre, *op. cit.*, pp. 532-534. On pourra voir aussi W.J.L. Ryan, *Price Theory*, London, 1966, pp. 287-288 ; ainsi que la majorité des manuels d'économie.



le producteur ne passe pas de contrat d'exclusivité avec les détaillants qui se trouvent sur le marché B), la courbe de demande sur le marché A est DD' et la courbe de recette marginale correspondante : R_m . Sur le marché de concurrence B la courbe de demande est D'' ; elle est parfaitement élastique au prix P_b ; la courbe de recette marginale est confondue avec la courbe de recette moyenne (ou courbe de demande). La courbe de demande totale sera alors DND'' , par combinaison des courbes de demande du marché A et du marché B. Soit C_m la courbe de coût marginal du monopoleur : elle coupe la courbe de recette marginale combinée $DL D''$ au point M. Cette courbe est en effet la combinaison de la courbe de recette marginale du marché A (DL) et de celle du marché de concurrence égale à la courbe de demande (LD''). La production globale, indiquée par ce point d'intersection est OQ . Elle se répartira sur les deux marchés de la manière suivante : OQ_1 sera vendu sur le marché A (marché de monopole) au prix P_a ;



Q_1O sera vendu sur le marché B (marché de concurrence) au prix P_b . Sur les deux marchés, la recette marginale sera la même : $MQ = LQ_1$. Les profits totaux sont indiqués par la surface $DLMS$.

Que ce soit dans l'une ou l'autre de ces hypothèses (deux marchés de monopole ou un marché de monopole et un marché de concurrence), nous connaissons la relation qui existe entre le revenu marginal (Rm) et l'élasticité de la demande (Ed) :

$$P_m = P_d \left(1 + \frac{1}{EdA} \right) \quad \text{où } Ed < 0 \quad \text{et où } RM = P_d$$

(RM étant le revenu moyen).

On peut alors écrire, pour les marchés A et B :

$$RmA = PdA \left(1 + \frac{1}{EdA} \right)$$

$$RmB = PdB \left(1 + \frac{1}{EdB} \right)$$

En situation d'équilibre, il faut que $RmA = RmB$, donc :

$$PdA \left(1 + \frac{1}{EdA} \right) = PdB \left(1 + \frac{1}{EdB} \right)$$

et

$$\frac{PdA}{PdB} = \frac{\left(1 + \frac{1}{EdB} \right)}{\left(1 + \frac{1}{EdA} \right)}$$

Cette relation indique que le prix sera plus élevé sur le marché où la demande est inélastique que sur le marché où elle est élastique.

En conséquence, si le contrat d'exclusivité donne au couple producteur-commerçant la possibilité de se comporter comme un monopoleur discriminant, le prix de vente pratiqué sur les différents marchés va être fonction de l'élasticité de la demande sur ces marchés. Il n'est donc pas suffisant de savoir si le contrat d'exclusivité permet, par diminution du nombre des intermédiaires, de diminuer les coûts de distribution, encore faut-il savoir dans quel sens l'élasticité de la demande finale va agir sur les prix. Or, cette élasticité

varie suivant les produits, suivant les périodes et suivant les marchés. C'est bien la raison pour laquelle toutes les enquêtes qui ont été faites, dans divers pays, pour déterminer concrètement l'influence des contrats d'exclusivité sur les prix, ne fournissent que des résultats peu satisfaisants et en aucun cas généralisables.

Il importe donc, délaissant le strict plan des structures de marché et des prix, de dégager les raisons qui militent en faveur de l'existence des contrats d'exclusivité, et de discuter leur valeur.

II^{ème} PARTIE : CONSTAT D'EXISTENCE DES CONTRATS D'EXCLUSIVITÉ.

Les contrats d'exclusivité existent en pratique. Pourquoi ? La raison essentielle du développement de ce type de contrat est voisine de celle qui accompagne le développement de la marque : il s'agit de rétablir un contact entre producteurs et consommateurs. « L'article de marque est né du désir éprouvé par les producteurs industriels de retrouver le contact des consommateurs. Alors que jusqu'au XVIII^e siècle le fabricant était en même temps vendeur, travaillant sous les yeux mêmes des acheteurs et sous le contrôle des maîtres-jurés de sa corporation, les usines produisant par grandes quantités des articles semblables ont cessé de vendre directement au public. Les fabricants n'ont plus eu que quelques clients, les commerçants de gros, eux-mêmes séparés du consommateur par les détaillants. La marque, en individualisant le produit, a permis au producteur de sortir de l'anonymat vis-à-vis des consommateurs, de retrouver un achalandage, de protéger l'organisation de sa production par une organisation de distribution » ¹⁷.

Il en va de même des contrats d'exclusivité. Ils visent principalement, par la suppression d'intermédiaires ou leur intégration économique dans un processus de production-distribution, à supprimer des écrans qui s'étaient peu à peu introduits entre le producteur et le consommateur final. Ce faisant, ils permettent de diminuer les risques afférents à produire pour une clientèle anonyme et parfois hypothétique. Une meilleure connaissance du marché rend possible un calcul économique plus précis. Le producteur y trouve son avantage en étant à même de rationaliser sa production et de diminuer ses risques de pertes ; le consommateur n'a pas à

17. Rives, *op. cit.*, pp. 221-222.

s'en plaindre dans la mesure où une juste part des réductions des coûts lui est transmise sous forme de diminution des prix de vente ; quant au concessionnaire, la perte de sa liberté économique est compensée par l'assurance d'avoir une clientèle assurée et stable. Ce sont, du moins, les raisons qui sont invoquées à l'appui de l'existence des contrats d'exclusivité.

Ajoutons qu'il serait possible d'atteindre le même résultat par la création par le producteur d'un réseau de représentants et de succursales dont il serait le patron-propiétaire. On aurait alors une intégration à la fois économique et juridique. Le contrat d'exclusivité assure une quasi-intégration (« quasi » parce que le concessionnaire perd son indépendance économique, mais garde sa propre personnalité juridique) qui a le mérite de demander au concédant un effort financier moindre que la création d'un réseau de distribution entièrement intégré. Ils existent déjà les outils de distribution qu'il canalise pour son service en se les liant par contrat d'exclusivité. L'investissement à faire pour avoir un réseau cohérent de vendeurs en est réduit d'autant.

Toutefois, ces avantages que l'on attend du contrat d'exclusivité ne peuvent être atteints que dans certaines hypothèses. Il faut d'abord qu'il existe une demande réelle ou au moins potentielle pour le produit faisant l'objet du contrat. Le contrat ne crée pas la demande ; il permet de mieux la connaître. Il faut aussi, pour que les avantages qui résultent de l'exclusivité soient répartis entre tous les intéressés (concédant, concessionnaire, consommateurs), qu'aucun ne puisse abuser d'une position privilégiée pour imposer sa loi aux autres, et confisquer à son profit ce qui devrait constituer pour eux une rente (rente du producteur, rente du concessionnaire ou rente du consommateur). Là encore ce n'est pas le contrat en lui-même qui est un abus : c'est l'utilisation que l'on fait du contrat (à sa passation ou par la suite) qui peut être abusive, et ceci dépend des rapports de forces entre toutes les parties affectées par le contrat (qui ne sont pas forcément parties au contrat).

Or, il apparaît que les clauses du contrat, leur mise en application et leurs effets économiques, varient considérablement suivant la nature du produit faisant l'objet d'une exclusivité de fourniture

ou/et d'approvisionnement. L'expérience tend à montrer qu'il y a lieu de distinguer les produits de consommation durables ou semi-durables ou incorporant un haut niveau de progrès technique, des produits de consommation courante. Les contrats d'exclusivité ne se justifient pas par les mêmes raisons dans l'un et l'autre cas ; leurs effets ne sont pas non plus toujours les mêmes. Il y a donc lieu de les examiner séparément.

1 — *Le cas des produits de consommation semi-durables.*

Les contrats d'exclusivité semblent s'être tout d'abord généralisés dans le domaine de l'industrie automobile. Au début, les constructeurs avaient de la peine à trouver des mécaniciens susceptibles d'assurer l'entretien et la réparation des automobiles ; et ils se trouvaient dans la position de demandeurs à l'égard des garagistes concessionnaires. Le meilleur moyen de se les attacher était de leur assurer l'exclusivité de la vente des véhicules. Avec la concentration des entreprises de fabrication d'automobiles et l'accroissement du nombre des garagistes susceptibles de devenir concessionnaires, la situation est aujourd'hui inverse en ce sens que c'est le concessionnaire qui est dans une situation de demandeur.

Cet exemple de l'automobile est intéressant car il montre bien que pour un produit incorporant un haut niveau de technicité et ayant besoin de services tant au moment de la vente qu'après la vente, il est indispensable pour le producteur d'avoir un bon réseau de concessionnaires s'il veut maximiser ses ventes. Dans tous les pays, et notamment sur le marché nord-américain, les voitures étrangères n'arrivent à se vendre que dans les régions où le nombre des concessionnaires donne l'assurance de pouvoir faire faire entretien et réparations. Mais ce qui est vrai pour l'automobile l'est également pour l'ensemble des appareils électro-ménagers qui tiennent une place de plus en plus grande dans le budget de consommation des particuliers conjointement à la hausse des niveaux de vie (application normale des lois d'Engel). C'est vrai aussi pour tous les produits qui demandent une certaine formation technique de la part des vendeurs pour être écoulés sur le marché dans les meilleures conditions ; ce sera le cas notamment pour tout ce qui est petit ou gros outillage.

Pour ces différents produits, le producteur pourrait arriver à avoir un réseau de distribution parfaitement intégré en créant lui-même des succursales ou en embauchant des représentants. Toutefois, ceci nécessiterait de sa part de gros investissements qu'il n'est pas toujours capable de faire. On sait, par exemple, que la firme automobile « Simca » n'avait pas la capacité financière suffisante pour créer son propre réseau intégré de revendeurs-représentants dans certains pays étrangers, avant d'avoir le support financier d'une firme américaine. Il y a donc un effort de financement que les entreprises ne sont pas toujours capables de faire. L'exclusivité accordée par contrat a pour effet de créer une situation de quasi-intégration qui limite sensiblement le montant des investissements à faire par l'entrepreneur dans le domaine de la distribution. L'exclusivité peut, d'ailleurs, être plus ou moins « fermée » ou « ouverte » ; et si en général tout garagiste lié à un producteur se voit demander de ne pas vendre d'autres marques que celle pour laquelle il a obtenu un contrat d'exclusivité, il n'en demeure pas moins qu'il conserve une marge de liberté assez grande, notamment dans le domaine de la voiture d'occasion.

Il faut souligner aussi qu'un réseau totalement intégré, créé par investissements de la firme productrice, est susceptible de manquer de la souplesse d'adaptation nécessaire à l'évolution de la courbe de demande du produit. Dans cette hypothèse, il faudrait procéder à un désinvestissement puis à un réinvestissement pour suivre les déplacements géographiques de la clientèle. En revanche, les contrats d'exclusivité ne sont signés que pour une période limitée qui, dans bien des cas, ne dépasse pas 1 à 3 ans. Il est alors facile pour le concédant de ne pas accorder le renouvellement d'un contrat s'il s'est aperçu qu'un déplacement de la clientèle avait rendu la localisation de son concessionnaire inadéquate.

Il y a là, semble-t-il, les raisons fondamentales qui expliquent le développement des contrats d'exclusivité dans le secteur des biens semi-durables. Il faut, toutefois, y ajouter des raisons complémentaires pour bien comprendre la portée pratique de clauses qui lient un producteur le plus souvent économiquement fort avec un concessionnaire le plus souvent économiquement plus faible que lui.

Pour le producteur, il est très important de pouvoir se garantir la qualité des services du concessionnaire tant au moment de la

vente qu'après la vente. C'est pourquoi il est fréquent de voir le concédant imposer au concessionnaire des stages de formation pour lui donner les connaissances techniques dont il aura besoin pour la mise en route, l'entretien et la réparation des produits vendus. Ceci est d'autant plus important que le concessionnaire doit ses services non seulement à ses propres clients, mais aussi à tous les clients de passage. Certains contrats précisent que le concessionnaire doit toujours être en mesure de répondre aux demandes de réparation qui lui sont adressées et qui ont pour objet des appareils fabriqués ou vendus par le concédant. Ainsi, le concessionnaire doit assurer le service après-vente en toute hypothèse, voire à l'encontre de ses propres intérêts. Il arrive même que le concédant stipule que le concessionnaire devra disposer d'une organisation technique et d'un matériel agréé par lui, ainsi que d'un personnel dont il pourra vérifier la compétence. On peut même prévoir des inspections techniques de la part du concédant, tant sur l'état du stock de pièces de rechange, que sur les méthodes de travail du concessionnaire.

L'emprise du concédant ne se limite pas, d'ailleurs au seul domaine technique. Elle s'étend au domaine commercial dont toute la politique est régie par le concédant. Le concessionnaire peut se voir obligé de constituer ou d'animer un réseau commercial déterminé, de créer des agences dans certaines localités, d'engager des représentants ou des vendeurs, de constituer des fichiers selon des méthodes de classement prévues par le concédant, de participer à tel salon, foire, magasin d'exposition, etc. Tout ceci vise, de la part du concédant, à se garantir une certaine qualité de services de la part du concessionnaire et celui-ci court le risque de ne pas voir renouveler son contrat s'il néglige telle ou telle clause prévue par le contrat d'exclusivité.

En définitive, les contrats d'exclusivité réciproques d'approvisionnement et de fourniture, ont souvent pour effet de transférer au concessionnaire certaines charges qui incomberaient normalement au concédant. Si le concessionnaire accepte de courir le risque d'une rupture de contrat qui le priverait d'une partie de sa clientèle et risquerait même de le conduire à la ruine, s'il accepte de perdre son indépendance et de supporter certaines charges qui normalement ne devraient pas lui incomber, c'est parce que le contrat d'exclusivité lui apporte un certain nombre de garanties.

Pour le concessionnaire de produits de consommation semi-durables, le principal avantage du contrat d'exclusivité est de lui assurer un certain quantum de ventes d'un produit dont la publicité ne lui incombe que très partiellement. La clientèle est attirée non par le concessionnaire, mais par la marque du produit qu'il vend. Obtenir une concession exclusive de vente, c'est s'assurer une certaine clientèle et par là même se garantir un certain montant de chiffre d'affaires. En outre, le concessionnaire peut bénéficier d'un certain nombre d'avantages au niveau de son approvisionnement en pièces de rechange. Ils sont susceptibles de diminuer le coût d'immobilisation auquel il doit faire face en conservant un stock, car, si le concédant exige qu'il soit toujours en mesure de faire les réparations, il s'engage à lui fournir les pièces dont il aura besoin.

De tout ceci, il résulte que c'est le caractère technique des biens de consommation semi-durables qui constitue la cause fondamentale et la principale justification des contrats d'exclusivité. Ces contrats reposent sur un équilibre extrêmement fragile de répartition des charges entre concédant et concessionnaires. Il est incontestable que cet équilibre peut être d'autant plus facilement rompu que le produit faisant l'objet du contrat aura moins de substituts et qu'il n'existera pas de concurrence monopolistique pour éviter ou limiter les abus. Ces abus peuvent venir du concédant vis-à-vis du concessionnaire. Si la puissance économique du premier est sans commune mesure avec celle du second (et pour les produits qui nous préoccupent, c'est assez souvent le cas), le concédant peut avoir tendance à imposer des clauses qui auront pour effet de mettre le concessionnaire à sa merci. Il n'est pas rare, en effet, que le contrat d'exclusivité fixe le montant de la marge bénéficiaire du concessionnaire, celui-ci se voyant plus ou moins tenu de pratiquer des « prix de catalogue » au moment de la vente du produit.

Il peut aussi y avoir abus du concessionnaire vis-à-vis du consommateur final si le marché qui lui est donné en exclusivité a une dimension telle qu'il soit assuré d'une clientèle malgré des prix de vente élevés. C'est ainsi que, dans certains pays, un seul concessionnaire exclusif pour des produits de marque étrangère, donne au dit concessionnaire la possibilité, si la marque du produit qu'il représente est suffisamment connue, de pratiquer des marges béné-

ficiaires exagérées¹⁸. Ce sont alors les consommateurs qui feront les frais d'une exclusivité trop large pouvant donner au concessionnaire la possibilité d'abuser de sa situation.

Ainsi, pour apprécier les contrats d'exclusivité et leur conséquence dans le cas de produits de consommation semi-durables, il faut tenir compte non seulement de la nature du produit et des clauses du contrat, mais aussi de l'étendue du marché qui est accordée en concession. C'est en fonction du *relevant market* faisant l'objet du contrat et notamment du caractère plus ou moins parfait de l'exclusivité accordée que l'on pourra apprécier en pratique les risques d'abus susceptibles de découler du contrat et les atteintes portées au jeu de la concurrence.

2 — *Le cas des produits de consommation courante (non durables).*

Tout ce qui est produits d'alimentation, d'entretien domestique, d'hygiène et de soins de beauté, d'habillement, de papeterie, etc., tels que nous les avons énumérés ci-dessus, n'appelle pas des contrats d'approvisionnement ou de fourniture exclusifs en fonction de la technicité. Nous sommes cependant dans des domaines où la concurrence monopolistique est en général assez forte entre des produits de marque. Cette concurrence implique pour le producteur la nécessité d'avoir un réseau de distribution cohérent pour être en contact avec sa clientèle, connaître l'évolution de ses goûts et de ses désirs. C'est ce rétablissement du contact avec les clients, indispensable lors du lancement de nouveaux produits, qui est cherché dans le cadre des contrats d'exclusivité. Dans la majorité des cas, en effet, il n'est pas possible pour le producteur d'avoir son propre réseau intégré de détaillants. Il s'agit de produits qui ne permettent pas une spécialisation très poussée au niveau de la vente au détail (un détaillant ne peut pas vendre que des boîtes de conserves, que d'une seule marque !). En conséquence, le producteur ne peut avoir ses propres succursales et il se trouve dans l'obligation de traiter avec des concessionnaires.

Dans un tel cadre, la situation entre concédant et concessionnaire peut relever de différentes hypothèses : on peut avoir affaire

¹⁸. Cf. l'affaire *Grundig-Consten* contre Commission de la C.E.E. (Journal Officiel des Communautés européennes, n° 161, 20 octobre 1964, p. 2545).

à de grandes entreprises de production ou au contraire à des petits ou moyens producteurs. Inversement, on peut se trouver en présence de concessionnaires puissants (grands magasins ou chaînes de distribution) ou de petits magasins de vente au détail. Il y a donc la possibilité de quatre couples qu'il faut examiner séparément, car les effets de l'exclusivité ne seront pas les mêmes dans l'une ou l'autre de ces quatre hypothèses.

1. *Petits ou moyens producteurs — petits ou moyens détaillants.* Pour le petit ou le moyen producteur, il est souvent impossible de pénétrer sur un nouveau marché sans utiliser la technique du contrat d'exclusivité. Surtout lorsqu'il s'agit d'un marché géographiquement éloigné de son entreprise de production, notamment un marché étranger, la petite entreprise n'aura pas les moyens financiers d'avoir ses propres représentants ou vendeurs. Mais elle ne trouvera un concessionnaire qui acceptera d'assurer la publicité et la vente de son produit qu'à la condition d'en avoir l'exclusivité. Dans une telle hypothèse, il ne semble pas qu'il y ait à redouter que le contrat d'exclusivité porte atteinte à la concurrence, car, sauf pour des cas exceptionnels, il s'agira de produits pour lesquels la concurrence inter-marque est forte. On peut même dire que la technique de l'exclusivité permet parfois de renforcer la concurrence sur un marché donné en permettant à un produit d'y être vendu alors que ça n'aurait pas été le cas sans l'existence d'un contrat d'exclusivité¹⁹. Compte tenu de la dimension et du pouvoir économique des producteurs et détaillants en question, et de la concurrence à laquelle ils sont soumis de la part des autres producteurs et détaillants, les risques d'abus vis-à-vis du consommateur final peuvent être considérés en général comme réduits.

2. *Petits ou moyens producteurs — grands détaillants.* Il s'agit de contrats d'exclusivité d'approvisionnement par lesquels le producteur s'engage à n'approvisionner qu'un seul distributeur, grand magasin ou « chaîne de distribution ». Ceci ne permet pas une exclusivité réciproque, car le grand magasin ou la chaîne de distribution ne peut accepter une exclusivité de fourniture. Dans cette

19. Cf. le cas de la société anonyme du *Père Anselme*.

hypothèse, le producteur recherchera l'exclusivité pour pouvoir bénéficier de la clientèle et de la publicité qui est faite par le concessionnaire. C'est pour lui l'assurance de maximiser ses ventes en travaillant pour un marché qui est sous le contrôle d'une firme de distribution. En revanche, le déséquilibre des forces entre concédant et concessionnaire lors de la signature du contrat peut donner lieu de la part du concessionnaire à des exigences très proches de l'abus. En effet, le producteur se trouvera constamment en concurrence avec d'autres producteurs qui cherchent aussi à obtenir un contrat d'exclusivité d'approvisionnement. La concurrence reste donc vive entre les producteurs. Quant au concessionnaire, il cherche à satisfaire au mieux sa clientèle dans les meilleures conditions de prix possibles, car lui aussi est soumis à une concurrence monopolistique de la part des autres grands détaillants. En conséquence, si des exclusivités accordées risquent de conduire à des abus, ce sera de la part du concessionnaire vis-à-vis du concédant. Les clauses du contrat peuvent, en effet, être très sévères à l'égard de ce dernier. Les contrats d'approvisionnement exclusif des grands magasins dans le domaine de la volaille fournissent un bon exemple des exigences qu'un détaillant économiquement fort peut imposer à un producteur économiquement plus faible que lui.

3. *Grands producteurs — Petits ou moyens détaillants.* Il peut s'agir, par exemple, des contrats passés entre une grosse entreprise de produits alimentaires et un petit magasin de vente au détail. Le concessionnaire cherche à avoir une exclusivité de fourniture pour bénéficier de l'autopublicité de la marque du concédant. Dans une telle hypothèse, les risques d'abus susceptibles de résulter du contrat d'exclusivité sont limités au niveau du consommateur final, car le concessionnaire ne peut bénéficier que d'un marché relativement restreint. En outre, il est soumis à une concurrence inter-marque de la part des autres détaillants. S'il y a risque d'abus, c'est entre le producteur économiquement fort et le détaillant. Celui-ci peut se voir imposer des clauses sévères. Il court surtout le risque de voir rompre le contrat. Or, « le concessionnaire qui ne vend que les produits du concédant se coupe à la fois de tout autre fournisseur et de toute autre clientèle attachée à la marque de son co-contractant. Dans ces conditions, le non-renouvellement du con-

trat signifiera peut-être sa ruine et en tous cas la perte de la plus grande partie de sa propre clientèle »²⁰.

4. *Grands producteurs — Grands détaillants.* Il n'y a guère que dans cette hypothèse que l'on risque de voir de véritables atteintes portées à la concurrence et d'assister à des pratiques abusives vis-à-vis du consommateur final. La dimension économique du producteur et du détaillant empêche l'un des deux d'imposer à l'autre des clauses inacceptables, et on est susceptible de voir plutôt une sorte de collusion se dessiner entre eux pour « exploiter » un marché. Toutefois, la concurrence monopolistique ou oligopolistique à laquelle le couple producteur-détaillant est soumis empêche des abus trop graves notamment dans le domaine des prix. Mais c'est là que l'importance du *relevant market* doit à nouveau être soulignée. S'il s'agit d'un grand magasin, il est important de savoir s'il se trouve ou non soumis à une concurrence de la part d'autres grands magasins. S'il s'agit d'une chaîne de distribution, qui couvre géographiquement un territoire beaucoup plus étendu que le grand magasin, il faut savoir si elle est soumise ou non à une concurrence efficace de la part d'autres chaînes de distribution.

Comme le *relevant market* ne dépend pas uniquement d'une dimension géographique, nous n'ignorons pas qu'il va être en pratique difficile à déterminer. Par ailleurs, si les quatre hypothèses faites couvrent bien l'ensemble des possibilités concrètes de contrat d'exclusivité, nous n'ignorons pas non plus qu'il va être très difficile en pratique de savoir si on a affaire à un petit, un moyen ou un grand producteur, un petit, un moyen ou un grand détaillant. Petit ou grand, par rapport à qui ou à quoi ? La taille ne se mesure pas uniquement par le chiffre d'affaires ou le nombre de personnes employées ou le montant du capital investi. Là encore, il faut tenir compte de la nature du produit et de la structure du système de production et du système de distribution. En conséquence, la tâche des tribunaux qui vont devoir dire s'il y a ou non atteinte portée aux règles de concurrence, va être rendu difficile, car les critères d'appréciation de la situation économique ne sont pas simples à utiliser.

20. Champaud, « La concession commerciale », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1963, pp. 461-462.

III^{ème} PARTIE : CONTRATS D'EXCLUSIVITÉ ET RÈGLES DE CONCURRENCE.

« La concession commerciale est étrangère à tout ce qui est libéralisme et individualisme. Les atteintes qu'elle porte à la liberté du concessionnaire et à l'individualité de son entreprise n'ont d'égalés que les violations aux principes de la libre concurrence qu'elle suscite. Les unes et les autres se complètent d'ailleurs. Mieux même, elles se justifient réciproquement. En effet, c'est en considération de l'éviction de ses concurrents que le concessionnaire accepte sa subordination: C'est à cause de l'intégration de l'entreprise du concessionnaire à la sienne, que le concédant trouve avantageux de se priver des services de tout autre revendeur. Il y a plus. C'est l'intégration d'entreprises, issue de la concession, qui constitue la meilleure justification et peut-être la seule, des effets de l'exclusivité à l'égard des autres revendeurs. » ²¹

Compte tenu de l'analyse que nous venons de faire, il est impossible de souscrire complètement à ce jugement dont les fondements nous paraissent relever d'une optique trop empreinte du mythe de la concurrence pure et parfaite. Nous avons déjà souligné ²² que ce n'était pas exclusivement le nombre de concurrents qui fixait le degré de concurrence sur un marché. Il n'est donc pas certain que, dans beaucoup de cas, les contrats d'exclusivité portent atteinte au degré de concurrence. La concurrence inter-marque peut être aussi efficace que la concurrence intra-marque en faisant « remonter » la compétition au niveau des producteurs au lieu de la laisser jouer principalement entre des commerçants détaillants. L'exclusivité peut aussi aller dans le sens de la recherche d'une meilleure productivité et contribuer à améliorer le niveau de vie des consommateurs. Il se peut même que l'exclusivité soit le seul moyen de voir un nouveau concurrent pénétrer sur un marché ; la concurrence se trouvera alors renforcée et non restreinte sur ce marché.

Nous nous trouvons en fait en présence d'un cas particulier du problème général visant à délimiter les effets des ententes et concentrations d'entreprises vis-à-vis de la concurrence. Par ses effets

21. Champaud, *op. cit.*, p. 490.

22. Reboud, « Dimension des entreprises, concentration et concurrence », *L'Actualité Économique*, oct.-déc. 1966.

d'intégration, le contrat d'exclusivité nous fait passer d'une concurrence atomistique à une concurrence moléculaire, oligopolistique ou monopolistique. Comme tout ce qui modifie les structures économiques, l'exclusivité a pour conséquence de modifier des rapports de forces. Dans bien des cas (mais non dans tous), l'exclusivité de fourniture et/ou d'approvisionnement peut conférer au concédant ou au concessionnaire la possibilité d'abuser de la position qu'il acquiert grâce au contrat. Ce n'est pas, en général, le contrat qui est abusif en soi, mais l'usage qui en est fait. Il n'est donc pas étonnant que, dans certains pays, le législateur ait prévu de faire entrer les contrats d'exclusivité dans le cadre des règles de concurrence, et de les soumettre à un contrôle plus ou moins strict des autorités judiciaires compétentes.

Le législateur peut avoir prévu expressément le cas des contrats d'exclusivité comme cela existe en Allemagne, en Autriche, en Belgique, aux États-Unis, en Irlande ou au Royaume-Uni ; ou bien les contrats d'exclusivité peuvent relever du principe général de la loi sur les restrictions de la concurrence, comme c'est le cas au Danemark, en France, en Norvège, aux Pays-Bas et en Suède ; ou bien il peut n'exister aucune référence législative en la matière, ce qui est le cas au Canada où seule une exclusivité conduisant à un monopole pourrait être considérée comme illégale. Toutefois, dans aucun cas le législateur ne semble avoir fourni au juge des données précises à partir desquelles ce dernier serait capable d'apprécier les conséquences de l'exclusivité et de motiver sa décision. Il n'est pas de notre ressort d'examiner ici les différentes législations dans une étude comparée ; en revanche, il nous semble intéressant de voir comment la jurisprudence de différents pays motive ses jugements en matière de contrats d'exclusivité. Apprécier la valeur économique des critères retenus par le juge fera seul l'objet de notre préoccupation.

Encore faut-il préciser qu'il n'est pas possible de prendre en considération toutes les décisions de jurisprudence existant dans le monde en la matière²³. Force est de nous limiter géographiquement.

23. Pour nous permettre de ne pas alourdir ce texte, nous fournissons en annexe un résumé succinct des principales décisions de jurisprudence prises aux États-Unis et dans le cadre de la Communauté européenne. Nous tenons à remercier ici madame Portier des soins qu'elle a apportés à ce travail.

ment. Les deux cas qui nous retiendront ici seront ceux des jurisprudences des États-Unis et de la Communauté économique européenne. En effet, dans les deux cas, nous nous trouvons en présence d'une législation et de décisions qui sont prises à un niveau supérieur à celui d'un état. Aux États-Unis, il s'agit des décisions de la Cour fédérale ; dans la Communauté économique européenne, des décisions de la Commission de la C.E.E. et de la Cour de Justice des Communautés. Ceci ne veut pas dire que les deux situations soient économiquement analogues. En effet, l'intégration économique des États-Unis est réalisée depuis longtemps alors que dans le cadre européen, la Communauté est en voie d'élaboration sans que l'intégration des six économies participantes soit encore réalisée. En conséquence, il est très important, dans le cadre de la C.E.E., de pouvoir s'assurer que ne sont pas rétablies officieusement, par voie d'exclusivité territoriale, les barrières à la libre circulation des biens que l'on s'efforce de supprimer à un niveau officiel. En conséquence, le problème de l'affectation du commerce entre pays membres par les contrats d'exclusivité est un aspect particulier de la jurisprudence européenne que les États-Unis n'ont plus besoin de prendre en considération de la même façon.

Si l'on regarde l'ensemble des décisions jurisprudentielles, il est possible de dégager, au-delà des cas particuliers, un certain nombre de critères qui semblent être ceux auxquels le juge se rapporte le plus fréquemment pour dire si un contrat d'exclusivité fausse ou restreint le jeu de la concurrence. Certains de ces critères sont d'ordre quantitatif, d'autres d'ordre qualitatif. Il va nous appartenir dans chacun de ces cas d'apprécier la valeur économique des critères utilisés.

1 — *La valeur des critères quantitatifs.*

Les critères quantitatifs visent essentiellement l'étendue du contrat d'exclusivité dans le temps et dans l'espace : dans le temps, il s'agit de la durée du contrat ; dans l'espace, de la part du marché qui est contrôlée grâce au contrat.

1. Le critère de la durée du contrat est celui qui est presque habituellement retenu en premier lieu car l'exclusivité accordée pour une longue durée aurait pour effet d'entraver les adaptations

du processus production-distribution à l'évolution de la demande du produit. Il y aurait alors introduction d'une rigidité qui serait susceptible de porter atteinte au jeu de la concurrence.

En principe, aux États-Unis, la durée du contrat ne saurait être supérieure à un an ; et lorsque le contrat d'exclusivité dépasse cette durée, c'est un élément que la Cour prend en considération pour condamner le contrat. Ce fut notamment le cas pour la *Standard Oil Company of California* (Cour suprême, 1949) et pour *Motion Picture Advertising Company* (Cour suprême, 1953) où le contrat de vente exclusive était prévu pour une durée de 5 ans.

Dans le cadre de l'application de l'article 85 du Traité de Rome, la durée du contrat est également prise en considération. Lorsque la Commission accorde, en vertu de l'article 85 § 3, une dérogation à l'interdiction formulée à l'article 85 § 1, cette dérogation est en général accordée pour une durée de trois ans, avec réexamen de la situation à l'issue de cette période.

Toutefois, il faut souligner qu'une règle très stricte au point de vue de la durée n'aurait pas de signification si l'on ne prenait en considération la nature du produit faisant l'objet d'un contrat de fourniture ou d'approvisionnement exclusifs. En effet, suivant les produits, il peut être normal d'accorder une validité à un contrat dont la durée est relativement longue, si le produit en question nécessite pour sa fabrication ou pour sa vente des investissements qui ne peuvent s'amortir qu'en longue période. C'est ainsi que dans le cas *Tampa Electric Company v. Nashville Coal Company* (365 US 320 : 1961), il a été jugé acceptable que la durée du contrat soit fixée à 20 ans entre la société Tampa et une société minière de la région, le contrat d'approvisionnement exclusif répondant en l'occurrence à une nécessité industrielle. Pour rejoindre l'examen que nous avons fait précédemment, il semble possible de suggérer de faire des distinctions entre les contrats concernant des produits de consommation semi-durable et des contrats concernant des biens de consommation courante. C'est surtout dans le cas des premiers que la durée d'un an ou de trois ans risque parfois d'être trop courte, surtout s'il devait s'agir d'un contrat passé de l'aval vers l'amont (grand détaillant — petit producteur) pour permettre d'amortir correctement le matériel investi. Il faut donc, même lorsqu'il s'agit de la durée du contrat, tenir compte de la nature du produit con-

cerné. Il ne semble pas que ce soit fait habituellement par la jurisprudence.

2. Pour ce qui est de la part du marché contrôlée grâce au contrat, la jurisprudence américaine l'évalue en général en pourcentage et si ce pourcentage est supérieur à 5 p.c., le contrat est considéré comme suspect. Dans *Standard Fashion Company v. Magrane Houston Company* (Cour suprême, 1922), la Cour suprême condamne des contrats de vente exclusifs qui permettaient à *Standard Fashion Co.* de contrôler plus de 40 p.c. du marché des patrons pour vêtements. En revanche, dans *Pearsall Butter Company v. Federal Trade Commission* (1923), le contrat de vente exclusive entre un fabricant de margarine et un commerçant est considéré comme valable, car la part de production de ce fabricant sur le marché de la margarine est inférieur à 1 p.c.. C'est surtout dans les arrêts plus récents de *Standard Oil Co. of California v. US* (Cour suprême, 1949), *Dictograph Products v. Federal Trade Commission* (1956) et *Motion Picture Advertising Co. v. Federal Trade Commission* (Cour suprême, 1953) que ce critère exprimé en pourcentage trouve sa confirmation.

Parallèlement, dans les applications de l'article 85 du Traité de Rome, il semble maintenant reconnu que « pour apprécier si un contrat assorti d'une clause concédant un droit exclusif de vente, doit être considéré comme interdit en raison de son objet ou de son effet, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celle du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles »²⁴. C'est notamment ce qui ressort de l'arrêt *Société Technique Minière (LTM) contre Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)* du 30 juin 1966. Mais il ne semble pas que la Cour de Justice des Communautés européennes se soit engagée dans la voie de la fixation de pourcentage strict.

24. L. Focsaneanu, « Les clauses accessoires de non concurrence du Droit français face à l'article 85 du Traité de Rome », *Revue du Marché Commun*, oct. 1967, p. 512.

Cette précaution nous semble d'ailleurs sage car, là encore, un simple pourcentage de contrôle du marché ne nous paraît pas être un critère quantitatif satisfaisant. Il faut, en effet, commencer par définir ce que l'on entend par marché. Un pourcentage infime d'un marché national peut néanmoins donner sur un marché local une situation de monopole. Or le marché ne peut se définir qu'en fonction de la nature du produit. Mais, même en tenant compte de la nature du produit, il manque encore des éléments pour définir véritablement le *relevant market*. En effet, le *relevant market* doit prendre en considération une clientèle existante ou potentielle qui ne correspond pas toujours à un territoire géographique délimité. Dans ces conditions, le seul critère de la quantité doit s'assortir d'un certain nombre d'estimations qualitatives. Des critères purement quantitatifs seraient insuffisants pour apprécier pleinement les atteintes portées par un contrat d'exclusivité au jeu de la concurrence.

2 — La valeur des critères qualitatifs.

Il semble que de plus en plus la jurisprudence s'efforce d'apprécier, de façon qualitative, la portée exacte des contrats d'exclusivité. Ceci semble se faire de deux façons différentes : tout d'abord, on s'efforce de voir s'il existe des justifications économiques ou commerciales à l'existence du contrat ; par ailleurs, on s'efforce d'apprécier les restrictions qui sont apportées à la concurrence par l'exclusivité.

1. En ce qui concerne les justifications économiques et commerciales d'un contrat d'exclusivité, la Cour suprême des États-Unis les a toujours recherchées dans les différentes causes qui ont passé devant elle. C'est ainsi que dans *International Business Machine Corporation v. U.S.* (C. S., 1936) l'absence de justification économique est relevée à l'encontre de la clause selon laquelle I.B.M. obligeait ceux qui louaient ses machines à utiliser des cartes perforées de sa propre fabrication ; dans *International Salt Company* (C. S., 1947), la Cour suprême souligne l'absence de justification économique pour une clause selon laquelle *International Salt Company* obligeait ceux qui louaient ses machines à utiliser le sel de sa production ; dans *Northern Pacific Railway Company v. U.S.*

(C. S., 1958), la Cour suprême estime que le *N.P.R.* n'a pas de justification économique pour obliger ceux qui louaient ses terres à utiliser ses lignes ferroviaires pour le transport.

Ce souci de rechercher des justifications économiques et commerciales doit être rapproché de ce que l'on appelle la *rule of reason*. La « règle de raison » consiste en effet à apprécier sur le plan économique si les clauses constitutives du contrat sont ou non raisonnables. C'est ainsi que dans *Sinclair Refining Company v. Federal Trade Commission* (C. O. 261. US. 463. 1923), il a été jugé « raisonnable » que le contrat de location de pompes à essence soit assorti d'une condition obligeant le locataire à utiliser dans ces pompes uniquement l'essence vendue par le loueur, du moment que le contrat n'empêchait pas le locataire d'utiliser d'autres pompes et d'autres essences concurrentes ; dans *Times Picayune Publishing Company* (C. S., 1953), il a été jugé comme une « *reasonable response to business condition* » que la *Times Co.* oblige les annonceurs en publicité à utiliser les pages de ses journaux du matin et du soir au détriment du journal concurrent ; enfin, dans la *Tampa Electric Company v. Nashville Coal Company* (1961), il a été jugé que le contrat d'approvisionnement exclusif conclu entre la Tampa et une société minière de la région répondait à une nécessité industrielle, malgré les conséquences qu'elle entraînait sur la concurrence.

Parallèlement, les premiers arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes et les décisions de la Commission de la C.E.E. donnent à l'article 85, § 3, du Traité de Rome l'application suivante : pour ne pas tomber sous l'interdiction de l'article 85, § 1, du Traité, le contrat d'exclusivité doit réunir certaines conditions prévues par l'article 85, § 3, notamment conduire à une amélioration de la production ou de la distribution des produits, ou la promotion du progrès technique et économique. Cette amélioration consiste dans :

- la constitution de services après vente, garantie, démonstration, etc. (cf. décisions *Gründig* et *Hummel*),
- la possibilité de mieux connaître le marché dans son ensemble, ainsi que les besoins des consommateurs (cf. décisions *Gründig*, *Hummel*, *Blondel*),

— l'adaptation des produits aux goûts, aux habitudes, aux coutumes des consommateurs du pays de consommation (cf. décision *Hummel, Blondel*).

D'une façon générale dans la décision *Hummel*, la Commission de la C.E.E. constate que : « l'accord d'exclusivité présente pour la distribution des améliorations par rapport à la situation qui existerait en l'absence d'un tel contrat ».

Il semble à l'heure actuelle que la prise en considération des justifications économiques et commerciales soit envisagée d'une façon légèrement plus large dans le cadre européen qu'aux États-Unis. Toutefois, il faut remarquer que le juge ne dispose pas toujours de critères qualitatifs précis et objectifs pour justifier sa décision. Il doit d'ailleurs compléter ces justifications économiques par une appréciation des restrictions qui sont apportées par le contrat d'exclusivité dans le domaine de la concurrence.

2. L'appréciation de la restriction apportée au jeu de la concurrence s'évalue essentiellement à partir des clauses du contrat. Il s'agit de savoir si le contrat d'exclusivité est un contrat d'exclusivité parfaite (fermé) avec des obligations très strictes qui sont susceptibles d'entraver fortement la concurrence ou si, au contraire, il s'agit d'un contrat d'exclusivité imparfaite (ouvert) permettant à une concurrence de s'exercer par des voies parallèles.

Les premières clauses qui ont retenu l'attention du juge, et ce dans presque tous les pays, sont les clauses dans le domaine du prix. Très généralement la jurisprudence refuse les contrats dans lesquels certaines clauses obligeraient le détaillant à respecter un prix imposé par le producteur. Elle considère qu'il y a là une atteinte majeure au mécanisme du marché. Interprétée dans un sens très strict cette jurisprudence peut prêter à discussions. En effet, il n'est pas toujours nécessaire qu'il y ait une clause de prix imposé pour qu'effectivement le commerçant soit tenu de respecter les prix qui lui viennent du producteur. On connaît nombre de cas où le système du « prix de catalogue » aboutit en fait à un résultat voisin d'un système de prix imposé. Inversement, il n'est pas toujours sûr qu'un prix imposé par le producteur soit néfaste pour le consommateur final. En effet, dans certaines structures de marché le prix

imposé par le producteur peut éventuellement empêcher des abus dans le processus de distribution et éviter que le consommateur ait à supporter les conséquences d'une situation monopolistique au niveau de la distribution du produit. Il faut donc interpréter dans chaque cas les clauses concernant les questions de prix et le juge aura souvent beaucoup de difficultés à évaluer la portée pratique de telle clause ne possédant pas toujours les critères économiques suffisants pour pouvoir juger en parfaite connaissance de cause.

Au-delà du mécanisme des prix, la jurisprudence des Communautés européennes estime plus largement que la restriction de concurrence peut exister à n'importe quel stade du circuit économique production-distribution. Le problème est alors de savoir si cette restriction est ou non « perceptible » ou « sensible ». La « dose suffisante de concurrence » doit s'apprécier entre produits présentant des qualités techniques comparables (décision *Gründig Consten*). La Cour de Justice des Communautés européennes semble vouloir prendre en considération la position et l'importance des parties (concedant et concessionnaire) sur le marché des produits concernés, le caractère isolé ou non de l'accord d'exclusivité, la rigueur des clauses d'exclusivité et notamment le maintien d'une possibilité d'importation parallèle ou sa suppression. Toutes ces appréciations sont en général assez difficiles à porter. L'analyse des clauses des contrats n'est, en effet, pas toujours suffisante pour permettre de juger si l'objet et l'effet du contrat d'exclusivité vont ou non porter atteinte à la concurrence.

Un assez bon critère, mais qui ne peut hélas intervenir qu'à posteriori consiste à regarder si le contrat d'exclusivité permet de transférer aux utilisateurs du produit une part équitable du profit obtenue grâce à l'exclusivité. Dans la mesure où un contrat d'exclusivité, même s'il restreint la concurrence, permet de faire bénéficier les consommateurs finals de diminutions de prix afférentes à des diminutions de coûts, de production ou de distribution, on peut en déduire que la concurrence reste suffisamment efficace sur le marché (s'il n'y avait plus du tout de concurrence, il est peu probable que les consommateurs se verraient accorder un tel bénéfice). Le profit ou l'absence de profit pour l'utilisateur peut parfois

s'évaluer quantitativement²⁵, mais il n'est pas toujours facile de dégager un pourcentage net du profit qui est ou qui pourrait être répercuté au niveau du prix de vente au consommateur final. Il faudrait, dans certains cas, pouvoir évaluer ce que serait le prix en situation de concurrence pure et parfaite pour pouvoir apprécier la situation en comparaison. C'est dans ce sens que des calculs de *shadow price* peuvent présenter un intérêt²⁶.

*
* *
*

Au total la principale difficulté est de pouvoir apprécier qualitativement une situation en utilisant des critères qui soient objectifs et non purement subjectifs. Les clauses d'un contrat d'exclusivité ne suffisent pas toujours à rendre compte d'une situation. Les atteintes qui peuvent être portées à la concurrence ne relèvent pas seulement des accords qui ont été passés entre les parties, même si l'on prend en considération le contexte économique (nature du produit, structure du marché, etc.) dans lequel se situe le contrat passé. C'est bien souvent le comportement du concédant ou du concessionnaire qu'il faudra examiner pour savoir si le contrat d'exclusivité doit être analysé comme un moyen pour un nouveau concurrent de pénétrer sur un marché ou comme un outil pour un producteur ou un vendeur déjà en place de défendre une situation de monopole. Dans beaucoup de cas le contrat d'exclusivité ne permet pas d'apprécier à priori quel sera le comportement du concédant ou du concessionnaire.

Seulement, apprécier un comportement est toujours chose difficile si l'on veut éviter le risque de tomber dans l'arbitraire. Y a-t-il moyen d'apprécier objectivement un comportement ? Ou faut-il toujours faire référence à des critères d'appréciation subjectifs ?

25. Ce fut notamment le cas dans l'arrêt *Grundig-Consten* contre Commission de la C.E.E., la Cour de Justice des Communautés européennes ayant constaté l'inexistence de profit pour l'utilisateur, puisque les prix des magnétophones *Grundig* étaient nettement plus élevés en France qu'en Allemagne. Dans sa décision du 23 sept. 1964, la Commission de la C.E.E. avait relevé une majoration de prix, déduction faite de droits de douanes, de 20 à 40 p.c. sur les prix des magnétophones vendus en France par rapport à ceux vendus en Allemagne.

26. Cf. Louis Reboud, « Concurrence et Planification », *L'Actualité Économique*, oct.-déc. 1966.

Si l'appréciation doit se faire de façon subjective, comment peut-on alors éviter de s'en remettre à l'arbitraire du juge pour dire si le contrat d'exclusivité, compte tenu du comportement des parties, porte ou non atteinte au jeu concurrentiel. Nous nous trouvons donc, dans le cas précis des contrats d'exclusivité, devant un problème qui est général pour l'ensemble du droit et des règles de concurrence. Il faudrait pouvoir arriver à donner au juge, sinon des critères, du moins des points de référence par rapport auxquels il serait en mesure d'apprécier, même subjectivement, un comportement, tout en évitant les risques d'arbitraire. C'est là un problème qui dépasse le cadre strict des contrats d'exclusivité et qu'il faudra bien arriver un jour à régler dans le concret.

Louis REBOUD,
*professeur à l'École des
Hautes Études commerciales (Montréal).*

ANNEXE*

1^{ère} PARTIE : LES CONTRATS D'EXCLUSIVITÉ DANS LE DROIT DES ÉTATS-UNIS.

Outre l'article I du *Sherman Act* (1890) et l'article 5 du *Federal Trade Commerce Act* (1914), le contrat d'exclusivité est régi de manière plus spécifique par la section 3 du *Clayton Act* (15 octobre 1914), dans les termes suivants : « Est illégal le fait de vendre ou de donner à louage des marchandises, brevetées ou non, avec la stipulation que l'acheteur ou le locataire n'utilisera pas ou ne vendra pas les marchandises d'un ou de plusieurs concurrents du vendeur ou du loueur, lorsque l'effet pourrait être de réduire sensiblement la concurrence (*to substantially lessen competition*) ou de tendre à créer un monopole (*tend to create a monopoly*), dans un secteur du commerce ».

Il faut distinguer plusieurs sortes de contrats d'exclusivité :

- les contrats de vente exclusive, proprement dits (*exclusive dealing contracts*),
- les contrats d'approvisionnement exclusif (*exclusive requirement contracts*),
- les contrats liés (*tying agreements*),
- les contrats comportant des clauses territoriales d'exclusivité simple ou absolue (*exclusive territory agreements*).

La loi et la jurisprudence américaines ne traitent pas ces divers contrats de la même façon, comme nous allons le constater.

* Cette annexe a été écrite par Mme Nicole Portier, docteur en droit de l'Université de Paris, collaboratrice de recherches au Centre d'Études et de Documentation européennes de Montréal.

I) *Exclusive dealing contract*

La loi interdit ce type de contrat lorsqu'il a pour effet de réduire sensiblement la concurrence ou de tendre à créer un monopole. La Cour suprême applique ici un critère quantitatif :

1. *Standard Fashion Company v. Magrane Houston Company* (Cour suprême, 1922-258 U.S. 346.1922).

Un fabricant de patrons pour vêtements féminins avait conclu des contrats avec des détaillants qui acceptaient de lui acheter un grand nombre de modèles afin d'avoir des stocks importants et s'engageaient à ne pas vendre, pendant la durée du contrat des patrons de fabricants concurrents. *Standard Fashion* contrôlait environ 40 p.c. des magasins de patrons aux U.S.A.

La Cour suprême a condamné, en se fondant essentiellement sur un critère quantitatif, ce système de contrats, du fait qu'il ne tendait qu'à renforcer la position dominante de *Standard Fashion* sur le marché.

2. *Pearsall Butter Company v. Federal Trade Commission* (1923).

Un contrat de vente exclusive, conclu entre un fabricant de margarine et un commerçant qui s'engageait à ne vendre que la margarine de ce fabricant n'a pas été jugé comme violant le *Clayton Act* : la part de production du fabricant sur le marché de la margarine aux U.S.A. étant inférieure à 1 p.c.. L'effet du contrat n'était donc pas de réduire la concurrence sur le marché.

3. *Motion Picture Advertising Company v. Federal Trade Commission* (Cour suprême, 1953).

La société M.P.A. produisait et vendait des films de publicité par contrats à des propriétaires de salles de cinéma. Une clause de ces contrats interdisait à chacun des propriétaires de cinéma de montrer des films de publicité produits par d'autres sociétés, concurrentes à la sienne. M.P.A. avait des contrats d'exclusivité de ce genre avec près de 40 p.c. des cinémas. Les contrats avaient une durée allant jusqu'à 5 ans.

La Cour suprême estima qu'il y avait là restriction et diminution de la concurrence qui étaient condamnables. Elle constata que

M.P.A. et 3 autres sociétés (utilisant les mêmes types de contrats que M.P.A.) couvraient, sans action concertée de leur part, environ 75 p.c. des cinémas qui projetaient les films de publicité d'une des quatre sociétés : il était donc impossible à un nouveau concurrent de s'établir sur le marché (la cour a jugé du point de vue du nouvel arrivant sur le marché et désirant entrer en concurrence avec les autres sociétés déjà installées). La cour a considéré l'ensemble des contrats d'exclusivité, conclus par les sociétés les plus importantes sur le marché du film publicitaire, bien que ces sociétés n'aient pas de rapport entre elles ; elle a rendu son arrêt en se fondant sur l'effet conjugué (*the aggregate effect*) de ces pratiques, aboutissant à éliminer l'accès de tout nouveau concurrent sur le marché.

II) *Exclusive requirement contract*

Aux termes de ce contrat, l'acheteur a la sécurité d'obtenir tout son approvisionnement en certains biens, d'un fournisseur exclusif. Ici encore, un tel contrat est contraire aux dispositions du *Clayton Act*, s'il a pour effet de réduire la concurrence ou de créer un monopole : la Cour suprême des États-Unis applique là encore un critère quantitatif.

1. *Standard Oil Company of California and Standard Stations v. U.S.* (C.S. : 1949) (337 U.S. 293. 1949).

Standard Oil Company of California se trouvait être la plus grande raffinerie et un important fournisseur de pétrole dans 7 états de l'Ouest, aux É.-U. : en 1946, le montant total de ses ventes égalait 23 p.c. des ventes de pétrole dans la région :

- 7 p.c. de ses débouchés allaient à ses stations de service,
- 9 p.c. de ses débouchés allaient directement à certaines entreprises industrielles,
- 7 p.c. du reste parvenait à des stations de service indépendantes ayant conclu, avec *Standard Oil*, des contrats d'approvisionnement exclusif pour une durée d'un an ou plus. D'après ces contrats, les stations s'engageaient à acheter à *Standard Oil* la totalité de leurs besoins en un ou plusieurs produits.

La Cour suprême a jugé ces contrats d'approvisionnement exclusif contraires au *Clayton Act* : elle s'est fondée sur le « *quantitative substantiality test* » : importance quantitative de la part de *Standard Oil* sur le marché du pétrole, importance du chiffre d'affaires de *Standard Oil* (58,000,000 de dollars). La Cour n'a pas appliqué la règle de raison, c'est-à-dire qu'elle n'a pas retenu de justification économique pourtant existante dans le cadre de ces contrats. On peut citer comme justifications économiques l'avantage que procure ce type de contrats aux acheteurs (garantie d'un approvisionnement régulier, protection contre des fluctuations de prix) aux vendeurs (possibilité de faire des prévisions sur le marché concerné) et finalement à la consommation du public.

2. *Dictograph Products v. Federal Trade Commission* (1956).

Les contrats d'approvisionnement exclusif sont contraires au *Clayton Act* quand ils aboutissent à une limitation d'une part substantielle des débouchés (dans le cas d'espèce, 22 p.c.), c'est-à-dire une diminution de la concurrence même si les entreprises concurrentes sont dans une situation prospère.

Signalons qu'un producteur-vendeur peut ne pas respecter un tel contrat et refuser de vendre. Il ne sera pas poursuivi du fait que la clause d'approvisionnement ou de vente exclusive insérée dans le contrat est illégale.

III) *Tying agreements*

Selon ces contrats, un producteur oblige le commerçant à lui acheter en sus du produit principal (*tying product*) un produit annexe (*tied product*).

La Cour suprême des États-Unis est très sévère à l'égard de tels contrats et les condamne lorsqu'ils ne peuvent pas être justifiés économiquement.

1. *International Business Machines Corporation v. U.S.* (C.S., 1936).

La société I.B.M. louait des machines et insérait dans ses contrats de location la clause selon laquelle le locataire devait en outre acheter les cartes perforées I.B.M. afin de les utiliser dans les ma-

chines louées : I.B.M. justifiait cette clause par la nécessité de respecter certaines normes (épaisseur, taille...) pour les cartes utilisées, afin que les machines louées I.B.M. fonctionnent mieux.

La Cour suprême n'accepta pas cette *business justification* qui aboutissait à éliminer du marché les concurrents fabriquant des cartes similaires pouvant être utilisées également dans des machines I.B.M. La Cour admit seulement qu'I.B.M. pouvait faire de la publicité (sur ses machines, par prospectus) pour ses propres cartes et même mentionner le danger d'utiliser des cartes concurrentes aux siennes.

Des arrêts analogues ont été rendus dans d'autres affaires : *United Shoe Machinery Corporation* (C. S., 1922).

2. *International Salt Company v. U.S.* (C.S., 1947, 332.U.S.392. 1947).

International Salt, le plus grand producteur de sel à usage commercial aux U.S.A., louait deux types de machines (l'une pour broyer le sel, l'autre pour l'injecter dans des conserves lors de la mise en conserves) et obligeait les locataires à acheter son sel afin de s'en servir dans les machines. *International Salt* justifiait ces *tying agreements* d'une façon analogue à I.B.M. (sel de bonne qualité, convenant parfaitement aux machines louées qui ne pouvaient que mieux fonctionner).

La Cour suprême refusa cet argument : elle constata que des concurrents offraient véritablement, sur le marché, du sel d'égale qualité. Les dispositions concernant l'utilisation de machines données en location ne doivent pas aboutir à des restrictions déguisées de la libre concurrence.

3. *Pick Manufacturing Company v. General Motors Corporation* (C.S., 1936).

La Cour suprême a jugé raisonnable la restriction selon laquelle *General Motors* demandait aux vendeurs d'automobiles de ne pas utiliser, dans la réparation de voitures Chevrolet, des pièces non manufacturées par la société Chevrolet. Cet arrêt diffère des précédents. Il s'explique cependant : la Cour a estimé que la renom-

mée de *General Motors* était en cause dans la réparation des voitures Chevrolet. Afin de la protéger, il était normal d'obliger les réparateurs à n'utiliser que des pièces de rechange de *General Motors*.

4. *Northern Pacific Railway Company v. U.S.* (C.S., 1958, 356 U.S., 1, 1958).

La société *N.P.R.* donna en location, en 1949, 37 millions d'acres de terrains qu'elle possédait et assortit ses contrats de clauses dénommées *preferential routing*, obligeant le locataire à expédier, sur ses propres lignes ferroviaires, tout ce qui était produit ou fabriqué sur les terrains loués.

La Cour suprême jugea que le commerce entre états était affecté de façon substantielle par ces clauses et que ces dernières avaient pour but d'éliminer la concurrence ; dans cet arrêt, la Cour suprême abandonna l'exigence d'une preuve de « position dominante sur le marché » et adopta le critère de « pouvoir économique suffisant du vendeur dans le produit principal, pour imposer une restriction appréciable dans la concurrence du produit annexe » : la société *N.P.R.*, propriétaire de terres qu'elle louait, avait ce pouvoir économique important qui lui permettait d'établir de telles clauses dans ses contrats, et donc de se faire donner la préférence à l'exclusion de transporteurs concurrents.

IV) *Exclusive territory agreements*

La jurisprudence américaine considère comme valables les contrats d'exclusivité simple (*exclusive franchise*), c'est-à-dire les contrats dans lesquels un fournisseur s'engage à ne vendre qu'à un seul distributeur dans une zone déterminée, sans obligation de la part du distributeur (comme par exemple ne se fournir que chez ce producteur — ne pas exporter les marchandises fournies, etc.). Par contre, le problème n'est pas réglé en ce qui concerne les clauses de protection territoriale (*territorial restrictions*) et les clauses interdisant la revente à certaines catégories de clients ou au contraire imposant de ne revendre qu'à certaines catégories déterminées (*customers restrictions*) comme nous allons le voir dans l'affaire suivante.

White Motors and Company v. U.S. (372 U.S. 253.1963).

White Motors, producteur de camions, occupait une place faible sur le marché des É.-U.. Il avait passé des contrats d'exclusivité comportant une clause interdisant la revente en dehors de la zone accordée en exclusivité et même dans la zone d'exclusivité, lorsque l'acheteur était établi en dehors de cette zone. Une autre clause interdisait la revente au gouvernement et aux autres collectivités publiques, *White Motors* se réservant le droit exclusif de traiter avec eux.

La Cour suprême a cassé le jugement précédemment rendu qui, assimilant l'accord vertical à l'accord horizontal de partage de marché, l'avait déclaré « illégal per se » (règle bien établie en matière d'accords horizontaux), au motif que les juges du fond n'avaient pas examiné les effets réels du contrat sur le marché. Par la suite, l'affaire ne fut pas rejugée, *White Motors* ayant supprimé les clauses litigieuses : il est donc difficile de préciser si les clauses précitées (*territorial restrictions, customers restrictions*) sont admises ou non dans la jurisprudence américaine.

La Cour suprême a assoupli les dispositions du *Clayton Act* en appliquant la règle de raison (*rule of reason*).

1. *Tampa Electric Company v. Nashville Coal Company* (1961. 365 U.S. 320).

La société *Tampa*, ayant besoin de charbon pour faire tourner son usine génératrice d'électricité en Floride, avait passé un contrat d'approvisionnement en charbon de 20 ans avec une société minière de la région. Cet approvisionnement portait sur plus de 50 p.c. des ventes de charbon dans la région.

La société minière contesta le contrat, le déclarant illégal selon la section 3 du *Clayton Act*. La Cour d'appel rejeta l'argument de la société *Tampa* qui estimait que le marché des produits à considérer était les combustibles en général (pétrole, etc.) et non seulement le charbon. La Cour jugea que le charbon, produit indivisible, constituait le marché à considérer.

Ultérieurement, la Cour suprême définit le marché géographique comme étant le territoire dans lequel les diverses sociétés minières concurrentes étaient capables de vendre à la société *Tampa*.

C'est donc dans ce territoire qu'il faut examiner s'il y a une concurrence effective. Après examen de divers facteurs (importance des parties sur le marché des produits en cause — volume du commerce réalisé par elles, comparativement au volume total du même commerce réalisé dans le territoire considéré — effets probables, immédiats et futurs du partage du marché sur la concurrence), la Cour suprême jugea que le contrat était valable car, bien que restreignant la concurrence, il répondait à une nécessité industrielle : « *the particular contract is an entirely reasonable method of meeting business needs* ».

2. *Sinclair Refining Company v. Federal Trade Commission* (1923, C.O. 261 U.S. 463).

La Cour suprême a considéré le contrat de location de pompes à essence assorti de la condition d'utiliser uniquement dans ces pompes l'essence fournie par le loueur comme raisonnable, du fait qu'il n'empêchait pas le locataire d'utiliser d'autres pompes et d'autres sortes d'essences concurrentes.

3. *Times Picayune Publishing Company v. U.S.* (345.U.S.594. 1953).

La société *Times* publiait deux journaux qui paraissaient l'un le matin (*Times Picayune*), l'autre le soir (*The States*) en Nouvelle-Orléans. Le concurrent unique était le journal *Item* qui ne paraissait que le soir. La société *Times* adopta le *unit plan* qui consistait à obliger les annonceurs en publicité à utiliser les pages des journaux du matin et du soir ; de ce fait, les annonceurs ne passaient plus de publicité dans le journal concurrent, l'*Item*.

La Cour suprême considérant que le marché intéressé était constitué par les 3 journaux, *Times Picayune*, *The States*, *Item*, jugea que le *Times*, malgré une participation publicitaire de 40 p.c. n'occupait pas de position dominante sur le marché des annonces publicitaires : elle analyse le *unit plan* comme une « *reasonable response to business conditions* ».

II^{ème} PARTIE : LES CONTRATS D'EXCLUSIVITÉ DANS LE DROIT DES
COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES¹

Le contrat d'exclusivité est un accord auquel ne participent que deux entreprises et qui contient un engagement de vente exclusive ou d'achat exclusif, ou encore des engagements de vente et d'achat exclusifs (cf. définition donnée par le règlement d'exemption du 14/3/67 : J.O.C.E. du 25/3/67 [p. 849]). L'exclusivité peut être simple ou au contraire renforcée par des clauses de protection territoriale absolue (exemple : clause interdisant au concessionnaire d'exporter les produits, objets de la concession, en dehors de la zone territoriale délimitée par la concession et le protégeant contre toute importation parallèle des produits en cause dans sa zone territoriale). L'exclusivité peut concerner la production, la distribution, l'approvisionnement.

APPLICATION DE L'ARTICLE 85 AUX CONTRATS D'EXCLUSIVITÉ.

L'article 85 du Traité C.E.E. s'applique d'une façon générale « à tous les accords qui faussent la concurrence à l'intérieur du

1. Par droit des Communautés européennes, il faut entendre :

a) les dispositions du traité C.E.E. (article 85), ainsi que les textes d'application, adoptés par les instances communautaires en ce qui concerne les contrats d'exclusivité :

règlement n° 17, J.O.C.E. n° 13 du 21.2.62, p. 204

règlement n° 19/65, J.O.C.E. n° 36 du 6.3.65, p. 533

règlement n° 67/67, J.O.C.E. n° 57 du 25.3.67, p. 849

b) les décisions de la Commission de la C.E.E. concernant les contrats d'exclusivité :

décision Grosflex du 17.3.64, J.O.C.E. n° 58 du 9.4.64, p. 915

décision *Gründig-Consten* contre *Unef*, du 23.9.64, J.O.C.E. n° 161 du 20.1.64, p. 2545.

décision *D.R.U. Blondel* du 8.7.65, J.O.C.E. n° 131 du 17.7.65, p. 2194

décision *Hummel-Isbecque* du 17.9.65, J.O.C.E. n° 156 du 23.9.65, p. 2581

décision *Jallatte-Vandeputte* du 17.12.65, J.O.C.E. n° 3 du 6.1.66, p. 37

c) les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes :

— Arrêt *Société technique minière (L.T.M.)* contre *Maschinenbau (M.B.U.)*, du 30.6.66 (affaire 56/65) : Recueil de jurisprudence de la Cour, vol. XII-4, 1966, p. 337.

— Arrêt *Gründig-Consten* contre Commission de la C.E.E. du 13.7.66 (affaires 56 et 58/64) : Recueil de jurisprudence de la Cour, vol. XII-4, 1966, p. 429.

— Arrêt *Gouvernement de la République italienne* contre Conseil et Commission de la C.E.E. du 13.7.66 (affaire 32/65) : Recueil de jurisprudence de la Cour, vol. XII-4, 1966, p. 563.

— Arrêt de la Cour du 12.12.67, rendu sur demande d'interprétation préjudicielle de l'article 85, § 1 (contrats conclus entre brasseries et débitants de boissons).

Marché commun et n'établit aucune distinction entre ces accords, selon qu'ils sont passés entre opérateurs concurrents au même stade ou entre opérateurs non concurrents situés à des stades différents. On ne saurait distinguer là où le traité ne distingue pas ; on ne saurait écarter l'éventuelle application de l'article 85 à un accord de concession exclusive au motif que concédant et concessionnaire ne seraient pas concurrents entre eux et ne se trouveraient pas sur un pied d'égalité » (cf. arrêt *Gründig*).

I) *Critères d'interdiction des contrats d'exclusivité : article 85.1.*

L'article 85.1 interdit les contrats d'exclusivité, mais cette interdiction n'est pas automatique : « le contrat par lequel un producteur confie à un distributeur unique la vente de ses produits dans une zone déterminée ne saurait tomber automatiquement sous l'interdiction de l'article 85.1. Pour être interdit, cet accord doit remplir certaines conditions dépendant moins de sa nature juridique que de ses rapports avec :

- le commerce entre états membres,
- le jeu de la concurrence.

Il faut apprécier les répercussions de l'accord sous ces deux aspects (arrêt société *L.T.M.* contre société *M.B.U.*). Cette appréciation doit avoir une valeur économique, quelle que soit la nature juridique donnée à l'accord.

1. *Affecter le commerce entre états membres*

Pour tomber sous l'interdiction de l'article 85.1, le contrat d'exclusivité doit être « susceptible d'affecter le commerce entre états membres », c'est-à-dire « exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre états membres, de manière à cloisonner le marché de certains produits, ce qui est contraire à l'objectif du Marché commun unifié, et à rendre plus difficile l'interpénétration économique » (arrêt société *L.T.M.* contre société *M.B.U.*).

Selon la Cour des Communautés européennes, l'accord affecte incontestablement le commerce entre états membres, lorsqu'il empêche d'autres entreprises que le concessionnaire exclusif d'importer dans un état membre les produits du concédant et interdit, en même

temps, au concessionnaire de réexporter ces produits dans d'autres pays du Marché commun. Tel est le cas dans l'accord *Gründig-Consten*, qui empêchait d'autres entreprises que *Consten* (concessionnaire exclusif pour la vente de magnétophones *Gründig* en France), d'importer en France des magnétophones *Gründig* et interdisait à *Consten* d'exporter ses magnétophones dans d'autres pays du Marché commun : cette clause de protection territoriale absolue affecte le commerce entre états membres.

Notons que l'effet anti-concurrentiel du contrat d'exclusivité ne doit pas être limité à l'intérieur du territoire d'un seul état membre, ni tout à fait extérieur à la C.E.E. (décision de la Commission dans l'affaire D.E.C.A., J.O.C.E. du 31.10.64), pour tomber sous l'interdiction de l'article 85.1. Il doit se faire sentir dans plusieurs états membres de la C.E.E. : peu importe la nationalité des entreprises, parties à l'accord. Celles-ci peuvent être ou non de même nationalité, ressortissantes ou non d'un état membre de la C.E.E. : seul importe l'effet géographique de l'accord.

2. *Avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun.*

La concurrence doit être appréciée sous ses diverses formes et aux divers stades du circuit économique (production, distribution). La décision de la Commission *Gründig-Consten* examine la concurrence entre produits présentant des qualités techniques comparables : elle constate que les produits *Gründig* ont une supériorité sur des articles similaires de marques concurrentes et qu'ils sont préférés par le public pour des motifs réels (qualité technique supérieure) et psychologiques (grande renommée des produits *Gründig* auprès du public, qui manifeste à priori un préjugé favorable à leur égard). Selon la Commission, il n'y a pas de « dose suffisante de concurrence » entre les produits *Gründig* et ceux auxquels ils peuvent être comparés.

La restriction de concurrence doit être « perceptible » : elle existe dans tout contrat de distribution ou d'approvisionnement exclusif, du fait que le concédant empêche toute entreprise, dans la zone concédée autre que celle de son concessionnaire, de s'ap-

provisionner directement chez lui : seul le concessionnaire peut le faire. La position des tiers commerçants est modifiée et leur liberté restreinte. Peu importe à quel stade cette restriction se fait sentir (production, distribution).

La concurrence empêchée, restreinte ou faussée doit l'être à l'intérieur du Marché commun. Sinon, l'accord contenant les restrictions de concurrence dont l'effet est extérieur à la C.E.E. ne tombe pas sous le coup de l'article 85.1. La Commission de la C.E.E. n'a pas à intervenir. Dans ce cas et en vertu de l'article 2 du règlement no 17, la Commission de la C.E.E. délivre une attestation négative, aux entreprises parties à l'accord : tel a été le cas de la *Société Grosflex*, fabricant d'articles de ménage et d'hygiène en matière plastique et ayant confié à l'entreprise suisse *Fillistorf* la distribution exclusive de tels articles pour la Suisse. La Commission de la C.E.E. a décidé qu'un tel accord n'avait pas pour objet ni pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur du Marché commun :

- la Suisse est extérieure à la C.E.E. ; or, les effets de l'accord ne se faisaient sentir qu'en Suisse ;
- en outre, les articles étaient livrés au concessionnaire suisse, dédouanés ; pour être revendus dans le Marché commun, ils auraient dû franchir une nouvelle frontière douanière ; de ce fait, ils n'auraient plus été susceptibles d'entrer en concurrence avec des produits similaires livrés directement au Marché commun ;
- enfin, la Commission constatant qu'une concurrence réelle existait dans le domaine des articles de ménage dans la C.E.E. a délivré aux entreprises, parties à cet accord, une attestation négative stipulant que leur accord de distribution ne tombait pas sous l'interdiction de l'article 85.1.

Dans l'appréciation de ces deux critères que nous venons d'examiner et qui s'appliquent de façon cumulative, la Cour de Justice des Communautés européennes prend en considération :

- la nature et le degré de limitation du commerce des produits faisant l'objet de l'accord,
- la position et l'importance du concédant et du concessionnaire sur le marché des produits concernés,

- le caractère isolé ou non de l'accord d'exclusivité,
- la rigueur des clauses d'exclusivité (y a-t-il place pour des importations parallèles, des réexportations ?).

Lorsque le contrat d'exclusivité réunit les conditions d'interdiction énoncées à l'article 85.1, il peut être réhabilité s'il répond aux conditions énoncées à l'article 85.3. Sinon, les éléments de l'accord, frappés d'interdiction, ou l'accord dans son ensemble, si ces éléments ne sont pas séparables, sont nuls de plein droit (arrêt *Gründig*), selon l'article 85.2.

II) Critères de réhabilitation du contrat d'exclusivité interdit par l'article 85.1.

Ils sont au nombre de quatre, selon l'article 85.3 du traité : deux positifs, deux négatifs.

1. *Améliorer la production ou la distribution des produits ou promouvoir le progrès technique ou économique.*

Cette amélioration de la production ou de la distribution peut résulter de :

- la constitution de services après vente, garantie, démonstration (cf. décisions *Gründig*, *Hummel*),
- la possibilité de mieux connaître le marché dans son ensemble et les besoins des consommateurs (cf. décisions *Gründig*, *Hummel*, *Blondel*),
- l'adaptation des produits aux goûts, aux habitudes, aux coutumes des consommateurs du pays de distribution : les différences de langues, de coutumes, les distances entre pays de production et pays de consommation sont surmontées (cf. décisions *Hummel*, *Blondel*).

La Commission de la C.E.E. dans la décision *Hummel-Isbecque*, constate que « l'accord d'exclusivité présente pour la distribution des améliorations par rapport à la situation qui existerait en l'absence d'un tel accord ».

2. *Réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte.*

Le profit pour l'utilisateur peut être une réduction du prix de vente du produit, cette réduction étant la conséquence d'une orga-

nisation meilleure et plus rationnelle du circuit de distribution. Il peut concerner également l'amélioration des conditions de livraison des produits, celle-ci étant plus rapide et mieux adaptée aux habitudes de la clientèle (cf. décisions *Hummel*, *Jallatte*). Dans l'arrêt *Gründig*, la Cour a constaté l'inexistence de profits pour l'utilisateur puisque les prix des magnétophones *Gründig* étaient nettement plus élevés en France qu'en Allemagne : cette distorsion de prix s'explique par la clause de protection territoriale absolue qui a isolé le marché français des magnétophones *Gründig* et l'a protégé de toute concurrence : les prix ont donc pu demeurer élevés.

3. *Ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions non indispensables.*

Dans plusieurs décisions, la Commission de la C.E.E. a estimé « l'octroi d'une concession exclusive comme étant actuellement une restriction indispensable » pour atteindre une amélioration dans la distribution (cf. décisions *Blondel*, *Jallatte*, *Hummel*).

Par contre, la Cour de Justice des Communautés européennes ne retient pas la clause de protection territoriale absolue comme une restriction indispensable : cette clause est contraire à l'objectif d'un Marché commun unifié. Elle cloisonne les marchés et empêche l'interpénétration économique (arrêt *Gründig*).

4. *Ne pas donner aux entreprises (parties à l'accord) la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.*

Ces quatre critères doivent toujours être réunis pour que l'accord puisse bénéficier de la réhabilitation de l'article 85.3.

De récentes mesures communautaires sont venues compléter l'application des critères précédemment énoncés. C'est ainsi que, dans le cadre du règlement n° 19/65, adopté par le Conseil de la C.E.E. le 2 mars 1965 (J.O.C.E. n° 36 du 6.3.65, p. 533) et autorisant la Commission à déclarer elle-même, par voie de règlement, que l'article 85.1 est inapplicable à certaines catégories d'accords d'exclusivité, la Commission de la C.E.E. a adopté ce règlement d'exemption, le 14 mars 1967 (J.O.C.E. n° 57 du 25.3.67, p. 849). L'exemption consiste à déclarer l'article 85.3 applicable aux types d'accords :

- ne liant que deux entreprises,
- comportant engagement de vente exclusive ou d'achat exclusif ou engagements réciproques de vente et d'achat exclusifs,
- contenant les restrictions suivantes :
 - clause d'exclusivité,
 - interdiction de la concurrence (c'est-à-dire obligation de ne pas fabriquer ou vendre pendant la durée du contrat ou jusqu'à écoulement d'un an après son expiration, des produits concurrents de produits visés au contrat),
 - interdiction de la publicité (c'est-à-dire obligation de ne faire aucune publicité pour les produits visés au contrat, de n'établir aucune succursale et de n'entretenir aucun stock de vente en dehors du territoire concédé).

Par contre, si l'accord contient d'autres restrictions, comme l'établissement d'une clause de protection territoriale absolue, supprimant de ce fait toute possibilité d'importation parallèle, comme l'exercice abusif de droits de propriété industrielle (marques, brevets), il ne bénéficie pas de l'exemption.