

Université de Montréal

2m 11. 2784.1
11320091
V.009

La distribution commerciale et le droit européen de la concurrence

par
Roger Charland

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M.)

Avril, 1999

© Roger Charland, 1999



13852 1155

AZBD
U54t
2000
v.009

13852 1155

13852 1155

13852 1155

13852 1155



13852 1155

13852 1155

Page d'identification du jury

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

La distribution commerciale et le droit européen de la concurrence

présenté par :

Roger Charland

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Président-rapporteur : M. Pierre-Paul Côté

Directeur de recherche : M. Guy Lefebvre

Membre du jury: M. Paul-André Mathieu

Mémoire accepté le : 15 janvier 2000

SOMMAIRE

Par la signature du *Traité de Rome* en 1957, les pays européens ont établi une union politique, économique et monétaire, à l'intérieur de laquelle de nouvelles règles supranationales allaient régir l'activité humaine. Parmi ces règles, l'on retrouve le domaine du droit de la concurrence. Dans le présent mémoire, nous présenterons, tout d'abord les dispositions du droit européen de la concurrence applicables aux entreprises. Notre deuxième partie sera réservée à l'étude de l'application de ces règles aux accords de distribution commerciale et aux accords de franchises.

Le cadre européen du droit de la concurrence se retrouve aux articles 85 et 86, qui portent, respectivement, sur le contrôle des pratiques restrictives et le contrôle des positions dominantes. Ce contrôle communautaire de l'activité économique est applicable dès lors qu'une entreprise, par ses faits et gestes, est susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre les États membres. En effet, l'article 85 indique que toute entente, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée sera nulle si elle affecte le commerce entre États membres et le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun. C'est avec largesse que la Commission conclura à la présence des conditions de l'article 85, obligeant ainsi les entreprises d'obtenir une exemption en vertu du troisième paragraphe. L'article 86, quant à lui, empêche une entreprise dominante d'abuser de sa position. Pour ce faire, la Commission examinera le marché en cause et la dominance de l'entreprise sur celui-ci pour établir si l'entreprise jouit d'un pouvoir économique lui permettant d'agir indépendamment de ses concurrents et de ses clients. Une fois la dominance constatée, la Commission déclarera nulle toutes les activités jugées abusives.

Dans notre deuxième partie nous comptons examiner l'application de ce cadre à la distribution commerciale. Pour ce qui est des contrats de distribution, nous allons regarder l'incidence de l'article 85(1) sur les diverses clauses-types, démontrant ainsi que les contrats de distribution contreviendront généralement à l'article 85(1) et nécessiteront une exemption en vertu du troisième paragraphe. Nous passerons ensuite à l'examen des pratiques courantes des divers types de distribution afin de constater si elles sont susceptibles d'être abusives

advenant la présence d'une position dominante. Nous nous proposons de faire la même chose pour ce qui est du contrat de franchise. Toutefois, pour ces contrats, nous soulignerons l'impact de l'arrêt *Pronuptia*. En effet, la jurisprudence en matière de contrat de franchise a exclu certains contrats de franchise, que nous décrirons, et précisé dans quelle mesure les contrats de franchise seront visés par la sanction de nullité prévue à l'article 85(2). Nous traiterons aussi des conditions d'exemption dans le cas où le contrat serait contraire à l'article 85(1). Finalement, nous démontrerons que l'article 86 pourrait s'appliquer aux contrats de franchise au même titre que les contrats de distribution. Non seulement allons nous discuter des cas où l'article 86 serait susceptible de trouver application, mais aussi des pratiques courantes dans le cadre du franchisage qui pourraient constituer un abus.

TABLE DE MATIÈRES

INTRODUCTION	1
 PARTIE I : LE CADRE GÉNÉRAL DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE	11
CHAPITRE 1 - Le contrôle des pratiques restrictives : l'article 85	12
Section 1. Les ententes prohibées : l'article 85(1)	13
Sous-section 1. Les conditions d'application	13
A- Concours de volonté	14
B- Affecter le commerce entre États membres	23
C- Restriction de la concurrence	28
Sous-section 2. La nullité prévue à l'article 85(2)	32
Section 2. Les exemptions : l'article 85(3)	34
Sous-section 1. Les conditions d'applications	35
Sous-section 2. Les divers types d'exemptions	39
 CHAPITRE 2 - Le contrôle des entreprises en position dominante : l'article 86	42
Section 1. La position dominante	43
Sous-section 1. Le marché en cause	44
A- Le marché du produit	46
B- Le marché géographique	48
Sous-section 2. La dominance	51
A- Les parts de marché	52
B- Les autres facteurs	53
Section 2. La notion d'abus	56
A- Comportement relatif aux prix	62
B- Les pratiques discriminatoires	64
C- Refus d'approvisionnement ou de contracter	65
D- Vente liée	66
 PARTIE II : LE CADRE PARTICULIER DE LA DISTRIBUTION COMMERCIALE	67
CHAPITRE 1 - Les contrats de distribution	68
Section 1. Le contrôle des pratiques restrictives : l'article 85	68
Sous-section 1. Les contrats de distribution exclusive	74
Sous-section 2. Les contrats d'approvisionnement exclusif	80
Sous-section 3. Les contrats de distribution sélective	84
Section 2. Le contrôle de la position dominante : l'article 86	89
Sous-section 1. La position dominante	90
Sous-section 2. La notion d'abus	94

CHAPITRE 2 - Les contrats de franchise	103
Section 1. Le contrôle des pratiques restrictives : l'article 85	106
Sous-section 1. Les ententes prohibées : l'article 85(1)	106
Sous-section 2. Les exemptions : l'article 85(3)	115
A- Les exemptions individuelles	115
B- L'exemption par catégorie : le règlement 4087/88	117
Section 2. Le contrôle de la position dominante : l'article 86	120
Sous-section 1. La présence d'une position dominante	121
Sous-section 2. La notion d'abus	124
 CONCLUSION	 130
 BIBLIOGRAPHIE	 137

J'aimerais remercier mon directeur de mémoire, Monsieur Guy Lefebvre, pour toute l'aide qu'il m'a apportée et pour ses commentaires forts pertinents qui m'ont permis d'écrire ce mémoire.

INTRODUCTION

Par la signature du *Traité de Rome*, en 1957, les pays européens ont établi une union politique, économique et monétaire ayant pour mission :

[...] de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement, un haut degré de convergence des performances économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevée, le relèvement du niveau et de la qualité de vie la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres.¹

Depuis, l'ensemble de l'activité humaine sur le territoire communautaire - territoire défini par les pays signataires du traité² - est régi non seulement par les institutions nationales, mais aussi par des institutions supra-nationales. Ce nouvel ordre communautaire a pour objet la création d'une grande Europe unie à l'intérieur de laquelle on retrouverait une certaine uniformité quant à la politique sociale, économique et monétaire des pays membres. Pour arriver à leurs fins, les institutions communautaires se sont dotées d'un pouvoir législatif et administratif leur permettant d'imposer des normes de conduite dans leurs divers champs de compétence. Parmi ceux-là, on retrouve le domaine de la concurrence.

Avec l'instauration du Marché commun, la concurrence fait l'objet d'une réglementation communautaire supra-nationale directement applicable aux activités commerciales mis en oeuvre sur le territoire communautaire. On retrouve d'ailleurs cette réglementation à la troisième partie (Les politiques de la communauté) du Titre V (Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations) du *Traité de Rome*, soit les articles 85 à 94. Ces dispositions traitent des règles applicables aux entreprises (articles 85 à 90), des pratiques de dumping (article 91) et de l'aide accordée par les États (articles 92 à 94). Plusieurs règlements et directives communautaires viennent aussi s'ajouter

¹Le *Traité de Rome* dans Communautés Européennes, Union Européenne - Recueil des Traités, T.1, vol.1, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, p.109 art. 2

²À l'heure actuelle, l'Union européenne comprend 15 pays soit : l'Irlande, le Royaume-Uni, la France, l'Espagne, le Portugal, l'Allemagne, le Luxembourg, la Belgique, les Pays-Bas, l'Autriche, l'Italie, la Grèce, le Danemark, la Suède et la Finlande.

à ces dispositions tels que le règlement sur le contrôle des concentrations, les divers règlements concernant le secteur des transports ou les directives du secteur des télécommunications. Ces dispositions, bien que directement applicables devant les tribunaux nationaux, relèvent de la Commission européenne. Ainsi, la Commission peut, de par elle-même ou suite à une plainte, entamer une enquête sur toute pratique commerciale afin de s'assurer de sa conformité avec le droit européen. Les personnes physiques ou morales pourront aussi demander aux instances nationales de faire respecter le droit européen. Toutefois, seule la Commission est habilitée à émettre une exemption individuelle en vertu de l'article 85(3). Précisons aussi que toutes les décisions de la Commission doivent être motivées et sont susceptibles d'appel auprès du Tribunal de première instance et, dans un deuxième temps, devant la Cour de justice³.

Par conséquent, en plus des diverses législations nationales en matière de concurrence, les entreprises oeuvrant sur le Marché commun devront aussi respecter le régime pan-européen en cette matière. Ce régime sera applicable seulement si les pratiques visées sont d'envergure communautaire. Dans le cadre des pratiques commerciales qui ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire, seuls les régimes nationaux auront juridiction. On ne peut donc dire que le droit communautaire détient une compétence exclusive : même si le droit communautaire est applicable, les parties à un accord devront s'assurer de respecter non seulement le droit communautaire, mais aussi toutes les règles de droit national applicables. Bien que dans l'ensemble les droits nationaux et le droit communautaire se complètent, il peut y exister plusieurs contradictions. Une pratique commerciale peut-être prohibée par le droit national applicable et être, en même temps, permise par le droit communautaire, ou l'inverse. Il est aussi possible qu'une pratique commerciale soit prohibée par le droit national et le droit communautaire, mais que ce dernier la permette tout de même en raison des possibilités d'exemption.

Comme on peut le voir, la cohabitation de ces deux ordres juridiques n'est pas sans

³Le traité permet aux tribunaux nationaux de référer, à la Cour de justice, une question qui relève du droit communautaire. Article 177 du *Traité de Rome*

poser de problème. L'application du droit européen rend-elle le droit national inapplicable? Certains l'ont affirmé; d'autres penchent plutôt pour l'application simultanée des deux régimes de droit, obligeant ainsi les entreprises à respecter les dispositions des deux ordres juridiques. Quoique devant les tribunaux nationaux la polémique demeure et les solutions diffèrent, la Cour de justice européenne semble y avoir répondu dans l'affaire *Wilhelm*⁴ : rien n'empêche les autorités nationales d'appliquer leur droit de la concurrence. Toutefois, la mise en oeuvre du droit national ne doit pas nuire à l'application des dispositions communautaires, aux objectifs qui les sous-tendent ni aux mesures prises par les autorités communautaires pour assurer leur mise en oeuvre. Selon la Cour, ces deux ordres juridiques répondent tous deux à des objectifs différents qui ne sont pas nécessairement opposés mais complémentaires, et même si la suprématie du droit européen doit être reconnue, celle-ci ne signifie pas que le droit national devient inapplicable dès que l'on se trouve devant des activités économiques soumises au contrôle du droit communautaire⁵.

Les objectifs du régime communautaire quant au droit de la concurrence diffèrent, en effet, des objectifs nationaux. Si les considérations qui sous-tendent les législations nationales sont plus économiques, le *Traité de Rome* souligne que le droit européen de la concurrence n'est qu'un des outils mis à la disposition de la Communauté pour accomplir sa mission, soit l'établissement d'un Marché commun, et l'intégration économique et sociale des pays membres. On retrouve d'ailleurs, aux articles 3 et 3A, une plus grande indication du contexte dans lequel s'inscrit le cadre européen du droit de la concurrence :

Article 3 :

Aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité :

⁴*Walt Wilhelm v Bundeskartellamt*, Case 14/68, [1969] E.C.R. 1

⁵Nous ne traiterons pas davantage de la cohabitation des divers paliers de droit de la concurrence, bien que cette question est d'une grande importance pour les entreprises ou autres opérateurs économiques oeuvrant sur le territoire européen. Pour en savoir plus sur cette question, et plus particulièrement, pour mieux comprendre l'incidence pratique de l'affaire *Wilhelm* nous référons le lecteur aux ouvrages suivant: R. WALZ, "Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law", (1996) 21 *E.L.Rev.* 449; J. ZEKOLL, "European Community Competition Law and National Competition Laws: Compatibility Problems from a German Perspective", (1991) 24 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 75

[...]

b) une politique commerciale commune,

c) un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux,

[...]

g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur,

[...]

l) le renforcement de la compétitivité de l'industrie de la Communauté,

[...]

Article 3 A :

1. Aux fins énoncées à l'article 2, l'action des États membres et de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité, l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des États membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre.

2. Parallèlement, dans les conditions et selon les rythmes et les procédures prévus par le traité, cette action comporte la fixation irrévocable des taux de change conduisant à l'instauration d'une monnaie unique, l'Écu, ainsi que la définition et la conduite d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques dont l'objectif principal est de maintenir la stabilité des prix et, sans préjudice de cet objectif, de soutenir les politiques économiques générales dans la Communauté, conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre [...]⁶

Le rôle du droit de la concurrence est donc double. Dans un premier temps, le droit de la concurrence se veut un outil primordial dans l'intégration économique des marchés nationaux à l'intérieur du Marché commun institué par le *Traité de Rome*. Le droit communautaire de la concurrence cherche donc à abolir tous les obstacles à la libre

⁶Communautés Européennes, *op. cit.*, note 1, p.110, art. 3

concurrence dans le marché intérieur afin d'uniformiser le jeu de la concurrence sur l'ensemble du territoire européen. Dans un deuxième temps, le droit de la concurrence a aussi un objectif économique, soit l'accroissement de la compétitivité européenne sur la scène internationale ainsi que le renforcement de l'économie dans son ensemble. Ce double rôle distingue le régime européen des autres régimes en ce que la concurrence n'est pas un objectif en soi, mais un moyen pour arriver à l'intégration économique et sociale de la Communauté. N'étant qu'un des moyens que possède la Commission pour arriver à ses fins, la concurrence ne sera pas protégée à tout prix. Au contraire, elle devra céder le pas devant d'autres impératifs, tels que les objectifs de croissance économique durable et non inflationniste et l'intégration économique. Ce double rôle expliquera d'ailleurs une certaine tendance des autorités communautaires à prohiber per se certaines pratiques commerciales peu importe l'impact concurrentiel réel sur le marché.

Pour les fins de notre mémoire, nous ne traiterons pas du régime européen de la concurrence dans toutes ses ramifications, mais uniquement des règles applicables aux entreprises. Bien que l'ensemble du droit de la concurrence a, sous une forme ou une autre, une incidence sur l'activité des entreprises, nous entendons par les règles applicables aux entreprises, les dispositions que l'on retrouve sous la section première du Chapitre 1 intitulé "Les règles de concurrence", soit les articles 85 à 90 : ceux-ci visent le contrôle des ententes restrictives (article 85), le comportement des entreprises dominantes (article 86) ainsi que les règles applicables aux entreprises publiques (article 90). Afin de circonscrire davantage notre présentation, précisons dès maintenant que nous porterons notre attention que sur les entreprises privées. Par conséquent, nous ne toucherons pas aux problèmes particuliers que soulèvent les entreprises publiques. Ainsi, l'objet de notre discussion ne se veut pas le droit de la concurrence européen dans son ensemble, mais seulement ce qui a trait à l'application des articles 85 et 86 aux entreprises oeuvrant à l'intérieur du Marché commun.

Dans cette optique, soulignons que l'article 85 du *Traité de Rome* se veut le mécanisme mis en place pour contrôler les diverses pratiques commerciales afin de s'assurer qu'elles n'auront pas pour effet de nuire au jeu de la concurrence et à la réalisation des objectifs du

Traité. De par sa généralité, l'article 85 est applicable dans l'ensemble des secteurs de l'économie, et ce, à tous les niveaux économiques. Il en est de même pour l'article 86 qui lui aussi est d'une portée générale. Cependant, ces dispositions ne sauraient être utiles si le droit européen n'est pas applicable : ces dispositions, bien qu'impératives, ne s'appliquent pas automatiquement à toutes les opérations économiques sur le territoire européen. Notons que certains secteurs de l'économie sont expressément exclus du régime communautaire. De plus, pour que le droit communautaire s'applique, les conditions attributives de compétence devront être remplies : déterminer si ces conditions ont été rencontrées est une étape préliminaire qui est nécessaire pour justifier l'intervention des autorités communautaires. De façon générale, cet exercice consiste à déterminer si le commerce entre États membres est affecté suite à l'opération économique⁷. C'est seulement dans la mesure où le flux commercial entre États membres est modifié que la Commission examinera si l'opération économique est couverte par les articles 85 ou 86 et si oui, si elle est permise. Soulignons que rien ne s'oppose à ce qu'une opération commerciale soit prohibée à la fois par l'article 85 et l'article 86. Dans un tel cas, la Commission pourra, à sa discrétion, choisir son avenue.

Traiter de l'impact des articles 85 et 86 à la fois sur les relations économiques horizontales et verticales serait impossible dans le cadre du présent mémoire. Par conséquent, nous nous pencherons uniquement sur l'incidences des articles 85 et 86 dans le cadre des relations verticales, et plus particulièrement en ce qui a trait aux contrats de distribution et de franchise. Pour les fins de notre mémoire, nous comprenons par restrictions verticales les restrictions qui découlent d'une relation économique verticale, c'est-à-dire que les parties à l'entente sont à des étapes de production et/ou distribution différents. De façon générale, les

⁷L'ajout du principe de subsidiarité introduit par le *Traité de l'Union européenne* pourrait modifier quelque peu le raisonnement actuel, bien que le test attributif de compétence que l'on retrouve aux articles 85 et 86 s'apparente à ce principe. L'on peut déjà ressentir l'effet de la subsidiarité dans les prises de position de la Commission dans ces communications les plus récentes : elle souligne généralement qu'elle n'interviendra pas sauf si l'intérêt de l'Union l'exige. Voir : Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne, 1997 J.O. C372/13; la Communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités de la concurrence des États membres pour le traitement des affaires relevant des articles 85 et 86 du traité CE, 1997 J.O. C313/3

restrictions dites verticales se regroupent en quatre grandes familles :

-la famille des **distributions exclusives** - “se caractérisent principalement par le fait que le fabricant ne vend qu'à un seul acheteur ou à un nombre limité d'acheteurs, dans l'intention éventuelle de restreindre le nombre d'acheteurs sur un territoire donné ou pour une catégorie de clients déterminée, ou de limiter ce type d'acheteurs”⁸. Elle inclut entre autres les clauses de distribution exclusive ou sélective, d'exclusivité de clientèle, livraison exclusive ou de quotas de livraison pour le fournisseur.

-la famille des **monomarquismes** - ont pour trait principal, le fait que l'acheteur “est incité à s'approvisionner auprès d'un fournisseur. Elle comprend les clauses de non-concurrence, de quotas d'achats, ou d'approvisionnement exclusif”⁹.

-la famille des systèmes de **prix de vente imposé**- comprend toute clause qui limite la liberté à l'acheteur de fixer les prix de revente.

-la famille des **cloisonnement des marchés** -regroupe les accords qui “ont pour effet de limiter les possibilités de l'acheteur soit de s'approvisionner auprès d'un fournisseur de son choix, soit de revendre un bien déterminé, ou celles du fournisseur de vendre son produit aux clients de son choix”¹⁰. Elle inclue, les restrictions territoriales, les restrictions en matière de clientèle, les restrictions en matière d'après-vente, les restrictions de revente et les ventes liées.

La question des restrictions verticales et de leurs impacts sur le jeu de la concurrence a fait couler beaucoup d'encre. Contrairement aux restrictions horizontales où l'on retrouve un certain consensus quant à leurs effets anticoncurrentiels, les effets sur le jeu de la concurrence des restrictions verticales sont beaucoup moins sûrs. Par le passé, certains économistes ont affirmé que les restrictions verticales n'ont pas de véritables effets néfastes sur le marché et devraient être permises. D'autres ont vu, dans ce type de restrictions, un mal qu'il fallait systématiquement prohiber. Aujourd'hui, il semble qu'une approche plus nuancée est à l'ordre du jour. Comme le souligne Luc Peeperkorn dans son article *The Economics of*

⁸Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales, COM(98) 544 Final, du 30 septembre 1998, p.17

⁹Id.

¹⁰Id., p.18

*Verticals*¹¹, les économistes semblent s'entendre sur deux points. Premièrement, les restrictions verticales sont moins néfastes que les restrictions horizontales. Et deuxièmement, les effets néfastes des restrictions verticales ne se manifestent que si la concurrence intermarque est insuffisante. Sur un marché où la concurrence intermarque est forte, les restrictions verticales devraient être permises. Par conséquent, il est important d'analyser la structure du marché, son comportement et le pouvoir économique de la compagnie appliquant les restrictions verticales avant de pouvoir déterminer si celles-ci ont des effets néfastes sur le marché ou non, et par conséquent si elles devaient être permises ou prohibées.

Face à toute cette discussion concernant les restrictions verticales, la Commission a cru bon de mettre le sujet sur la table. En effet, la Commission a publié, en 1997, le *livre vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales* dans lequel elle analyse la structure actuelle de la distribution à l'intérieur du Marché commun, et l'incidence des restrictions verticales sur la concurrence.

Tout dernièrement, la Commission a publié une Communication¹² sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales. Cette Communication présente la nouvelle approche qu'elle compte suivre en matière de restrictions verticales. Il n'est pas notre intention d'étudier les propos de cette Communication ni de commenter la nouvelle orientation qu'envisage la Commission en cette matière. Nous allons plutôt analyser la pratique des autorités communautaires dans l'application des articles 85 et 86 dans le cadre de la distribution commerciale et de faire les commentaires qui s'imposent.

Le secteur de la distribution en est un d'envergure. Toutes les entreprises ont nécessairement recours à la distribution commerciale. Il s'agit donc d'un secteur très important¹³, mais aussi d'un secteur très diversifié et très dynamique, rendant ainsi toute

¹¹L. PEEPERKORN, "The Economics of Verticals", (1998) June n.2 Competition Policy Newsletter 10

¹²Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales, précitée, note 8

¹³La distribution emploie 22 millions de personnes ce qui représente 15,6 % de la population active de la Communauté, et occupe 4.5 millions d'entreprises sur l'ensemble du territoire. Livre vert: La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, COM(96) 721 final, du 22 janvier 1997, p.6.

tentative de généralisation pratiquement impossible. En effet, la structure de distribution d'un fournisseur ou d'un fabricant donné dépend de plusieurs facteurs allant des politiques fiscales jusqu'à la structure même du marché et de la demande. Toutefois, il existe, tel que la Commission l'a identifié, quatre grands systèmes de distribution : la distribution exclusive, la distribution sélective, l'approvisionnement exclusif et la franchise. Ces quatre systèmes de distribution peuvent aussi être classés en trois grandes familles, à savoir les contrats établissant un réseau de distribution ou de franchise fermé, ceux qui prévoient la création d'un réseau de distribution ou de franchise plus ouvert et finalement, ceux qui mettent en place un réseau de distribution ou de franchise parfaitement ouvert¹⁴. Les contrats du premier type, soit ceux appartenant à un réseau de distribution fermé, ont pour particularité de prévoir une certaine exclusivité que ce soit en matière de territoire ou d'approvisionnement d'un bien. Les réseaux de distribution plus ouverts, quant à eux, sont généralement des systèmes de distribution sélective, alors que les contrats ne contenant aucune forme d'exclusivité ou de répartition de marché sont caractéristiques des réseaux de distribution parfaitement ouverts¹⁵.

Dans les prochaines pages, nous tenterons de présenter une vue d'ensemble du droit européen de la concurrence sur la distribution commerciale des produits et des services sur le territoire communautaire. Pour ce faire, nous allons suivre une démarche en deux parties. Pour débiter, nous allons traiter des articles 85 et 86 du *Traité de Rome* et expliquer leurs conditions d'applications ainsi que leurs effets. Nous discuterons non seulement de la réglementation dans ses grandes lignes, mais aussi des principes généraux et des concepts derrière l'application de ces dispositions, le tout pour faire ressortir le mécanisme de contrôle des ententes restrictives et des entreprises dominantes, à savoir ce qu'il prohibe. Cette première partie comporte deux chapitres, un sur le contrôle des pratiques restrictives (l'article 85), et un deuxième sur le contrôle des entreprises en position dominante (l'article 86).

Une fois cette présentation générale terminée, il est de notre intention d'analyser

¹⁴X. De ROUX et D.VOILLEMOT, *Le droit de la concurrence de la C.E.E.*, 4 éd., Paris, Gide Loyrette Novel éditeurs, 1982, p.71

¹⁵*Id.*, p.71

l'application de ces articles aux situations de distribution commerciale, et plus particulièrement aux restrictions verticales. Pour ce faire, nous traiterons des particularités des articles 85 et 86 propres aux accords de distribution. Quand est-ce que les exigences des articles 85 ou 86 seront remplies? Quelles pratiques seront susceptibles d'être prohibées? Ou encore, quelles méthodes de distribution seront permises. Nous concentrons d'ailleurs nos remarques et commentaires uniquement sur les systèmes de distribution les plus communs, c'est-à-dire les systèmes de distribution exclusive, de distribution sélective, d'achat exclusif et le franchisage. Cette deuxième partie sera, elle aussi, divisée en deux chapitres, le premier sur les contrats de distribution et le deuxième sur les contrats de franchise.

PARTIE I : LE CADRE GÉNÉRAL DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

Avant de nous attaquer au coeur même de notre sujet, à savoir la distribution commerciale en droit européen de la concurrence, il nous semble souhaitable de débiter par une présentation du mécanisme européen du droit de la concurrence. Nous allons donc, dans cette première partie, présenter le cadre général du droit de la concurrence. Pour ce faire, nous décortiquerons les dispositions applicables aux entreprises, soit les articles 85 et 86 du *Traité de Rome*, en examinant les éléments propres à chaque article, et ce, afin de délimiter notamment la portée de ces des articles et leurs effets. Nous chercherons aussi à expliquer les principes qui sous-tendent l'application de ces articles par les autorités communautaires dans le but d'exposer le fonctionnement même du mécanisme européen du droit de la concurrence. Une telle approche nous permettra non seulement de comprendre davantage la politique européenne en matière de distribution commerciale, mais aussi de mettre en contexte les directives et règlements communautaires en la matière.

Comme nous l'avons brièvement mentionné, le droit européen de la concurrence opère sur deux grands fronts : le contrôle des pratiques commerciales et le contrôle des entreprises en position dominante. Le premier de ces deux cadres réglementaires est défini par l'article 85, alors que le deuxième se retrouve à l'article 86. Aux fins de notre exposé, nous débiterons notre étude du droit européen de la concurrence par l'analyse de l'article 85 qui traite du contrôle des pratiques restrictives. Ensuite, nous nous attarderons à l'article 86.

CHAPITRE 1 - Le contrôle des pratiques restrictives : l'article 85

Soulignons dès maintenant que la fonction principale de l'article 85¹⁶ est de réglementer les pratiques commerciales de façon à ce que toute pratique jugée anticoncurrentielle soit prohibée¹⁷. Le contrôle des pratiques restrictives est divisé en trois parties : les prohibitions (85(1)), les exemptions (85(3)) et les effets d'une contravention au premier paragraphe (85(2)). La démarche de la Commission dans son application de l'article 85 va d'ailleurs en ce sens. Dans un premier temps, celle-ci estime si une pratique contrevient au premier paragraphe de l'article 85. Tel que nous le verrons, la Commission effectue cette première vérification sans vraiment tenir compte du contexte factuel ou économique dans lequel s'inscrit la pratique commerciale visée. S'il y a effectivement contravention, la

¹⁶ Article 85 :

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :
 - a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
 - b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
 - c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
 - d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
 - e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
 - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
 - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
 - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans
 - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
 - b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

¹⁷Voir : B.E. HAWK, "La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?", (1989) 25(1) *Rev. trim. dr. europ.* 5. Il est de la nature de l'article 85 de prohiber non seulement les comportements anticoncurrentiels, mais aussi ceux qui sont contraires aux objectifs du traité, à savoir intégrer les économies nationales, même si les pratiques en question ne faussent pas le jeu de la concurrence.

Commission examinera ensuite l'opportunité d'accorder une exemption en fonction des faits de la cause. Si, pour une raison ou une autre, elle ne juge pas souhaitable de le faire, la pratique visée sera reconnue comme étant nulle. En d'autres mots, lorsque la Commission conclut à l'existence d'une pratique prohibée par l'article 85(1), sous réserve d'une exemption, celle-ci sera entachée d'une nullité absolue et les parties seront passibles des sanctions prévues¹⁸.

Nous tenterons, dans les prochaines pages, de présenter le cadre de l'article 85 en examinant d'abord les ententes prohibées. Nous porterons ensuite notre attention sur les conditions à respecter afin d'obtenir une exemption et sur les tendances des autorités communautaires en cette matière.

Section 1. Les ententes prohibées : l'article 85(1)

Il est très important de connaître la portée de l'article 85(1) du *Traité de Rome* : la sécurité des transactions économiques au sein du Marché commun et la réalisation même du marché unique en dépend. En effet, bien que l'article 85 ait une application limitée, celle-ci demeure générale et touche tous les secteurs de l'économie. Dans le but de bien circonscrire le droit communautaire en matière de pratique restrictive, nous examinerons d'abord les conditions d'application de l'article, plus précisément les types d'accords qui sont prohibés par la disposition, pour ensuite discuter de la nullité prévue au deuxième paragraphe de l'article 85 et de ses effets.

Sous-section 1. Les conditions d'application

La première étape d'une analyse sous l'article 85 consiste à déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'une pratique commerciale visée par celui-ci¹⁹. Comme l'indique le texte même de la disposition, seuls les accords entre entreprises, les décisions d'associations

¹⁸Article 85(2)

¹⁹En effet, la Commission ne pourra intervenir que si elle a la compétence de le faire et ce, autant sur le plan juridictionnel que sur le plan matériel. Bien que l'on retrouve à la fois, à l'article 85, les critères de compétence matérielle et l'ensemble des critères conférant la compétence aux autorités communautaires pour appliquer le droit européen en cette matière, l'ensemble de notre travail portera que sur le champ matériel de l'article 85. Nous ne discuterons pas de la question du champ territorial du droit communautaire.

d'entreprises ou encore les pratiques concertées seront sujets au contrôle de la Commission. En effet, les gestes unilatéraux ou encore les ententes intra-sociétaires ne seront pas visés par l'article 85. Toutefois, si la simple présence d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises ou encore d'une pratique concertée est nécessaire, elle ne sera pas suffisante en soi. Encore faudra-t-il que cet accord, cette décision d'association d'entreprise ou cette pratique concertée remplisse les autres conditions prévues par l'article 85(1), à savoir être susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire et avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence au sein du Marché commun. Lorsque ces trois conditions seront réunies, on pourra alors parler d'une pratique prohibée au sens de l'article 85²⁰.

A- Concours de volonté

La première exigence de l'article 85 veut qu'il y ait un concours de volonté sous l'une des formes prévues au premier paragraphe. En effet, il ne saurait y avoir de pratiques restrictives ou prohibées sans la présence d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée²¹. Dans le dernier cas, nous concédons que la présence d'un concours de volonté se voit quelque peu remplacée par la simple exigence qu'il y ait une concertation, plus ou moins directe, entre entreprises sans qu'il y ait nécessairement de volonté positive à agir de façon déterminée²².

Il est universellement accepté qu'un contrat, qu'il soit écrit ou verbal, constitue un accord²³, mais il ne faut pas lire dans ce terme un synonyme de contrat. Pour qu'il y ait un accord, la présence d'une obligation juridique n'est pas nécessaire²⁴. Il est amplement suffisant

²⁰Article 85(1)

²¹Id.

²²Une certaine intention commune, si faible soit-elle, est quand même requise, si ce n'est que pour distinguer la pratique concertée des actions parallèles. J. VANDAME et M. GUERRIN, La réglementation de la concurrence dans la C.E.E., coll. "SUP", Paris, Presses Universitaires de France, 1974, p.109

²³C. GALVADA et G. PARLEANT, Traité de droit communautaire des affaires, Paris, Édition Litec, 1992, p.463; J. S. VENIT, "EU Competition Law - Enforcement and Compliance: An Overview", (1996) 65 Antitrust Law Journal 81 et 82

²⁴C. GALVADA et G. PARLEANT, op. cit., note 23, p.463; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, Droit européen des affaires, coll. "Thémis droit", 2 éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p.237

que les parties s'engagent conjointement à agir de façon déterminée sur le marché²⁵. Quoique toute entente comportant des obligations juridiques équivaille à un accord, une analyse de l'ensemble des décisions communautaires démontre que seule l'intention d'agir en commun suffit pour qu'il y ait un accord²⁶. "En somme, l'article 85 interdit soit des engagements juridiquement obligatoires, soit des accords non générateurs d'obligations, mais concrétisés par des comportements efficaces."²⁷ C'est dans ce sens que les autorités communautaires ont conclu à l'existence d'un accord dans les cas suivants : un accord expiré dans la mesure où ses effets se poursuivent²⁸; les "gentleman's agreements"²⁹ et les circulaires envoyées aux distributeurs lorsque ces circulaires font partie des relations contractuelles entre distributeurs et fournisseurs³⁰.

Le deuxième cas visé par l'article 85 est celui des décisions d'association d'entreprises. Pour nos fins, les décisions d'association d'entreprises sont moins importantes. Mentionnons seulement que toute manifestation d'une volonté collective émanant d'une association d'entreprises et ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence, tombera sous le couvert de l'article 85³¹. Ces décisions devront avoir un certain caractère obligatoire, sans nécessairement créer d'obligation juridique³². De plus, elles devront avoir été prises par

²⁵B. GENESTE, Droit français et droit européen de la concurrence, Paris, EYROLLES, 1991, p.110; L. IDOT, "Le droit communautaire de la concurrence - Orientations actuelles", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, L'accès au marché de l'Union européenne des affaires (1995), Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1995, p.137, à la page 147

²⁶X. De ROUX et D.VOILLEMOT, op. cit., note 14, p.20; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, op. cit., note 24, p.236

²⁷J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, op. cit., note 24, p.237

²⁸D.G. GOYDER, EEC Competition Law, Oxford, Clarendon Press, 1988, à la page 86; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, op. cit., note 24, p.281

²⁹Affaire ACF Chemiefarma dans G.A. BERMANN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, Cases and Materials on European Community Law, St.Paul, West Publishing Co., 1993, p.654; C. GALVADA et G. PARLEANT, op. cit., note 23, p.463; L.M. PAIS ANTUNES, "Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law : Is the Distinction Relevant", (1991) 11 Yearbook of European Law 59; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne, Bruxelles, Bruyant, 1991, p.45

³⁰C. GALVADA et G. PARLEANT, op. cit., note 23, p.462; L. IDOT, op. cit., note 25, p.147; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, op. cit., note 29, p.45

³¹J. VANDAME et M. GUERRIN, op. cit., note 22, p.109

³²Les recommandations d'une association d'entreprises seront visées pour l'article 85 si elles sont acceptées et mises en oeuvre par les membres. E. GOULON, La concurrence en droit communautaire et en droit français, étude comparé, Paris, Éditions Étienne GOULON, 1982, p.65; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, op. cit.,

l'association dans le cadre de sa compétence, à défaut de quoi, il s'agira plutôt d'une pratique concertée. Par conséquent, les dispositions prises par les syndicats d'acheteurs ou par les diverses corporations professionnelles seraient susceptibles d'être visées par l'article 85. Il en serait de même pour toutes activités des regroupements de franchisés ou de distributeurs³³.

Le dernier type de concours de volonté prévu au premier paragraphe de l'article 85, soit la pratique concertée, est de loin la plus large et la plus problématique des trois notions. En effet, la pratique concertée est une notion très large susceptible d'englober toute forme de coopération entre deux ou plusieurs entreprises. D'ailleurs, une des premières définitions que lui a donnée la Cour de justice précise que la pratique concertée est :

[...] une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence.³⁴

Définition qui a été, par la suite, complétée dans l'affaire *Suiker Unie* de la façon suivante:

The concept of "concerted practice" refers to a form of coordination between undertaking, which, without having been taken to the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes for the risks of competition, practical cooperation between them which leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the importance and number of the undertaking as well as the size and nature of the said market.³⁵

Puis dans les affaires *Polypropylène*, le Tribunal concluait à une pratique concertée parce que les parties participaient :

[...] à des réunions ayant pour objet la fixation d'objectifs de prix et de volumes de vente, au cours desquelles sont échangées entre concurrents des informations sur les prix qu'ils envisagent de pratiquer, sur leur seuil de rentabilité, sur les limitations des volumes de vente qu'ils jugent nécessaires ou sur leurs chiffres de vente, car les informations ainsi communiquées sont nécessairement prises en compte par les entreprises participantes pour

note 29, p.46

³³J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.238

³⁴*Imperial Chemical Industries c Commission*, affaire 48/69, [1972] Recueil 619 aux pages 657 et 658

³⁵*Suiker Unie v Commission*, Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 and 114 / 73, [1975] E.C.R. 1663 à la page 1916

déterminer leur comportement sur le marché.³⁶

On retrouve aussi dans la doctrine plusieurs définitions de la pratique concertée. Citons entre autres celle de J. Schapira, G. Le Tallec et J.B. Blaise :

[...] S'il est certain que la concertation exige plus que de simples pratiques parallèles conscientes, en revanche on ne voit pas pourquoi il faudrait l'assimiler à une communication préalable, verbale ou écrite; on conçoit parfaitement que la pratique concertée puisse résulter d'une harmonisation volontaire, quoique tacite, des comportements des entreprises sur le marché.³⁷

Autant les définitions des autorités communautaires que celles proposées par la doctrine, ont un point en commun : elles considèrent comme pratique concertée toute tentative, par plusieurs entreprises, de réduire l'incertitude quant au comportement du marché ou des concurrents par quelque forme de coopération que ce soit. L'ensemble des décisions communautaires et de la doctrine concordent à dire qu'il y a pratique concertée lorsque les trois éléments suivants sont réunis :

- 1- la présence d'une coordination ou coopération entre entreprises qui remplace leur action indépendante;
- 2- un contact direct ou indirect entre ces entreprises; et,
- 3- la coordination ou coopération ayant pour but d'enlever toute incertitude quant au comportement du marché ou des compétiteurs³⁸.

³⁶Hercules c E.C. Commission, affaire T-7/89, [1991] II Recueil 1711 à la page 1713

³⁷J.SCHAPIRA, G. LE TALLEC et J.B. BLAISE, op. cit., note 24, p.289

³⁸J.B. BLAISE et L. IDOT, "Droit de la concurrence", (1995) 31 Rev. trim. dr. europ. 39; L. IDOT, op. cit., note 25, p.148; D. STEVENS, "Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets : A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law", (1995) 15 Yearbook of European Law 47; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, op. cit., note 29, p.47; G. VAN GERVEN et E.N. VARONA, "The *WOOD PULP* and the Future of Concerted Practices", (1994) 31 CML Rev. 575. Certains auteurs sont d'avis qu'il ne peut y avoir de pratique concertée au sens de l'article 85 sans la présence d'une quatrième condition, à savoir que la concertation soit mise en oeuvre. En effet, ces auteurs prétendent qu'il ne peut y avoir de "pratique" sans qu'il y ait de gestes concrets de posés. Ainsi, selon eux, pour contrevenir à l'article 85 on se doit d'examiner l'effet de cette pratique, car sans effet sur le marché il ne peut y avoir de pratique concertée au sens du premier paragraphe. J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, op. cit., note 24, p.255; C. GALVADA et G. PARLEANT, op. cit., note 23, p.466. Nous ne pouvons adhérer à cette position. D'ailleurs la jurisprudence n'exige pas la présence de cette quatrième condition. Dans Rhône Poulenc c Commission, affaire T-1/89, [1991] II Recueil 867, le Tribunal de première instance a reconnu l'existence d'une pratique concertée en raison du simple fait que les entreprises ont participé à des réunions durant lesquelles des informations confidentielles ont été échangées, et

Qu'il s'agisse d'échange d'informations ou de comportement parallèle, le principal critère retenu par les autorités communautaires pour conclure à une pratique concertée semble être la présence d'une intention de réduire le risque de la concurrence³⁹. Intention qui sera établie en fonction de l'obligation qui découle du traité voulant que les entreprises agissent de façon autonome⁴⁰, c'est-à-dire qu'elles établissent leur politique commerciale de façon indépendante⁴¹. En effet, cette obligation servira de point de référence pour déterminer s'il y a une coordination et donc, s'il y a intention de réduire le risque de la concurrence. Dans l'éventualité où l'entreprise n'établit pas de façon autonome sa politique commerciale, il est fort probable qu'il s'agisse d'une pratique concertée⁴². Toutefois, cette exigence d'autonomie ne saurait empêcher une entreprise de s'adapter intelligemment aux circonstances du marché, et ce, même si de telles actions peuvent avoir l'apparence d'une concertation⁴³. Nous soulevons ici le problème du parallélisme.

Dans un marché quelconque, il arrive parfois que des entreprises adoptent, sans aucune concertation, un comportement similaire à leurs concurrents. Ce phénomène est très fréquent sur les marchés oligopoles. Sur un tel marché, l'on retrouve généralement un petit nombre d'entreprises, de taille équivalente ou presque, qui se partagent le marché. Dans une telle

ce, même en l'absence de preuve que les parties en question ont mis en oeuvre les mesures discutées. Pour une discussion plus approfondie voir aussi L.M. PAIS ANTUNES, *loc. cit.*, note 29

³⁹Imperial Chemical Industries c Commission, précité, note 34; X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.33

⁴⁰ Par exemple, dans l'affaire Suiker Unie v Commission, Cases 40-48, 50,54-56, 111, 113 and 114/73, [1975] E.C.R. à la page 1664, la cour indiquait: "The criteria of "coordination" and "cooperation" laid down, does not require a plan, must be understood in the light of the concept inherent in the treaty, that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the Common market including the choice of the persons and undertaking to which he makes offers or sells."

⁴¹A. CAMPBELL, EC Competition Law: A Practitioner's Textbook, New York, North-Holland Publishing Company, 1980, p.28; L. IDOT, *op. cit.*, note 25, p.148

⁴²Suiker Unie v Commission, affaires 40-48, 50,54-56, 111, 113 and 114/73, [1975] Recueil à la page 1665 : "[...] this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market."

⁴³Zuechner v Bayerische Vereinigung, Case 172/80, [1981] E.C.R. 2021; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.48

situation, les théories économiques s'entendent pour dire qu'il est dans le meilleur intérêt économique de chacune des entreprises de calquer les comportements de leurs concurrents. Il s'en suit une baisse de concurrence, mais on ne peut parler de pratique concertée : il s'agit bel et bien d'un comportement autonome. Cependant, bien que le parallélisme ne soit pas assimilé à la pratique concertée, la Commission, le Tribunal de première instance et la Cour de justice ont toutes affirmé, à plusieurs reprises, qu'un comportement parallèle peut être un indice d'une concertation⁴⁴, et pourrait même suffire à l'établir, si le comportement en question ne peut être expliqué autrement⁴⁵. Par exemple, dans les affaires *Pâtes à papiers*, la Cour a indiqué qu'un comportement parallèle ne pouvait, à lui seul, constituer une pratique concertée car les comportements reprochés s'expliquaient en raison du marché oligopole⁴⁶.

Avant de conclure sur la question du concours de volonté, nous commenterons deux conséquences inhérentes au fait qu'un concours de volonté soit nécessaire pour que l'article 85 s'applique. Premièrement, seuls les actes bilatéraux seront soumis au contrôle de 85. Les actes unilatéraux, quant à eux, échapperont, à quelques exceptions près⁴⁷, à l'article 85, même s'ils sont des plus anticoncurrentiels. Deuxièmement, l'article 85 exige la présence d'une

⁴⁴G.A. BERMAN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, *op. cit.*, note 29, p.664; E. GOULON, *op. cit.*, note 32, p.67

⁴⁵I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.49; G. VAN GERVEN et E.N. VARONA, *loc. cit.*, note 38, p.589; R. WISH, *Competition Law*, Toronto, Butterworth, 1985, p.172. En règle générale, il s'agit de voir si la pratique en question mène à des conditions sur le marché qui ne correspondent pas aux conditions normales de concurrence.

⁴⁶*A. Ahlström Osakevhtiö v Commission*, Cases 89, 104, 114, 116-117 & 125-129/85, [1993] I E.C.R. 1307

⁴⁷Certains gestes unilatéraux seront visés par l'article 85(1) lorsqu'ils s'inscrivent à l'intérieur d'une relation contractuelle continue. Les autorités communautaires considèrent que dans un tel cas, il y a acceptation implicite de la part du co-contractant, justifiant ainsi l'application de l'article 85. C'est ainsi que les politiques unilatérales du fournisseur énoncées dans une circulaire ont été considérées comme constituant un accord. Selon les autorités communautaires, les distributeurs, en respectant ces politiques, se trouvent à les accepter implicitement, ce qui leurs confère un caractère bilatéral. Il en sera de même pour toute décision prise par le fournisseur, les distributeurs, le franchiseur ou les franchisés qui serait, par la suite, acceptée ou respectée. Par conséquent, l'exercice unilatéral d'un droit conféré par la relation contractuelle sera susceptible d'être considéré comme faisant partie de l'accord au même titre que les dispositions expresses du contrat. Comme nous allons le voir dans notre deuxième partie, ceci laisse la possibilité de comportement restrictif ou abusif dans l'exercice unilatéral d'un contrat qui serait autrement valide.

pluralité d'entreprises⁴⁸. Cette constatation n'est pas sans incidence. Elle soulève toute la question des ententes entre les sociétés membres d'un même groupement de sociétés. Qu'advient-il d'un accord passé entre une société mère et sa filiale? Tombera-t-il sous le contrôle de 85? La réponse dépendra de si l'on est en présence d'une ou de plusieurs entreprises au sens du traité. D'où l'importance de bien cerner cette notion : si les parties à un accord ou une pratique concertée ne forme qu'une entreprise, l'article 85 ne saurait s'appliquer.

L'entreprise demeure, en droit européen, une notion ambiguë. Soulignons tout d'abord qu'aucune définition n'est offerte par le *Traité de Rome*. C'est seulement à la suite d'indications de la part des autorités communautaires qu'elle fut quelque peu circonscrite. En 1962, la Cour de justice définissait la notion d'entreprise de la façon suivante :

[...] une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé;⁴⁹

Depuis, autant la Commission, le Tribunal de première instance que la Cour de justice définissent l'entreprise plus ou moins dans les mêmes termes. Dans *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, les auteurs définissent l'entreprise de la façon suivante :

Le terme (entreprise) doit être envisagé dans son acception la plus large couvrant toute entité engagée dans des activités économiques, industrielles ou commerciales telles que production, distribution ou prestation de services, et s'étendant de la petite boutique tenue par une seule personne à la grande

⁴⁸Le texte est clair en ce qui concerne les accords et les décisions d'entreprises. En ce qui concerne la notion de pratique concertée, nous partageons l'avis de l'ensemble des auteurs à l'effet que la notion même implique nécessairement une pluralité d'entreprises. J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.240; S.M. WARD, "The Economic Unit Doctrine in the EEC : A Limited Exemption to Article 85 of the Treaty of Rome", (1986) 9 *Frodham International Law Journal* 373 et 375. Pour ce qui est des accords ou des ententes qui ne sont pas conclus entre deux entreprises indépendantes, ils échapperont à l'article 85, mais seront susceptibles de tomber sous le contrôle de l'article 86.

⁴⁹*Mannesmann AG c Haute Autorité de la Communauté Européenne du charbon et de l'acier*, affaire 19/61, [1962] Recueil 675 à la page 706

société industrielle⁵⁰.

La notion d'entreprise doit donc être interprétée largement et définie en fonction d'un critère fonctionnel et non organique⁵¹. Aucune importance n'est accordée à la forme que pourrait prendre l'entité car dans le contexte du droit de la concurrence, le concept de l'entreprise comprend toute entité qui s'engage dans une activité économique indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement.⁵² C'est l'exercice durable d'une activité économique déterminée qui fera de l'entité une entreprise⁵³ : dès qu'il y a une activité économique, il y a une entreprise⁵⁴. La présence d'un but économique devient une exigence non seulement essentielle, mais suffisante en soi⁵⁵. Néanmoins, il est difficile de préciser ce qu'est un but économique, plus particulièrement, de déterminer le moment où une entité exerce une activité économique. Les décisions des autorités communautaires ne permettent pas encore de véritablement circonscrire cet élément, mais on remarque que celles-ci concluent aisément à l'exercice d'une activité économique. Et dans les faits, toutes les entreprises commerciales seront considérées comme ayant un but économique. D'ailleurs, les autorités communautaires ont conclu à l'existence d'une entreprise dans les cas d'une

⁵⁰ I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.38; J.P. DUBOIS, La position dominante et son abus dans l'article 86 du traité de la C.E.E., Paris, Librairies techniques, 1968, p.173 propose la définition suivante : "Toute activité qui a pour but l'échange de biens économiques (objets et prestations) et qui ne se limite pas à satisfaire individuellement les besoins personnels, peut être considérée comme entreprise, sans tenir compte de la forme juridique, ni de l'intention de réaliser un bénéfice toute activité autonome, non strictement privée et se situant en dehors de la vive matérielle : "Une entreprise est toute activité indépendante, pas purement privée, et située hors de l'activité commerciale, de toute personne, sans considération pour sa forme juridique et de l'intention de faire des bénéfices."". La Commission dans les causes *Polypropylène*, du 23 mars 1986 dans J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.242, indiquait qu'une entreprise était "[...] toute entité exerçant des activités de nature commerciale [...]". La Cour de justice dans l'affaire *Hydrotherm v Andreoli*, affaire 170/83, [1984] Recueil 2999, quant à elle indiquait que "[...] la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique, du point de vue de l'objet de l'accord en cause, même si du point de vue juridique elle est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales."

⁵¹B. GENESTE, *op. cit.*, note 25, p.77; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.242.

⁵²*Höfner and Elser v Macroton*, Case 41/90 [1991] I E.C.R. 1979

⁵³X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.18

⁵⁴ L. IDOT, *op. cit.*, note 25, p.142; V. KORAH, EEC Competition Law and Practice, Oxford, ESC Publishing Limited, 1986, p.14

⁵⁵L. IDOT, *op. cit.*, note 25, p.142

compagnie à but non lucratif⁵⁶; d'une association d'employés professionnels⁵⁷; de chanteur d'opéra qui commercialise sa performance⁵⁸; d'une société de droits d'auteur⁵⁹. Il ressort de cette jurisprudence qu'une entité, constituée d'une ou de plusieurs personnes, physiques ou morales, qui effectuent des activités commerciales et ce même à but non lucratif, sera perçue comme une entreprise⁶⁰. En effet, les rares exemples où les autorités communautaires n'ont pas conclu à la présence d'un but économique, et donc à l'existence d'une entreprise, sont limités aux causes où l'entité remplissait des fonctions exclusivement sociales fondées sur le principe de la solidarité⁶¹ et où l'entité exerçait des prérogatives de puissance-publique.⁶²

Maintenant que nous avons défini ce qu'est une entreprise, revenons à notre question de départ : qu'advient-il de l'accord passé entre une société mère et sa filiale? Celles-ci constitueront-elles une ou deux entreprises? En fait, la question est de savoir s'il s'agit d'une ou de plusieurs entités. La forme de l'entreprise, et donc de l'entité qui la constitue, importe peu. L'entité peut aussi bien être une seule personne qu'un groupement de personnes morales, le critère étant celui du contrôle et de l'indépendance économique⁶³. Si, dans les faits, la société mère et sa filiale ne se font pas concurrence et que cette dernière ne jouit pas d'une autonomie économique face à la société mère, il s'agira d'une seule entreprise au sens du droit de la concurrence⁶⁴. Cette situation se produira rarement lorsque la société-mère détient la totalité des actions de la filiale. Toutefois, le contrôle de jure importe peu. Par conséquent

⁵⁶Fédération Française des sociétés d'Assurance et al., Case C-244/94, [1996] 4 CMLR 536

⁵⁷Reyners v Belgian State, Case 2/74, [1974] E.C.R. 631; Decision Coapi, O.J. [1995] L122/37

⁵⁸Decision RAI/UNITEL, O.J. [1978] L157/39

⁵⁹Brt-SABAM, affaire 127/73, [1974] Recueil 313

⁶⁰X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.18; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.38. Les autorités communautaires appliquent la doctrine de l'unité économique. Pour en lire plus sur le sujet voir le texte de Sarah M. Ward, *loc. cit.*, note 48

⁶¹L. IDOT, *op. cit.*, note 25, p.143

⁶²SAT v Eurocontrol, Case C-364/92, [1994] I E.C.R. 43; L. IDOT, *op. cit.*, note 25, p.143

⁶³Bien que la jurisprudence communautaire faisait une distinction entre les accords intra-sociétaire qui portent sur l'allocation des tâches internes et les autres, les dernières décisions en la matière n'y réfèrent plus. Par conséquent, tous les accords intra-sociétaire seront dorénavant exclus de l'application de l'article 85(1). Voir notamment l'affaire Vihō Europe Bv v Commission des Communauté européennes, affaire C-73/95p, [1996] I Recueil 5457; J.-Y. ART et D. VAN LIEDEKERKE, "Developments in EC Competition Law in 1995 : An Overview", (1996) 33 *CML Rev.* 720; W. KNIBBELER et D. WOOD, "Competition Law Checklist 1996", (1996) 21 *E.L. Rev.* cc/1

⁶⁴J.-Y. ART et D. VAN LIEDEKERKE, *loc. cit.*, note 63, p.722; L. IDOT, *op. cit.*, note 25, p.147

même si la société mère a un contrôle de jure sur sa filiale, il s'agira de deux entreprises si cette dernière détient une autonomie économique face à sa société mère⁶⁵.

B- Affecter le commerce entre États membres

La deuxième exigence de l'article 85 veut que le concours de volonté, peu importe sa forme, soit susceptible d'affecter le commerce entre les États membres. Cette deuxième condition joue deux rôles. Elle sert à délimiter à la fois la compétence territoriale de la Commission et la compétence matérielle du droit européen de la concurrence. Notons que la Commission, dans le but de se conférer une compétence plus étendue, a interprété de façon très libérale cette condition⁶⁶. Bien que nous n'ayons pas l'intention de nous attarder sur la question de la compétence territoriale des autorités communautaires, il convient toutefois ici de faire une précision.

Le droit européen, par l'entremise de l'article 5 du *Traité de Rome*, est applicable sur l'ensemble du territoire communautaire. Cependant, vu la nature même du régime communautaire, la réglementation de la concurrence n'est applicable que si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté⁶⁷. Cette notion a été retenue non seulement comme un élément de droit substantif, mais aussi comme une condition attributive de compétence⁶⁸. Même pour les actes commis hors de l'Union européenne, le critère voulant que le commerce intracommunautaire soit affecté a été retenu pour conférer à la Commission la compétence

⁶⁵Pour une discussion plus approfondie, nous référons le lecteur aux ouvrages suivants : G. ASSANT, "Les ententes anticoncurrentielles au sein d'un groupe : étude comparée de droits français, communautaire et américain", (1989) n2 *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal* 121; S.M. WARD, *loc. cit.*, note 48

⁶⁶J.P. BLAISE et L. IDOT, *loc. cit.*, note 38, p.45; En voulant se conférer une plus grande compétence territoriale, la Commission s'est contentée de très peu pour conclure que le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté. En agissant de la sorte, la Commission a aussi grandement élargi le champ matériel de l'article 85.

⁶⁷D. BERLIN, "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", (1991) 27(1) *Rev. trim. dr. europ.* 11; V. KORAH, *op. cit.*, note 54, p.26; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.63

⁶⁸COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Trente ans de droit communautaire*, coll. "Perspectives Européennes", Luxembourg-Bruxelles, Commission des Communautés Européennes, 1982, p.355; P. TORREMANS, "Extraterritorial Application of E.C. and U.S. Competition Law", (1996) 21 *E.L.Rev.* 280

d'agir et d'imposer le droit communautaire dès lors que cette pratique est mis en oeuvre sur le territoire européen⁶⁹.

En 1966, dans l'affaire *Consten et Grundig*, la Cour indiquait que le commerce entre États membres serait affecté dès lors que :

[...]l'accord est susceptible de mettre en cause, soit de manière directe ou indirecte, soit actuellement ou potentiellement, la liberté du commerce entre les États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation du marché unique entre États.⁷⁰

La simple modification du flux commercial, par suite de la conclusion d'un accord ou d'une pratique concertée, sera suffisante pour que le commerce intracommunautaire soit jugé affecté⁷¹. Dans la *Société Technique Minière*⁷², la Cour précisait que la preuve d'un degré de probabilité suffisante à ce que le commerce entre États membres soit affecté suffirait⁷³. Il se dégage même une certaine tendance, de la part de la Commission, à conclure que le commerce intracommunautaire est affecté dès lors que les parties s'entendent sur des éléments reliés à l'entrée ou à la sortie d'un bien ou d'un service⁷⁴. En effet, de telles dispositions seraient toutes susceptibles d'affecter le flux commercial.

⁶⁹A. Ahlström *Osakeyhtiö v Commission*, précité, note 46. Pour une plus grande discussion sur l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence, nous invitons le lecteur à consulter : D. BERLIN, *loc. cit.*, note 67, D. BERLIN, "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", (1991) 27(2) *Rev. trim. dr. europ.* 211; D. BERLIN, "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", (1991) 27(3) *Rev. trim. dr. europ.* 379; J.P. GRIFFIN, "EC and US Extraterritoriality : Activism and Cooperation", (1994) 17 *Fordham International Law Journal* 353; D.G.F. LANGE et J.B. SANDAGE, "The *WOOD PULP* Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law", (1989) 26 *CML Rev.* 137; M. SLATER, "L'application extraterritoriale du droit communautaire", (1986) 22 *Cahier de droit européen* 309; P. TORREMANS, *loc. cit.*, note 68, p.280

⁷⁰*Consten et Grundig c Commission*, affaires 56 et 58/64, [1966] Recueil 429 à la page 432

⁷¹D.G. GOYDER, *op. cit.*, note 28, p.107; COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*, note 68, p.355; J. GUYÉNOT et C. P. d'EVEGNÉE, *European Antitrust Law of the Common Market*, Paris, *ECONOMICA*, 1976, p.29

⁷²*Société Technique Minière c Maschinenbau Ulm*, affaire 56/65 [1966] Recueil 337

⁷³Dans l'affaire *Brasserie de Haecht c Wilkin*, affaire 23/67, [1967] Recueil 525 à la page 537 on peut lire : "[...]l'accord, la décision ou la pratique doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager qu'il est en mesure d'exercer éventuellement une influence directe ou indirecte sur les courants d'échanges entre États membres, de contribuer au cloisonnement du marché et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité". Il ne sera pas nécessaire de démontrer que le commerce a été affecté, mais simplement qu'il est probable qu'il le soit.

⁷⁴W. RAWLINSON et M.P. CORNWELL-KELLY, *European Community Law*, London, Waterlow publishers, 1990, p.203, para 14.24

De plus, dans l'affaire *Commercial solvents*⁷⁵ la Commission a élargi davantage son interprétation. En accord avec la Commission, la Cour indiquait pour la première fois, que toutes les modifications de la structure même du marché étaient susceptibles d'affecter le commerce. Dans les faits, il s'agissait d'une pratique visant à éliminer un concurrent. La Cour a considéré que l'élimination du concurrent se traduirait par une modification du flux commercial, et a donc conclu que le commerce entre les États membres en serait affecté.

Soulignons que l'accord ou la pratique concertée ne doit aucunement avoir un élément d'internationalité pour affecter le commerce entre États membres. L'entente pourrait très bien être conclue entre des parties ressortissantes du même État et n'être applicable que sur le territoire de cet État. En effet, les autorités communautaires ont affirmé qu'il était de la nature même d'un accord national d'affecter le commerce communautaire, car celui-ci renforce les divisions nationales et, par le fait même, nuit à l'intégration économique du Marché commun⁷⁶. L'accord qui ne viserait que l'exportation de biens à l'extérieur de l'Union européenne pourrait lui aussi affecter le commerce dans la mesure où il serait possible d'envisager une réimportation des biens dans le territoire européen⁷⁷.

Toutefois, pour que le droit communautaire soit applicable, il est nécessaire que l'entente, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée ait un effet sensible sur le commerce entre les États membres. Dès 1969, la Cour de justice, dans l'affaire *Völk*⁷⁸, soulignait qu'un effet insignifiant sur le commerce entre États membres ne saurait entraîner la prohibition de l'article 85. Sans donner trop de précisions, la Cour a dit qu'en principe un accord échappe à la prohibition de l'article 85 si on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que sa mise en oeuvre influence ou soit susceptible d'influencer le commerce

⁷⁵*Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp v Commission*, Cases 6 and 7/73, [1974] E.C.R. 223

⁷⁶G.A. BERMANN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, *op. cit.*, note 29, p.679; D.J. GIJLSTRA et D.F. MURPHY, *Leading Cases and Materials on the Competition Law of the E.E.C.*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p.78; E. GOULON, *op. cit.*, note 32, p.103

⁷⁷*Béguelin Import Co v SAGL Import Export*, affaire 22/71, [1971] Recueil 949; GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *Dictionnaire du Marché commun*, Tome II, section Concurrence, Jurisditionnaire Joly, Paris, 1968-, Loyrette, Novel, Frechot Marty, Lavauzelle éditeurs, p.111

⁷⁸*Völk v Vervaecke*, Case 5/69, [1969] E.C.R. 295

intracommunautaire à un point tel qu'il pourrait nuire à la réalisation du marché unique⁷⁹. On retrouve d'ailleurs cette préoccupation dans l'ensemble de la jurisprudence tel que le passage de *Consten et Grundig* cité ci-haut l'indique. Ainsi, pour être susceptible de tomber sous l'article 85, il sera nécessaire que les effets réels ou potentiels de l'entente aient une certaine ampleur. Il s'agit là d'un critère qualitatif visant à exclure du champ de l'article 85 toute entente comportant des effets, réels ou potentiels, très restreints.

La Commission a, en fonction de cette jurisprudence, publié une communication concernant les accords d'importance mineure⁸⁰ visant à indiquer les cas où une entente ne serait pas suffisamment importante pour tomber sous l'article 85. Dans sa dernière version⁸¹, la Communication prévoit que les accords entre entreprises, les décisions d'association d'entreprises ou les pratiques concertées ne tomberont pas sous le premier paragraphe de l'article 85 :

[...] lorsque les parts de marché détenues par l'ensemble des entreprises participantes ne dépassent, sur aucun des marchés concernés :

- a) le seuil de 5%, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant au même stade de la production ou de la commercialisation (accord "horizontal");
- b) le seuil de 10%, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant à des stades différents de l'économie (accord "vertical")

En cas d'accord mixte horizontal et vertical ou de difficulté pour classer l'accord comme horizontal ou vertical, le seuil de 5% est d'application.⁸²

Sauf pour ce qui est des accords:

- a) les accords horizontaux ayant pour objet :
 - de fixer les prix ou de limiter la production ou les ventes

⁷⁹G.A. BERMAN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, *op. cit.*, note 29, p.688; A. CAMPBELL, *op. cit.*, note 41, p.71

⁸⁰Communication de la Commission, du 19 décembre 1977, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne, 1977 J.O. C313/3

⁸¹Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne, 1997 J.O. C372/13

⁸²*Id.*, p.14; Il en sera de même pour les accords dont l'ensemble des entreprises participantes n'excèdent les parts mentionnées que par un dixième, et ce, pour une période maximum de deux exercices consécutifs.

- ou
 - de répartir les marchés ou les sources d’approvisionnement;
- b) les accords verticaux ayant pour objet :
 - de fixer les prix de revente
- ou
 - d’assurer à des entreprises participantes ou à des entreprises tierces une protection territoriale,⁸³

Et ce, même si les parts de marché sont en deçà des seuils prévus.

De plus, l’article 18 de la Communication indique que celle-ci “ne s’applique pas lorsque, dans le marché en cause, la concurrence est restreinte par l’effet cumulatif de réseaux parallèles d’accords similaires établis par plusieurs fabricants ou négociants”.

Les Petites et Moyennes entreprises, telles que définies à l’annexe de la recommandation 96/280/CE de la Commission⁸⁴, bénéficieront d’un régime spécial : leurs ententes, en règle générale, sont réputées ne pas affecter sensiblement le commerce entre États membres. Dans les cas exceptionnels où elles le feront, la Commission indique que ces accords ne présenteront pas un intérêt communautaire justifiant une intervention de sa part. Par conséquent, elle n’entamera pas de procédure pour appliquer l’article 85 sauf si l’accord en question entrave de manière significative la concurrence dans une partie substantielle du marché en cause ou en raison de l’effet cumulatif de réseaux parallèles d’accords similaires⁸⁵.

Toutefois, même avec cette Communication, la prudence est de rigueur. Précisons que la communication ne lie ni les tribunaux nationaux ni les autorités communautaires⁸⁶. Ceux-ci pourraient donc ne pas respecter les seuils prévus. Même la Commission n’est pas liée de façon irrémédiable⁸⁷. Trop se fier à la Communication comporte donc un certain risque. Soulignons aussi que l’application de la Communication n’est pas sans poser problème. En

⁸³Id.

⁸⁴J.O. C372/4

⁸⁵Article 11. Le dernier paragraphe de l’article 11 précise toutefois que dans un tel cas, il incombera aux autorités nationales d’agir. La Commission se réserve le droit d’intervenir si celle-ci considère que l’intérêt de la Communauté l’exige.

⁸⁶ C GALVADA et G. PARLEAND, *op. cit.*, note 23, p.31

⁸⁷Communication concernant les accords d’importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l’article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne, précitée, note 81, art.

effet, il est parfois très difficile d'évaluer correctement le marché pertinent des produits visés par l'entente et les parts de marché des entreprises impliquées. Il est même très fréquent de voir la Commission définir restrictivement le marché pertinent et surévaluer les parts de marché⁸⁸.

C- Restriction de la concurrence

La dernière des exigences prévues à l'article 85(1) veut que l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée ait "[...] pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun [...]". Il s'agit bien d'un *ou* facultatif, comme l'a indiqué la Cour de justice dans l'affaire *Société Technique Minière* : "Le caractère non cumulatif mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction "ou", [...]"⁸⁹. Sera donc prohibée par l'article 85 l'entente ou la pratique concertée dont l'objet est de restreindre la concurrence, et ce, peu importe les résultats obtenus ou les effets réels sur le marché⁹⁰. Il y aura aussi restriction de la concurrence, et donc prohibition, lorsque que l'effet réel de l'entente ou de la pratique est de restreindre la compétition, et ce, indépendamment de l'intention des parties.

Pour bien saisir si une entente aura pour effet ou objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 85, il est important de saisir le concept même de la concurrence tel que défini en droit communautaire : on ne peut en déceler une restriction qu'en ayant un cadre de référence. Ce cadre, en droit communautaire, est le concept de la concurrence effective⁹¹, c'est-à-dire que c'est le principe de concurrence effective qui est protégé par le traité et non celui d'une concurrence parfaite. En effet, il découle des objectifs du traité de mettre en place une

⁸⁸Bien qu'il existe maintenant une Communication de la Commission sur ce point, la question de la définition du marché demeure, à notre avis, problématique. Nous en traiterons davantage dans le chapitre suivant.

⁸⁹*Société Technique Minière c Maschinenbau Ulm*, précité, note 72, p. 235 à la page 359

⁹⁰L'affaire *Consten et Grundig c Commission*, précité, note 70, p. 432 : "[...] la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence."

⁹¹*Métro Sb Grosmärkte GmbH & Cokg v Commission*, Case 26/76, [1977] Recueil 1875; P.M. COSMOVICI, "La concurrence en droit national et en droit communautaire", (1993) 2 *R.I.D.C.* 395, 402; B. GENESTE, *op. cit.*, note 25, p.83; D.J. GIJLSTRA et D.F. MURPHY, *op. cit.*, note 76, p.23; L. IDOT, *op. cit.*, note 25, p.149; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.85

concurrence effective et de veiller à sa protection⁹². Cette concurrence effective est définie de la façon suivante :

La concurrence est effective, dit Clark, quand il existe une rivalité dans la vente des biens, quand chaque vendeur recherche normalement une recette nette maxima sous des conditions telles que le prix ou les prix qu'il peut pratiquer soient en fait limités par la libre option de l'acheteur de s'adresser à un rival ou à des rivaux qui vendent ce que l'on pense être le même produit, ce qui nécessite un effort de la part du vendeur pour égaler ou dépasser la capacité d'attraction des autres offres.⁹³

Par conséquent, la concurrence effective implique que la concurrence ne joue pas que sur le prix, mais bien sur tous les éléments susceptibles de déterminer l'action des partenaires commerciaux, des concurrents ou des utilisateurs⁹⁴. Elle présuppose aussi que l'accès au marché pour une pluralité d'entreprises soit libre, que les entreprises oeuvrant dans le Marché commun jouissent d'une liberté d'action et d'une certaine autonomie dans l'établissement de leur politique commerciale, et encore, que les utilisateurs ou consommateurs possèdent une liberté de choix⁹⁵. De plus, l'existence d'une concurrence potentielle suffira, puisque des nouveaux concurrents pourront toujours entrer sur le marché⁹⁶.

Toute disposition inconciliable avec l'établissement des éléments susmentionnés ou encore contraires à ceux-ci sera naturellement perçue comme une restriction de la concurrence au sens de l'article 85⁹⁷. De plus, la jurisprudence de la Cour indique que toute disposition incompatible avec les objectifs du Traité, et, entre autres, contraire à l'établissement du

⁹²J. VANDAME et M. GUERRIN, *op. cit.*, note 22, p.32 : "La tâche des pouvoirs est de créer d'abord *un cadre d'organisation de l'économie* qui assure une concurrence efficace et loyale : cela signifie des possibilités d'accès au marché, tant du côté de l'offre que de la demande : en d'autres termes, la politique des investissements comme celle des revenus sont au sens large du ressort de la politique de concurrence. Ce cadre doit viser à encourager les structures compétitives qui sont la condition du progrès. Mais il faut ensuite que les pouvoirs publics établissent des règles de concurrence régissant les rapports entre les sujets économiques."

⁹³*Id.*, p.14

⁹⁴P.M. COSMOVICI, *loc. cit.*, note 91, p.359; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.58

⁹⁵P.M. COSMOVICI, *loc. cit.*, note 91, p.359

⁹⁶*Id.*, p.399

⁹⁷J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.248

Marché unique, sera considérée comme une pratique restrictive⁹⁸.

La Commission, quant à elle, conclut généralement à une restriction de la concurrence dès que la liberté d'une des parties, ou celle d'un tiers subit une interférence ou se voit limitée, peu importe l'impact réel sur la concurrence⁹⁹. Elle procède d'ailleurs rarement par une analyse concrète et détaillée du contexte dans lequel s'inscrit la pratique commerciale visée. On peut presque garantir que la Commission conclura à une restriction de la concurrence aussitôt qu'une forme de coopération ou de coordination entre deux entreprises existera : il est difficile de concevoir une entente, aussi simple soit-elle, dans laquelle aucune des parties se verrait limiter dans ses actions¹⁰⁰.

Le Tribunal de première instance et la Cour de justice ont cependant quelque peu tempéré cette tendance en refusant, à plusieurs reprises, de suivre l'approche de la Commission. Selon eux, il ne sera possible de conclure à une restriction de la concurrence seulement après une étude de l'entente dans son contexte économique et factuel¹⁰¹. Cette

⁹⁸Consten et Grundig c Commission, précité, note 70 ; Décision Tretorn dans COMMISSION EUROPÉENNE, XXIV Rapport sur la politique de concurrence 1994, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994; D.WYATT et A. DASHWOOD, The Substantive Law of the EEC, London, Sweet & Maxwell, 1987, p.366

⁹⁹B.E. HAWK, loc. cit., note 17, p.25

¹⁰⁰Dans sa communication concernant la coopération entre entreprises, la Commission exclut certains accords de la portée de l'article 85(1), car ils ne restreignent pas la concurrence. Ces accords sont ceux qui ont uniquement pour objet : l'échange d'opinions et d'expériences; l'étude en commun des marchés; la réalisation en commun d'études comparées sur les entreprises et les secteurs économiques; l'établissement en commun de statistiques et de schémas de calcul; la coopération en matière de comptabilité; la garantie en commun du crédit; les bureaux communs d'encaissement; la consultation d'organismes communs en matière d'organisation des entreprises ou en matière fiscale; l'exécution en commun de projets de recherche et de développement; l'attribution en commun de mandats de recherche et de mandats concernant le développement; la répartition de projets de recherche et de développement entre les participants; l'utilisation en commun d'installations, de production, de moyens de stockage et de transport; la constitution d'associations temporaires de travail en vue de l'exécution en commun des commandes lorsque les entreprises participantes ne sont pas en concurrence pour les prestations à fournir ou ne sont pas individuellement en mesure d'exécuter les commandes; la vente en commun; le service après vente et de réparation en commun, lorsque les entreprises participantes ne sont pas en concurrence entre elles pour les produits ou les services qui révèlent de l'accord; de faire de la publicité en commun; l'utilisation d'un label commun en vue de caractériser des produits d'une certaine qualité et auxquels tout concurrent peut participer aux mêmes conditions.

¹⁰¹ l'affaire Brasserie de Haecht c Wilkin, précité, note 73; l'affaire Heintz dans G.A. BERMAN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, op. cit., note 29, p.681. Cette étude contextuelle se fait en définissant, dans un premier temps, le marché géographique et, par la suite, le marché du produit. Seulement une fois ces marchés définis, est-il possible de déterminer l'impact d'une disposition sur la concurrence. Toutefois, la Commission refuse de se conformer à une telle approche et continue de conclure à une violation du premier

dernière exigence a d'ailleurs donné lieu à l'introduction, en droit européen, de plusieurs doctrines, dont celles des restrictions ancillaires¹⁰², des restrictions inhérentes¹⁰³, et selon certains, d'une forme de règle de raison¹⁰⁴. Néanmoins, il n'en demeure pas moins vrai que les autorités communautaires continuent d'interpréter largement la notion de restriction de concurrence et concluent généralement assez facilement à son existence.

Nous finirons en soulignant que l'article 85 prévoit expressément des comportements considérés comme étant restrictifs. Ils consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement

paragraphe sans analyse.

¹⁰²“Restreint on conduct that are necessary to achieve the legitimate aims of an agreement are ancillary and fall outside Article 85(1) if the agreement does, except for those restraints which divide the Common Market along territorial lines” J.FAULL, “The Enforcement of Competition Policy in the European Community : A Mature system”, (1991-1992) 15 Fordham International Law Journal 219, 233. Le test des restrictions ancillaires est un test subjectif, c'est-à-dire que les considérations factuelles et contextuelles seront considérées pour déterminer si la restriction ancillaire est nécessaire pour permettre la conclusion d'un accord qui autrement serait conforme à l'article 85.

¹⁰³“En vertu de cette approche, l'ensemble de l'accord est examiné abstraitement afin de déterminer si des avantages compétitifs en résultent. Si c'est le cas, alors les restrictions et les obligations tombent en dehors du champ d'application de l'article 85(1), lorsqu'elles sont considérées “inhérentes” à l'accord” B.E. HAWK, loc. cit., note 17, p.25. Le test des restrictions inhérentes est un test purement objectif. Il s'agit de voir si la restriction prévue est objectivement nécessaire pour mettre sur pied un système commercial conforme avec l'article 85.

¹⁰⁴“The rule of reason, [...] It rather governs the finding of facts, where the anticompetitive effect of an agreement or concerted practice does not appear on the face of such agreement or practice, but must be looked for in all the surrounding facts. It is never used to justify anticompetitive behavior, but to determine whether an agreement or practice restricts competition.” E. STEINDORFF, “Article 85 and the Rule of Reason”, (1984) 21 CML Rev. 639; Pour une discussion plus approfondie sur l'interprétation de l'article 85(1) voir : I.S. FORRESTER et C. Norall, “The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason : How Competition Law is and Could be Applied”, (1984) 21 CML Rev. 11; F. E. GONZALEZ DIAZ, “The notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law” (1996) 19 Fordham International Law Journal 951; L. GYSELEN, “Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rational Under EEC Competition Law”, (1984) 21 CML Rev. 647; B.E. HAWK, loc. cit., note 17; R. KOVAR, “Le droit communautaire de la concurrence et la “règle de raison””, (1987) 23 Rev. trim. dr. europ. 237; R. WHISH et B. SUFRIN, “Oligopolistic Markets and EC Competition Law”, (1992) 12 Yearbook of European Law 59; G. WILS, ““Rule of Reason”: Une règle raisonnable en droit communautaire?”, (1990) n.1-2 Cahiers de droit Européen 19. La règle de raison est, comme le test des restrictions ancillaires, un test subjectif. Toutefois, elle diffère de la théorie des restrictions ancillaires en ce que la règle de raison consiste à voir si un accord, dans son ensemble et en raison du contexte factuel, restreint indûment la concurrence. S'il est décidé que l'accord est pro-compétitif, les clauses restrictives seront considérées comme étant hors de la portée de l'article 85(1).

- technique ou les investissements;
- c) répartir les marchés ou les sources d’approvisionnement;
 - d) appliquer, à l’égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
 - e) subordonner la conclusion de contrats à l’acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n’ont pas de lien avec l’objet de ces contrats.

Cette liste ne saurait être complète ni limitative. Elle constitue une liste d’exemples de catégories de dispositions qui contreviendraient à l’article 85. Nous examinerons davantage les divers comportements qui ont été jugés restrictifs lors de notre discussion sur l’application des règles de concurrence à la distribution commerciale.

Sous-section 2. La nullité prévue à l’article 85(2)

Le *Traité de Rome* prévoit, au deuxième paragraphe de l’article 85, la sanction pour toute violation de l’article 85 qui ne se voit pas rachetée par une exemption. En effet, le texte de cette disposition déclare nulle toute pratique contraire à l’article 85(1). Présentons brièvement les effets de cette nullité ainsi que ses principales caractéristiques. Soulignons tout d’abord qu’il s’agit d’une nullité de plein droit¹⁰⁵. Bien qu’aucune formalité ne soit exigée pour que la nullité prenne effet, il sera nécessaire, en pratique, qu’une autorité communautaire ou nationale déclare la pratique visée nulle : il s’agira plus d’une reconnaissance de la nullité que d’une déclaration de celle-ci¹⁰⁶. Le caractère rétroactif de la nullité prévue par l’article 85(2) est la deuxième caractéristique¹⁰⁷ : la nullité de l’article 85 prend effet dès la contravention à

¹⁰⁵ M. CIENFUEGOS MATEO, “L’application de la nullité de l’article 85, ss. 2.2, du traité C.E.E. par les juridictions nationales (avec un examen particulier du domaine des transports aériens) conséquences dans l’ordre juridique interne”, (1991) n.3-4 *Cahiers de droit Européen* 317, 318; C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.539

¹⁰⁶ M. CIENFUEGOS MATEO, *loc. cit.*, note 105, p.318; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.79

¹⁰⁷ *Brasserie de Haecht v Wilkin II*, Case 48/72, [1973] E.C.R. 77

l'article 85. Donc celle-ci produira ses effets dès la conclusion d'un accord ou d'une pratique incompatible avec le premier paragraphe de l'article 85. Troisièmement, la nullité prévue au deuxième paragraphe est absolue. L'article 85 étant une disposition d'ordre public communautaire, sa contravention peut être soulevée par toute personne intéressée¹⁰⁸, incluant les parties à l'acte réprimandé¹⁰⁹. D'ailleurs la nullité de l'article 85(2) a souvent été utilisée par l'une des parties comme moyen de défense¹¹⁰. Finalement, soulignons qu'à titre de nullité absolue, la sanction de 85(2) est imprescriptible¹¹¹. Même dans les législations nationales où une prescription existe pour les motifs de nullité d'ordre public, l'imprescriptibilité de l'article 85(2) est bien établie¹¹².

Portons maintenant notre attention sur la portée de la nullité prévue à l'article 85(2). Vise-t-elle la totalité de l'accord ou seulement les dispositions contraire au premier paragraphe de l'article 85? À la simple lecture de l'article, on pourrait croire que l'article 85(2) réprimande la totalité de l'accord. Toutefois, les autorités communautaires ont, à plusieurs reprises, précisé que le droit communautaire ne saurait sanctionner que les dispositions incompatibles avec le droit communautaire¹¹³. À défaut de pouvoir séparer le reste de l'accord des dispositions prohibées par l'article 85, l'accord dans son ensemble sera jugé nul¹¹⁴. Si la division est possible, seules les dispositions inconciliables avec l'article 85(1) seront nulles¹¹⁵, cette divisibilité devant être déterminée par le droit national applicable et non par une règle de droit communautaire¹¹⁶. De plus, dans l'hypothèse où l'ensemble de l'accord serait nul, la

¹⁰⁸M. CIENFUEGOS MATEO, *loc. cit.*, note 105, p.322

¹⁰⁹Règlement n.17 du Conseil, art. 3; M. CIENFUEGOS MATEO, *loc. cit.*, note 105, p.322; C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.541

¹¹⁰Ce fut le cas dans l'affaire *Pronuptia*, où, par suite d'une poursuite par le franchiseur pour les arrérages des royautés, le franchisé a plaidé la nullité du contrat en vertu de l'article 85.

¹¹¹M. CIENFUEGOS MATEO, *loc. cit.*, note 105, p.322

¹¹²*Id.*

¹¹³*Société Technique Minière c Maschinenbau Ulm*, précité, note 72; M. CIENFUEGOS MATEO, *loc. cit.*, note 105, p.341; D.G. GOYDER, *op. cit.*, note 28, p.133; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.80

¹¹⁴*Consten et Grundig c Commission*, précité, note 70; *Société Technique Minière c Maschinenbau Ulm*, précité, note 72; A. CAMBELL, *op. cit.*, note 41, p. 256

¹¹⁵V. KORAH, *op. cit.*, note 54, p.33

¹¹⁶A. CAMBELL, *op. cit.*, note 41, p.256; M. CIENFUEGOS MATEO, *loc. cit.*, note 105, p.344; D.G. GOYDER, *op. cit.*, note 28, p.133

nullité de l'article 85(2) s'étendra aussi aux accords ou ententes accessoires¹¹⁷.

En conclusion, soulignons que la sanction de l'article 85(2) n'est pas la seule applicable en droit communautaire. En effet, le Conseil des Ministres, grâce à son pouvoir réglementaire, a adopté dans le règlement 17¹¹⁸ des dispositions qui confèrent à la Commission le pouvoir de sanctionner tout comportement contraire au droit européen de la concurrence en imposant des amendes et autres sanctions judiciaires ou administratives¹¹⁹. Il est aussi reconnu par la jurisprudence et la doctrine que les victimes d'un comportement anticoncurrentiel au sens du droit communautaire peuvent se prévaloir des recours qu'offrent leurs législations nationales afin d'être indemnisées pour le préjudice subi¹²⁰.

Section 2. Les exemptions : l'article 85(3)

Comme nous venons de le voir, une pratique contraire à l'article 85(1) est frappée d'une nullité absolue. Il est donc nécessaire de voir si elle est admissible à une exemption en vertu du troisième paragraphe. Obtenir une exemption devient important car, comme nous l'avons mentionné, les autorités communautaires ont tendance à interpréter largement la prohibition du premier paragraphe, ce qui a pour effet de prohiber presque toutes les pratiques

¹¹⁷“La nullité ne semble pas non plus faire de doute lorsque des accords ou décisions accessoires, sans être directement contraires à l'article 85, 1er, du Traité C.E.E. visent spécifiquement la réalisation de l'entente de base interdite et qu'il existe un lien si étroit entre cette dernière et les autres que les contrats complémentaires apparaissent comme une partie intégrante du système, voir un acte unique [...]” M. CIENFUEGOS MATEO, *loc. cit.*, note 105, p.349

¹¹⁸Règlement n.17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, J.O. 13/204

¹¹⁹Règlement n.17 du Conseil, art. 15 et 16; E. GOULON, *op. cit.*, note 32, p.57

¹²⁰En effet, l'article 5 du *Traité de Rome* confère à l'article 85 une application en droit national. Les intéressés pourront donc se prémunir des sanctions civiles pour remédier aux dommages subis. Voir : L. CARTON, L'Union européenne : Traité de Paris - Rome - Maastricht, Paris, Éditions DALLOZ, 1994, p.648; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.223 ; C. PECNARD et É. RUIZ, “Les sanctions civiles du Droit Communautaire de la concurrence par le juge national : les exemples anglais et français”, (1993) n5 Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 637; J.T. TEMPLE LANG, “EEC Competition Actions in Member States' Courts - Claims for Damages, Declarations and Injunctions for Breach of Community Antitrust Law”, (1984) 7 Fordham International Law Journal 389

commerciales entre entreprises¹²¹. Le régime d'exemption est donc la seule façon de "sauver" une pratique ou une entente qui, tout en étant incompatible avec 85, n'est pas réellement anticoncurrentielle.

Nous analyserons ce régime, en étudiant plus particulièrement les conditions nécessaires à l'obtention d'une exemption. Par la suite, nous discuterons des divers types d'exemption, soit les exemptions individuelles et les exemptions par catégories.

Sous-section 1. Les conditions d'application

Les conditions donnant droit à une exemption sont décrites au troisième paragraphe de l'article 85. Elles sont au nombre de quatre, soit deux conditions positives et deux négatives : a) la pratique commerciale doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique ; et, b) réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ; sans, c) imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables ; ni, d) donner à ces entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence. Soulignons que la Commission bénéficie d'une grande discrétion pour conclure au respect de ces quatre éléments¹²², la Tribunal de première instance ne pouvant intervenir que dans le cas d'erreur manifeste quant à la matérialité des faits et quant à la qualification juridique qui en découle¹²³. Cependant, une fois les quatre conditions rencontrées, la Commission se devra d'accorder une exemption¹²⁴.

Avant de nous attarder brièvement à chacune des conditions, nous aimerions souligner que le régime d'exemption joue, pour la Commission, un double rôle. Non seulement ce régime a-t-il pour tâche de sauvegarder la concurrence en accordant une exemption aux pratiques qui ne restreindront pas la concurrence dans le Marché commun, mais il sert aussi

¹²¹En pratique on peut presque parler de présomption d'illégalité. L. CARTON, *op. cit.*, note 120, p.319; J. GUYÉNOT et C.P. d'EVEGNÉE, *op. cit.*, note 71, p.27 et 41; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.29

¹²²V. KORAH et W. A. ROTHNIE, *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, London, Sweet & Maxwell, 1992, p.43

¹²³C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p. 513; B. GENESTE, *op. cit.*, note 25, p.94

¹²⁴ C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.503

à promouvoir les objectifs du traité¹²⁵. En effet, il faut se rappeler que la concurrence, pour les autorités communautaires, n'est pas une fin en soi, mais un des outils dont dispose la Commission pour promouvoir les objectifs prévus à l'article 2 et 3 du *Traité de Rome*. Ce double rôle ressort du passage suivant :

The powers conferred upon the Commission under article 85(3) shows that the requirements for the maintenance of workable competition may be reconciled with the safeguarding of objectives of a different nature and that to this end certain restrictions on competition are permissible, provided that they are essential to the attainment of those objectives and that they do not result in the elimination of competition for a substantial part of the Common Market.¹²⁶

Ainsi, toute analyse communautaire sous l'article 85(3) ne saurait être limitée par une approche purement économique. Mais, il n'en demeure pas moins vrai qu'une telle démarche est essentiellement économique¹²⁷. De fait, il s'agit d'une analyse qui s'apparente à la règle de raison que l'on retrouve aux États-Unis, si ce n'est que sous l'article 85(3) certains facteurs non économiques pourront être considérés¹²⁸. En effet, le bilan se fera en fonction des quatre conditions prévues au troisième paragraphe de l'article 85, et ce, en fonction des objectifs du traité. Christian Galvada et Gilbert Parleant écrivent d'ailleurs à ce sujet : "La portée du test de l'article 85(3) est manifestement comparative en ce sens que l'autorisation ne paraîtra justifiée que si les aspects négatifs d'une entente sont compensés, dans un cas d'espèce, par l'existence des avantages visés par le Traité."¹²⁹

La première condition à respecter est que l'entente ou la pratique concertée ait pour effet, soit d'améliorer la production ou la distribution des produits, soit de promouvoir le progrès technique ou économique. Il ne suffit pas que les parties elles-mêmes soient d'avis

¹²⁵B. GENESTE, *op. cit.*, note 25, p.94

¹²⁶*Métro Sb Grosmärkte GmbH & Cokg v Commission*, dans G.A. BERMAN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, *op. cit.*, note 29, p.742

¹²⁷J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.330

¹²⁸Voir, B.E. HAWK, *loc. cit.*, note 17, p. 9 où il écrit : "La Commission a décidé, dans plusieurs rapports annuels sur la politique de la concurrence, que les exigences sociales et humaines peuvent simplifier une modification de résultats obtenus sur la base de motifs purement économiques, tels que l'efficacité dans l'allocation des facteurs de production." Ces mêmes exigences sociales et humaines ont été, quant à elles, exclues à maintes reprises par les cours américaines.

¹²⁹C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.505

qu'il y ait une amélioration pour que la Commission considère que l'entente a pour effet d'améliorer la distribution ou la production de biens ou de services, ou qu'elle favorise le progrès technique ou économique. L'amélioration devra être objectivement observable¹³⁰. Par le passé, la Commission a été particulièrement sensible aux situations où l'entente cherchait à permettre l'accès à un nouveau marché, à aider les petites et moyennes entreprises, ou encore, à permettre à une entreprise de rationaliser ses méthodes de distribution par la normalisation de ses méthodes commerciales¹³¹. Une simple augmentation du nombre de distributeurs ne saurait équivaloir à une amélioration de la distribution¹³². Cependant, tout avantage relatif à la flexibilité commerciale du réseau ou à sa capacité de réagir aux demandes des producteurs et des consommateurs est généralement accepté par la Commission.¹³³

De façon générale, les autorités communautaires ont conclu facilement à la présence d'une amélioration quant à la production, à la distribution ou encore quant au progrès économique ou technologique. En effet, l'amélioration n'a pas à être immédiate ni à être au même niveau de production¹³⁴. Il suffit qu'une amélioration soit prévisible et ce, peu importe le stade de la production ou de la distribution elle aura lieu. La Commission a aussi interprété libéralement ce que constituait un progrès technique ou économique. De fait, elle y a inclus toutes les situations ou circonstances donnant lieu à un certain progrès, économique ou technique, quel qu'il soit¹³⁵.

La deuxième condition prévue au troisième paragraphe de l'article 85 exige que les avantages qui en résultent soient partagés avec les utilisateurs. Non seulement doit-il y avoir un partage des bénéfices, mais celui-ci devra être équitable. En effet, le Traité dit : "[...] réservant aux utilisateurs une partie équitable du droit qui en résulte [...]"¹³⁶. Aux fins de l'analyse, il ne sera pas nécessaire que les bénéfices aient été réellement transmis aux

¹³⁰ Consten et Grundig c Commission, précité, note 70; D.G. GOYDER, op. cit., note 28, p.120

¹³¹ C. GALVADA et G. PARLEANT, op. cit., note 23, p.508

¹³² V. KORAH, op. cit., note 54, p.67; D.G. GOYDER, op. cit., note 28, p.120

¹³³ Fédération Française des Sociétés d'Assurances et al., précité, note 56

¹³⁴ D.G. GOYDER, op. cit., note 28, p.118

¹³⁵ Id., p.121

¹³⁶ Article 85(3)

utilisateurs. La probabilité que l'accord se traduise, pour les utilisateurs, par des avantages sur les prix ou sur les services offerts sera suffisante¹³⁷ : les effets de l'accord n'étant pas toujours palpables ou atteints, la Commission, par le passé, s'est basée à plusieurs reprises sur des prévisions¹³⁸. De plus, on remarque une certaine tendance de la part des autorités communautaires à présumer que les bénéfices seront transmis aux utilisateurs dès que la première condition est remplie et que le marché en question est compétitif¹³⁹.

Une fois les deux conditions positives rencontrées, l'entente ou la pratique visée devra, pour bénéficier de l'exemption, respecter les deux conditions négatives. L'une d'elle veut que les restrictions inhérentes à l'entente soient indispensables pour atteindre les deux conditions positives susmentionnées. De fait, la Commission semble avoir remplacé le test de nécessité par celui de proportionnalité¹⁴⁰, et ce, même si les restrictions imposées vont plus loin que ce qui serait strictement nécessaire¹⁴¹. Il s'agira, encore une fois, d'une question de fait pour laquelle la Commission jouit d'une grande discrétion.

La dernière exigence du troisième paragraphe indique que l'entente ne doit pas éliminer la concurrence dans le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci : même avec un bilan positif, la Commission n'accordera pas d'exemption si, par suite de l'accord ou de la pratique concertée, la compétition est éliminée¹⁴². Afin de s'assurer que l'obtention de l'exemption n'aura pas pour effet d'éliminer la concurrence, la Commission procédera en deux étapes : elle définira le marché en cause (produit et géographique) et évaluera par la suite l'impact de l'entente sur ce marché. Nous traiterons d'avantage de ces notions dans le deuxième chapitre.

¹³⁷J. VANDAME et M. GUERRIN, *op. cit.*, note 22, p.124

¹³⁸*Id.*

¹³⁹D.G. GOYDER, *op. cit.*, note 28, p.121

¹⁴⁰C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.512

¹⁴¹Toutefois, certains auteurs sont plutôt d'avis que les restrictions imposées doivent être les moins restrictives possible pour obtenir les bénéfices désirés. J.P. GRIFFIN et L.T. SHARD, "Efficiency Issues in the Competition Analysis in Australia, the European Union, and the United States", (1996) 64 *Antitrust Law Journal* 649, 664

¹⁴²I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.73; J. VANDAME et M. GUERRIN, *op. cit.*, note 22, p.126

Sous-section 2. Les divers types d'exemptions

Maintenant que nous avons vu les critères d'application de l'article 85(3) nous verrons comment les accords, décisions d'association d'entreprises ou les pratiques concertées incompatibles avec le premier paragraphe de l'article 85 peuvent être exemptées. Depuis l'adoption des règlements n.17¹⁴³ et n.19/65¹⁴⁴ du Conseil, il existe, pour les entreprises, deux mécanismes distincts leur permettant d'exempter leurs ententes : les exemptions individuelles et les règlements d'exemption par catégorie.

Les exemptions individuelles consistent en une décision formelle de la part de la Commission voulant que l'entente prohibée en vertu du premier paragraphe de l'article 85 remplisse les exigences de l'article 85(3) et, à ce titre, mérite d'être exemptée. Les entreprises qui souhaitent obtenir une exemption individuelle devront préalablement notifier leur accord selon la procédure établie¹⁴⁵, à l'intérieur de laquelle elles démontreront le caractère bienfaisant de l'entente et attireront l'attention de la Commission sur les éléments susceptibles de remplir les conditions posées par l'article 85(3). Une fois saisie, la Commission, afin de déterminer si l'entente répond effectivement aux exigences de l'article 85(3), procède à une analyse de l'accord ainsi que du contexte juridique et factuel dans lequel il s'inscrit. Bien que la Commission possède un très large pouvoir d'appréciation, le refus d'exempter devra être motivé et sera soumis au contrôle de la Cour de justice¹⁴⁶. Dans l'éventualité où une exemption individuelle est accordée, l'accord sera immunisé contre la prohibition de l'article 85(1) dans la mesure où les faits qui ont donné lieu à l'exemption demeurent les mêmes¹⁴⁷.

Le deuxième mécanisme d'exemption est celui des règlements par catégorie. Par suite des nombreuses demandes d'exemption individuelle et à la lourde tâche administrative qu'elles signifiaient pour la Commission, le Conseil a conféré à la Commission, par voie réglementaire, le pouvoir d'adopter des règlements afin d'exempter automatiquement les

¹⁴³J.O. 13/204

¹⁴⁴J.O. 36/533

¹⁴⁵Règlement n.17 du Conseil, précité, note 143, art. 4(1)

¹⁴⁶X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.95; GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p.100

¹⁴⁷C. GALVADA et G. PARLEANT, *loc. cit.*, note 23, p.517

ententes ou accords. Ainsi, un accord sera exempté si celui-ci est conforme, en tout point, à un des règlements d'exemption¹⁴⁸.

De façon générale le règlement d'exemption par catégorie respecte le schéma suivant. Dans un premier temps, il prévoit le type d'accord qui est couvert. Dans un deuxième temps, le règlement identifie les dispositions qui ne sont pas considérées contraire à l'article 85(1), celles qui sont incompatibles avec l'article 85(1), mais qui seront permises et les clauses restrictives qui ne seront pas tolérées. Finalement, on retrouve aussi, dans ces règlements d'autres dispositions dont les principales sont les modalités de retrait et le mécanisme d'opposition. Les dispositions des règlements d'exemption permettent tous à la Commission de retirer le bénéfice du règlement advenant que les effets des accords en question soient inconciliables avec les objectifs de l'article 85(3) ou du règlement, et ce, même si l'accord respecte la lettre du règlement. Les règlements d'exemption les plus récents, quant à eux, prévoient aussi un mécanisme d'opposition. Il s'agit d'un mécanisme par lequel une entreprise peut notifier son accord qui, sans inclure de restrictions expressément prohibées, ne respecte pas intégralement le règlement. Par suite de cette notification, la Commission a six mois pour s'opposer à l'accord à défaut de quoi l'entente est couverte par le règlement d'exemption.

Quoique le mécanisme d'exemption par catégorie soit plus rapide, il n'est pas nécessairement plus sûr. En effet, les autorités nationales sont libres d'interpréter les règlements d'exemption par catégorie et de décider de la conformité de l'accord avec ceux-ci. Advenant que l'entente ne respecte pas complètement un de ces règlements, les autorités nationales pourront retirer l'application de l'exemption¹⁴⁹. Toutefois, rappelons qu'il est possible de notifier n'importe quelle entente afin d'obtenir une exemption individuelle. Il va de soi que plus l'entente ainsi notifiée se rapproche d'un règlement d'exemption, plus les chances sont grandes que la Commission accorde une exemption individuelle¹⁵⁰.

Avant de conclure, nous aimerions souligner que la Commission préfère procéder par

¹⁴⁸Il n'est pas nécessaire de notifier un accord qui respecte intégralement les dispositions d'un règlement d'exemption par catégorie.

¹⁴⁹X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p. 290

¹⁵⁰V. KORAH et W.A. ROTHNIE, *op. cit.*, note 122, p.61

lettre de classement ou par attestation négative que par une décision formelle d'exemption. La lettre de classement ne lie pas les autorités nationales ni la Commission¹⁵¹. Elle n'est qu'une lettre administrative stipulant que, par suite de l'analyse de l'accord, la Commission ne poursuivra pas l'enquête. Elle ne confère donc pas de véritable sécurité juridique. Cependant, elle exprime un avis de la Commission et, à ce titre, les autorités devront en tenir compte. La Commission peut aussi émettre une attestation négative. Encore une fois, il ne s'agit pas d'exemption, mais d'une attestation selon laquelle l'entente notifiée ne contrevient pas à l'article 85(1) ou à l'article 86¹⁵². Toutefois, elle est limitée par les faits qui ont été portés à l'attention de la Commission et peut être retirée à tout moment advenant des faits nouveaux justifiant son retrait¹⁵³

¹⁵¹C. GALVADA et G. PARLEANT, op. cit., note 23, p.516

¹⁵²J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, op. cit., note 24, p.316

¹⁵³J. VANDAME et M. GUERRIN, loc. cit., note 22, p.139

CHAPITRE 2 - Le contrôle des entreprises en position dominante : l'article 86

Le deuxième pilier de la réglementation européenne de la concurrence, à savoir le contrôle des entreprises en position dominante, se retrouve à l'article 86 du *Traité de Rome*¹⁵⁴. Contrairement à l'article 85, qui lui, vise les pratiques commerciales, l'article 86 cherche plutôt à empêcher toute entreprise jouissant d'une position dominante sur un marché quelconque d'en abuser au détriment des consommateurs ou des concurrents. Le but de l'article 86 est d'assurer que le comportement des entreprises dominantes soit conforme aux objectifs du traité. Les entreprises dominantes en soi ne sont donc pas prohibées. Elles pourront, en toute liberté, conduire leurs affaires efficacement en maintenant les prix bas, ou encore en améliorant la qualité ou la distribution d'un produit ou d'un service. Toutefois, le fait de se servir de leur prééminence économique pour limiter davantage la concurrence sera interdit.

Toute analyse en vertu de l'article 86 se fait en deux étapes. Dans un premier temps, il s'agira de constater si l'entreprise détient une position dominante. Dans l'affirmative, l'on devra ensuite s'attarder aux comportements de cette entreprise et voir si ses pratiques commerciales constituent une exploitation abusive de sa position susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire. Une fois l'abus constaté, la nullité du geste sera déclarée et les sanctions appropriées rendues¹⁵⁵.

¹⁵⁴Article 86 :

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

¹⁵⁵Le fait qu'un accord bénéficie de l'article 85(3) n'empêche pas l'application de l'article 86. J. FAULL, *loc. cit.*, note 102, p.234

Nous allons définir le champ matériel de l'article 86 en traitant de la notion de position dominante et en étudiant ensuite le concept de l'abus. Toutefois, nous n'élaborerons pas, dans ce chapitre, sur l'aspect voulant que le commerce intracommunautaire soit affecté : l'article 86, au même titre que l'article 85, ne saurait s'appliquer si le commerce entre États membres n'est pas affecté¹⁵⁶. Cependant, vu qu'il s'agit de la même exigence que celle de l'article 85, nous référons le lecteur à la section portant sur ce thème dans notre premier chapitre.

Section 1. La position dominante

Le *Traité de Rome* ne définit pas la position dominante. Cependant, le sens de ce concept a été graduellement clarifié par la Commission, par le Tribunal de première instance et par la Cour de justice. Dans un célèbre passage de l'affaire *Continental Can*, la Commission identifiait l'indifférence par rapport aux décisions des concurrents, des clients et des consommateurs comme étant l'élément décisif de la dominance d'une entreprise¹⁵⁷. Dans cette affaire, elle précisait que les entreprises sont en position dominante lorsque :

[...] they have the power to behave independently, which puts them in a position to act without taking into account their competitors, purchasers or suppliers. That is the position when, because of their share of the market, or of their share of the market combined with the availability of technical knowledge, raw materials or capital, they have the power to determine prices or to control production or distribution for a significant part of the products in question. This power does not necessarily have to derive from an absolute domination permitting the undertaking which holds it to eliminate all will on the part of their economic partners, but it is enough that they be strong enough as a whole to ensure to those undertakings an overall independence of behaviour, even if there are differences in intensity in their influence on the different partial markets.¹⁵⁸

¹⁵⁶Article 86; S.WEBER WALLER, "Understanding and Appreciating EC Competition Law", (1992) 61 *Antitrust Law Journal* 55, 68

¹⁵⁷On a retenu la capacité d'agir de façon indépendante des forces concurrentielles dans *United Brands v Commission*, Case 27/76, [1978] E.C.R. 207 et *Hoffmann-La Roche c Commission*, affaire 85/76, [1979] Recueil 461

¹⁵⁸Décision *Continental Can*, 1972 J.O. L7/25, 35; V. KORAH, *op. cit.*, note 54, p.120

Les éléments de cette définition sont maintenant consacrés¹⁵⁹. Reprenant la jurisprudence communautaire, la Cour de justice décrit d'ailleurs la position dominante dans ces termes:

La position dominante visée à l'article 86 du Traité concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.¹⁶⁰

Le concept de position dominante renvoie donc à la notion de pouvoir économique qui serait détenu par une entreprise sur le marché¹⁶¹. Cette puissance économique confère à l'entreprise la possibilité d'imposer ses conditions au marché, ou, tout simplement, de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective¹⁶².

Le procédé par lequel les autorités communautaires détermineront si une entreprise jouit d'une position dominante et, par le fait même, décider de l'application de l'article 86 est maintenant bien établi. La Commission définit d'abord le marché en cause et évalue par la suite la position de force de l'entreprise sur ce marché afin de déterminer s'il y a dominance. Nous allons suivre cette logique en définissant, dans un premier temps, le marché en cause pour ensuite examiner la notion de dominance et quand une entreprise bénéficie d'une position dominante.

Sous-section 1. Le marché en cause

Avant de déterminer si une entreprise exerce effectivement une dominance sur le marché, il est nécessaire de définir le marché de référence. En effet, le rapport de force entre les entreprises concurrentes et l'entreprise qui fait l'état d'un examen ne peut se faire qu'une fois le marché délimité, le but de l'exercice étant de distinguer les entreprises qui sont

¹⁵⁹X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.129; C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.558; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.260

¹⁶⁰B. GENESTE, *op. cit.*, note 25, p.116

¹⁶¹J. VANDAME et M. GUERRIN, *op. cit.*, note 22, p.17

¹⁶²*United Brands v Commission*, précité, note 157; G.A. BERMANN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, *op. cit.*, note 29, p.805; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.94

réellement en position de faire concurrence de celles qui, pour une raison ou une autre, ne le sont pas¹⁶³. Pour ce faire, le marché en cause devra être délimité à deux niveaux, soit celui du produit et celui de la géographie¹⁶⁴. Seules les entreprises offrant des biens ou services comparables sont susceptibles d'être en concurrence. De plus, il est important qu'elles ne soient pas trop éloignées l'une de l'autre : deux entreprises, même si elles offrent des produits semblables, ne se feront pas concurrence, si leur aire de distribution est telle qu'il est impensable pour les utilisateurs ou consommateurs de l'une des entreprises de se déplacer pour faire affaire avec l'autre entreprise offrant le même produit.

Le marché en cause est, comme nous le disions, une notion fondamentale du droit de la concurrence. La Commission a d'ailleurs, afin d'être plus transparente, publié récemment une Communication indiquant comment elle entend procéder pour définir le marché en cause. Bien que cette Communication peut s'avérer utile lors des négociations avec la Commission, les tribunaux nationaux ou communautaires vont probablement continuer d'appliquer la jurisprudence actuelle jusqu'à ce que la Cour de justice décide de confirmer les propos de la Commission : la Communication change quelque peu la jurisprudence actuelle. Et vue la nature purement indicative de la Communication, les tribunaux vont probablement préférer appliquer la jurisprudence de la Cour de justice. Cette jurisprudence demeure d'ailleurs d'actualité, tel que l'indique le paragraphe 6 de la Communication. Nous allons donc concentrer notre attention sur les règles jurisprudentielles, et accessoirement faire certaines observations concernant la Communication de la Commission.

¹⁶³Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 1997 J.O. C372/5, à la page 5 para 2 : “[...] La définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capable de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. C'est dans cette optique que la définition du marché permet entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché pour l'appréciation d'une position dominante ou pour l'application de l'article 85 du traité.”

¹⁶⁴United Brands v Commission, précité, note 157

A- Le marché du produit

Cerner le marché du produit n'est pas sans poser des difficultés. Des produits qui, à première vue, semblent différents peuvent se substituer pour un usage particulier. Inversement, des produits semblables sont susceptibles, en raison de leur usage particulier, de constituer deux marchés distincts. L'analyse du marché du produit est donc une affaire complexe et propre à chaque cause. La jurisprudence en est d'ailleurs un bon exemple : les tribunaux communautaires n'ont pas établi, jusqu'à ce jour, un test unique pour délimiter le marché du produit¹⁶⁵. Ils choisiront, cas par cas, la méthode d'analyse qu'ils trouveront la plus appropriée¹⁶⁶.

La Commission dans sa nouvelle Communication ne propose pas de solution plus claire. Mis à part le paragraphe 7, où l'on définit le marché de produits en cause comme étant : “[...] Tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et l'usage auquel ils sont destinés.” La Communication n'indique pas de démarche unique pour définir ce marché. Au contraire, la Commission refuse d'adopter un seul test. Elle indique qu'il est primordial de garder une démarche souple. Le marché du produit devant être défini en fonction de toutes les informations disponibles. Tout laisse donc croire que la tendance jurisprudentielle actuelle devrait demeurer.

Selon la jurisprudence, le test le plus couramment utilisé, depuis l'affaire *Continental Can*, est celui de l'interchangeabilité des produits¹⁶⁷. Cette méthode définit le marché du produit par rapport aux produits visés et avec tous ceux qui peuvent raisonnablement s'y

¹⁶⁵The Law of the European Community : A Commentary, Smith/Herzog, New-York, Matthew&Bender, 1998-, p.3-245; Selon J.P. Dubois, le meilleur test serait celui de la similitude de la destination économique. Toutefois, comme nous le verrons, ce test n'est pas consacré par la jurisprudence. J.P. DUBOIS, op. cit., note 50, p.195

¹⁶⁶La tendance est de définir restrictivement le marché de façon à trouver une position dominante. C. GALVADA et G. PARLEANT, op. cit., note 23, p.432; W. RAWLINSON et M.P. CORNWELL-KELLY, op. cit., note 74, p.205

¹⁶⁷L'affaire *Continental Can* prévoit que le marché du produit “as being defined has the product with which there is only limited interchangeability”. Depuis, les autorités communautaires ont repris ce test dans les affaires United Brands v Commission, précité, note 157; Hoffmann-La Roche v Commission, précité, note 157 et NV Nederlandsche Banden-industrie Michelin v Commission, [1983] E.C.R. 3461

substituer¹⁶⁸. Il demeure difficile de déterminer si deux produits peuvent “raisonnablement” se substituer : le droit communautaire ne prévoit pas de règle qui permette d’établir le degré d’interchangeabilité nécessaire. Cependant, en pratique, la Commission exigera un degré élevé d’interchangeabilité¹⁶⁹.

Soulignons que l’évaluation de l’interchangeabilité du produit ne saurait se faire qu’en fonction des caractéristiques objectives du produit ou de son usage. Bien qu’il s’agisse là de facteurs dont on peut tenir compte, la Commission, dans sa jurisprudence passé, a clairement indiqué que l’interchangeabilité doit être appréciée du point de vue du consommateur, c’est-à-dire, si, dans l’esprit des usagers, réels ou potentiels, le produit est interchangeable¹⁷⁰. D’autres facteurs, comme le prix, les conditions de la concurrence et la structure de la demande et de l’offre, pourront aussi être considérés¹⁷¹.

Outre ce test, les tribunaux communautaires ont utilisé sporadiquement d’autres grilles d’analyse. Parmi celles-ci on retrouve celle de l’élasticité croisée¹⁷² et celle de l’usage particulier¹⁷³. Le test de l’élasticité croisée consiste en une analyse de la variation du prix d’un produit et de son impact sur la demande d’un autre produit. Dans les cas où l’élasticité croisée est grande, c’est-à-dire lorsque la variation du prix d’un des produits influence grandement la structure de la demande pour l’autre produit et vice versa, les produits font partie d’un même marché¹⁷⁴. Le test de l’usage particulier, quant à lui, veut que le marché du produit soit défini

¹⁶⁸X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.133; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.83-84

¹⁶⁹I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.85

¹⁷⁰C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.494 et 556; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.84

¹⁷¹Dans sa communication, la Commission réaffirme ce point en reconnaissant l’insuffisance des éléments tels que les caractéristiques du produit et de son usage, l’interchangeabilité fonctionnelle ou des caractéristiques similaires pour conclure que deux produits sont ou non interchangeable au niveau de la demande. Elle indique aussi que les divers types d’éléments à étudier sont : 1) la preuve d’une substitution dans un passé récent; 2) l’utilisation de tests quantitatifs tels que les estimations des élasticités et les élasticités croisées ou des analyses des liens de causalité entre des séries de prix, similitude, voir convergence, entre les niveaux de prix; 3) point de vue des clients et des concurrents; 4) préférence des consommateurs; 5) barrières et coûts associés à un transfert de la demande vers des produits de substitution potentiels; 6) différentes catégories de clients et discrimination par les prix.

¹⁷²I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.85

¹⁷³*Hugin v Commission*, Case 22/78 [1979] 3 CMLR 345

¹⁷⁴J.P. DUBOIS, *op. cit.*, note 50, p.195

de façon restrictive en raison de l'usage hautement spécialisé du produit en question. En vertu de cette méthode, chaque produit forme son propre marché.

Une fois le marché du produit déterminé, il est nécessaire de définir le marché géographique afin de pouvoir bien cerner la présence de l'entreprise sur le marché. Nous passons donc au marché géographique.

B- Le marché géographique

L'aire de distribution des producteurs et des consommateurs peut empêcher l'émergence d'une concurrence effective entre producteurs d'un même produit ou service. Par exemple, il est difficile pour un restaurant de Paris de faire concurrence à un autre situé à Londres. Même si ces deux restaurants offrent le même menu, il est impensable qu'un consommateur londonien se déplace jusqu'à Paris pour manger, et ce, même si le restaurant parisien offre des meilleurs prix. La dimension géographique est donc un élément important dans l'évaluation du marché en cause : deux entreprises distribuant le même produit peuvent opérer sur deux marchés distincts simplement en raison de leur emplacement respectif.

L'étendue du marché géographique est délimitée par la concurrence effective entourant le produit de l'entreprise étudiée : espace géographique qui sera caractérisé par des conditions homogènes de concurrence¹⁷⁵. Dans l'affaire *United Brands*, la Cour de justice indiquait que le marché géographique constituait :

[...] "a clearly defined geographic area" in which the "conditions of competition are sufficiently homogeneous for the effect or the economic power of the undertaking concerned to be evaluated". In such an area "the objective conditions of competition applying to the product in question must be the same for all traders"¹⁷⁶.

Le marché géographique se définit donc par l'espace qui, tout considéré, répond aux mêmes règles de concurrence. Il faudra, avant tout, analyser la concurrence effective sur le produit en question, pour ensuite délimiter l'espace dans lequel ces mêmes règles s'appliquent. Prenons

¹⁷⁵I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.90; J.S. VENIT, *loc. cit.*, note 23, p.83

¹⁷⁶P. JEBSEN et R. STEVENS, *loc. cit.*, note 141, p. 443, 464

par exemple l'affaire *United Brands*¹⁷⁷. Dans cette cause, la Cour conclut à un marché géographique correspondant au territoire européen en excluant du marché géographique la France, l'Italie et le Royaume-Uni en raison des systèmes tarifaires discriminatoires que l'on retrouve dans ces pays. La Cour était d'avis que ces pays, en imposant de tels tarifs, n'avaient pas des conditions de concurrence semblables aux autres pays européens où il y avait de la libre concurrence. Le rapport entre les coûts de transport et le coût du produit¹⁷⁸, les politiques et décisions gouvernementales¹⁷⁹, les habitudes commerciales des utilisateurs¹⁸⁰ sont quelques autres exemples d'éléments isolateurs qui ont été retenus par les autorités communautaires.

Traditionnellement, la Commission effectue rarement une analyse du marché et lorsqu'elle en fait une, celle-ci est souvent discutable¹⁸¹. La délimitation du marché géographique est donc souvent critiquable, pour ne pas dire arbitraire. Dans tous les cas, la Commission délimite presque toujours le marché géographique de façon à ce que l'entreprise jouisse d'une position dominante¹⁸². Par exemple, dans l'affaire *United Brands*, la Commission, confirmée par la Cour, a exclu trois pays du marché géographique, parce que ceux-ci appliquaient un système tarifaire discriminatoire, mais elle n'a aucunement tenu compte des différences existant entre les taxes et douanes, les habitudes des consommateurs, les possibilités de financement, ou encore la structure du commerce dans les différents pays européens. Pourtant, ces éléments changent aussi les règles de la concurrence et auraient donc commandé un marché géographique plus petit. Dans les faits de la cause, on aurait facilement pu prétendre que l'homogénéité des règles de concurrence n'existait qu'au niveau national.

La Communication de 1998, pourrait s'avérer annonciatrice d'une nouvelle façon de procéder. En effet, la Commission y indique l'approche qu'elle entend suivre pour définir le

¹⁷⁷*United Brands v Commission*, précité, note 157

¹⁷⁸*Napier Brown et Co. v British Sugar Plc*, [1990] 4 CMLR 196

¹⁷⁹*Alsatec v Novasam SA*, [1990] 4 CMLR 434

¹⁸⁰*NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission*, [1983] E.C.R. 3461

¹⁸¹P. JEBSEN et R. STEVENS, *loc. cit.*, note 141, p.463 : "Eventhough the Commission and the Courts review similar factors in defining the geographic market, they - particularly the Commission - appear to apply these with less consistency than would American courts, and in a way that suggests they have determined the appropriate outcome in advance."

¹⁸²*Id.*, p.462 et 475

marché géographique ainsi que les éléments dont elle tiendra compte à l'avenir. De façon générale, la Commission se fera, dans un premier temps, une idée du marché géographique en se référant aux répartitions des parts de marché détenues par les parties et par leurs concurrents ainsi que sur une analyse préliminaire de la fixation des prix et écarts de prix, pour ensuite cibler le marché à l'aide d'une vérification des caractéristiques contextuelles de la demande. Le critère retenu sera celui de la substitution consécutive à une variation des prix relatifs. Les éléments d'appréciation, quant à eux, seront :

- 1- des preuves que, dans le passé, il y a eu déplacement de commande vers d'autres zones;
- 2- les caractéristiques fondamentales de la demande;
- 3- l'opinion des clients et des concurrents;
- 4- la localisation des achats au moment de l'enquête;
- 5- les courants d'échanges - caractéristiques des livraisons;
- 6- les entraves et coûts liés à la réorientation des commandes vers des entreprises situées dans d'autres zones.

Ceci dit, pour que l'article 86 s'applique, il sera nécessaire que le marché géographique couvre, au minimum, une partie substantielle du territoire de l'Union européenne¹⁸³. Il s'agit là non d'une question de superficie, mais d'importance économique¹⁸⁴. Afin de déterminer si le marché géographique correspond à une partie substantielle du territoire du Marché commun, la Cour de justice indique qu'on doit évaluer la structure et le volume de production et de consommation des produits, ainsi que les habitudes et les possibilités économiques du vendeur et de l'acheteur¹⁸⁵. On doit ensuite comparer l'importance économique du marché délimité par rapport au marché communautaire¹⁸⁶. Le pourcentage à partir duquel on peut parler d'une partie substantielle n'est pas clairement défini. Toutefois, le territoire national d'un État sera un espace suffisant. Dans certaines circonstances, même une région d'un État sera susceptible

¹⁸³I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.92

¹⁸⁴J.P. DUBOIS, *op. cit.*, note 50, p.186; E. GOULON, *op. cit.*, note 32, p.127

¹⁸⁵*Suiker Unie v Commission*, précité, note 35

¹⁸⁶J. GUYÉNOT et C.P. d'EVEGNÉE, *op. cit.*, note 71, p.91-92

de constituer une partie substantielle du Marché commun¹⁸⁷. Encore une fois, la Commission jouit d'une certaine liberté dans l'évaluation de la substantialité du territoire, le Tribunal et la Cour n'intervenant que cas par cas, sans vraiment préciser de règles à suivre.

Sous-section 2. La dominance

La dominance d'une entreprise se constate par l'analyse d'une multitude de facteurs. Quoique certains soient plus déterminants que d'autres, la dominance ne saurait se constater par une analyse unidimensionnelle. La Cour indiquait d'ailleurs dans l'affaire *United Brands*:

[...] a position of economic strength enjoyed by an undertaking enabling it [...] to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of its consumers. In general, it derives from a combination of several factors which taken separately are not determinative.¹⁸⁸

Ces facteurs sont de deux ordres : les facteurs reliés à la structure du marché et ceux qui sont propres à l'entreprise et à son pouvoir sur le marché (liés au comportement de celle-ci). Soulignons que ce n'est pas la présence d'un monopole ou d'un quasi-monopole qui est recherché¹⁸⁹. La simple capacité de se soustraire aux règles normales de la compétition suffit. En effet, quoique l'article 86 vise les entreprises en position dominante, les autorités communautaires semblent l'appliquer aux entreprises qui jouissent d'une simple prééminence sur le marché. Les auteurs Ivo Van Bael et Jean-François Bellis soulignent d'ailleurs cette tendance :

Le concept de position dominante a-t-il été réduit à celui de position prééminente : toute grande entreprise, dont la part de marché dépasse de façon sensible celle de ses proches concurrents, sera, la plupart du temps, considérée comme dominante en application des critères dégagés par la Commission et la Cour dans l'affaire *United-Brands* et dans les affaires qui ont suivi.¹⁹⁰

¹⁸⁷I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.92

¹⁸⁸*United Brands v Commission*, précité, note 157, p.208

¹⁸⁹X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.126

¹⁹⁰I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.27

A- Les parts de marché

Le plus important des facteurs examinés par la Commission est de loin la part de marché détenue par l'entreprise¹⁹¹. Ce facteur peut même être déterminant, sauf dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la part de marché est extrêmement élevée¹⁹². Bien que l'on sache peu ce que l'on entend par une part de marché extrêmement élevée, la Commission dans l'affaire *Azko* a considéré qu'une part de 50 % était une part extrêmement élevée. Ainsi, sauf circonstances extraordinaires, une part de plus de 50 % est en soi déterminante d'une position dominante. Cependant, une part de moins de 50 % ne devient pas par le fait même insignifiante. Bien sûr, plus la part de marché est basse, plus il sera nécessaire de faire appel à d'autres éléments. Une part de 20 à 40 % ne saurait donc à elle seule suffire. D'autres circonstances devront exister pour établir la dominance de l'entreprise. À ce sujet, la Commission précisait dans son 10ième rapport que :

Pour l'essentiel, l'existence d'une position dominante peut être constatée à partir d'une part de marché de l'ordre de 40 à 45 % (4). Si la détention d'une telle part ne permet pas en elle-même de conclure automatiquement au contrôle du marché, elle contribue, lorsqu'il existe des écarts considérables avec les positions des concurrents les plus proches et d'autres facteurs susceptibles de conférer des avantages concurrentiels à l'entreprise considérée, à établir l'existence d'une telle position.

(4) l'existence d'une telle position peut même ne pas être exclue pour une part de marché variant entre 20 et 40 % (Neuvième Rapport sur la politique de concurrence, n. 22).¹⁹³

Soulignons que rien n'empêche une entreprise détenant une part du marché inférieure à 20 % de jouir d'une position dominante. D'ailleurs, dans l'affaire *Méto*¹⁹⁴, la Cour de justice laisse entendre qu'avec une part de marché en deçà de 10 %, une entreprise peut, dans certains cas, être dominante.

¹⁹¹J.P. BLAISE et L. IDOT, "Concurrence", (1995) 31 *Rev. trim. dr. europ.* 859, 861

¹⁹²*Hoffmann-La Roche v Commission*, précité, note 157

¹⁹³COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Dixième Rapport sur la politique de concurrence*, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1981, p.111, para 150

¹⁹⁴*Metro SB-Grossmarket GMBH & CoKG v Commission*, Case 26/76, [1977] *Recueil* 1875

B- Les autres facteurs

Dans la mesure où l'analyse des parts de marché n'est pas concluante, la Commission a retenu une panoplie de facteurs lui permettant de déterminer si l'entreprise est en position dominante. Il s'agit d'éléments secondaires qui ont pour fonction de faire ressortir l'aptitude de l'entreprise à se soustraire aux règles de la concurrence.

Le premier de ces facteurs est la part du marché des entreprises concurrentes. Plus la différence entre la part du marché de l'entreprise à l'étude et de son plus grand compétiteur est grande, plus la tendance sera de conclure à l'existence d'une position dominante¹⁹⁵. Plus la différence entre les parts de ces deux entreprises est faible, moins les chances sont grandes que l'entreprise détienne une position dominante¹⁹⁶. Il sera difficile pour une entreprise d'exercer une dominance sur le marché si les concurrents de celle-ci sont relativement de la même taille. Un autre indice retenu par les autorités communautaires est les conditions d'entrée sur le marché¹⁹⁷ : tout avantage détenu par une entreprise ou toute difficulté éprouvée par d'autres entreprises pour prendre leur place dans le marché a pour effet de cristalliser la structure du marché, et donc, d'accentuer la position privilégiée détenue par l'entreprise. L'entreprise oeuvrant dans un marché protégé par de nombreuses barrières d'entrée profite donc d'une faible concurrence réelle ou potentielle, puisque peu d'entreprises sont en position de lui faire compétition. La Commission a, par le passé, aussi retenu des éléments comme la détention d'un brevet, une avance technologique ou un système de distribution et de vente hautement développé, ou encore l'absence de concurrence potentielle comme étant des facteurs qui peuvent indiquer une position dominante¹⁹⁸. Toutefois, elle n'a pas retenu la rentabilité de l'entreprise ni sa capacité de maintenir sa part du marché comme une indication de dominance, même s'il y a présence d'une vive concurrence sur le marché¹⁹⁹.

¹⁹⁵Tetra Pak International v Commission, Case T-83/91, [1994] II E.C.R. 755

¹⁹⁶X. De ROUX et D. VOILLEMOT, op. cit., note 14, p.131; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, op. cit., note 29, p. 96

¹⁹⁷Tetra Pak International v Commission, précité, note 195

¹⁹⁸Akzo Chemie BV v Commission, Case C-62/86, [1991] 10 E.C.J.R. 132; Hilti v Commission, Case C-53/92p, [1994] E.C.R. 667; X. De ROUX et D. VOILLEMOT, op. cit., note 14, p.131-132

¹⁹⁹X. De ROUX et D. VOILLEMOT, op. cit., note 14, p.131 et 133

La position dominante peut résulter du fait de la loi²⁰⁰ ou du fait que l'entreprise détient un quasi-monopole des matières ou services de base qui empêche presque entièrement un concurrent d'avoir accès au marché secondaire²⁰¹. Elle peut aussi être décelée par le comportement de l'entreprise. En effet, la Commission a tendance à considérer certains types de comportements comme une indication que l'entreprise jouit d'une position dominante²⁰², l'entreprise ne pouvant agir de la sorte que si elle détient une position dominante²⁰³.

Avant de conclure, nous aimerions glisser quelques mots sur la notion de position dominante collective. Le libellé de l'article 86 prévoit expressément qu'une position dominante peut être détenue par un groupe d'entreprises. Toutefois, cette notion est peu développée. Bien que la Commission commence de plus en plus à s'y intéresser, le Tribunal de première instance et la Cour de justice ne s'y sont penchés qu'à quelques reprises seulement et sans trop y apporter de précisions.

Dans sa décision de 1973, dans l'affaire des *Sucres*, la Commission a conclu que deux compagnies hollandaises détenaient une position dominante collectivement :

[...] les deux producteurs néerlandais coopèrent très étroitement pour une très large partie de leurs activités (réception en commun de betteraves, collaboration dans l'emploi des sous-produits, mise en commun de la recherche scientifique, coopération pour la prospection des marchés, la publicité et la promotion des ventes, uniformisation des prix départ-usine et des conditions de vente)²⁰⁴

Plus récemment, dans l'affaire des *Verres plats*²⁰⁵, la Commission était d'avis que les entreprises détenaient collectivement une position dominante, car elles se présentaient sur le

²⁰⁰COMMISSION EUROPÉENNE, *XXIV Rapport sur la politique de concurrence 1994*, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995, p.259, para 453 et 454

²⁰¹C'est le cas lorsqu'un concurrent ou entrepreneur se voit dans une situation de dépendance à l'égard de l'entreprise. I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.97

²⁰²*United Brands v Commission*, précité, note 157; *The Law of the European Community : A Commentary*, Smith/Herzog, New-York, Matthew&Bender, 1998-, p.3-255; D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.412

²⁰³La Commission dans *Eurofix-Bauco/Hilti*, 1988 J.O. L65 p.35 trouvait que "le comportement commercial de Hilti, qui a été décrit plus haut et sera analysé ci-après, témoigne de son aptitude à agir indépendamment et sans tenir compte à la fois des concurrents et de la clientèle sur les marchés concernées."

²⁰⁴Décision Industrie européenne des sucres, 1973 J.O. L140/17 aux pages 19-20

²⁰⁵Décision Italian Flat Glass, O.J. 1989 L33/44

marché comme constituant une seule entité. Les éléments déterminants étaient : (i) leur décision d'affaires démontraient un certain degré d'interdépendance en ce qui concernait les conditions des ventes, les relations avec les consommateurs, la stratégie d'affaire et la fixation des prix; (ii) elles maintenaient collectivement des liens spéciaux avec les commerçants; et, (iii) elles avaient établi des liens structurels entre elles quant à la production de biens par l'entremise d'échange systématique de produits²⁰⁶. La décision en fut appelée au Tribunal de première instance, qui l'a partiellement renversée²⁰⁷. Selon le Tribunal, la preuve n'était pas suffisante pour démontrer que les entreprises étaient collectivement dominantes. La décision du Tribunal est cependant intéressante en ce qu'elle reconnaît la possibilité pour des entreprises indépendantes d'exploiter collectivement une position dominante. Le Tribunal écrit:

[...] There is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being, on a specific market, united by such economic links that, by virtue of that fact, together they hold a dominant position vis-à-vis the other operators on the same market. This could be the case, for example, where two or more independent undertaking jointly have, through agreements or licenses, a technical lead affording them the power to behave to an appreciable extent independently of their competitors, their customers and ultimately of their consumers.²⁰⁸

Ainsi, pour le Tribunal, c'est l'existence de liens économiques qui est déterminant. Toutefois, celui-ci ne dit rien sur ce qui constitue des liens économiques. Depuis, la jurisprudence ne semble plus exiger la présence de liens économiques, mais l'existence de liens suffisamment forts pour que les entreprises soient qualifiées d'être collectivement dominantes. Dans l'affaire des *Verres plats*, le Tribunal donne pour exemple la présence d'un accord ou d'une licence. Cependant, la notion de liens suffisamment forts doit être beaucoup plus large, à défaut de quoi la notion de position dominante collective perd toute son utilité²⁰⁹. Si un lien suffisamment fort n'est possible que dans le cas d'un accord, les entreprises

²⁰⁶Id.

²⁰⁷Societa Italiana Vetro (SIV) et al. v Commission, Cases T-68, 77 et 78/89, [1992] II E.C.R. 1403

²⁰⁸Id., para 358

²⁰⁹R. WHISH et B. SUFRIN, loc. cit., note 104, p.61

signataires seront automatiquement soumises au contrôle de l'article 85. Pour cette raison, il a été suggéré que la présence de comportement parallèle entre des entreprises qui opèrent sur le même marché et qui n'ont pas l'intention de se faire concurrence pourrait constituer un lien économique justifiant l'application de la notion de position dominante collective²¹⁰.

Section 2. La notion d'abus

Tel que l'article 86 l'indique, la simple existence d'une position dominante ne saurait suffire pour tomber sous la prohibition de l'article : l'entreprise dominante se doit d'exploiter abusivement sa position sur le Marché commun²¹¹. Le *Traité de Rome* ne fournit aucune définition de l'exploitation abusive. Toutefois, les grandes lignes de cette notion se dégagent des objectifs du traité, tels qu'on les retrouve énoncés dans le préambule et plus particulièrement aux articles 2 et 3 dudit traité. Les décisions des autorités communautaires aident, elles aussi, à mieux comprendre le concept de l'abus.

C'est dans l'affaire *Hoffmann-La Roche* que la Cour de justice a élaboré sa célèbre définition de l'abus :

[...] la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien de degré de concurrence existant encore sur le marché au développement de cette concurrence;²¹²

Il s'agit donc d'une notion très large qui englobe, à la fois, des comportements qui sont de nature à influencer la structure du marché et d'autres qui cherchent à faire obstacle à la concurrence. Il y aura abus dès qu'une entreprise dominante se sert de sa puissance économique pour obtenir des avantages qu'elle ne pourrait obtenir dans un marché régi par une

²¹⁰D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.414

²¹¹Même si la position dominante est située hors du Marché commun, il y aura contravention à l'article 86 si cette entreprise exerce son influence sur le marché. J.P.DUBOIS, *op. cit.*, note 50, p.176

²¹²*Hoffmann-La Roche c Commission*, précité, note 157, p.541

concurrence effective²¹³. Une analyse de la jurisprudence communautaire indique d'ailleurs qu'il y a une réelle tendance, de la part des autorités communautaires, à considérer comme étant un abus toutes les pratiques anticoncurrentielles ou déloyales exercées par une entreprise dominante²¹⁴, et ce, même s'il s'agit d'une pratique courante²¹⁵. Le fait que la pratique ou le comportement reproché est une coutume ne constitue pas une défense valable pour l'entreprise dominante²¹⁶, car elle est tenue à une norme de conduite plus élevée que celle des autres entreprises. Pour cette raison, les entreprises dominantes ne peuvent s'adonner à des pratiques qui seraient inconciliables avec les objectifs du traité²¹⁷.

Quoiqu'une entreprise dominante soit "chargée d'une responsabilité particulière, celle de ne pas porter atteinte à une concurrence effective et non faussée ans le Marché commun"²¹⁸, rien ne l'empêche de consolider ou d'accroître sa dominance sur le marché : l'article 86 n'interdit pas le renforcement ou l'accroissement d'une position dominante par suite de méthodes concurrentielles²¹⁹. Cependant, une entreprise dominante ne pourrait augmenter sans limite son contrôle sur le marché. Dans l'affaire *Continental Can*, la Cour a exprimé l'avis que le renforcement d'une position dominante sur un marché donné, même en raison d'une bonne politique concurrentielle, ne peut être tel que la dominance par l'entreprise sur ce marché entrave de façon substantielle la concurrence résiduelle²²⁰.

²¹³X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.138; J. VANDAME et M. GUERRIN, *op. cit.*, note 22, p.136

²¹⁴*Belgische radio* dans A. CABBELL, *op. cit.*, note 41, p.31; V. KORAH, *op. cit.*, note 54, p.140

²¹⁵COMMISSION EUROPÉENNE, *XXIII Rapport sur la politique de concurrence 1993*, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, p.139, para 213; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.503; S. WEBBER WALLER, *loc. cit.*, note 156, p.71. Il peut y avoir abus même si le comportement est permis sous l'article 85(3).

²¹⁶S. WEBBER WALLER, *loc. cit.*, note 156, p.71

²¹⁷Dans E.M FOX, "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness", (1986) 61 *Notre Dame Law Review* 981, l'auteur écrit à la page 1017 : "Community law against abuse of a dominant position regulates excessive pricing, proscribes acquisitions that increase dominance, and forbids strategies that unnecessarily exclude competitors from markets, deprive entrepreneurs of acces to inputs, and, deprive buyers of freedom of choice."

²¹⁸COMMISSION EUROPÉENNE, *op. cit.*, note 215, p.224, para 349

²¹⁹V. KORAH, *op. cit.* note 54, p.119

²²⁰*Europemballage and Continental Can v Commission*, Case 6/72, [1973] E.C.R. 215; E.M. FOX, *loc. cit.*, note 217, p.987-988; J. GUYÉNOT et C.P. d'EVERGÉE, *op. cit.*, note 71, p.101; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.539

Au cours des dernières années, on remarque que la Commission a pris une nouvelle direction quant à l'application de l'article 86. En effet, elle semble avoir introduit en droit européen la notion américaine des installations essentielles²²¹. Selon cette notion, l'entreprise en position dominante exploitant une installation essentielle a l'obligation, dans certains cas, de permettre à d'autres entreprises l'accès à cette infrastructure, à défaut de quoi, le refus serait abusif²²². Traditionnellement, la doctrine des installations essentielles visait les infrastructures et les installations essentielles. Cependant, dans son application, la Commission l'a élargie pour y inclure les entreprises qui offrent des services ou des produits jugés nécessaires pour accéder à un marché²²³. C'est dans l'affaire *Sea Containers v Stena Sealink*²²⁴ que l'on retrouve la première application de la doctrine des installations essentielles en droit européen. La Commission énonçait la règle de la façon suivante:

An undertaking which occupies a dominant position in the provision of an essential facility and itself uses that facility (i.e. a facility or infrastructure, without access to which competitors cannot provide services to their customers), and which refuses other companies access to that facility without objective justification or grants access to competitors only on terms less favourable than those which it gives its own services, infringes Article 86 if the other conditions of that Article are met [...]. An undertaking in a dominant position may not discriminate in favour of its power in one market in order to protect or strengthen its position in another related market, in particular, by refusing to grant access to a competitor or by granting access on less favourable terms than those of its own services, and thus imposing a competitive disadvantage on its competitor, infringes Article 86.²²⁵

Quoique cette doctrine n'ait pas encore expressément reçu l'assentiment du Tribunal de première instance ou de la Cour de justice, les propos de l'affaire *Magill*²²⁶ semble la

²²¹COMMISSION EUROPÉENNE, XXII Rapport sur la politique de concurrence 1992, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1993, p.139 para213; J.-Y. ART et D. VAN LIEDEKERKE, loc. cit. note 63, p.73 l

²²²L. IDOT, op. cit., note 25, p.152

²²³L. IDOT, op. cit., note 25, p.153

²²⁴Decision *Sea Containers c Stena Sealink* 1994 J.O. L15/8

²²⁵Id., para 66

²²⁶Radio Telefis Eireann, British Broadcasting Corporation, and Independent Television Publications Ltd. v Commission, Case T-69 et T-76/89, [1991] 10 ECJR 134

consacrer²²⁷ :

Thus, Magill is authority for the proposition that if a dominant company denies to a dependant company essential raw material in order, for example, to eliminate that company as a competitor or potential competitor, then an abuse may occur.²²⁸

Malgré tout, les entreprises dominantes peuvent s'adapter aux fluctuations du marché au même titre que toute autre entreprise. Ils leur est même possible de mettre en oeuvre des mesures exceptionnelles afin de défendre leurs intérêts commerciaux lorsqu'elles font l'objet d'attaque de la part de concurrents²²⁹. Cependant, elles n'auront pas toute la liberté voulue dans leurs choix de stratégie. Dans la décision *Decca Navigation System*, la Commission précisait que :

[...] no undertaking has the right to ensure the continuation of its business by means which infringe ... competition law. Therefore, the criticized behaviour remains abusive even if there were no other alternative to those of ceasing to supply and abandoning the market for DNS transmissions.²³⁰

Le Tribunal de première instance, quant à lui, souligne :

Whilst the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked and whilst such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it.²³¹

Les entreprises dominantes seront donc relativement limitées dans leurs options. La défense de leurs intérêts commerciaux ne saurait justifier des mesures disproportionnées à la menace ni servir d'excuse pour renforcer leur position dominante ou d'en abuser²³². De plus, le droit

²²⁷J.-Y. ART et D. VAN LIEDEKERKE, *loc. cit.*, note 63, p.751

²²⁸I.S. FORRESTER et C. NORALL, "Competition Law", (1995) 15 *Y Euro Law* 362

²²⁹V. KORAH, *op. cit.*, note 54, p.144

²³⁰Decision *Decca Navigation System* 1989 O.J. L43/37 au paragraphe 113

²³¹*BPB Industries Plc and British Gypsum limited v Commission*, case T-65/89, [1993] 5 CMLR 32, para 65

²³²J.P. BLAISE et L. IDOT, *loc. cit.*, note 191, 864 ; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.525

européen ne permet pas à une entreprise dominante de refuser de contracter avec une entreprise ou de l'approvisionner d'un bien ou d'un service, même s'il s'agit de la seule façon pour l'entreprise en position dominante de subsister²³³.

Soulignons aussi que l'abus n'a pas à être commis sur le même marché que celui où l'entreprise détient sa position dominante : aucun lien direct de causalité entre l'abus et la puissance économique sur le marché n'est nécessaire²³⁴. L'article 86 sera violé dès qu'une entreprise dominante adopte un comportement abusif sur un marché accessoire ou secondaire²³⁵. L'affaire *Commercial solvents* montre bien comment on a contrevenu à l'article 86 en raison d'un comportement abusif sur un marché autre que celui où l'entreprise était dominante :

However, an undertaking being in a dominant position as regards to the production of raw material and therefore able to control the supply to manufacturers of derivatives, cannot, just because it decides to start manufacturing these derivatives (in competition with its former customers) act in such a way as to eliminate their competition which in the case in question, would amount to eliminate one of the principal manufacturers of ethambutol in the Common Market. Since such conduct is contrary to the objectives expressed in 3 f and set out in greater detail in 85 and 86, *it follows that an undertaking which has a dominant position in the market in raw material for manufacturing its own derivative, refuses to supply a customer, which is itself a manufacturer of the derivatives, and therefore risks eliminating all competition on the part of this customer, is abusing its dominant position within the meaning of 86.*²³⁶[les italiques sont de nous]

De plus, il est important de souligner que l'exploitation abusive, étant une notion objective, ne requiert aucune intention particulière²³⁷. Bien que, dans certains cas, les autorités communautaires aient conclu à l'abus en raison de l'intention ou de l'objectif recherché par

²³³J.P. BLAISE et L. IDOT, *loc. cit.*, note 191, p.864

²³⁴J.P. BLAISE et L. IDOT, *loc. cit.*, note 191, p.859 ; J.P. DUBOIS, *op. cit.*, note 50, p.225 ; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.503

²³⁵*ICI & Commercial Solvents Corp v Commission*, précité, note 75 ; *BPB Industries and British Gypsum v Commission*, Case T-65/89,[1983] II E.C.R. 389 ; P. JEBSEN et R. STEVENS, *loc. cit.*, note 141, p.477 ; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.522

²³⁶*ICI & Commercial Solvents Corp v Commission*, précité, note 75, p. 250-251

²³⁷P. JEBSEN et R. STEVENS, *loc. cit.*, note 141, p.489 ; D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.416

l'entreprise dominante, l'absence d'intention d'éliminer la concurrence ou l'absence de comportement fautif n'empêche pas de conclure à l'abus²³⁸. Dans l'affaire *GEMA*²³⁹, la Commission refusait l'argument voulant que *GEMA* ait ignoré les conséquences discriminatoires de ses activités.

Toutefois, si l'entreprise peut justifier objectivement ses comportements et démontrer qu'elle n'avait pas l'intention de déjouer les règles normales du jeu de la concurrence, la Commission ne conclura pas à une exploitation abusive de la part de l'entreprise²⁴⁰. De plus, des pratiques à première vue abusives pourront être permises si elles sont raisonnablement justifiées²⁴¹. Par exemple, si une entreprise adopte des pratiques commerciales en raison de contraintes extérieures, d'impératifs commerciaux et économiques dignes de protection, des particularités liées au marché ou au produit, ou encore en raison des droits de propriété intellectuelle, ces pratiques pourront être considérées comme étant non-abusives au sens de l'article 86.

Afin de cerner davantage la notion d'abus, nous allons brièvement traiter de quelques comportements susceptibles d'être perçus comme abusifs. Une première liste peut être dressée grâce aux exemples prévus par l'article 86. Seront susceptibles d'être abusifs, les comportements suivants :

- 1- imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- 2- limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- 3- appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

²³⁸Règlement n.17 du Conseil, art.15(2); A. CABBELL, *op. cit.*, note 41, p.30-31; Cependant, certains auteurs ont déjà prétendu que l'intention d'abuser était nécessaire en raison du texte même de l'article dans sa version anglaise. J.P. DUBOIS, *op. cit.*, note 50, p.267

²³⁹Decision GEMA 1971 J.O. L134/15

²⁴⁰D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.415

²⁴¹D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.415-416

- 4- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Sans reprendre intégralement cette liste, nous allons aborder les principaux exemples d'abus qui ressortent de la jurisprudence communautaire.

A- Comportement relatif aux prix

L'article 86(2)(a) prévoit expressément que toute fixation des prix, directe ou indirecte, est susceptible de constituer un abus. De plus, en vertu de la même disposition, toute transaction non équitable imposée par une entreprise dominante est abusive. Dans les affaires *Akzo*²⁴² et *Tetra Pak II*²⁴³, les autorités communautaires ont exprimé l'avis que l'imposition de prix très bas pouvait avoir un caractère abusif. Cependant, on ne voit pas clairement à quel moment un bas prix sera susceptible d'être abusif. Le principe en la matière s'explique ainsi:

- 1- Les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés abusifs par eux-mêmes, car ils n'ont aucune justification objective.
- 2- Les prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, ne sont abusifs que s'il est prouvé que l'entreprise participe à un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Le seul niveau des prix ne suffit pas.²⁴⁴

Les prix prédateurs peuvent aussi être des prix qui sont excessivement élevés car ils n'ont aucune justification économique objective et ne sont possible qu'en raison de la puissance économique de l'entreprise qui les imposent et ce, au détriment des consommateurs. La Commission considère donc que tout prix excessif pour un produit, bien ou service, imposé par une entreprise en position dominante est abusif²⁴⁵. Quoique les autorités communautaires

²⁴²*Akzo Chemie BV v Commission*, précité, note 198

²⁴³*Tetra Pak International v Commission*, précité, note 195

²⁴⁴*Akzo Chemie BV v Commission*, précité, note 198; *Tetra Pak International v Commission*, précité, note 195; J.P. BLAISE et L. IDOT, *loc. cit.*, note 191, p.864 ; J. FAULL, *loc. cit.*, note 102, p.235

²⁴⁵Decision Eurofix-Bauco/Hilti 1988 O.J. L65/19 à la page 37; Dans *Sirena v Eda*, Case 40/70, [1971] E.C.R. 69; *Deutsche Grammophon c Metro*, affaire 78/70, [1971] Recueil 487, la Cour de justice a reconnu qu'il est possible d'abuser d'une position dominante en fixant les prix de façon excessive. Cependant, elle n'a pas trouvé que les prix chargés dans ces affaires était excessifs. T.E. KAUPER, "Article 86, Excessive Prices, and

n'appliquent pas toujours le même test pour déterminer si le prix est excessif, elles ont souvent fait appel à l'analyse de la marge de profit. Dans l'affaire *United Brands*, la Cour de justice expliquait davantage la notion du prix excessif dans ces termes :

[c]harging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied may be an abuse [...] this excess could, inter alia, be determined objectively if it were possible for it to be calculated by making a comparison between the selling price of the product in question and its cost of production, which would disclose the amount of the profit margin.²⁴⁶

Par ailleurs, les autorités communautaires n'ont pas véritablement indiqué à partir de quel pourcentage la marge de profit serait trop élevée. Toutefois, plus la marge de profit est élevée, plus il y aura de chances que le prix soit abusif²⁴⁷, sauf s'il y a une justification objective pour l'expliquer²⁴⁸.

Établir des prix discriminatoires, c'est-à-dire exiger des prix différents sans motif valable pour le même produit ou service, est une autre pratique généralement considérée abusive²⁴⁹. L'intégration économique, un des objectifs du traité, ne saurait permettre à une entreprise d'imposer des prix discriminatoires. Toute différence quant aux prix exigés aux divers clients devra donc être justifiée objectivement²⁵⁰. Les éléments qui pourront être retenus à titre de justifications objectives sont : les coûts de transport, les différents niveaux de salaires entre États membres, les divers régimes fiscaux ou toute autre justification économique. Cependant, l'argument voulant que les différences de prix soient justifiées par les tendances propres à chaque marché national a été rejeté : l'article 86 ne permet pas à une entreprise

Refusal to Deal", (1991) 59 *Antitrust Law Journal* 441, 446

²⁴⁶*United Brands v Commission*, précité, note 157, p.209

²⁴⁷J.P. BLAISE et L. IDOT, *loc. cit.*, note 191, p.864

²⁴⁸La Cour de justice semble exiger non seulement que la marge de profit soit élevée, mais qu'elle soit aussi non justifiée "either [...] in itself or as compared to competing products." D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.417

²⁴⁹*United Brands v Commission*, précité, note 157; *Hoffmann- La Roche v Commission*, précité, note 157; *Michelin v Commission*, affaire 322/81, [1983] Recueil 3461

²⁵⁰P. JEBSEN et R. STEVENS, *loc. cit.*, note 141, p.497; D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.419

dominante d'imposer le prix le plus élevé que chaque marché national peut tolérer²⁵¹.

Un autre comportement communément réprimandé par la Commission est la mise en place de certains systèmes de rabais. Bien que tous les systèmes de rabais ne soient pas prohibés, tous ceux qui cherchent à lier l'acheteur au fournisseur ou qui cherchent à mettre l'acheteur dans une position où il lui devient difficile de se procurer les biens ou les services chez un autre fournisseur le seront²⁵². Ainsi, les systèmes de rabais dit de loyauté²⁵³ ou ceux dit de quota²⁵⁴ ont toujours été réprimandés. Les rabais de loyauté sont des systèmes de rabais qui accordent, à l'acheteur, une réduction du prix si celui-ci s'oblige à se procurer un pourcentage minimum de ses besoins chez un même fournisseur. Les systèmes de rabais dit de quota, quant à eux, incluent tous les systèmes où l'acheteur ne s'oblige pas à acheter une quantité minimale, mais où il est prévue un système de ristourne établi en fonction d'une échelle de quota prédéterminé. Dans les deux cas, les exigences sont généralement très élevées, de façon à ce qu'il devienne difficile à l'acheteur de s'approvisionner ailleurs et de bénéficier des rabais. Ces rabais ont généralement pour effet de lier le distributeurs à un seul fournisseur. Ils ont donc pour effet de cloisonner le marché et de cristalliser les réseaux de distribution ce qui résulte généralement en une diminution de concurrence intermarque. Les systèmes de rabais reliés uniquement au volume acheté, quant à eux, ont reçu l'approbation des autorités communautaires²⁵⁵ car ils sont objectivement justifiables et n'ont par pour effet de cloisonner le marché.

B- Les pratiques discriminatoires

L'article 86(2)(c) prévoit que l'application "à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence" est prohibée. Il en découle que toutes les exigences, de la part d'une

²⁵¹D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.420

²⁵²*Hoffmann-La Roche v Commission*, précité, note 157,

²⁵³V. KORAH, *op. cit.*, note 54, p. 139-140 ; D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.421

²⁵⁴D. WYATT et A. DASHWOOD, *op. cit.*, note 98, p.421

²⁵⁵X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.145

entreprise dominante, qui ne sont pas raisonnables ou nécessaires seront susceptibles d'être abusives. Dans l'affaire *GEMA*²⁵⁶, le test retenu a été de voir si les conditions imposées par la société de droits d'auteur étaient nécessaires pour que la société puisse accomplir ses fonctions. Notons aussi que dans ses pratiques commerciales, l'entreprise dominante ne devra pas agir de façon discriminatoire, mais devra plutôt adopter un comportement pouvant être objectivement justifiable²⁵⁷.

C- Refus d'approvisionnement ou de contracter

À moins de justification objective, le droit communautaire oblige les entreprises détenant une position dominante de contracter avec ses partenaires commerciaux ou de les approvisionner²⁵⁸. Le simple refus d'approvisionner ou de contracter peut donc être abusif²⁵⁹, comme le montre le passage suivant :

La Commission souligne, d'une manière générale, que tout refus de livrer opposé à un acheteur, sans justification objective, par une entreprise occupant une position dominante sur un marché, constitue une infraction à l'article 86 ; il en est de même lorsque l'entreprise dominante subordonne la livraison au contrôle de la transformation ultérieure du produit ou de la commercialisation.²⁶⁰

Rappelons que la défense des intérêts commerciaux ne saurait être une raison valable pour un refus de contracter. Comme nous l'avons déjà dit, une entreprise dominante ne peut, même si sa survie en dépend, refuser d'approvisionner ses concurrents ou de contracter avec eux. Il ne lui est pas permis non plus de refuser d'approvisionner un concurrent afin de maintenir ou pour renforcer sa position dominante²⁶¹. Toutefois, il lui sera permis de refuser

²⁵⁶*GEMA v Commission*, Case 125/78, [1979] E.C.R. 3173

²⁵⁷P. JEBSEN et R. STEVENS, *loc. cit.*, note 141, p.497

²⁵⁸Parmi la jurisprudence communautaire sur le sujet, on retrouve; *ICI & Commercial Solvents Corporation v Commission*, précité, note 75; *United Brands v Commission*, précité, note 157; *Hugin Kassaregister AB v Commission*, [1979] E.C.R. 1869

²⁵⁹*ICI & Commercial Solvents Corp v Commission*, précité, note 75

²⁶⁰COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Treizième Rapport sur la politique de concurrence*, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1984, p.100, para 157

²⁶¹*ICI & Commercial Solvents Corp v Commission*, précité, note 75

une demande d'approvisionnement à caractère anormal. De plus, il est loisible à une entreprise dominante, en période de pénurie, de définir des critères de priorités des commandes si ceux-ci sont objectifs et appliqués de façon non discriminatoires²⁶².

D- Vente liée

Est abusif, selon l'article 86(2)(d), le fait de "subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats". Soumettre la vente d'un produit, bien ou service, à l'acceptation d'un deuxième produit n'est donc pas permis sous réserve d'avoir une justification pour lier les deux produits. Le produit en cause est donc central. Par exemple dans l'affaire *Hilti*²⁶³, la Cour a décidé que les clous et les fusils à clou constituaient deux produits différents et, à ce titre, ne pouvaient être vendus ensemble sans motifs valables. La Cour avait refusé l'argument voulant que le regroupement de ces deux produits était requis pour des raisons de sécurité et pour la protection des consommateurs.

²⁶²B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, Droit commercial européen, 5 éd., Paris, Éditions DALLOZ, 1994, p.456

²⁶³Hilti AG v Commission, Case T-30/89, [1991] II E.C.R. 1439

PARTIE II : LE CADRE PARTICULIER DE LA DISTRIBUTION COMMERCIALE

Maintenant que nous avons vu les grandes lignes du droit européen de la concurrence, nous allons approfondir notre analyse des articles 85 et 86 du *Traité de Rome* en étudiant plus précisément l'incidence de ces articles en matière de distribution commerciale. Dans cette deuxième partie, nous tenterons de cerner l'impact des prohibitions des articles 85 et 86 du *Traité de Rome* sur les diverses méthodes de distributions, à savoir les systèmes de distribution exclusive, d'approvisionnement exclusif, de distribution sélective et des franchises. Nous chercherons aussi à identifier les limites que posent ces articles en soulignant la compatibilité ou l'incompatibilité de certaines pratiques.

Bien que chaque contrat de distribution est en soi un instrument juridique complexe et particulier, pour les fins de notre exposé, nous avons décidé de diviser notre deuxième partie en deux chapitres, le premier portant sur les contrats de distribution et le deuxième s'intéressant au contrat de franchise. Bien que cette division ne reflète pas une certaine réalité pratique puisque les contrats de franchise sont des contrats de distribution, il n'en demeure pas qu'elle reflète une tendance académique. Il s'agit aussi d'une division que font les autorités communautaires vu les particularités du contrat de franchise qui se distingue ainsi des autres méthodes de distribution.

CHAPITRE 1 - Les contrats de distribution

La distribution commerciale sur le territoire européen constitue une activité économique importante, non seulement pour les pays membres de l'Union européenne, mais aussi pour les pays tiers tels que le Canada et les États-Unis. En effet, la distribution demeure un moyen privilégié pour les entreprises de mettre à la disposition des utilisateurs des biens produits ou de leurs fournir des services. L'utilisation des contrats de distribution sont une méthode commerciale efficace par laquelle un fabricant organise la commercialisation de ses produits. Les trois grands types de contrats de distribution que l'on retrouve sont les contrats de distribution exclusive, les contrats de distribution sélective et les contrats d'approvisionnement exclusif. Ces contrats ont d'ailleurs suscité beaucoup d'intérêt de la part de la Commission, et ce, dès la mise en oeuvre du traité.

Nous allons, dans les prochaines pages, analyser les contrats de distribution et nous attarder sur le contrôle communautaire de ceux-ci en vertu du droit européen de la concurrence. Dans un premier temps, nous examinerons l'incidence de l'article 85 du *Traité de Rome* sur le domaine de la distribution, pour ensuite nous pencher sur la réglementation de l'article 86 et son application à ces types de contrats.

Section 1. Le contrôle des pratiques restrictives : l'article 85

Les contrats de distribution, de par leur nature, sont susceptibles d'être prohibés par l'article 85(1)²⁶⁴. Ils prévoient généralement non seulement une restriction pour le fabricant, mais restreignent aussi, dans une certaine mesure, la liberté d'action et de choix du distributeur. En effet, il est caractéristique des contrats de distribution d'imposer au distributeur une obligation de fidélité lui interdisant de s'engager commercialement dans des produits ou services concurrents. De plus, il est commun pour un réseau de distribution de

²⁶⁴Selon Xavier De Roux et D. Voillemot, les réseaux de distribution dans leur ensemble, et plus particulièrement les réseaux parfaitement ouverts ne sont pas contraires à l'article 85(1) : X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.71. Toutefois, rappelons qu'en raison des préoccupations économiques du fournisseur, il va de soi que les contrats de distribution contiendront quelques restrictions à l'égard du distributeur. Ces restrictions seront plus souvent que non suffisantes pour justifier l'application de l'article 85(1) par la Commission.

prévoir certaines obligations quant aux services après-vente offerts ou encore d'indiquer des obligations visant à assurer une uniformité à l'intérieur même du réseau : prendre parti à un réseau de distribution implique généralement une restriction de la concurrence intramarque et peut même contribuer à l'affaiblissement de la concurrence intermarque. Les contrats de distribution seront donc presque toujours prohibés par le premier paragraphe de l'article 85, sauf que dans certains cas, en raison des avantages économiques que confèrent les contrats de distribution aux consommateurs ou parce qu'il auront pour effet d'accroître la concurrence intermarque, ils pourront bénéficier d'une exemption sous le troisième paragraphe de l'article 85.

Pour mieux apprécier les limites qu'impose l'article 85, nous allons résumer les principaux éléments de celui-ci et les appliquer à la distribution commerciale. Ensuite, nous discuterons brièvement des trois types de contrats de distribution, soit les contrats de distribution exclusive, les contrats d'approvisionnement exclusif et les contrats de distribution sélective.

Comme nous l'avons vu, dans notre première partie, l'article 85 ne s'applique que lorsque les conditions qui y sont prévues ont été remplies, c'est-à-dire, lorsqu'il y a un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée susceptible d'affecter le commerce entre États membres ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence. Il en sera de même pour les contrats de distribution. La présence d'un accord ou d'une pratique concertée dans le cadre d'une entente en matière de distribution d'un produit ou d'un service ne sera pas très difficile à établir : l'existence d'un tel accord va de soi. Toutefois, pour que l'article 85 s'applique il est important que cet accord ait été conclu entre deux entreprises indépendantes, car les accords de distribution entre une société mère et sa filiale ne sont pas visés par cet article²⁶⁵. Ainsi, les accords intra-sociétaires pourront contenir plusieurs restrictions de la concurrence, même une protection territoriale absolue, sans pour autant être

²⁶⁵X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.21; A. PIQUEMAL et J. LEAVY, "La réglementation de la distribution dans les pays de la C.E.E.", (1990) 21 *R.G.D.* 687,698

prohibés²⁶⁶.

Ensuite, l'accord devra être susceptible d'affecter le commerce entre les pays membres. Un accord de distribution n'étant pas susceptible d'affecter le commerce entre les États membres ne saurait être visé par le droit européen de la concurrence. En effet, la législation communautaire ne vise que la distribution communautaire. Par conséquent, la distribution nationale ou régionale ne sera soumise qu'aux règles nationales applicables. Pour déterminer si le réseau de distribution en est un d'envergure communautaire, il ne s'agit pas de voir si plusieurs pays sont concernés, mais plutôt si le commerce intracommunautaire est susceptible de se développer différemment par suite de la mise en oeuvre de l'entente²⁶⁷, et ce, de façon à pouvoir nuire à la réalisation des objectifs du Traité. L'accord de distribution ne saurait être exclu du contrôle communautaire simplement parce qu'il ne vise qu'un territoire étatique. Rappelons que même un accord ne portant que sur une région d'un pays membre pourrait être susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire²⁶⁸. Le caractère vertical de la relation économique ne fait pas non plus obstacle à l'application de l'article 85. Au contraire, les contrats de distribution peuvent facilement servir à cloisonner ou à répartir le marché, en ce que le fournisseur peut organiser la distribution de ses produits de façon à renforcer les divisions nationales²⁶⁹ et donc modifier le commerce intra-communautaire. Pour cette raison, les autorités communautaires regardent ces contrats attentivement et concluent généralement qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, rendant ainsi le droit communautaire applicable.

Enfin, l'accord devra être susceptible de restreindre la concurrence sur le territoire européen. Bien qu'un contrat de distribution ne restreigne pas automatiquement la concurrence, l'ensemble des contrats de distribution inscrit à l'intérieur d'un réseau de

²⁶⁶De fait, les contrats de distribution intrasociété échappent au contrôle de l'article 85. Par contre, ils devront quant même respecter les exigences de l'article 86 advenant la présence d'une entreprise qui exploite une position dominante.

²⁶⁷A. PIQUEMAL et J. LEAVY, *loc. cit.*, note 265, p.699

²⁶⁸*Supra*, p.25

²⁶⁹*Société Technique Minière c Maschimenbau Ulm*, précité, note 72; *Consten et Grundig c Commission*, précité, note 70

distribution fermé ou partiellement ouvert contiendra, sous une forme ou une autre, une restriction de la concurrence. En outre, dès qu'un type d'exclusivité est prévu, le contrat tombe sous l'article 85(1) et nécessitera une exemption en vertu de l'article 85(3) pour être valide. Il en sera de même pour toutes clauses restrictives d'un contrat de distribution. Nous aimerions rappeler au lecteur les quatre grandes familles de restrictions verticales : la distribution exclusive, le monomarchisme, le prix de revente imposé et le cloisonnement des marchés. Dès qu'un de ces types de restrictions est présent, la Commission conclut généralement à une restriction visée par l'article 85(1). Nous ne répéterons pas ici ce qui est susceptible de constituer une restriction de la concurrence en vertu de l'article 85(1). Nous référons le lecteur à notre premier chapitre pour cela. Toutefois, certaines observations générales supplémentaires peuvent être apportées.

Le caractère vertical de l'entente n'a pas pour effet d'empêcher la conclusion qu'il y a restriction de la concurrence au sens de l'article 85. En effet, bien que certains ont déjà affirmé que la prohibition ne pouvait pas s'appliquer aux ententes verticales, la Cour de justice a catégoriquement rejeté cette interprétation de l'article 85(1)²⁷⁰. Au dire de la Cour, le simple fait que les parties ne soient pas au même stade de production ou de distribution ne saurait empêcher l'accord de restreindre la concurrence : le jeu de la concurrence dont fait mention l'article 85(1) ne vise pas que la concurrence entre les parties, mais également "la concurrence qui pourrait s'exercer entre l'une d'elles et les tiers"²⁷¹. À ce titre, tout accord, selon la Cour, ayant pour objet ou effet de nuire à la réalisation des objectifs du *Traité de Rome* sera réputé nuire au jeu de la concurrence. Il est bien important de saisir que la Commission ne se contente pas de déterminer l'impact de chaque clause sur la concurrence, mais aussi l'impact du contrat dans son ensemble. Il est possible que la compilation de clauses banales à l'intérieur d'un même contrat puisse entraîner des conséquences néfastes sur le marché.

L'affaire *Consten et Grundig* souligne que la notion de concurrence dont fait mention le *Traité de Rome* ne saurait se limiter à la question de prix, mais doit être étendue davantage

²⁷⁰Consten et Grundig c Commission, précité, note 70

²⁷¹Id., p.431

pour y inclure tout élément pouvant entrer dans la relation entre les parties ou entre les parties et les consommateurs finals. La notion de concurrence intermarque²⁷² doit être mise au même niveau que la concurrence intramarque²⁷³ : certaines obligations ayant pour effet de restreindre la concurrence intramarque pourraient donc être permises par l'article 85(3) s'il existe une forte concurrence intermarque et si l'objectif est d'accroître cette concurrence. Toutefois, il est important de noter que toute tentative d'établir des barrières à l'entrée, d'effectuer un partage des marchés ou des sources d'approvisionnement, de restreindre la clientèle potentielle du distributeur, de consolider sa position sur le marché, ou tout autre type de restriction quant à l'usage permis des biens seraient visés par l'interdiction de l'article 85(1) et rarement permis sous l'article 85(3), même si de telles pratiques sont motivées par le désir d'accroître la compétitivité d'un réseau par rapport à ces concurrents. Avant d'étudier chaque type particulier de distribution, nous croyons utile de conclure nos commentaires généraux sur la distribution en traitant de deux pratiques qui font l'objet d'une prohibition stricte et quasi systématique de la part des autorités communautaires : la protection territoriale absolue et la fixation verticale des prix.

En principe, les accords ou pratiques concertées visant à conférer une protection territoriale absolue pour un territoire déterminé contreviennent à l'article 85(1) et ne sont pas exemptés en vertu de l'article 85(3)²⁷⁴. Depuis l'affaire *Consten et Grundig*, autant la Cour que la Commission ont refusé d'accorder une exemption dans les cas où une protection territoriale absolue était prévue, car ce type de clause entraîne souvent une structure de distribution rigide favorable aux grandes entreprises et est susceptible de conduire, dans un grand nombre de secteurs clés, à un oligopole de distribution²⁷⁵. L'argument voulant qu'une telle clause soit nécessaire pour que le distributeur prenne en charge les coûts initiaux et les risques

²⁷²La concurrence intermarque est la concurrence que l'on retrouve entre les différentes marque de commerce qui se font concurrence sur un marché donné.

²⁷³La concurrence intramarque est la concurrence qui existe entre les acteurs de production ou de distributions à l'intérieur d'une même marque de commerce.

²⁷⁴GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p.106

²⁷⁵GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p.106; A. PIQUEMAL et J. LEAVY, *loc. cit.*, note 265, p.700;

commerciaux n'a pas été accepté par la Commission, et ce, même s'il s'agissait d'un nouveau produit dont les preuves n'avaient pas encore été faites²⁷⁶. La position des autorités communautaires est extrêmement claire. Une protection territoriale absolue prévue dans un accord de distribution renforce les divisions nationales et, à ce titre, ne saurait être permise.²⁷⁷

Précisons que cette condamnation de la protection territoriale absolue s'étend à toute pratique visant à accorder une trop grande protection territoriale conférée à un distributeur²⁷⁸. Par conséquent, toute tentative de nuire aux importations parallèles sera fortement dénoncée²⁷⁹, que ce soit par l'utilisation des droits de propriété intellectuelle dans le but de sectionner le marché²⁸⁰, par l'inclusion d'une clause par laquelle le fabricant s'engage, vis-à-vis ses distributeurs exclusifs, à accorder une garantie sur ses produits après la vente tout en s'engageant à ne pas offrir de garantie similaire aux clients des distributeurs parallèles^{281 282} ou tout autre mécanisme ayant pour effet d'empêcher ou de décourager un entrepreneur de faire des importations parallèles du produit.

La condamnation des fixations verticales des prix de vente, quoique stricte, n'est pas aussi systématique et sans appel que la prohibition de la protection territoriale absolue. Tout d'abord, précisons que ces clauses ont souvent pour effet de cloisonner le marché et d'empêcher "les négociants d'accroître leur part de marché par un effort personnel autonome sur le plan de la concurrence et de faire bénéficier les consommateurs des profits réalisés grâce à des mesures de rationalisation"²⁸³. Notons aussi que la fixation verticale des prix de vente est visée par l'un des exemples de pratique prohibée de l'article 85(1) : rien dans le libellé de l'article 85(1)(a) ne permet d'exclure la fixation verticale des prix. Par conséquent, toute clause à cet effet contrevient, par sa nature même, à l'article 85. Cependant, tel que précisé par

²⁷⁶Une analyse de la jurisprudence démontre que l'intégration des marchés nationaux prime sur toutes autres justifications économiques pouvant légitimer une clause de protection territoriale absolue.

²⁷⁷GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p. 106-107

²⁷⁸*Id.*, p.108

²⁷⁹*Id.*, p.107

²⁸⁰*Id.*, p.106 ; Consten et Grundig c Commission, précité, note 70

²⁸¹ETA Fabriques d'Ébauches SA v DK Investment SA & Others, Case 31/85, [1986] 5 E.C.J.R. 58

²⁸²*Id.*, p.59

²⁸³GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p.109

la Cour dans l'affaire *Binon*²⁸⁴, une clause de fixation des prix, incluant l'utilisation de prix plafonds, peut être rachetée par l'article 85(3) si le contexte le justifie²⁸⁵. La présence d'une véritable concurrence intermarque pourrait être un tel cas. En effet, les autorités communautaires ont démontré leur intention de permettre une restriction imposée au distributeur quant à sa liberté d'imposer le prix de son choix lorsqu'il existe une réelle et vive concurrence intermarque²⁸⁶. Dans de telles situations, les effets anticoncurrentiels de ces clauses sont généralement réduits, voire inexistants, en raison d'une concurrence intermarque plus accrue : la présence d'une vive concurrence intermarque exerce une pression vers la baisse sur les prix de chaque réseau de distribution. L'utilisation de prix indicatifs est, en revanche, une pratique qui sera toujours permise sous l'article 85(3) dans la mesure où il n'existe aucune entente voulant que ces prix soient réellement appliqués.

Soulignons que ce n'est pas toutes les pratiques en matière de distribution qui seront, de par leur nature, objet ou effet, susceptibles de restreindre la concurrence. Par exemple, il n'est pas restrictif en soi de prévoir une obligation pour le distributeur de maintenir une quantité minimale de stock dans la mesure où la charge est raisonnable eu égard aux activités des distributeurs. Il sera aussi possible pour le fournisseur de prévoir une clause de non-concurrence si celle-ci est limitée dans le temps et dans l'espace. Cette clause peut même survivre à la date d'expiration du contrat dans la mesure où la clause ne s'étend pas au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts du fabricant. L'obligation pour le distributeur d'offrir un service après-vente ou encore d'offrir une garantie sur les biens vendus sont deux autres exemples.

Sous-section 1. Les contrats de distribution exclusive

Le contrat de distribution exclusive est un contrat par lequel le fabricant choisit un

²⁸⁴*Binon c Agence et Méssagerie de la Presse*, affaire 243-83, [1985] Recueil 2015

²⁸⁵GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p.109-110

²⁸⁶Il en dépendra aussi des autres clauses du contrat. Dans certains cas, le cumul avec d'autres restrictions affaibliront davantage la concurrence intramarque à un point où même un accroissement de la concurrence intermarque ne serait permettre une restriction quand à la fixation des prix.

revendeur pour un territoire donné et s'engage à ne commercialiser ses produits que par son intermédiaire. Ordinairement, ce type de contrat comporte deux restrictions principales pour le distributeur : ne pas vendre des produits concurrents et ne pas vendre les produits livrés à l'extérieur du territoire concédé. C'est dans l'affaire *Société Technique Minière*²⁸⁷ que la Commission a examiné pour la première fois l'application de l'article 85 au contrat de distribution exclusive. La Cour a énoncé le principe voulant que l'incompatibilité avec l'article 85 découle non pas de la nature juridique de l'accord, mais de ses rapports avec le commerce entre les États membres et avec le jeu de la concurrence²⁸⁸. Elle en arrive donc à la conclusion qu'un accord de distribution exclusive ne tombe pas automatiquement sous l'interdiction de l'article 85(1). Par conséquent :

[...] pour apprécier si un contrat assorti d'une clause "concedant 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 qualité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles 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.²⁸⁹

Pour la Cour de justice, le contrat de distribution exclusive est permis si, en raison de l'importance économique de celui-ci ou du contexte dans lequel il s'inscrit, il n'est pas en mesure de cloisonner le marché ou de nuire à l'intégration économique du Marché commun²⁹⁰, prônant ainsi une approche factuelle. Cependant, pour la Commission la simple présence d'une clause prévoyant une exclusivité territoriale a toujours été considérée comme relevant de l'article 85(1)²⁹¹. Ainsi, sous réserve du règlement concernant les accords d'importance mineure, tous les contrats de distribution exclusive seront prohibés et nécessiteront une

²⁸⁷ *Société Technique Minière c Maschinenbau Ulm*, précité, note 72

²⁸⁸ GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p.112

²⁸⁹ *Société Technique Minière c Maschinenbau Ulm*, précité, note 72, p.360

²⁹⁰ GIDE-LOYRETTE-NOVEL, *op. cit.*, note 77, p.111

²⁹¹ A. PIQUEMAL et J. LEAVY, *loc. cit.*, note 265, p.700

exemption en vertu du troisième paragraphe de l'article 85. C'est seulement à ce stade que la Commission étudiera le contexte factuel afin de décider si elle accordera ou non une exemption. Une exemption ne saurait être possible dans le cas où une exclusivité absolue est prévue. Comme nous le mentionnons, les autorités communautaires ne sont pas très réceptives aux arguments voulant justifier une telle protection territoriale. Seuls les contrats de distribution exclusive simple, c'est-à-dire les contrats dans lesquels, malgré l'exclusivité territoriale prévue, le distributeur peut vendre à des acheteurs situés à l'extérieur des territoires prévus ou vendre aux autres distributeurs agréés, seront susceptibles d'être permis en droit de la concurrence européen sous le troisième paragraphe de l'article 85²⁹².

Dans leur ensemble, les contrats de distribution exclusive inconciliables avec le premier paragraphe de l'article 85 pourront bénéficier d'une exemption si, à la suite d'une analyse contextuelle, ils répondent aux quatre conditions prévues au troisième paragraphe. Ces contrats peuvent, dans certains cas, non seulement être un moyen efficace pour une petite et moyenne entreprise de pénétrer un marché, mais ils peuvent aussi avoir pour effet de simplifier la distribution du produit et aussi de régulariser les approvisionnements. Toutefois, les contrats de distribution exclusive comportent une restriction verticale dite de "distribution exclusive" et, à ce titre, entraîneront généralement une baisse de la concurrence intramarque. De plus, des

²⁹²Id., p.700 ; Toute stipulation du fournisseur assurant le distributeur que toute violation de son territoire par un autre distributeur sera sanctionnée est incompatible avec l'article 85. Pour cette raison, la clause suivante nous semble problématique :

[...] Ronald [distributeur] s'engage à faire tout en son pouvoir pour s'assurer qu'à l'intérieur du Territoire les Produits sont exclusivement commercialisés par le Distributeur conformément aux clauses du Règlement 67/67 [1983/84] de la Commission de la Communauté Économique Européenne. Si le Distributeur constate que les Produits sont vendus sur le Territoire de façon importante et continue par des tiers (ventes désignées ci-après sous le nom de «Problèmes»), il en informera Ronald qui s'engagera à mettre tout en oeuvre pour résoudre les Problèmes conformément à l'esprit du présent contrat, dans un délai de deux mois, [...]

Le Distributeur accepte de ne pas s'engager dans des opérations promotionnelles, des démarchages ou des prospections de marché pour les Produits en dehors du Territoire. Cependant le Distributeur aura le droit d'accepter d'exécuter directement toutes les commandes émanant de clients établis hors du Territoire, que les Produits soient livrés à l'intérieur ou à l'extérieur du Territoire.

Il sera préférable de simplement prévoir que la vente passive et les importations parallèles seront tolérées et que le fournisseur s'engage à sanctionner les distributeurs qui sollicitent activement des clients à l'extérieur des territoires qui leur sont attribués.

restrictions d'ordre de "cloisonnement des marchés" sont aussi généralement présentes, en outre, les modalités de protection territoriale. Soulignons aussi que les contrats qui contiendront une ou plusieurs restrictions tombant sous la famille du "monomarquisme" ou de "prix de vente imposé" auront pour effet d'accroître d'avantage la diminution de la concurrence intermarque et intramarque, et par conséquent seront rarement exemptés. Bien que les contrats d'exclusivité simple ont une certaine prédisposition à être exemptés, la Commission exemptera un contrat de distribution exclusive comportant une ou plusieurs restrictions seulement si les restrictions demeurent proportionnées avec ce qui est nécessaire pour obtenir les avantages espérés. De plus, ils ne devront pas faire obstacle à la concurrence à un point tel que le contrat risquerait d'éliminer la concurrence dans une partie substantielle du territoire européen. Par le passé, la Commission a refusé d'accorder des exemptions aux ententes qui avaient pour objet ou pour effet d'organiser un circuit de distribution fermé et rigide, limitant aux autres revendeurs le libre accès au réseau de distribution et garantissant aux parties le maintien de leurs parts de marché²⁹³.

Le 22 juin 1983, la Commission a adopté un règlement d'exemption par catégorie visant les accords de distribution exclusive (le Règlement 1983/83)²⁹⁴. Celui-ci est entré en vigueur le 1er juillet 1983 et devait originalement prendre fin le 31 décembre 1997. Toutefois, la commission a prolongé la période de validité du règlement jusqu'au 31 décembre 1999, date à laquelle celui-ci devrait être modifié en profondeur dans le cadre de la révision de la politique communautaire en matière de restriction verticale.

Le Règlement 1983/83 vise les accords ou les pratiques concertées "auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels une partie s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer certains produits qu'à celle-ci dans le but de la revendre dans l'ensemble ou dans une partie définie du territoire du Marché commun"²⁹⁵. Les contrats de distribution avec une

²⁹³X. De Roux et D. Voillemot, *op. cit.*, note 14, p.85 et 91; C. Galvada et G. Parleant, *op. cit.*, note 23, p.653

²⁹⁴Règlement (CEE) n.1983/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85(3) du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, 1983 J.O. L173/1

²⁹⁵Règlement (CEE) n.1983/83, art.1

association d'entreprises ou ceux conclus entre plusieurs entreprises ne sauraient bénéficier du règlement ²⁹⁶. Précisons que les biens visés par le contrat de distribution exclusive devront être revendus : seuls les accords ayant pour objet la revente des biens achetés seront susceptibles de bénéficier du Règlement²⁹⁷. Il sera possible, pour le revendeur d'accomplir des prestations additionnelles afin d'améliorer la qualité du produit ou sa présentation, mais pas de transformer celui-ci de façon à ce que le bien acheté et celui qui est revendu ne soit plus le même²⁹⁸. De façon générale, c'est la plus-value apportée et la nature de la transformation que la Commission examinera afin de déterminer si le bien revendu correspond au bien acheté²⁹⁹.

À l'article 2 du Règlement, on retrouve des indications concernant les diverses obligations qui seront permises dans un contrat de distribution exclusive soit parce qu'elles

²⁹⁶En vertu de l'article 9, le Règlement s'applique mutatis mutandis aux pratiques concertées de même nature. Cependant, l'exemption n'inclut pas les décisions d'association d'entreprises.

²⁹⁷Règlement (CEE) n.1983/83, art. 1; La Communication relative aux règlements (CEE) n.1983/83 et (CEE) n.1984/83 de la Commission concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories respectivement d'accords de distribution exclusive et d'accords d'achat exclusif, 1984 J.O. C101/02 modifié par 1992 J.O. C121/02 précise ce qui suit sur la question de la "revente" :

9. La notion de revente implique que les produits en question soient cédés contre rémunération à des tiers par la partie qui les achète. Les accords relatifs à la fourniture ou à l'achat de produits que l'acheteur soit transforme, soit utilise ou consomme en vue de la fabrication d'autres produits, ne sont pas conclus dans le but de la revente. Il en va de même de la fourniture d'éléments utilisés en combinaison avec d'autres pour la fabrication de nouveaux produits. Les produits distribués par le revendeur doivent correspondre aux produits que l'autre partie lui a fournis dans ce but. Cette identité économique n'est pas affectée par le fait que le revendeur emballe, réemballe, soutire ou transvase les produits qui lui sont fournis.

10. Si le revendeur accomplit des prestations additionnelles afin d'améliorer la qualité, la conservation, l'apparence ou le goût des produits (par exemple, traitement de métaux contre la rouille, stérilisation de produits alimentaires, addition de colorants ou de substances aromatiques à des produits pharmaceutiques), c'est l'importance de la plus-value apportée par la transformation ou le traitement des produits qui est déterminante. Une faible plus-value n'empêche pas de considérer les produits en question comme économiquement identiques. Une appréciation plus précise ne peut être faite qu'en fonction des usages. C'est sur la base des mêmes critères que la Commission examine les accords qui obligent le revendeur à diluer un concentré livré par l'autre partie dans de l'eau, dans de l'alcool pur ou dans d'autres liquides pour obtenir une boisson.

²⁹⁸Communication relative aux règlements (CEE) n.1983/83 et (CEE) n.1984/83 de la Commission concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories respectivement d'accords de distribution exclusive et d'accords d'achat exclusif, précité, note 297, paragraphe 9

²⁹⁹Id., paragraphe 10

ne restreignent pas la concurrence, soit parce que la Commission a cru bon de les permettre même si elles avaient pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Ainsi, il sera permis, en plus de prévoir une exclusivité territoriale, d'imposer au fournisseur l'obligation de ne pas livrer les biens visés aux contrats aux utilisateurs situés à l'intérieur du territoire protégé. Toute disposition obligeant le concessionnaire à ne pas fabriquer ou à ne pas distribuer des produits concurrents, à acheter les biens que dans le seul but de les revendre, ou encore toute clause l'empêchant de faire de la publicité, de maintenir une succursale ou un dépôt pour la distribution des biens hors du territoire concédé, seront aussi permises.

L'article 2(3) prévoit les obligations imposées aux distributeurs qui pourront être inscrites à l'intérieur d'un contrat de distribution exclusive, car elles ne restreignent pas la concurrence. Elles sont :

- d'acheter un assortiment complet de produits ou d'en acheter une quantité minimale;
- de vendre les biens sous une marque ou présentation prescrite par le fournisseur;
- d'entreprendre certaines mesures de promotion telles que d'employer un personnel qualifié, de mettre en place un système adéquat de service après-vente ou de garantie, entretenir le réseau de vente, etc.

Cette liste n'est pas limitative³⁰⁰. Il sera donc permis d'inclure d'autres provisions dans la mesure où celles-ci n'ont pas pour effet ou pour objet de restreindre la concurrence. Toutefois, le Règlement prévoit une liste d'obligations qui ne seront pas permises et dont la présence aura pour effet d'exclure l'accord du bénéfice du règlement³⁰¹. En vertu de cette disposition, deux entreprises concurrentes ne pourront conclure un accord de distribution exclusive réciproque pour leur produit similaire ou identique. Un accord non réciproque de distribution exclusive ne saurait même être exempté sauf pour ce qui est des accords conclus par des petites et moyennes entreprises : les accords non réciproques de distribution exclusive impliquant une

³⁰⁰BLAISE, J.P., "Droit de la concurrence Exemption par catégorie des accords d'exclusivité", (1984) 20 *Rev. trim. dr. europ.* 655, 677

³⁰¹Règlement (CEE) n.1983/83, art. 3

entreprise réalisant un chiffre d'affaire sous les 100 millions d'euros pourront bénéficier de l'exemption³⁰². L'exemption ne sera pas applicable aux contrats contenant des clauses visant à cloisonner ou à diviser le marché. Ainsi, la présence de dispositions dans un accord qui auraient pour effet d'empêcher les intermédiaires ou les utilisateurs d'acheter les produits auprès d'autres revendeurs situés à l'extérieur de la zone concédée ne serait pas permise.

Pour terminer, soulignons que le Règlement prévoit la possibilité, pour la Commission, de retirer le bénéfice de l'exemption à un accord qui autrement serait couvert³⁰³. La Commission pourra retirer le bénéfice de l'exemption dans les cas où elle constate que la mise en oeuvre de l'accord entraîne des effets incompatibles avec les objectifs de l'article 85(1)³⁰⁴.

Sous-section 2. Les contrats d'approvisionnement exclusif

Les contrats d'approvisionnement exclusif sont des contrats qui relèvent de la famille des "monomarquismes" : ils sont des contrats par lesquels un concessionnaire s'engage à

³⁰²Il est inutile, pour le fins du règlement, de chercher à structurer l'organigramme corporatif de façon à ce que les parties à l'acte soient des compagnies avec un faible chiffre d'affaire dans le but de bénéficier de l'exception des 100 millions d'euros, car le terme "entreprise" employé dans le règlement se définit en fonction de l'existence d'une activité économique et non en fonction de la personnalité juridique. Voir notre chapitre 1 sur la notion d'entreprise.

³⁰³Règlement (CEE) n.1983/83, art. 6

³⁰⁴Règlement (CEE) n.1983/83, art. 6 : "[...] la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate [...] un accord [...] a cependant certains effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues par l'article 85, paragraphe 3, du traité et notamment lorsque :

- a) les produits visés au contrat ne sont pas soumis, dans le territoire concédé, à la concurrence effective de produits identiques ou considérés par l'utilisateur comme similaires en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage;
- b) l'accès d'autres fournisseurs aux différents stades de la distribution dans le territoire concédé est entravé de manière importante;
- c) en raison de circonstances autres que celles mentionnées à l'article 3, point c) et d), les intermédiaires ou les utilisateurs ne peuvent se procurer les produits visés au contrat auprès de distributeurs établis à l'extérieur du territoire concédé aux conditions que ces distributeurs pratiquent couramment sur le marché;
- d) le concessionnaire exclusif:
 - 1) sans raison objectivement justifiée exclut de la livraison dans le territoire concédé des catégories d'acheteurs qui ne peuvent s'approvisionner ailleurs à des conditions équitables en produits visés au contrat ou leur applique des prix ou conditions de vente différents;
 - 2) vend à des prix excessifs les produits visés au contrat.

acheter l'ensemble de ses besoins chez le même fournisseur. Ils englobent non seulement les accords où l'approvisionnement exclusif est prévu expressément, mais toute entente par laquelle le fournisseur oblige, directement ou indirectement, le distributeur à acheter la totalité ou une partie importante de ses besoins chez le fournisseur. Ainsi, la présence d'une clause anglaise³⁰⁵ ou de rabais de fidélité a suffi pour que la Commission conclut à l'existence d'un contrat d'approvisionnement exclusif. Bien que ces contrats soient généralement considérés inconciliables avec l'article 85(1), ils ne sont pas en soi prohibés³⁰⁶.

Depuis l'affaire *Delimitis*³⁰⁷, les contrats d'approvisionnement, au dire de la Cour de justice, sont incompatibles avec l'article 85(1) seulement si, par suite d'une analyse du contexte juridique et économique dans lequel ils s'inscrivent, ils ont pour effet de restreindre l'accès au marché et contribuent à sa forclusion. Cependant, cette approche ne fait pas encore l'unanimité. Autant la jurisprudence de la Commission que celle du Tribunal de première instance n'ont pas toujours suivi ce raisonnement³⁰⁸. La Commission est plutôt d'avis que les contrats d'approvisionnement exclusif restreignent la concurrence, en ce qu'ils limitent la liberté d'action des parties³⁰⁹. Ainsi, aux yeux de la Commission, ces contrats contreviennent presque systématiquement à l'article 85(1), nécessitant ainsi une exemption sous l'article 85(3).

Même si la Commission ne voit pas généralement l'approvisionnement exclusif d'un bon oeil, il n'en demeure pas moins possible d'obtenir une exemption individuelle si les conditions de l'article 85(3) sont remplies. En effet, l'approvisionnement exclusif constitue, dans certains cas, un moyen efficace de pénétrer un nouveau marché. Il permet une meilleure prévision de la production et des ventes tout en diminuant l'incertitude, ce qui peut conduire

³⁰⁵La clause anglaise est une clause d'approvisionnement exclusif permettant au distributeur de s'approvisionner chez un autre fournisseur advenant que ses prix sont moins élevés. Bien que cette pratique semble moins restrictive qu'une simple clause d'approvisionnement exclusif, les autorités communautaires ont plutôt refusé de permettre une telle clause, car elle met en place un système permettant au fournisseur de connaître les politiques commerciales de ses concurrents.

³⁰⁶*Langnese-Iglo GmbH v Commission*, Case T-7/93, [1995] II E.C.R. 1533; *Schöller Lebensmittel GmbH & Co kg v Commission*, Case T-9/93, [1995] II E.C.R. 1611

³⁰⁷*Stergios Delimitis v Hemninger Bräu AG*, Case C-234/89, [1992] 5 CMLR 210

³⁰⁸J.-Y. ART et D. VAN LIEDEKERKE, *loc. cit.*, note 63, p.735

³⁰⁹COMMISSION EUROPÉENNE, *op. cit.*, note 215, p.137

à une baisse des coûts de fabrication et a fortiori, une baisse du prix. De plus, il en résulte généralement une amélioration du réseau de distribution et un meilleur service de vente. L'accord d'achat exclusif sera donc permis si, dans son ensemble, l'accord ne réduit pas la concurrence de façon disproportionnée par rapport aux avantages qui pourraient en résulter³¹⁰.

Cependant, il est probable que les entreprises exerçant leur activité sur un marché duopole ou oligopolistique soient désavantagées. Dans l'affaire *Schöller*³¹¹, le Tribunal a refusé une exemption individuelle pour un accord d'achat exclusif contenant des barrières à l'entrée, d'autant plus qu'en raison du marché duopole il y avait un plus grand risque que la concurrence soit éliminée pour une partie substantielle du Marché commun. Il ressort de cette affaire que les contrats d'approvisionnement ne seront permis que si une vive concurrence intermarque existe. En effet, le Tribunal semble appuyer son raisonnement sur le fait que la concurrence sur le marché en cause est déjà faible - marché duopole - et que de permettre d'autres restrictions, bien que cela soit concevable dans un marché plus compétitif, serait de réduire davantage la concurrence sur ce marché à un point tel qu'une exemption sous l'article 85(3) ne serait plus souhaitable. Cette décision semble d'ailleurs aller dans le même sens que la jurisprudence de l'effet cumulatif. Selon cette jurisprudence, la Commission doit examiner l'ensemble des contrats sur le marché et non seulement celui contesté afin de déterminer s'il y a lieu d'émettre une exemption individuelle³¹².

À défaut d'une exemption individuelle, il sera possible d'exempter un accord d'approvisionnement exclusif en vertu du Règlement d'exemption concernant les contrats d'achat exclusif³¹³. Celui-ci prévoit que l'article 85(1) est inapplicable "aux accords auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels l'une, le revendeur, s'engage vis-à-vis

³¹⁰Soulignons tout de même, qu'un cumul de restrictions du type "distribution exclusive" ou du type "prix de vente imposé" avec une obligation d'approvisionnement exclusif ne serait pas bien vu par les autorités communautaires. Il y aurait réduction de la concurrence intramarque et intermarque dans les deux cas. De plus, dans le cas d'une restriction sur la fixation du prix, le cumul faciliterait les comportements collusoires entre fabricants.

³¹¹*Schöller Lebensmittel GmbH & Co kg v Commission of the European Communities*, précité, note 306

³¹²B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op. cit.*, note 262, p.438

³¹³Règlement (CEE) n.1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, 1983 J.O. L173/5 rectifié par 1984 J.O. L79/38

l'autre, le fournisseur, à n'acheter dans le but de la revente certains produits spécifiés dans l'accord qu'à celui-ci, à une entreprise liée à lui ou à une entreprise tierce qu'il a chargée de la distribution de ses produits³¹⁴, dans la mesure où ils respectent les autres provisions du règlement. Pour être exempté, le contrat d'achat exclusif doit avoir pour objet la revente des biens achetés³¹⁵. De plus, soulignons que l'accord ne peut pas couvrir une gamme de produits, mais seulement un bien spécifié³¹⁶. Il sera possible, dans certains cas, que l'exclusivité d'approvisionnement vise plusieurs biens, dans la mesure où se regroupement peut être expliqué par la nature même des produits ou par leur usage³¹⁷.

Les seules obligations restrictives de concurrence tolérées sont énumérées à l'article 2 du Règlement. En vertu de cet article, les contrats d'approvisionnement exclusif peuvent non seulement obliger le fournisseur à ne pas vendre lui-même dans la zone de vente principale, et ce, au même niveau de distribution les produits visés ou concurrents, mais obliger aussi le revendeur à ne pas produire ou à ne pas vendre des produits similaires ou identiques aux produits visés. De plus, de tels accords ne peuvent contenir de clause conférant une exclusivité territoriale³¹⁸. La notion de zone de vente principale que l'on retrouve à cet article doit être comprise comme étant une petite région qui se définit davantage par rapport au lieu d'affaires du revendeur que par un territoire défini de façon abstraite dans le contrat. Ajoutons qu'elle ne servira que dans le cadre d'une restriction des activités du fournisseur : rien dans le Règlement 1984/83 ne permet d'imposer à un acheteur exclusif une obligation de respecter la zone de vente principale d'un autre acheteur exclusif. Une telle clause ferait obstacle à l'application du Règlement³¹⁹.

Les obligations qui n'ont pas pour objet ou effet de restreindre la concurrence seront,

³¹⁴Règlement (CEE) n.1984/83, art. 1

³¹⁵Règlement (CEE) n.1984/83, art. 1

³¹⁶Règlement (CEE) n.1984/83, art. 1 et 3(c)

³¹⁷J. P. BLAISE, *loc. cit.*, note 300, 686-687

³¹⁸V. KORAH, "Group exemptions for Exclusive Distribution and Purchasing in the EEC", (1984) 21 *CML Rev.* 67

³¹⁹Il s'agit d'une restriction de la concurrence qui n'est pas prévue par le règlement et donc, qui ne saurait être permise en vertu de l'article 2.

quant à elles, permises³²⁰. Comme dans le cas du Règlement 1983/83, certaines de ces obligations sont :

- d'acheter un assortiment complet de produits ou d'en acheter une quantité minimale;
- de vendre les biens sous une marque ou une présentation prescrite par le fournisseur;
- d'entreprendre certaines mesures de promotion, telles que d'employer un personnel qualifié, de mettre en place un système adéquat de service après-vente ou de garantie, d'entretenir le réseau de vente, etc.

Finalement, le règlement prévoit que des accords d'approvisionnement exclusif conclus entre des fabricants de biens similaires ou identiques ne peuvent bénéficier de l'exemption³²¹. Autant les accords réciproques que les accords non réciproques ne seront tolérés, bien que pour ce qui est de ces derniers, le Règlement demeure applicable si l'une des parties a un chiffre d'affaire inférieur à 100 millions d'euros³²². Les contrats ayant une durée de plus de cinq ans seront eux aussi interdits³²³. Comme c'est le cas pour le règlement concernant les accords de distribution exclusive, l'article 14 prévoit la possibilité pour la Commission de retirer le bénéfice du règlement si l'accord qu'il vise comporte des effets inconciliables avec l'article 85(1).

Sous-section 3. Les contrats de distribution sélective

Le contrat de distribution sélective est une entente "dans laquelle le fournisseur réserve la vente de ses produits à une catégorie limitée de grossistes et/ou de détaillants". Le but de ce contrat est de garantir la qualité des produits ou de maintenir un service efficace de garantie et d'assistance après-vente³²⁴. Il se distingue des accords de distribution exclusive en ce qu'il n'y a pas toujours d'exclusivité géographique prévue³²⁵. De plus, le distributeur exclusif est, contrairement au distributeur sélectif, libre de choisir ses clients. En effet, il est de l'essence

³²⁰Règlement (CEE) n.1984/83, art. 2(3)

³²¹Règlement (CEE) n.1984/83, art. 3(a)

³²²Règlement (CEE) n.1984/83, art. 3(b)

³²³Règlement (CEE) n.1984/83, art. 3(d)

³²⁴G. LE TALLEC, "Une symbiose entre le droit communautaire et le droit national: la distribution sélective des parfums", (1988) 24 *Rev. trim. dr. europ.* 437, 438

³²⁵L'octroi d'un territoire exclusif au revendeur est une pratique rarement exemptée par la Commission dans les contrats de distribution sélective.

même d'un accord de distribution sélective de prévoir des restrictions cherchant à limiter les clients potentiels du distributeur aux utilisateurs ou aux consommateurs désignés, ou d'interdire la revente des biens aux distributeurs non agréés³²⁶. Parmi les autres caractéristiques des systèmes de distribution sélective, on retrouve des stipulations relatives aux services que doit rendre le distributeur, une obligation du distributeur de ne pas commercialiser ou fabriquer des produits concurrents, divers types d'obligations relatives à la commercialisation des biens ou services, des obligations de coopération entre le distributeur et le fournisseur, ou encore, des dispositions cherchant à conférer une certaine protection pour la zone de vente³²⁷. Cependant, la pierre angulaire des contrats de distribution sélective consiste à restreindre l'accès aux réseaux aux seuls distributeurs qui remplissent les divers critères de sélection.

Tout comme les contrats d'exclusivité, les contrats de distribution sélective sont, pour la Commission, contraires à l'article 85(1), en ce qu'ils tendent non seulement à limiter le nombre de distributeurs agréés, mais aussi à restreindre la liberté du distributeur de choisir ses clients potentiels³²⁸. Toutefois, la validité du système a été reconnue, par la Cour, pour les biens qui requièrent l'intervention du distributeur afin d'assurer une vente efficace au public en raison de la haute technicité des biens ou de leur qualité³²⁹. Par le passé, les autorités communautaires ont toléré ce type de distribution pour les automobiles³³⁰, les appareils photographiques³³¹ et les produits de luxe, tels que les parfums³³². Toutefois, il semble insuffisant de tenir compte uniquement de la nature du produit pour savoir si le recours à un système de distribution sélective est permis. Dans l'affaire *Métro II*³³³, la Cour a examiné le

³²⁶B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op. cit.*, note 262, p.441; S. CORTÉS et D. SHERWOOD, "Selective Distribution Systeme under Spanish and E.U. Law", (1997) *J.B.L.* 89

³²⁷J. SCHAPIRA, G. LETALLEC, J.-B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.418-420

³²⁸Dans certains cas, les contrats de distribution sélective mènent à un affaiblissement de la concurrence intermarque et à l'affaiblissement de la concurrence à l'intérieur d'un même point de vente. X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.101; G. LETALLEC, *loc. cit.*, note 324, p.438

³²⁹A. PIQUEMAL et J. LEAVY, *loc. cit.*, note 265, p.702

³³⁰Décision Bayerische Motoren Werke AG 1975 J.O. L29/1

³³¹*Hasselbald G.B. Ltd c Commission*, affaire 86/82, [1984] Recueil 883

³³²*NV L'Oréal et Sa l'Oréal c PVBA "de Nieuwe AMCK"*, affaire 31/80, [1980] Recueil 3775; P. CESARINI, "Développements récents de la jurisprudence en matière de distribution sélective", (1997) 3(2) *Competition Policy Newsletter* 9

³³³*Metro SB Grossmarkte GmbH & Co KG v Commission*, affaire 75/84, [1986] Recueil 3076

marché en cause afin de déterminer s'il existait une concurrence entre les divers types de réseaux de distribution et si l'accumulation des réseaux de distribution sélective résultait en une rigidité sur le marché qui n'était pas contrebalancée par une concurrence intramarque ou intermarque efficace³³⁴. Il nous semble que dans la mesure où une telle rigidité existe ou lorsqu'aucune concurrence entre les divers modes de distribution existe, il sera fort probable que la Commission refuse le recours à la distribution sélective.

Une fois la méthode permise, la première condition à remplir pour que ces systèmes de distribution ne soient pas incompatibles avec l'article 85(1) dépend des critères de sélection. Ceux-ci devront être à caractère qualitatif, c'est-à-dire qu'ils devront être directement liés à la nature du produit concerné, à la qualification du personnel du distributeur ou au maintien de normes minimales quant à la présentation ou conception du lieu d'affaire³³⁵. La Cour, dans l'affaire *Métro I*³³⁶, indiquait à ce sujet :

[...] la Commission a, à juste titre, reconnu que des systèmes de distribution sélective constituaient, parmi d'autres, un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractères qualitatifs relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire,³³⁷

Il arrive parfois que l'accès au réseau dépend d'autres critères en plus des critères qualitatifs, ou encore que l'accès se décide en fonction de critères purement quantitatifs. Dans ces derniers cas, le contrat de distribution contrevient à l'article 85(1) et nécessitera une exemption en vertu de l'article 85(3)³³⁸. Généralement, les autorités communautaires vont accorder une telle exemption aux contrats munis d'un système de sélection constitué d'un ensemble de critères qualitatifs et d'autres obligations qui ne sauraient, en soi, être des critères

³³⁴B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op. cit.*, note 262, p.443

³³⁵V. KORAH et W.A. ROTHNIE, *op. cit.*, note 122, p.121 et 258; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.422

³³⁶*Metro SB Grossmarkte GmbH & Co KG v Commission*, Case 26/76, [1977] Recueil 1875

³³⁷*Id.*, p.1905

³³⁸E. GOULON, *op. cit.*, note 32, p.191

quantitatifs³³⁹. Mais lorsqu'il s'agit d'un système de sélection basé sur des critères d'ordre quantitatif, c'est-à-dire des critères cherchant à limiter le nombre de distributeurs³⁴⁰, la Commission n'accordera une exemption que dans des circonstances exceptionnelles : les critères de sélection quantitative sont susceptibles d'être permis seulement si la complexité technique exige un strict service après-vente et conditionne la sécurité des utilisateurs, ou si ces critères sont nécessaires en raison du pouvoir d'achat présumé de la clientèle³⁴¹.

Deuxièmement, pour que les systèmes de distribution sélective soient compatibles avec 85(1), les critères de sélection qualitative devront être proportionnels à ce qui est nécessaire pour assurer la viabilité du système³⁴². En effet, on a décidé, dans l'affaire *Métro I*, que les contrats de distribution ne pourraient prévoir, sans être incompatibles avec l'article 85(1), des critères de sélection disproportionnés pour atteindre les objectifs raisonnables espérés par le fournisseur³⁴³. Troisièmement, les critères de sélection devront être appliqués de façon non discriminatoire³⁴⁴. Un fabricant ne pourra pas être moins sévère dans l'application des critères de sélection aux entreprises qui lui sont liées³⁴⁵.

Mis à part les critères de sélection des distributeurs, les contrats de distribution sélective sont susceptibles de contenir d'autres clauses restrictives. Il y a lieu de distinguer ici

³³⁹I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.182

³⁴⁰Les autorités communautaires ont, par le passé, assimilé aux critères de sélection quantitative le fait d'imposer une trop lourde obligation de faire de la publicité et le fait de systématiquement refuser les distributeurs qui ont pour pratique d'opérer avec une faible marge de profit. V. KORAH et W.A. ROTHNIE, *loc. cit.*, note 54, p.114 et 122

³⁴¹C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.659; E. GOULON, *op. cit.*, note 32, p.193; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.182. Par exemple, la Commission a déjà accordé une exemption pour un accord prévoyant une restriction quant aux nombres de revendeurs, en raison du fait qu'une telle limite était justifiée par le pouvoir d'achat de la clientèle. Cependant, même dans ce cas, l'exemption ne sera que temporaire et rarement renouvelée. L'article 85(3) pourrait aussi permettre l'utilisation de critères quantitatifs afin d'assurer un minimum de protection aux distributeurs afin de justifier son investissement ou son capital risqué, particulièrement pour ce qui est des nouveaux produits ou pour le développement d'un marché austère. Toutefois, la Commission n'a pas l'habitude d'être très réceptive à ce type d'argument.

³⁴²S. CORTÉS et D. SHERWOOD, *loc. cit.*, note 326, p.90; C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.649

³⁴³B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op. cit.*, note 262, p.444; S. CORTÉS et D. SHERWOOD, *loc. cit.*, note 326, p.90

³⁴⁴I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.180

³⁴⁵B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *op. cit.*, note 262, p.445

les clauses qui seront admissibles en raison de la théorie des restrictions inhérentes, des clauses qui dépassent la logique inhérente à la distribution sélective. En effet, l'affaire *Métro I* et *Métro II* semble être une consécration de la théorie des restrictions inhérentes en matière de distribution sélective³⁴⁶. Ainsi, toutes les restrictions objectivement nécessaires à la mise en oeuvre d'un système de distribution qui, de par sa nature, est objectivement compatible avec les objectifs de l'article 85(1), ne restreindront pas la concurrence au sens de l'article 85(1)³⁴⁷. Prenons par exemple les dispositions limitant la liberté du choix des clients auxquels le distributeur peut revendre les biens ou offrir des services. Ils s'agit là, selon nous, d'éléments inhérents à certains types de distribution sélective, et qui donc devraient être permis en raison de la théorie des restrictions inhérentes³⁴⁸. Toutefois, si le système de distribution sélective n'en est pas un qui sort du champ de l'article 85(1), c'est-à-dire que les critères de sélection ne sont pas objectifs à caractère qualitatif et appliqués de façon non discriminatoire, l'interdiction de vendre les biens hors réseau tombera sous l'article 85(1) et nécessitera une exemption en vertu de 85(3)³⁴⁹.

Les obligations qui pourront se retrouver dans un contrat de distribution sélective, sans pour autant être objectivement nécessaires à la mise en oeuvre du système, devront être analysées au cas par cas et nécessiteront une exemption si elles sont inconciliables avec l'article 85(1). Les clauses entraînant des limitations des échanges, la partition ou la forclusion des marchés, ou encore, celles qui conduisent à la manipulation artificielle des prix sont des exemples de clauses qui entraîneront la prohibition du premier paragraphe de l'article 85³⁵⁰. De plus, il s'agit là de pratiques que les autorités communautaires sont très réticentes à permettre. Toutefois, si des circonstances exceptionnelles le justifient, une exemption pourrait

³⁴⁶I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.179

³⁴⁷Il ne s'agit pas ici d'inclure les restrictions qui pourraient être justifiées par des raisons contextuelles, mais seulement les clauses restrictives objectivement nécessaires.

³⁴⁸Certains, dont V. KORAH et W. A. ROTHNIE, *op. cit.*, note 122 sont d'avis qu'une telle disposition pourrait retirer le bénéfice du Règlement 1983/83 ou 1984/83, car il s'agirait d'une restriction non prévue à l'article 2.

³⁴⁹I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.179 Dans cette éventualité, l'accord ne saurait être objectivement compatible avec l'article 85(1). Par conséquent, la théorie des restrictions inhérentes ne peut s'appliquer.

³⁵⁰COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*, note 68, p.364

être accordée, surtout en ce qui concerne la fixation de prix³⁵¹. Rappelons que la Commission a indiqué qu'une liste de prix suggérés peut-être permise s'il n'existe aucune collusion quant à l'application obligatoire de ces prix. Dans de rares cas, les autorités communautaires ont même reconnu qu'une certaine limitation à la liberté de fixer les prix peut être inhérente à un système de distribution sélective³⁵². Toutefois, il sera nécessaire que la baisse de concurrence quant aux prix soit compensée par un accroissement de la concurrence sous un autre aspect pour bénéficier d'une exemption sous l'article 85(3)³⁵³. Finalement, les dispositions portant sur la gestion commerciale, quant à elles, seront susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 85(1), mais pourront assez facilement bénéficier du troisième paragraphe³⁵⁴.

Section 2. Le contrôle de la position dominante : l'article 86

L'article 86, au même titre que l'article 85, vise les relations verticales et les relations horizontales : rien dans l'article 86 n'empêche qu'un accord vertical conclu par une entreprise dominante soit analysé comme étant une exploitation abusive de sa position dominante s'il restreint la concurrence³⁵⁵. En effet, l'article 86 est une disposition générale qui permet un contrôle sur la politique de distribution commerciale des entreprises dominantes. Toutefois, l'article 86 ne cherche pas à réglementer les relations inter-entreprises, comme c'est le cas pour l'article 85, mais plutôt les pratiques commerciales des entreprises dominantes. Les dispositions d'un contrat de distribution qui régit les relations fournisseurs - distributeurs seront donc susceptibles de tomber sous l'emprise de l'article 86, en ce qu'elles régissent les comportements des parties. Précisons que l'article 86 ne réprime pas la présence d'une clause

³⁵¹Binon v Agence et Messagerie de la Presse, précité, note 284

³⁵²C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.660; G. LE TALLEC, *loc. cit.*, note 324, p.440

³⁵³La pratique consistant à prévoir des prix de revente maximum pourrait être permise si les faits la justifient. En effet, il s'agit d'une pratique qui met généralement une pression à la baisse sur les prix et qui accentue la concurrence intermarque. Toutefois, la Commission ne suit pas toujours un raisonnement purement économique. Dans le cadre des autres types de distribution, la pratique des prix de revente maximum est généralement pas permise en vertu de l'article 85(3). Par conséquent, tout porte à croire que cette pratique sera aussi interdite pour les contrats de distribution sélective.

³⁵⁴C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.663

³⁵⁵J.P. DUBOIS, *op. cit.*, note 50, p.51

abusive dans un contrat, mais la mise en oeuvre de cette clause.

Nous allons, dans cette section, présenter l'impact de l'article 86 sur les divers contrats de distribution dès que l'une des parties, c'est-à-dire le fournisseur ou le distributeur, détient une position dominante. Dans un premier temps, nous allons voir à quel moment une position dominante est susceptible de se manifester. Ensuite, nous discuterons des diverses pratiques en matière de distribution commerciale et de leur potentiel d'être perçues comme des pratiques abusives.

Sous-section 1. La position dominante

Une entreprise dominante, au sens du droit communautaire, peut se manifester à tous les stades économiques, allant du producteur à l'acheteur. Non seulement est-il possible pour un fabricant ou un fournisseur d'exploiter une position dominante, mais, dans certains cas, le distributeur, voire l'acheteur lui-même, peut détenir une position dominante. Pour déterminer si l'une des parties au contrat de distribution détient une position dominante, il s'agira tout simplement de déterminer, en fonction des critères que nous avons élaborés dans le deuxième chapitre de notre première partie, l'importance économique ou structurelle des parties en fonction du marché défini.

Quoique l'article 86 ne fasse pas de distinction quant à celle des parties qui détient la position dominante, fournisseur ou distributeur, l'incidence de cette disposition sur les contrats de distribution sera quelque peu différente selon le cas. Rappelons que c'est l'exploitation abusive d'une position dominante qui est prohibée³⁵⁶. Le comportement de l'entreprise qui n'exploite pas une position dominante n'est donc pas limité par l'article 86: ses faits et gestes ne seront pas examinés dans la mesure où l'entreprise dominante ne les a pas directement ou indirectement imposés.

Nous aimerions maintenant aborder la notion de position dominante collective. Quoique celle-ci soit encore au stage embryonnaire, la Commission y consacre de plus en plus d'importance. Il est donc opportun de se demander si une telle notion peut éventuellement

³⁵⁶Article 86

trouver application en matière de distribution commerciale. En d'autres mots, la notion de position dominante collective pourrait-elle conférer aux distributeurs une position dominante et par le fait même soumettre une série de réseaux de distribution, qui seraient autrement exclus de son application, au contrôle de l'article 86?

Depuis l'affaire des *Verres plats*³⁵⁷, il est certain qu'en droit européen deux entreprises indépendantes peuvent détenir ensemble une position dominante. Pour ce faire, elles devront être unies par des liens économiques. Sans véritablement préciser la nature de ces liens, la Cour de justice indiquait :

There is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being, on a specific market, united by such economic links that, by virtue of that fact, together they hold a dominant position *vis-à-vis* the other operating on the same market. This could be the case, for example, where two or more independent undertakings jointly have, through agreements or licences, a technological lead affording them the power to behave to an appreciable extent independently of their competitors, their customers and ultimately their consumers.³⁵⁸

Les décisions subséquentes n'ont pas spécifié davantage ce qui constitue des liens économiques capables d'unir deux entreprises. De plus, elles ont quelque peu modifié cette notion. Dans l'affaire *Almelo*³⁵⁹, la Cour précisait que les entreprises doivent être "linked in such a way that they adopt the same conduct on the market"³⁶⁰. L'existence de liens économiques n'est donc plus nécessaire. Il s'agit davantage de démontrer que les entreprises sont unies par des liens suffisamment forts que ces liens soient économiques ou non. Qu'en est-il des distributeurs?

Les contrats de distribution sont conclus entre un fournisseur et un distributeur. Il n'existe donc pas d'accord ou de lien juridique à proprement parler entre les distributeurs.

³⁵⁷ *Re Italian Flat Glass: Societa Italiano Vetro Spa v E.C. Commission*, Cases T-68/69 et 77-78/89, [1992] 5 CMLR 302

³⁵⁸ *Id.*, p.303

³⁵⁹ *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Case C-393/92, [1994] I E.C.R. 1477

³⁶⁰ *Gemeente Almelo and Others v Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Case C-393/92, [1995] 32 CML Rev. 317

Toutefois, une certaine unicité de comportement peut se dégager du fait qu'ils ont tous signé des contrats types de distribution avec le même fournisseur, ce qui les oblige plus ou moins aux mêmes modalités : ils distribueront les mêmes produits sous la même marque de commerce et ce, à des conditions semblables, bénéficiant non seulement des mêmes avantages offerts par le fournisseur, mais aussi des mêmes protections quant aux garanties, à la publicité et au territoire. Toutefois, le recours à un contrat type par le fournisseur saurait-il constituer un lien suffisamment fort entre les distributeurs? Nous croyons que non. La jurisprudence communautaire indique que le degré normal de comportement parallèle de la part des entreprises sur un marché oligopole ne contient pas un degré d'interdépendance suffisamment élevé pour qu'elles puissent être considérées comme exploitant collectivement une position dominante³⁶¹. Par analogie, le degré normal de comportement parallèle de la part des distributeurs ayant signé des contrats de distribution similaires ne serait à lui seul suffisant. Dans les deux cas, le comportement parallèle découle davantage de la recherche des intérêts propres à chaque distributeur - en raison des marchés ou des dispositions du contrat - et non d'une intention de se présenter comme un bloc sur le marché. Dans l'affaire *Almelo*, la Cour de justice aurait pu s'intéresser à cette question, mais elle a préféré ne pas le faire, malgré l'intervention de l'Avocat général. Celui-ci était d'avis que l'utilisation d'un contrat type de distribution constitue un lien suffisamment fort pour conclure que les distributeurs détenaient collectivement une position dominante³⁶². La question demeure donc toujours d'actualité.

Dans l'affaire *Centro Servizi*³⁶³, la Commission s'est penchée sur la question des entreprises dont le comportement sur le marché est régi par une loi nationale : sont-elles unies par des liens suffisamment forts pour exploiter collectivement une position dominante³⁶⁴? La Commission a répondu :

³⁶¹D.G. GOYDER, *op. cit.*, note 28, p.257; E. A. RAFFALIELLI, "Oligopolies and Antitrust Law", (1996) 19 *Fordham International Law Journal* 925-928

³⁶²*Municipality of Almelo and Others v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, précité, note 359, p.310

³⁶³*Centro servizi spédipuerto Srl v Spédizioni marittima del golfo Srl*, Case C-96/94, [1996] 4 CMLR 613

³⁶⁴Nous continuons notre réflexion en proposant de faire un parallèle entre les normes de conduite fixées par un contrat type. L'analogie est possible en ce que dans les deux cas les entreprises se voient contraintes à adopter un comportement préétabli ayant pour effet d'uniformiser les comportements sur le marché.

National legislation which provides for the fixing of road-haulage tariffs by the public authorities cannot be regarded as placing economic agents in a collective dominant position **characterized by the absence of competition between them**. [les caractères en gras sont de nous]³⁶⁵

La jurisprudence qui se développe autour de la notion de dominance collective semble identifier l'absence de concurrence entre les entités économiques comme étant un élément caractéristique de la position dominante collective³⁶⁶³⁶⁷. La simple présence d'un contrat de distribution type ne saurait donc suffire. En effet, pour que celui-ci soit permis, l'article 85 requiert que les importations parallèles ainsi que les ventes entre distributeurs agréés soient permises. Les distributeurs seront donc en concurrence l'un contre l'autre. Du moins, les contrats-types prévoient la possibilité que les distributeurs puissent se faire concurrence. Face à cela, le simple fait, pour des distributeurs, de signer avec le même fournisseur un contrat-type de distribution ne nous semble pas constituer un lien suffisamment fort pour que ces mêmes distributeurs se présentent comme une seule unité sur le marché. Si dans les faits, il y a absence de concurrence entre les distributeurs, elle découlera davantage d'un comportement parallèle de la part des distributeurs, d'une pratique concertée ou tout simplement d'une entente entre les distributeurs. De telles situations pourraient faire en sorte que les distributeurs exploitent collectivement une position dominante. Cependant, la Cour n'acceptera pas qu'on:

“recycle” facts constituting an infringement of **Article 85** in the same case, deducing from them the findings that the parties to an agreement or to an unlawful practice jointly hold a substantial share of the market, that by virtue of that fact alone they hold a collective dominant position, and their unlawful behaviour constitutes an abuse of that collective dominant position.³⁶⁸

Dans tous les cas, même s'il est décidé que les distributeurs sont unis par des liens

³⁶⁵Centro servizi spediporto Srl v Spedizioni marittima del golfo Srl, précité, note 363, p.624

³⁶⁶Dip Spa v Comune di Bassano Del grappa LIDL Italia Srl v Comune di Chioggia lingral Srl v Comune di Chioggia, Cases C-140-142/94, [1996] 4 CMLR 157

³⁶⁷J.P. Dubois est d'avis que la position dominante collective ne se définit pas nécessairement comme une suppression de la concurrence entre les entreprises mais face aux tiers. Ainsi, plusieurs entreprises peuvent exploiter collectivement une position dominante même si elles se font concurrence. J.P. DUBOIS, *op. cit.*, note 50, p.142. Toutefois, comme nous l'avons mentionné, cette position ne semble pas être la direction vers laquelle se dirige la jurisprudence.

³⁶⁸Re Italian Flat Glass: Societa Italiano Vetro Spa v E.C. Commission, précité, note 357, p.302

suffisamment forts encore faut-il qu'ils exercent collectivement une dominance sur le marché. Ainsi, une fois le groupe identifié, il sera nécessaire de déterminer la puissance économique de ce groupe sur le marché en cause et de voir s'il peut agir à l'extérieur du jeu de la concurrence.

Sous-section 2. La notion d'abus

Les fournisseurs ou les distributeurs en position dominante sur le marché ne pourront, sous risque d'être réprimandés, adopter des pratiques contraires à l'article 86, c'est-à-dire des pratiques abusives. Le rôle de l'article 86 n'est pas d'attaquer le dynamisme commercial de l'entreprise ni ses performances économiques, mais plutôt de prohiber les pratiques inconciliables avec les objectifs derrière l'intégration communautaire ainsi que les pratiques qui auront pour effet de restreindre le jeu de la concurrence au sein du Marché commun³⁶⁹. La politique de distribution d'une telle entreprise doit être conforme aux objectifs de l'article 86 à défaut de quoi les contrats ou les clauses qui en découleront seront nuls. Ainsi, une entreprise dominante ne peut, même s'il s'agit de pratique courante, mettre en place un système de distribution ayant pour effet de porter atteinte à une concurrence effective dans le Marché commun ou de la fausser. Les réseaux de distribution ayant de telles finalités seront interdits : la prohibition de l'article 86 s'applique aux dispositions ayant pour effet de diviser le marché, d'empêcher un concurrent d'accéder à un marché, ou encore de chercher à l'éliminer³⁷⁰. Bien sûr, rien n'interdit à l'entreprise dominante de structurer son réseau de façon à être plus compétitive ou de défendre ses intérêts commerciaux par suite des mesures adoptées par ses concurrents. Toutefois, de telles pratiques ne sauraient être permises si leur véritable objectif est de renforcer la position dominante de l'entreprise ou d'en abuser³⁷¹. Rappelons qu'il y aura abus dès que l'entreprise dominante adopte des pratiques :

[...] de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà

³⁶⁹ United brands v Commission, précité, note 157

³⁷⁰ P. JEBSEN et R. STEVENS, loc. cit., note 141, p.458-459

³⁷¹ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, op. cit., note 262, p.455

affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien de degré de concurrence existant encore sur le marché au développement de cette concurrence.³⁷²

Malgré la portée générale de l'article 86, celui-ci prévoit que certaines pratiques en matière de distribution commerciale seront abusives. En vertu du deuxième paragraphe de l'article 86, les pratiques cherchant à imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables sont abusives³⁷³. Sont également expressément prohibées les pratiques visant à subordonner la conclusion de contrat à l'acceptation de prestations supplémentaires, qui, de par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet du contrat, ou, d'imposer des conditions inégales pour des prestations équivalentes. Toutefois, là ne sont pas les seuls comportements susceptibles d'être abusifs dans une relation verticale : par le passé, les autorités communautaires ont considéré comme abusives non seulement des pratiques de fixation des prix, mais aussi certaines pratiques relatives aux produits et celles définissant le cadre général des relations fournisseurs - distributeurs. Dans le but de préciser davantage les limites que l'article 86 pose à une entreprise dominante en matière de distribution commerciale, nous passerons maintenant à quelques pratiques susceptibles d'être abusives et qui apparaissent fréquemment dans les contrats de distribution.

Débutons par une analyse des diverses dispositions établissant l'une des quatre grandes méthodes de distribution commerciale. Nous avons vu l'impact de l'article 85 sur chacune des méthodes de distribution, nous aimerions maintenant souligner l'effet de l'article 86 sur celles-ci : bien que les diverses méthodes de distribution soient permises sous l'article 85, elles ne le seront pas nécessairement en vertu de l'article 86. Par exemple, le contrat d'approvisionnement exclusif est prohibé. En effet, les autorités communautaires ont exprimé,

³⁷²Hoffmann-La Roche c Comission, précité, note 157, p.541

³⁷³Belgische Radio en Televisie ans Société belge des auteurs, compositeurs et éditeur v SV SABAM and NV Fonior, Case 127/73, [1974] E.C.R. 313 à la page 316 "According to the terms of article 86(2(a)) an abuse must be regarded as consisting in particular, in directly or indirectly imposing unfair trading conditions."

à plusieurs reprises, qu'il est abusif, pour une entreprise dominante, de soumettre la conclusion d'un accord à l'acceptation d'une clause d'approvisionnement exclusif³⁷⁴. De tels contrats, non seulement restreignent la concurrence sur un marché dont la concurrence effective est déjà faible, mais renforcent aussi la dominance de l'entreprise. Même les clauses qui visent à lier l'approvisionnement d'une proportion considérable des besoins du distributeur chez un même fournisseur, seront contraires à l'article 86. Il est commun pour un fournisseur de prévoir dans les contrats de distribution une obligation d'acheter un quota minimum en guise de contrepartie à l'exclusivité territoriale. Il s'agit d'un moyen légitime par lequel le fournisseur cherche à s'assurer un rendement minimum de la part du distributeur et ainsi rentabiliser la commercialisation de son produit. Toutefois, si ce quota est élevé à un point tel que le distributeur, pour remplir son obligation, ne peut que se dévouer à la distribution du produit du fournisseur, les autorités communautaires concluront à une pratique abusive en ce que le quota aura pour effet de lier le distributeur au fournisseur. Il sera encore plus abusif de joindre une telle obligation à une clause de résiliation advenant que le quota ne soit pas rempli. Le mécanisme en soi nous semble pas contraire à l'article 86, sauf, si suite à une analyse économique, le quota représente une fraction trop élevée des opérations économiques du distributeur. Interdire au distributeur de commercialiser tout autre produit, et non seulement les produits similaires ou concurrents, est abusif. Une telle clause, n'est dans les faits, qu'une façon détournée de prévoir une obligation d'approvisionnement exclusif.

Les clauses de distribution exclusive³⁷⁵, quant à elles, ne subiront pas le même châtement. Les divers abus se dégageront plutôt de l'économie générale de l'entente : la disposition conférant une exclusivité territoriale simple ne constitue pas, dans la plupart des cas, un abus. Lors de la conception du réseau de distribution, il faut se rappeler que les divisions nationales ne doivent pas être renforcées de quelque manière que ce soit. Ainsi, il est préférable de prévoir que les importations parallèles ou la vente passive à l'extérieur du

³⁷⁴Hoffmann-La Roche c Commission, précité, note 157

³⁷⁵Nous excluons ici, les contrats de distribution exclusive absolue. Ces derniers sont, comme nous l'avons vu, interdits sous l'article 85 et sont tout aussi prohibés par l'article 86.

territoire concédé sont permises. Car si les dispositions du contrat laissent entendre que de telles pratiques ne seront pas tolérées, il s'agit d'une protection territoriale absolue³⁷⁶. Finalement, il n'est généralement pas permis, en vertu de l'article 86, à une entreprise dominante de bénéficier d'une exclusivité territoriale³⁷⁷. Ainsi, les distributeurs détenant une position dominante ne pourront conclure un contrat de distribution exclusive. Un tel contrat renforcerait davantage la position dominante du distributeur tout en lui conférant une protection additionnelle contre d'éventuels concurrents.

Le sort des systèmes de distribution sélective est quelque peu différent. Selon la Cour, il est possible à une entreprise en position dominante, soit le fournisseur ou le distributeur, de faire appel à un système de distribution sélective dans la mesure où les critères de sélection sont objectifs, à caractère purement qualitatif et appliqués de façon non discriminatoire. L'affaire *Maria Salonia*³⁷⁸ énonce le principe dans ces termes:

[...] Une clause de distribution sélective, telle que celle contenue dans l'accord national visé par la juridiction nationale, limitant aux seuls vendeurs agréés munis d'une carte professionnelle la fourniture des produits relevant dudit accord, n'enfreint ni l'article 85, paragraphe 1, ni l'article 86, paragraphe 1, du traité, s'il apparaît que le choix des vendeurs agréés s'opère en fonction de critères objectifs, tenant à la capacité du revendeur, de son personnel et de ses installations, en rapport avec les exigences de la distribution du produit, et que ces critères sont fixés de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire.³⁷⁹

Par conséquent, il sera abusif pour une entreprise dominante, même si elle prévoit des critères de sélection qualitatifs, d'appliquer de façon discriminatoire les critères de sélection ou de

³⁷⁶Rappelons que pour contrevenir à l'article 86, il est essentiel que des gestes soient posés sur le marché. Par conséquent, même si le contrat prévoit une protection territoriale absolue, l'article 86 n'est pas pour autant violé, sauf si dans les faits les distributeurs ne font pas d'importation parallèle ou de vente passive. Dans un tel cas, la clause du contrat peut s'avérer un élément de preuve établissant la pratique contraire à l'article 86.

³⁷⁷J.-Y. ART et D. VAN LIEDEKERKE, "Developments in EC Competition Law in 1994 - An Overview", (1995) 31 *CML Rev.* 921, 930

³⁷⁸*Maria Salonia c. Giorgio Poidomani et Franca Giglio*, affaire 126/80, [1981] Recueil 1563

³⁷⁹*id.*, p.1583

prévoir des critères démesurés par rapport à ce qui est nécessaire pour assurer la qualité du service auprès du client, la garantie, ou le service après-vente. Recourir à un contrat de distribution sélective peut aussi être abusif si le contrat vise des produits dont la nature ou la technicité ne justifie pas un tel système de distribution. Comme nous le mentionnons dans notre troisième chapitre, un tel système de distribution n'est possible que dans la mesure où les biens visés remplissent certains critères. Une des clauses types permettant d'identifier le contrat de distribution sélective est celle qui interdit la vente des produits aux distributeurs hors réseaux. Comme nous l'avons vu, une telle clause n'est pas restrictive si elle s'inscrit dans un contrat de distribution sélective rencontrant les exigences de l'arrêt *Metro*. Nous pensons qu'il en sera de même sous l'article 86.

Mis à part les particularités reliées aux méthodes de distribution, tous les contrats de distribution peuvent contenir des clauses dont la mise en oeuvre est susceptible de constituer une exploitation abusive. Parmi ces dispositions, on retrouve les modalités concernant les prix. Comme nous l'avons mentionné, la fixation verticale, directe ou indirecte, des prix de revente constitue l'un des exemples de l'article 86. Ainsi, toute disposition ayant pour effet de restreindre la liberté du distributeur de fixer les prix de revente est abusive³⁸⁰. Il est permis au fournisseur de suggérer des prix, mais il ne doit y avoir aucune obligation pour le distributeur de les respecter³⁸¹.

Les modalités de paiement exigées par le fournisseur envers le distributeur constituent également une source d'abus. En effet, il existe une jurisprudence abondante sur l'application de l'article 86 au prix de vente. Nous en avons d'ailleurs traité dans notre deuxième chapitre. Pour cette raison, nous ne ferons que rappeler qu'une pratique de prix discriminatoire ou de prix prédateur, ainsi que les systèmes de rabais de fidélité ou de quota, sont des pratiques

³⁸⁰Les contrats d'agence ou de représentant commerciale sont des systèmes de commercialisation qui permettent au fournisseur (manufacturier) de fixer les prix de revente. Ainsi, s'il est primordial pour le fournisseur de contrôler les prix de revente pour rentabiliser la commercialisation de son produit, il sera préférable de choisir parmi le contrat d'agence ou le contrat de représentant commercial.

³⁸¹P. THIEFFRY, "L'appréhension des systèmes de distribution en droit américain et en droit européen de la concurrence", (1985) 21 *Rev. trim. dr. europ.* 663, 707

abusives³⁸².

Un autre élément des contrats de distribution qui peut mener à un abus sont les modalités relatives aux produits. Bien que l'article 86 n'y fasse pas expressément référence, la jurisprudence a vite reconnu le caractère abusif de certaines dispositions liées aux produits à distribuer. Dans un premier temps, soulignons l'interdiction de lier la distribution d'un produit à la distribution d'un autre³⁸³. Une pratique de distribution liée sera toujours abusive sauf si le fournisseur démontre que la nature des produits ou les usages commerciaux justifient de les lier l'un à l'autre³⁸⁴. Il en sera de même pour les pratiques qui auront pour objet de lier la distribution d'un produit à la prestation de services qui ne sont pas normalement associées à la distribution de ce produit³⁸⁵.

De plus, il est abusif de limiter l'accès de concurrents réels ou potentiels sur un marché en incluant dans le contrat de distribution des obligations pour le distributeur quant à l'utilisation et à la revente des produits³⁸⁶. La jurisprudence communautaire indique que les restrictions imposées au distributeur quant à sa liberté de choisir ses fournisseurs constituent un abus³⁸⁷. De tels accords cristallisent la structure du marché en empêchant l'immersion de

³⁸²La pratique consistant à prévoir une clause permettant au fournisseur d'accorder de temps en temps des rabais n'est pas en soi abusive. Toutefois, la mise en oeuvre d'une telle clause peut l'être si les mêmes possibilités de rabais ne sont pas offertes à tous les distributeurs. De plus, si les rabais ne sont pas objectivement reliés aux quantités achetées du produit, il pourrait s'agir d'une pratique de prix discriminatoire. Les clauses prévoyant que le fournisseur peut accorder des rabais additionnels en relation avec une commande spécifique nous semblent discriminatoires et leur mise en oeuvre sera généralement contraire à l'article 86.

³⁸³Article 86(2(d))

³⁸⁴Hilti c E.C. Commission, Case T-30/89, [1991] II E.C.R. 1439, porté en appel en ce qui concerne la question de l'existence d'une position dominante Hilti v E.C. Commission, Case C-53/92P, [1994] CMLR 614

³⁸⁵Par exemple, un fabricant de produits informatiques qui accorde aux distributeurs des rabais quant au support technique, l'installation ou autres services accessoires si le distributeur les fait faire par le fournisseur. Par une telle pratique, il nous semble que le fabricant cherche à nuire à la concurrence effective sur les marchés accessoires ou secondaires que constituent ces services, ou à empêcher l'émergence de concurrent. Dans certains cas, vu le caractère unique du logiciel, seul le fabricant pourrait effectuer ces services. Toutefois, si le fabricant se sent obligé d'accorder des rabais afin d'obtenir le distributeur comme client, cela présuppose l'existence d'une concurrence potentielle.

³⁸⁶Ces limites seront tolérées dans le cadre du contrat de distribution sélective.

³⁸⁷Dans Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission, Case 322/81, [1983] 10 E.C.J.R. 133, la Cour a écrit : "The Court held in Suiker Unie and Hoffmann-La Roche that a fidelity rebate as intended to prevent customers from obtaining supplies from competing producers by the grant of financial advantages was an abuse of a dominant position contrary to Article 86 [...] In the present case it was necessary to consider all the circumstances [...]; and to consider whether the rebate was intended, as a benefit not based on any financial

nouveaux concurrents, ce qui est non seulement contraire aux objectifs du Traité - intégration économique -, mais restreint de façon importante la concurrence résiduelle. Même si un contrat pris seul ne saurait être abusif, la Commission étudiera l'ensemble des contrats conclus par le fournisseur ainsi que la structure du marché pour évaluer le degré de forclusion. Si la concurrence sur le marché est déjà fortement réduite suite à la présence d'un grand nombre de contrat de distribution exclusive, la Commission pourra refuser la conclusion d'une obligation d'exclusivité³⁸⁸. Elle jugera, dans un tel cas, que la conclusion de l'accord est contraire à l'article 86.

En plus de vouloir limiter la liberté du distributeur quant à la distribution des produits, le fournisseur pourrait aussi être tenté d'imposer aux distributeurs des restrictions quant à leur liberté d'opérer sur un marché ancillaire ou secondaire et de concevoir leur politique de distribution de façon à se réserver ces marchés. De tels objectifs peuvent prendre plusieurs formes, allant du simple refus d'approvisionner aux dispositions du contrat précisant l'utilisations permises des biens, en passant par l'utilisation des droits de propriété intellectuelle dans le but d'empêcher l'émergence de nouveaux produits : ces objectifs seront généralement considérés comme étant abusifs. Dans l'affaire *Commercial Solvents*, la Cour a conclu à un comportement abusif de la part de Commercial Solvent, en raison du fait que cette compagnie a refusé d'approvisionner l'entreprise Zoja afin de se réserver le marché dérivé de l'éthambuthol³⁸⁹. Dans le même sens, on retrouve le passage suivant de l'affaire *Centre belge d'études de marché*³⁹⁰ :

Therefore, an abuse within the meaning of Article 86 was committed where, without any objective necessity, an undertaking holding a dominant position on a particular market reserved to itself or to an undertaking belonging to the same group, an ancillary activity which might be carried out by another

transaction to justify it, to take away or restrict the purchaser's choice regarding sources of supply, to close access to the market to competitors, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, or to strengthen a dominant position by distorted competition."

³⁸⁸X. De ROUX et D. VOILLEMOT, *op. cit.*, note 14, p.86

³⁸⁹*Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp v Commission*, précité, note

³⁹⁰*Centre Belge d'Études de Marché -Télémarketing SA v Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA & Information Publicité Benelux SA*, Case 311/84, [1986] 3 E.C.J.R. 33

undertaking as part of its activities on a neighbouring but separate market, with the possibility of eliminating of competition from such an undertaking.³⁹¹

Rappelons que le refus d'approvisionnement est en soi abusif s'il n'est pas objectivement justifiable. Ainsi, prévoir que le fournisseur peut à sa seule discrétion accepter ou refuser une commande du distributeur ne sera pas permis. Il en est de même pour les clauses prévoyant que le fournisseur peut, selon ses intérêts, accepter ou refuser une commande. Toutefois, la jurisprudence communautaire ne tient le fournisseur dominant qu'à l'approvisionnement de commandes raisonnables. Le fournisseur pourra donc se réserver le droit de refuser toute commande déraisonnable de la part de ses distributeurs. Pour plus de sécurité, il sera peut être même préférable de prévoir les critères en fonction desquels le caractère raisonnable ou non des commandes doit être apprécié.

Les droits de propriété intellectuelle peuvent, eux aussi, être utilisés de façon abusive. En principe, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'est pas abusif, mais tel que le Tribunal l'a spécifié dans l'affaire *Magill*³⁹² :

[...]that does not apply when it is apparent that that right is exercised in such ways and circumstances as in fact to pursue an aim manifestly contrary to the objectives of Article 86.³⁹³

Ainsi, il y aura un abus si les dispositions portant sur les droits de propriété intellectuelle sont rédigés de façon à éliminer un concurrent ou à empêcher un nouveau concurrent d'accéder au marché³⁹⁴. Il en sera de même pour toute utilisation des droits de propriété intellectuelle dans le but de renforcer les divisions nationales, de nuire aux importations parallèles ou de refuser sans motifs valables l'octroi d'une licence³⁹⁵. Dans l'affaire *Magill*, il a été décidé que le refus d'accorder une licence était abusif, car l'objectif recherché par les détenteurs du droit d'auteur

³⁹¹*Id.*, p.34

³⁹²Radio Telefis Eireann, British Broadcasting Corporation, and Independent Television Publications Ltd, v Commission, Case T-69 et T-76/89, [1991], 10 ECJR, p.134

³⁹³*Id.*, p.134

³⁹⁴*Id.*, p.134

³⁹⁵Les rédacteurs canadiens devront particulièrement faire attention quant à la rédaction des clauses de propriété intellectuelle. En effet, les lois de propriété intellectuelle sont, de par leur nature, enclines à renforcer les barrières nationales.

était d'empêcher la production et le marketing d'un nouveau produit.

Une autre clause susceptible de soulever quelques problèmes est celle qui impose l'obligation, au distributeur, de communiquer, sur une base régulière, au fournisseur les informations relatives au marché des produits sur le territoire en question, et notamment, les informations concernant les prix des concurrents³⁹⁶. De plus, le fournisseur dominant devra être attentif quant à son application des dispositions du contrat. En effet, le simple exercice de ses droits peut s'avérer abusif. Par exemple, le bris des liens commerciaux ou encore le non-renouvellement du contrat de distribution pourrait être abusif si l'intention du fournisseur est de remettre à l'ordre un de ses distributeurs. Mettre fin à la relation commerciale en raison du fait que le distributeur n'a pas supervisé adéquatement la distribution du produit est susceptible d'être abusif. Il serait préférable de prévoir des critères objectifs que doit rencontrer le distributeur à défaut de quoi le fournisseur peut mettre fin aux contrats. Il est aussi possible pour un fournisseur d'abuser de sa position dominante dans ses relations postcontractuelles avec le distributeur, particulièrement en ce qui concerne les éléments qui resteront à déterminer par suite de la signature du contrat ou lors de la modification de certains éléments du contrat. Nous nous référons ici, entre autres, au pouvoir du fournisseur de choisir les produits à distribuer et la garantie qui les accompagne ainsi que les modalités concernant la publicité.

³⁹⁶Un exemple d'une telle clause serait : "a) à coopérer avec [fournisseur] en lui fournissant les informations commerciales relatives au marché des produits sur le Territoire et les informations concernant l'activité des fabricants concurrents, y compris les prix de leur produits à tous les niveaux de la vente;"

CHAPITRE 2 - Les contrats de franchise

Les systèmes de franchise ont pris depuis les années 1970 une grande importance dans les pratiques commerciales. En effet, on comptait en 1982 plus de 120 000 franchises sur le territoire allemand à lui seul³⁹⁷. De plus, le franchisage constitue un des quatre grands types de distributions commerciales identifiés par la Commission dans son livre vert *La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*³⁹⁸ et bénéficie, depuis 1989, d'une exemption par catégorie³⁹⁹. Nous allons étudier, dans le présent chapitre, la conformité de ces systèmes en regard des dispositions communautaires de la concurrence. Nous débuterons par l'article 85 et son incidence sur le contrat de franchise, à la suite de quoi, nous examinerons les éléments de l'article 86 afin de déterminer s'ils peuvent éventuellement jouer un rôle dans le contrôle de ces types de contrats. Auparavant, nous aimerions nous attarder quelque peu sur les contrats de franchise et leurs caractéristiques principales.

Philippe Bessis, dans *Le contrat de franchisage*⁴⁰⁰, propose une définition du contrat de franchise que nous croyons bon de reproduire :

Le franchising se définit comme une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connus, de sigles, symboles, marque de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées; que ce contrat peut être assorti d'une aide industrielle, commerciale ou financière permettant l'intégration dans l'activité commerciale du concédant franchisseur à l'égard du franchisé initié à une technique originale et à un savoir-faire hors du

³⁹⁷D.G. GOYDER, *EEC Competition law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p.230

³⁹⁸COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert : La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, Bruxelles, COM(96) 721 Final, 22.01.97

³⁹⁹Règlement (CEE) N. 4087/88 de la Commission, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise, J.O. L359/46

⁴⁰⁰P. BESSIS, *Le contrat de franchisage*, coll. "Droit des Affaires", Paris, L.G.D.J., 1990

commun permettant le maintien de l'image de marque du service ou du produit vendu et le développement de la clientèle à moindre coût et avec une plus grande rentabilité pour les deux parties qui conservent juridiquement une indépendance totale.⁴⁰¹

Notons aussi que le franchisage peut apparaître sous diverses formes. De fait, les systèmes de franchise peuvent être classés en trois grandes catégories : les franchises de distribution, les franchises de services et les franchises de production⁴⁰². Les premières consistent en un système en vertu duquel le franchisé vend les produits du franchiseur dans un magasin qui porte l'enseigne du franchiseur⁴⁰³. Les contrats de franchise de services, quant à eux, auront pour objet la performance de services sous l'enseigne et le nom commercial du franchiseur⁴⁰⁴. Le troisième type de franchise, soit la franchise de production, est plus rare et ressemble davantage aux systèmes classiques de distribution. La franchise de production est caractérisée par le fait que le savoir-faire transmis vise non plus la commercialisation d'un produit ou service, mais plutôt la fabrication de celui-ci. Ils différeront des simples licences de brevet ou de savoir-faire en ce qu'une fois le bien fabriqué, il sera commercialisé par le franchisé sous la marque du franchiseur et selon ses indications⁴⁰⁵. Le contrat de franchise sous ses trois formes principales, quoiqu'étant un moyen de distribution commerciale, diffère des trois méthodes classiques de distribution discutées au chapitre précédent. Contrairement aux systèmes de distribution, le franchisage implique une relation beaucoup plus étroite entre le fournisseur (le franchiseur) et le distributeur (le franchisé) : le franchiseur ne fournit pas simplement un produit, mais tout un cadre d'affaire à l'intérieur duquel le franchisé devra oeuvrer⁴⁰⁶. Généralement, ce cadre comprendra non seulement le droit de vendre un produit

⁴⁰¹Id., p.29

⁴⁰²Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, Case 161/84, [1986] E.C.R. 353, 381

⁴⁰³Id.

⁴⁰⁴Id.

⁴⁰⁵Id.

⁴⁰⁶La fédération française du franchisage identifie le concept franchisable comme étant la conjonction originale des trois éléments suivants : “* la propriété ou le droit d’usage de signes de ralliement de la clientèle : marque de fabrique commerce ou de services, enseigne, raison sociale, nom commercial, signes et symboles, logos; * l’usage d’une expérience, d’un savoir-faire; * une collection de produits et/ou de services et/ou de technologies brevetées ou non.” P. BESSIS, op. cit., note 400, p.20

ou d'offrir un service déterminé, mais aussi le droit d'utiliser, suivant certaines conditions, le nom et l'image du franchiseur ainsi que son expérience et savoir-faire. Le succès du système dépendra d'ailleurs de la bonne réputation et de l'image du franchiseur ainsi que du transfert et de la protection du savoir-faire. Pour ce qui est des similitudes, le contrat de franchise prévoit, au même titre que les contrats de distribution, que le distributeur (le franchisé) demeure un commerçant indépendant, propriétaire du lieu d'affaire assumant pleinement les risques. Toutefois, le franchisé verse, à titre de compensation, non seulement un pourcentage prédéterminé calculé en fonction des ventes, mais aussi un droit d'entrée, les redevances étant généralement plus élevées afin de tenir compte de l'utilisation du savoir-faire et de l'image du franchiseur⁴⁰⁷.

D'un point de vue de la concurrence, les réseaux de franchise sont généralement perçus favorablement⁴⁰⁸. En effet, ils permettent non seulement à des groupes d'individus ayant peu de capital et d'expérience de devenir des entrepreneurs, mais ils contribuent aussi à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou services, et ce, même si le concept comporte en soi certaines restrictions, principalement :

- 1- une protection territoriale en faveur du franchisé;
- 2- une obligation de vendre que les biens du franchiseur ou ceux approuvés par celui-ci;
- 3- une obligation de faire affaire uniquement au lieu désigné;
- 4- une obligation de ne pas vendre hors du réseau sauf aux consommateurs visés;
- 5- une obligation de ne pas prendre partie à des activités qui font concurrence au réseau;
- 6- une clause de non-concurrence; et
- 7- une série de conditions imposées au franchisé dans le but de sauvegarder l'intégrité du réseau, à savoir les normes concernant la publicité, la disposition du lieu d'affaire

⁴⁰⁷Pour une étude plus extensive sur le contrat de franchise, voir : P. BESSIS, *op. cit.*, note 400; P.-A. MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Inc., 1989

⁴⁰⁸G.A. BERMAN, R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, *op. cit.*, note 29, p.754; P. BESSIS, *op. cit.*, note 400, p.50; I. VAN BAEL et J.F. BELLIS, *op. cit.*, note 29, p.208;

et le respect de la protection du savoir-faire.

Qu'en est-il donc de ces contrats face aux articles 85 et 86 du Traité?

Section 1. Le contrôle des pratiques restrictives : l'article 85

Bien que le contrat de franchise ait fait son apparition dans l'Union européenne au début des années 1970, il a fallu attendre jusqu'en 1986⁴⁰⁹ pour avoir une première décision des autorités communautaires sur la conformité de ces contrats en vertu de l'article 85. Depuis, quelques autres causes ont été présentées devant la Commission⁴¹⁰. Toutefois, l'incidence de l'article 85 sur les systèmes de franchise demeure un des points les moins développés en droit de la concurrence européenne. Heureusement, la Commission a très rapidement adopté une exemption visant les accords de franchise, précisant ainsi le chemin à suivre pour tout franchiseur qui cherche à développer un réseau de franchise sur le territoire communautaire.

Sous-section 1. Les ententes prohibées : l'article 85(1)

La célèbre affaire *Pronuptia* fut la première décision communautaire concernant l'application de l'article 85 au contrat de franchise. En effet, avant celle-ci, la problématique des systèmes de franchise n'avait été étudiée par la Commission qu'en 1980, lors d'une question parlementaire. La réponse fut vague et sans grande utilité. Selon la Commission, le franchisage ne nécessitait pas l'adoption de nouvelles règles ou d'une communication propre aux franchises. Il fallait tout simplement les analyser en fonction des dispositions existantes⁴¹¹. Ceci dit passons à l'arrêt *Pronuptia*.

Les faits de l'affaire se résument ainsi. *Pronuptia de Paris*, un franchiseur français, développe un réseau de franchise pour robes de mariées et autres accessoires de mariage, dont un embranchement s'étend sur le territoire de l'Allemagne de l'Ouest. L'un des franchisés

⁴⁰⁹*Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, précité, note 402, p.353

⁴¹⁰Décision Yves Rocher, 1986 J.O. L8/49; Décision *Pronuptia*, 1987 J.O. L13/39; Décision *Computerland*, 1987 J.O. L222/12; Décision *Service Master*, 1988, J.O. L332/38; Décision *Charles Jourdan*, 1989 J.O. L35/31

⁴¹¹Réponse de la Commission à la question parlementaire n.1694/79, 1979 J.O. C131/33

allemands, Irmgard Schillgalis, ne paye plus les royautés qu'il trouve trop élevées, suite à quoi Pronuptia de Paris décide de le poursuivre pour non-paiement de royautés devant la Cour allemande. En première instance, la Cour allemande condamne le franchisé au paiement des royautés et des arrérages à concurrence d'un montant de 158 502 DM. En appel de la décision, la Cour, suivant l'argument du franchisé, conclut que l'accord de franchise contrevient à l'article 85(1) et donc le déclare nul et sans effets. Cette décision fut portée en appel devant la Cour Suprême allemande. Dans le but de mieux appréhender l'application des règles européennes aux contrats de franchise, la Cour Suprême allemande fit appel à la Cour de justice européenne par l'entremise de l'article 177 du *Traité de Rome*.

En vertu du contrat de franchise, le franchisé Irmgard Schillgalis se voit attribuer le droit d'utiliser le nom Pronuptia de Paris pour les territoires de Hamburg, d'Oldenbourg et de Hanovre. En retour, le franchisé devait payer une royauté de 10% sur toutes les ventes réalisées, et ce, même pour les produits non fournis par Pronuptia. De plus, le franchisé demeurait propriétaire du magasin et se devait d'assumer tous les risques. On retrouvait aussi les stipulations suivantes:

Le franchisé est obligé :

1- de ne vendre les marchandises en utilisant le nom commercial et la marque Pronuptia de Paris que dans le magasin spécifié dans le contrat, lequel doit avoir été aménagé et décoré principalement pour la vente d'articles de mariage, selon les indications du franchiseur, dans le but de mettre en valeur l'image de marque de la chaîne de distribution Pronuptia et ne peut être transféré à un autre emplacement ou transformé qu'avec l'accord du franchiseur;

2- d'acheter auprès du franchiseur 80 % des robes et accessoires de mariée ainsi qu'une proportion à déterminer par le franchiseur lui-même de tenues de cocktail et de réception et à ne s'approvisionner pour le reste qu'auprès de fournisseurs agréés par le franchiseur;

3- de payer au franchiseur, en contrepartie des avantages consentis, un droit d'entrée unique pour le territoire contractuel de 15 000 DM et, pendant toute la durée du contrat, une redevance égale à 10 % de l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé par la vente de produits

Pronuptia ou de toutes autres marchandises, les tenues de soirée achetées auprès d'autres fournisseurs que Pronuptia n'étant cependant pas soumises à cette redevance;

4- de considérer, sans préjudice de sa liberté de fixer lui-même ses prix de revente, les prix proposés par le franchiseur comme des recommandations pour la revente;

5- de ne mener de publicité dans le territoire concédé qu'avec l'accord du franchiseur, et, en toute hypothèse, d'aligner cette publicité sur celle effectuée au plan international et national par le franchiseur, de diffuser de la façon la plus consciencieuse possible les catalogues et autres supports publicitaires fournis par le franchiseur et, de manière générale, d'appliquer les méthodes commerciales qui lui sont communiquées par le franchiseur;

6- de s'assigner pour objectif principal la vente d'articles de mariage;

7- de s'abstenir de tout acte de concurrence avec un commerce Pronuptia, et en particulier de ne pas ouvrir un commerce ayant un objet identique ou similaire à celui exercé dans le cadre du contrat ni de participer, directement ou indirectement, à un tel commerce, dans le territoire de la République fédérale d'Allemagne, y compris Berlin-Ouest ou dans un territoire où Pronuptia est représentée d'une manière quelconque, et ce tant pendant la durée du contrat que pendant une période d'un an après la fin de celui-ci;

8- de ne céder à des tiers ni les droits et obligations résultant du contrat ni son commerce sans accord préalable du franchiseur, étant entendu que celui-ci marquera son accord si la cession intervient pour des raisons de santé et si le nouveau contractant établit sa solvabilité et prouve qu'il n'est pas, sous quelque forme que ce soit, un concurrent du franchiseur.

Le franchiseur, quant à lui, doit :

1- accorder au franchisé pour un certain territoire, qui est délimité dans une carte annexée au contrat, le droit exclusif à l'utilisation du signe Pronuptia de Paris en vue de la vente de ses produits et de ses services, ainsi que le droit d'effectuer de la publicité dans ce territoire;

2- s'engager à n'ouvrir aucun autre magasin Pronuptia dans le territoire en question et à ne fournir aucun produit ou service à des tiers dans ce territoire;

3- s'engager à assister le franchisé en ce qui concerne les aspects commerciaux et publicitaires de son commerce, l'aménagement et la décoration du magasin, la formation du personnel, les techniques de vente, la mode et les produits, l'achat, le marketing et, de manière générale, pour tout ce qui, d'après son expérience, pourrait contribuer à améliorer le chiffre d'affaires et la rentabilité du commerce du franchisé.

La Cour de justice a donc eu pour tâche d'examiner le contrat décrit ci-dessus. Plus particulièrement, par suite de la demande du Bundesgerichtshof, la Cour s'est penchée sur la question de l'applicabilité de l'article 85 (1) au contrat de franchise. Dans un premier temps, la Cour a trouvé bon de préciser que les systèmes de franchise doivent être divisés en trois grands types : les franchises de services, les franchises de distribution et les franchises de production. Elle a ensuite précisé que la présente décision, et par conséquent les règles qui en découlent, n'est applicable qu'aux franchises de distribution⁴¹². Dans un deuxième temps, elle a examiné ce type de contrat qu'elle qualifie de "manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances"⁴¹³. Par suite d'une analyse objective du franchisage, la Cour de justice a indiqué qu'un tel système ne porte pas atteinte en soi à la concurrence⁴¹⁴. Par conséquent, toutes les dispositions objectivement indispensables pour assurer le bon fonctionnement du système ne sauraient contrevenir à l'article 85(1)⁴¹⁵. La Cour précise d'ailleurs deux types de clauses qui seront permises: les clauses ayant pour but d'assurer la protection du savoir-faire et des connaissances transmises par le franchiseur au franchisé, celles nécessaires pour assurer que le franchisé les applique intégralement, et, les dispositions visant à préserver l'identité et la réputation du réseau⁴¹⁶. Sous la première

⁴¹²Depuis, la Commission a appliqué les règles de l'arrêt *Pronuptia* aux franchises de service. Cependant, il n'est pas encore clair quelles seront les lignes directrices quant à l'analyse des contrats de franchise de production.

⁴¹³*Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, précité, note 402, p.381

⁴¹⁴*Id.*,

⁴¹⁵*Id.*, p.382; Par un tel énoncé, la Cour introduit la théorie des restrictions inhérentes en matière de franchise. Ainsi, les restrictions de la concurrence qui seraient nécessaires pour assurer le fonctionnement du système franchisable seraient exclues de l'application du premier paragraphe de l'article 85. Les restrictions imposées pour le bénéfice du franchisé devront, quant à elles, être permises sous l'article 85(3), et ce, même si elles sont essentielles pour convaincre le franchisé d'investir le capital de départ.

⁴¹⁶*Id.*, p.381-382

bannière, la Cour identifie les clauses suivantes comme n'étant pas restrictives :

- 1- l'interdiction d'assigner la franchise sans le consentement du franchiseur; et,
- 2- l'interdiction de s'engager, durant le contrat ou pour une période raisonnable après l'expiration de celui-ci, dans une activité concurrente⁴¹⁷.

La protection de l'identité et la réputation du réseau permettent, selon la Cour, les dispositions suivantes :

- 1- l'obligation pour le franchisé d'appliquer les méthodes commerciales et d'utiliser le savoir-faire du franchiseur;
- 2- l'obligation de ne vendre que les produits visés par le contrat, et ce, dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur;
- 3- les stipulations concernant l'emplacement du magasin ou celles interdisant le déménagement du dit magasin sans l'assentiment du franchiseur;
- 4- l'interdiction de céder les droits et obligations résultant du contrat sans le concours du franchiseur;
- 5- l'obligation de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou d'un fournisseur approuvé par le franchiseur, pour les produits pour lesquels des normes de qualité objectives sont nécessaires pour la protection de la réputation du réseau. Une telle stipulation ne peut, cependant, empêcher le franchisé d'acheter les produits auprès des autres franchisés⁴¹⁸; et,
- 6- toutes les obligations qui subordonnent la publicité du franchisé à l'accord du franchiseur⁴¹⁹.

⁴¹⁷Id., p.382

⁴¹⁸On retrouve généralement, dans les contrats québécois de franchise, la clause concernant l'approvisionnement formulée de la façon suivante : "Tous les achats de Matériel (Tel que cette expression est définie à la Convention de Franchise) pour l'exploitation du commerce seront fait auprès du Franchiseur ou des fournisseurs désignés de temps en temps à autre par le Franchiseur, et les achats de Produits spéciaux (tel que cette expression est définie à la Convention de Franchise) seront fait auprès du Franchiseur ou de toute autre partie désignée de temps à autre par le Franchiseur, qui pourra être un membre de son Groupe (tel que cette expression est définie à la Convention de Franchise)". Tel que rédigée, cette clause ne serait pas valide, car les autorités communautaires exigent que le contrat prévoit expressément que les produits peuvent être achetées auprès des autres franchisés ou des distributeurs agréés s'il existe un réseau parallèle de distribution.

⁴¹⁹Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, précité, note 402, p.381-382

Ceci dit, toutes les autres clauses prévues par le contrat pourront, dans la mesure où elles ne sont pas indispensables pour protéger le savoir-faire ou l'intégrité du réseau, restreindre la concurrence. Il reviendra à la Commission de déterminer si ces clauses sont inconciliables avec l'article 85(1) et dans l'affirmative, d'évaluer l'opportunité d'accorder une exemption en vertu du troisième paragraphe. La Cour précise d'ailleurs que les clauses qui cherchent à partager le marché entre franchiseur et franchisé ou entre les franchisés constituent des restrictions de la concurrence⁴²⁰. Il en est de même pour toutes les stipulations quant à la fixation des prix à l'exception des prix indicatifs⁴²¹. Ceux-ci seront permis dans la mesure où aucune concertation existe en vue de l'application effective de ces prix⁴²².

L'arrêt *Pronuptia* indique aussi quand un contrat de franchise affecte le commerce entre les États membres. Dans le paragraphe 26 de sa décision, la Cour précise qu' :

Il importe de préciser, enfin, que les contrats de franchise de distribution qui contiennent des clauses réalisant un partage des marchés entre franchiseur et franchisé ou entre franchisés sont en tout état de cause susceptibles d'affecter le commerce entre États membres[...]⁴²³

Tout contrat prévoyant une interdiction, pour le franchisé, de s'installer dans un autre lieu sans l'assentiment du franchiseur est donc susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire selon la Cour. Contrairement aux systèmes de distribution, la distinction entre les franchises régionales et les franchises communautaires n'existe pas vraiment. En effet, la jurisprudence en matière de distribution semble exiger que le commerce entre États membres soit modifié de façon à être susceptible de nuire à la réalisation des objectifs du traité⁴²⁴. Dans l'arrêt *Pronuptia*, la Cour se contente de la présence d'une clause qui prévoit l'interdiction d'ouvrir une deuxième place d'occupation ou de déménager l'emplacement de la franchise actuelle sans

⁴²⁰Id., p.383; Les clauses accordant une exclusivité territoriale et celles interdisant aux franchisés d'ouvrir une deuxième franchise ou de déplacer l'emplacement de la franchise accordée sans l'autorisation du franchiseur sont des restrictions contraires à l'article 85(1). Toutefois, vu la nécessité de telles clauses dans les systèmes de franchise, elles seront permises en vertu de l'article 85(3), dans la mesure où ces clauses ne sont pas déraisonnables.

⁴²¹Id., p.384

⁴²²Id.

⁴²³Id.

⁴²⁴Consten et Grundig c Commission, précité, note 70

la permission du franchiseur accompagnée d'une clause de protection territoriale. La Commission dans la décision *Pronuptia* souligne même que :

The Court also held that retail franchise agreements containing clauses that involve market shares between franchisor and franchisees are inherently likely to effect trade between Member states, even if they are between parties residents in the same Member state, because they prevent the franchisees setting up in another Member state⁴²⁵.

Ainsi, malgré le bémol de la Commission⁴²⁶ dans ses décisions subséquentes, tous les contrats de franchise contenant une répartition du marché seront soumis au contrôle de l'article 85(1) sauf ceux qui bénéficieront de la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure.

Soulignons que l'arrêt *Pronuptia* sort du champ de l'article 85(1), les accords de franchise simple, c'est-à-dire que les accords de franchise qui ne contiennent que les stipulations jugées indispensables par la Cour échapperont à la prohibition de l'article 85. Contrairement à ce que pensent certains auteurs⁴²⁷, il ne faut pas faire l'erreur de croire que la Cour applique, dans *Pronuptia*, une sorte de règle de raison. La règle de raison a pour effet d'exclure de l'article 85(1) les restrictions de concurrence jugées nécessaires pour que le contrat, qui dans son ensemble est bénéfique, soit réalisé, et ce, par suite d'une analyse du contexte factuel et économique dans lequel il s'inscrit. Il nous semble que la Cour se soit refusée à suivre une telle logique. En effet, la Cour écrit :

Il est certes possible qu'un candidat franchisé ne prendrait pas le risque de s'intégrer à la chaîne en procédant à un investissement propre, en payant un droit d'entrée relativement élevé et en s'engageant à acquitter une redevance annuelle importante, s'il ne pouvait, grâce à une certaine protection contre la

⁴²⁵Décision *Pronuptia*, précité, note 410, p.45

⁴²⁶Dans la décision *Charles Jourdan*, la Commission ajoute que "the franchise agreements may affect trade between Member state as they constitute the basis of a network which is bound to spread over the whole community." Dans ses trois autres décisions (*Computerland*, *Service Master* et *Yves Rocher*) la Commission s'est penchée sur la question du caractère appréciable de l'impact de l'accord sur le commerce entre États membres. Toutefois, à la lumière de la décision *Pronuptia* et des décisions subséquentes, il nous semble que la Commission conclura toujours que l'accord est susceptible d'affecter le commerce de façon appréciable si ce n'est qu'en raison du fait que le réseau sera appelé à s'étendre sur l'ensemble du territoire européen.

⁴²⁷Entres autres, R. J. GOEBEL, "Case 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*", (1986) 23 *CML Rev.* 683; V. KORAH et W.A. ROTHNIE, *op. cit.*, note 122

concurrence du franchiseur et d'autres franchisés, espérer que son commerce puisse être rentable. Cette considération ne peut toutefois jouer que dans le cadre de l'examen éventuel de l'accord au regard des conditions de l'article 85, paragraphe 3.⁴²⁸

De plus, la Cour exclut du champ de l'article 85(1) seulement les restrictions **objectivement** jugées indispensables pour protéger le savoir-faire ou l'identité ou la réputation du réseau⁴²⁹. À la rigueur, toutes les clauses restrictives objectivement nécessaires pour assurer le but légitime de la franchise seront exclues de l'application de l'article 85(1)⁴³⁰. Les autres restrictions de l'accord tomberont sous l'article 85(1) et nécessiteront une exemption sous le troisième paragraphe de l'article 85. C'est seulement à ce stade que les éléments découlant du contexte factuel ou économique dans lequel s'inscrit l'accord seront analysés par la Commission. Par conséquent, suite à l'affaire *Pronuptia*, la Commission peut intervenir seulement si le contrat contient des clauses restrictives qui ne sont pas objectivement inhérentes au système de franchisage.

Très peu d'affaires portant sur des contrats de franchise ont été présentées devant la Commission par la suite. Ces décisions n'ont fait, en grande partie, que suivre les indications de la Cour. Entre autres, la Commission a réitéré le principe voulant que toute disposition objectivement nécessaire pour protéger le savoir-faire, l'identité ou la réputation du réseau n'est pas restrictive au sens de l'article 85(1)⁴³¹. Elle semble même indiquer qu'elle sera plus permissive quant aux restrictions, échappant à l'article 85(1), qui visent à protéger le savoir-faire dans le cadre des franchises de service. Dans l'affaire *Service Master*, la clause limitant les fins pour lesquelles le franchisé peut utiliser le savoir-faire transmis a été jugée hors de la portée de l'article 85. Cette disposition aurait été rendu indispensable pour protéger le savoir-

⁴²⁸Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, précité, note 402, p.384

⁴²⁹P. BESSIS, *op. cit.*, note 400, p.73

⁴³⁰Nous faisons référence ici à la théorie des restrictions inhérentes.

⁴³¹Parmi les clauses qui ne tomberont pas sous l'article 85(1) on retrouve notamment : les clauses de non-divulgence du savoir-faire ; les clauses de licence réciproque et non exclusive des améliorations ; les clauses d'inspection des lieux, des stocks, et des documents financiers ; les clauses visant à assurer le bon usage de la propriété intellectuelle et celles qui cherchent à l'imiter l'utilisation du savoir-faire seulement pour les fins de la franchise ; et, les clauses concernant la formation du personnel.

faire par le fait qu'il s'agissait d'une franchise de service. Ainsi, une telle disposition était nécessaire pour assurer une certaine uniformité dans les services visés par le contrat et pour s'assurer que le savoir-faire ne serait pas utilisé à d'autres fins qui pourraient nuire au réseau ou encore entrer en compétition directe avec celui-ci.

Ces décisions reprennent aussi la position de la Cour de justice selon laquelle toutes les dispositions ayant pour objet de séparer le marché, de fixer les prix, ou de limiter la liberté du franchisé d'entrer en concurrence avec le franchiseur et son réseau pendant le cours du contrat ou pour une période additionnelle seront considérées incompatibles avec l'article 85(1). Il en sera de même pour la clause cherchant à restreindre les clients potentiels du franchisé en prévoyant que les biens ne peuvent être vendus qu'à des utilisateurs finals. Toutefois, cette dernière disposition sera permise si elle découle du concept franchisable. Ce fut d'ailleurs le cas dans l'affaire *Computerland*⁴³² où le système consistait en une formule commerciale visant l'opération d'un réseau de magasin dans lequel divers produits et services ne sont offerts qu'aux utilisateurs finals.

Pour ce qui est des autres modalités qu'un franchisé ou franchiseur pourraient souhaiter inclure dans un contrat de franchise, mentionnons que la Commission devra, dans son analyse en vertu de l'article 85(1) ou encore dans son appréciation de l'article 85(3), faire référence au contexte factuel dans lequel s'inscrit l'accord. De fait, plusieurs de ces modalités ne soulèveraient pas d'objection : plusieurs clauses types d'un contrat de franchise ne sauraient, de par leur nature, objet ou effet, affecter la concurrence. C'est généralement le cas des clauses portant sur les modalités de financement (droit d'entrée et royauté), sur le maintien de stock ou sur la publicité et les fonds qui y sont destinés⁴³³. Cependant, comme nous l'avons dit, la Commission conclut assez facilement à la présence d'une restriction de la concurrence, particulièrement lorsqu'une stipulation du contrat limite la liberté d'action d'une des parties.

⁴³²Décision *Computerland*, précité, note 410

⁴³³Décision *Computerland*, précité, note 410, p. 12; Malgré la position de la Commission dans cette affaire, il est possible de se servir des clauses contractuelles portant sur la question du financement, de l'approvisionnement des stocks ou celles concernant la publicité de façon à nuire au jeu de la concurrence. D'ailleurs, la Commission a, à plusieurs reprises, reconnu le potentiel anticoncurrentiel de ces dispositions.

Par conséquent, le contrat de franchise sera, plus souvent qu'autrement, en contradiction avec l'article 85(1), ce qui obligera le franchiseur à s'assurer que le contrat puisse bénéficier d'une exemption.

Sous-section 2. Les exemptions : l'article 85(3)

En raison du faible nombre de décisions qui a été rendu, les autorités communautaires n'ont donc pas eu l'occasion de préciser les principes applicables en matière d'exemption comme ils ont pu le faire pour les autres systèmes de distribution. Il demeure donc beaucoup d'incertitudes quant aux restrictions de la concurrence qui seront exemptées en vertu de l'article 85(3). Toutefois, en 1989, la Commission a adopté un règlement d'exemption par catégorie concernant les contrats de franchise, c'est-à-dire le Règlement 4087/88.

A- Les exemptions individuelles

Il découle des décisions de la Commission, ainsi que de l'arrêt *Pronuptia*, que le contrat de franchise, par sa nature même, répond, sauf circonstances exceptionnelles, aux deux premières conditions de l'article 85(3), c'est-à-dire contribuer à l'amélioration de la production ou distribution d'un produit tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. En effet, les autorités communautaires ont presque toujours, dans leur appréciation du franchisage, considéré que ces systèmes :

améliorent la distribution, puisqu'ils donnent aux franchiseurs la possibilité de créer un réseau de distribution uniforme sans avoir à réaliser des investissements importants, ce qui peut favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, particulièrement dans le cas des petites et moyennes entreprises, accroissant ainsi la concurrence entre marques.[...] Enfin, ils réservent aux consommateurs et aux autres utilisateurs finals une part équitable du profit qui en résulte, du fait qu'ils combinent les avantages d'un réseau de distribution uniforme avec l'existence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise.⁴³⁴

⁴³⁴ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Dix-huitième Rapport sur la politique de concurrence*, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1989, p.39

De plus, une lecture des décisions communautaires révèle que les deux premières conditions de l'article 85(3) sont plutôt remplies pour des raisons d'éléments intrinsèquement reliés à la nature même d'un système de franchise que pour des raisons factuelles. Le passage cité ci-haut en est d'ailleurs un bon exemple. Toute démarche pour obtenir une exemption individuelle nous semble donc être un exercice réduit à la démonstration que le contrat en question n'impose pas de restriction indispensable de la concurrence et qu'il n'est pas susceptible d'éliminer la concurrence dans une partie substantielle du Marché commun. Pour ce faire, il sera possible de démontrer que les restrictions imposées sont nécessaires pour persuader le franchisé d'investir le capital financier nécessaire, ou encore, pour assurer le bon fonctionnement du système et de sa compétitivité face à ses concurrents, le tout étant une question de proportionnalité entre la disposition restrictive et la justification qui la rend nécessaire.

Quant à la question du niveau de la concurrence résiduelle, la Commission a, par le passé, examiné le marché pertinent afin de déterminer non seulement le niveau de compétition intermarque, mais aussi celui de la compétition intramarque. Dans sa jurisprudence sur les contrats de distribution, la Commission a toléré une plus faible concurrence intramarque si celle-ci se traduit par un accroissement de la concurrence intermarque.

Avant de passer au Règlement d'exemption par catégorie, nous aimerions faire quelques commentaires concernant les quatre familles classiques de restriction verticale susceptible d'être incorporées dans un contrat de franchise. Des quatre groupes identifiés, précisons dès maintenant qu'il est inhérent au système de franchise de prévoir des restrictions de l'ordre du monomarchisme et que celles-ci seront, dans bien des cas, exclues de la portée de l'article 85(1)⁴³⁵. Toutefois, si la gamme de produit visée par la restriction est plus que ce qui est nécessaire pour assurer la bonne réputation et l'uniformité du réseau, la restriction sera contraire à l'article 85(1) et ne bénéficiera probablement pas d'une exemption en vertu de l'article 85(3). En effet, la Commission se montre réticente à accorder une exemption

⁴³⁵Si ces restrictions sont nécessaires pour préserver l'identité et la bonne réputation du réseau.

individuelle si le système de franchise ne prévoit pas expressément la possibilité pour les franchisés de s'approvisionner auprès des autres franchisés ou distributeurs agréés dans le cas d'un réseau parallèle⁴³⁶. Les franchisés doivent aussi être libre de se procurer chez différents fournisseurs les produits accessoires. Toutefois, le franchiseur peut, pour protéger ses intérêts, prévoir des exigences en ce qui a trait à la qualité ou type de produit que peut acheter le franchisé.

Bien que ne faisant pas partie intégrante d'un système de franchise, le franchiseur, dans certains cas, pourrait vouloir inclure une protection territoriale, par la concession d'une zone exclusive, ou empêcher le déménagement de la franchise afin de convaincre les franchisés d'accepter d'investir le capital nécessaire. Ces restrictions du type "cloisonnement des marchés" seront exemptées seulement si elles n'ont pas pour effet d'accorder une protection territoriale absolue⁴³⁷. Bien que le cloisonnement même partiel du marché commun est contraire aux objectifs du Traité, la Commission accorde généralement une exemption si les effets bénéfiques de l'accord compensent les effets négatifs de la restriction. Les autres restrictions sous ce groupe ne seront pas exemptées car elles mènent généralement à une réduction de la concurrence sur les prix et empêchent l'intégration du Marché commun.

Finalement, pour ce qui est des restrictions au prix de revente, soulignons que la Commission exige que le contrat stipule expressément que le franchisé est libre de fixer ses prix. Même si, dans certains cas, les clauses de prix maximum de revente peuvent s'avérer procompétitif, la Commission n'y est pas très favorable.

B- L'exemption par catégorie : le règlement 4087/88

Le domaine des franchises, au même titre que les autres grands systèmes de distribution, bénéficie du règlement d'exemption par catégorie. Adopté en 1989, le Règlement

⁴³⁶Dans la décision *Yves Rocher*, la Commission a exigé que Yves Rocher prévoit, dans ses contrats de franchise, la possibilité pour les franchisés de s'approvisionner entre eux avant qu'elle n'exempte les accords de franchise sous l'article 85(3).

⁴³⁷Cette protection territoriale absolue peut découler d'une clause expresse du contrat ou de l'économie générale de celui-ci.

4087/88⁴³⁸ est d'une grande utilité pour les entreprises voulant opérer à l'intérieur d'un système de franchise. Nous allons brièvement présenter ce règlement, pour ensuite y apporter quelques commentaires⁴³⁹.

Dans un premier temps, précisons que le règlement vise les accords de franchise de distribution ou de service, ainsi que les accords de franchise principale, conclus entre deux entreprises. Les accords de franchise ayant plus de deux parties ne sont pas couverts⁴⁴⁰. Il sera donc nécessaire de concevoir le réseau contractuel de façon à ce que seulement deux entreprises indépendantes soient des parties au même contrat. Soulignons aussi que le terme "accord de franchise" est défini par le règlement. Ainsi pour bénéficier de l'exemption par catégorie, le contrat devra en être un "par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés [...]"⁴⁴¹. L'accord devra inclure la communication d'un savoir-faire⁴⁴² et la fourniture continue d'une aide commerciale et technique de la part du franchiseur⁴⁴³. Il sera nécessaire de stipuler que le franchisé est libre d'acheter les produits de la franchise aux autres franchisés, ou, en cas de réseau parallèle, aux distributeurs agréés⁴⁴⁴. De plus, l'accord devra aussi prévoir l'obligation pour le franchisé d'utiliser le nom ou la marque du franchiseur, de présenter une image commune et uniforme avec celui-ci⁴⁴⁵ ainsi que de faire état de sa qualité d'entrepreneur indépendant opérant une franchise⁴⁴⁶. Finalement, si le franchiseur impose au franchisé de fournir une garantie, celle-ci doit être applicable à tous les produits vendus par

⁴³⁸ Règlement (CEE) n.4087/88 de la Commission, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise, précité, note 399

⁴³⁹ Pour une étude plus complète voir : J.-E. De COCKBORNE, "The New EEC Block Exemption Regulation on Franchising", (1989) 12 Fordham International Law Journal 242

⁴⁴⁰ Règlement (CEE) n.4087/88, art. 1

⁴⁴¹ Id., art. 3b)

⁴⁴² Savoir-faire est défini de la façon suivante : "un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié;"

⁴⁴³ Règlement (CEE) n.4087/88, art.3b)

⁴⁴⁴ Id., art. 4a)

⁴⁴⁵ Id., art. 3b)

⁴⁴⁶ Id., art. 4c)

les autres membres du réseau⁴⁴⁷. On parlera d'accord visé par le règlement, et donc susceptible d'exemption, lorsque toutes ces conditions seront remplies.

L'article 2 du Règlement prévoit les restrictions de la concurrence qui pourront être prévues par le contrat de franchise. De façon générale, il sera permis en vertu de l'article 2 d'insérer dans le contrat de franchise une protection territoriale en permettant de restreindre les activités du franchiseur et du franchisé. Le contrat pourra définir un territoire sur lequel le franchiseur s'engage à ne pas accorder d'autres franchises ou à ne pas s'installer lui-même. De plus, toute stipulation selon laquelle le franchisé ne peut exploiter la franchise à l'extérieur dudit territoire ni s'engager activement dans la recherche de clients à l'extérieur du territoire sera permise. On retrouve à l'article 3, une liste substantielle d'obligations qui sont considérées par la Commission comme n'étant pas restrictives dans la mesure où elles sont nécessaires soit pour protéger les droits de propriété intellectuelle du franchiseur, soit pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau. Le règlement reprend ici les grandes lignes de l'affaire Pronuptia à quelques exceptions près.

La "liste noire", c'est-à-dire les restrictions ne pouvant figurer dans l'accord de franchise, est prévue à l'article 5. En vertu de cette disposition, il ne sera pas permis à deux entreprises concurrentes de conclure un accord de franchise. De plus, il ne sera pas possible pour le franchiseur d'imposer des prix de revente ou des prix minimum ou maximum, sous réserve des recommandations de prix, ni d'imposer des obligations ayant pour effet de restreindre la capacité du franchisé de s'approvisionner en produits de qualité équivalente chez d'autres fournisseurs sans justification objective. Il est interdit pour le franchiseur d'empêcher le franchisé d'utiliser le savoir-faire devenu généralement connu ou facilement accessible après l'expiration du contrat, ou de l'empêcher de contester les droits de propriété intellectuelle. Finalement, l'article 5 prévoit comme dernière restriction non permise toutes les obligations cherchant à interdire la vente à des utilisateurs finals en raison de leur lieu de résidence.

Toutefois, il sera possible de bénéficier de l'exemption même si l'accord de franchise

⁴⁴⁷Id., art. 4b)

contient des obligations restrictives autres que celles permises par le règlement dans la mesure où ces obligations ne relèvent pas de l'article 5⁴⁴⁸ : l'article 6 prévoit la possibilité pour les parties de notifier de tels accords à la Commission. Si elle ne s'y oppose pas dans les six mois de la réception de la notification, l'accord bénéficiera du règlement. Finalement, il est important de noter que la Commission pourra retirer le bénéfice du règlement si elle constate l'incompatibilité des effets de l'entente avec les principes de l'article 85(3). Le Règlement indique d'ailleurs les situations où une telle révocation pourrait avoir lieu⁴⁴⁹.

Section 2. Le contrôle de la position dominante : l'article 86

Bien qu'il n'existe pas encore de décision des autorités communautaires concernant l'application de l'article 86 au franchisage, nous sommes d'avis que cet article peut jouer un rôle dans le contrôle d'un contrat de franchise. En effet, rien dans le cadre du franchisage ne s'oppose à l'application de l'article 86 si les éléments qui y sont prévus, à savoir la présence d'une ou de plusieurs entreprises dominantes, le constat d'un abus et les conséquences

⁴⁴⁸La Commission semble toutefois encline à exempter des accords contenant des obligations de l'article 5 si ces accords n'ont pas des effets anticoncurrentiels qui justifieraient leur prohibition.

⁴⁴⁹Règlement (CEE) n.4087/88, art. 8; Il s'agit principalement des situations où la Commission constate que l'accord exempté à "[...]certains effets incompatibles avec les conditions prévues à l'article 85, paragraphe 3 [...], notamment lorsqu'une exclusivité territoriale est concédée au franchisé, et que:

- a) l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par des producteurs ou distributeurs concurrents;
- b) les produits ou services [...] ne sont pas soumis, dans une partie substantielle du marché commun, à la concurrence effective de produits ou de services identiques ou considérés par l'utilisateur comme similaires en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage;
- c) les parties, ou l'une d'entre elles, empêchent les utilisateurs finals, en raison de leur lieu de résidence, d'obtenir dans le marché commun, directement ou par des intermédiaires, les produits ou services faisant l'objet de la franchise, ou utilisent les différences de spécifications concernant ces produits ou services dans les différents États membres pour cloisonner les marchés;
- d) les franchisés réalisent des pratiques concertées en ce qui concerne les prix de vente des produits ou services qui font l'objet de la franchise;
- e) le franchiseur utilise son droit d'examiner les locaux et moyens de transport visés au contrat ou refuse son accord à une demande du franchisé de déplacer les locaux visés au contrat ou de céder ses droits et obligations au titre de l'accord de franchise, pour d'autres motifs que de protéger ses droits de propriété industrielle ou intellectuelle, de maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ou de vérifier si le franchisé respecte ses obligations au titre dudit accord."

potentielles sur le commerce entre les États membres sont présents⁴⁵⁰. Or, comme les autorités communautaires l'ont indiqué sous l'article 85(1), les contrats de franchise sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres dès que le franchisé se voit interdit d'ouvrir une deuxième franchise ou de changer l'emplacement de la franchise sans le consentement du franchiseur. De plus, il n'est pas impensable que l'une des parties à l'accord de franchise détienne une position dominante. L'article 86 pourrait, dans une telle situation, restreindre les modalités d'opération du réseau et de la relation franchiseur - franchisé. Précisons que nous chercherons ici à déterminer l'impact de l'article 86 sur les systèmes de franchisage, c'est-à-dire l'impact sur les dispositions du contrat lui-même. Pour ce faire, nous allons, dans un premier temps, discuter de la notion d'entreprise dominante et plus particulièrement du moment où elle est susceptible de se manifester. Dans un deuxième temps, nous traiterons des pratiques qui sont susceptibles de constituer un abus advenant la présence d'une entreprise dominante en fonction des pratiques commerciales communément retrouvées dans un contrat de franchise ou des pratiques propres aux franchisages.

Sous-section 1. La présence d'une position dominante

Il ne s'agit pas ici de revoir les éléments permettant d'établir une position dominante, mais plutôt de déterminer la personne qui, dans le cadre de relation commerciale du type de la franchise, est susceptible de détenir une puissance économique, lui accordant "le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs".⁴⁵¹

Comme nous l'avons vu, la notion de dominance peut se trouver à tous les niveaux de la production ou de la distribution d'un produit : autant le producteur, le fournisseur, le distributeur régional que l'acheteur sont susceptibles de bénéficier d'une position

⁴⁵⁰ Article 86

⁴⁵¹ Supra, p.51

dominante⁴⁵². Ainsi, autant le franchiseur que les franchisés sont capables de détenir une entreprise dominante. Comme ils l'ont fait pour les distributeurs commerciaux, nous croyons que les autorités communautaires conclueront facilement à la présence d'un franchiseur en position dominante si celui-ci détient une part extrêmement élevée du marché, la part de marché étant évaluée non seulement en fonction des ventes personnellement effectuées par le franchiseur, mais aussi en fonction des ventes attribuables à l'ensemble du réseau de franchise⁴⁵³. Advenant une part de marché plus modeste, il sera nécessaire de faire appel à d'autres facteurs pour établir la dominance. Parmi les divers facteurs retenus par la Commission, deux méritent une attention particulière, soit l'existence d'un système de distribution et de vente hautement développé et le fait de détenir une avance technologique sur ses concurrents. Ces deux facteurs seront susceptibles d'être utilisés pour évaluer la dominance du franchiseur. En effet, une analyse du système de franchise, à savoir l'ampleur du réseau, ses conditions d'admission ainsi que la nature du concept de franchisage, pourrait révéler si le franchiseur est à la tête d'un système de distribution hautement développé, et par le fait même, s'il exploite une entreprise dominante. De plus, déterminer la nature du savoir-faire et du produit franchisable et le comparer à ce qu'on retrouve chez les concurrents serait une bonne façon de déterminer si le franchiseur détient une avance technologique sur ses concurrents lui permettant d'agir à l'extérieur des règles normales de la concurrence et de façon indépendante de ses concurrents et de ses clients, c'est-à-dire s'il exploite une entreprise dominante. Rappelons que certains concepts de franchisage englobent une réelle innovation technologique et rencontrent toutes les exigences du brevet. Il est donc concevable que le concept franchisable confère une avance technologique sur les concurrents, particulièrement en ce qui concerne les systèmes de franchise de distribution.

Pour ce qui est du franchisé, nous sommes d'avis qu'il ne pourra pas, sauf circonstance

⁴⁵²J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.406

⁴⁵³Le contrôle de la distribution d'un produit par une entreprise a déjà été retenu comme un facteur d'une position dominante même si la distribution est effectuée par plusieurs entreprises indépendantes. V. KORAH et W.A. ROTHNIE, *op. cit.*, note 122, p.14; J. SCHAPIRA, G. LETALLEC et J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 24, p.458

exceptionnelle, constituer à lui seul une entreprise dominante. Le franchisé est davantage un simple entrepreneur ou, tout au plus, une PME. On est loin d'une entreprise susceptible d'exercer une dominance sur le marché. De plus, vu la nature de la relation, il est improbable que l'entreprise du franchisé grandisse à un point tel qu'il pourrait détenir une position dominante. Au contraire, ses activités commerciales sont généralement restreintes, et ce, particulièrement quant aux nombres de points commerciaux qu'il peut gérer, quant à son territoire d'opération et encore, quant aux activités accessoires dans lesquelles il peut se lancer. De plus, par l'entremise du contrat, le franchisé demeure toujours dépendant du franchiseur, et ce, encore plus que le distributeur classique. Contrairement au distributeur, le franchisé exploite un système entièrement conçu par le franchiseur. Il ne fait pas que distribuer les biens d'un ou plusieurs fournisseurs, mais exploite un commerce selon les indications du franchiseur. Toutefois, la Commission a tendance à restreindre le marché en cause de façon à presque toujours trouver une position dominante dès que l'entreprise a une certaine ampleur. Il demeure donc possible qu'un franchisé détienne une position dominante, particulièrement si le marché géographique est défini de façon à exclure les autres franchisés ou le franchiseur, si celui-ci exploite une franchise, du marché pertinent. En pratique, les chances qu'un franchisé seul possède une puissance économique sont minces. Cependant, sur un nouveau marché ou un marché où la concurrence est faible, il serait possible de conclure que le franchisé soit en position de dominance.

Si un franchisé ne peut que rarement détenir une position dominante, qu'advient-il de l'ensemble des franchisés? Pourront-ils collectivement détenir une telle position? Plusieurs franchises se présentent comme une seule unité sur le marché. Toutefois, l'article 85 ne permet pas au franchiseur d'établir un réseau de franchise où chaque franchisé possède une protection territoriale absolue. Le franchiseur ne peut même pas se réserver le droit d'approvisionner exclusivement les franchisés. Ainsi, pour que le contrat soit valide sous l'article 85, celui-ci devra permettre une certaine concurrence entre les franchisés, particulièrement en ce qui a trait aux prix et quant à l'approvisionnement intraréseau. L'existence de cette concurrence

intranréseau pourrait suffire pour écarier la notion de position dominante collective⁴⁵⁴.

Cependant, il est aussi possible de prétendre que les franchisés, contrairement aux distributeurs, seraient unis par des liens suffisamment forts en raison desquels ils adopteraient la même conduite sur le marché⁴⁵⁵. Plusieurs systèmes de franchise établissent un groupement d'entreprises indépendantes qui agissent comme une seule entité sur le marché, et ce, malgré la présence d'une certaine concurrence au sein du groupe. Bien qu'il existe une concurrence au sein d'un groupe de franchisés, celle-ci n'est pas comparable à ce que l'on retrouve parmi les distributeurs. En effet, il est de l'intention des franchisés de se présenter comme un groupe uni face aux consommateurs et aux concurrents. De plus, il est fréquent de voir les franchisés se regrouper en association. Le comportement parallèle des franchisés ne s'explique pas uniquement par la présence de clauses semblables, mais par la réalisation que le succès du système dépend du fait que les franchisés avec le franchiseur doivent agir dans un intérêt commun, à savoir la sauvegarde de l'image de marque et la réputation du réseau. Nous croyons donc que cette subtilité additionnelle pourrait justifier l'application de la notion de dominance collective aux franchisés⁴⁵⁶. Advenant que la Commission conclut, pour les fins de l'article 86, que les franchisés sont suffisamment liés, encore faut-il que ce groupe puisse se conduire de façon indépendante face à leurs partenaires commerciaux, leurs concurrents ou leurs consommateurs.

Sous-section 2. La notion d'abus

Comme tous les autres contrats verticaux, les contrats de franchise peuvent contenir

⁴⁵⁴Certains systèmes de franchise pourraient être valides malgré le fait que la concurrence entre franchisés soit énormément limitée. Dans de tels cas, la concurrence ne serait pas restreinte par des dispositions restrictives à l'intérieur du contrat lui-même, mais par les circonstances qui en découlent : le faible nombre de franchises, la nature et le type du produit franchisable ainsi que la superficie du territoire concédé. Dans de telles situations, chaque franchisé serait susceptible d'agir avec une certaine unicité en raison du contrat de franchise sans qu'il n'existe réellement une concurrence effective entre les franchisés.

⁴⁵⁵Supra, p.91

⁴⁵⁶Dans Compagnie maritime belge transport Sa c Commission, Cases T-24/93, T-26/93 et T-28/93, [1996] II E.C.R. 1201, la Commission a indiqué que des compagnies qui entretiennent des relations étroites au sein de conférence ou d'un regroupement sont susceptibles d'être liées par des liens suffisamment forts pour être collectivement dominant.

des dispositions inconciliables avec les objectifs de l'article 86. En effet, la franchise est un moyen de distribution et, à ce titre, peut contenir plusieurs des pratiques verticales dont nous avons déjà traité. De plus, rien n'empêche que le réseau soit conçu de façon à nuire aux objectifs de l'article 86. Tel que nous le mentionnons pour les contrats de distribution, les franchises ayant pour effet de séparer le marché, d'éliminer un concurrent ou de lui barrer l'entrée au marché seront nulles.

Avant de nous attarder aux diverses clauses du contrat de franchise ou aux pratiques du franchiseur et de leurs potentiels d'être abusifs, nous aimerions souligner que les dispositions restrictives de concurrence sous l'article 85(1), permises ou non en vertu du règlement d'exemption par catégorie, peuvent constituer des abus : en principe, tout comportement restrictif, disproportionné ou injustifié, de la part d'une entreprise dominante est susceptible d'être abusif⁴⁵⁷. Toutefois, les restrictions qui sont objectivement inhérentes au franchisage ne sauraient être vues, selon nous, comme étant abusives⁴⁵⁸. Le contraire impliquerait qu'une entreprise dominante ne peut établir un réseau de franchise, ou encore qu'un franchiseur, une fois qu'il détient une position dominante, doit se défaire de son réseau. En raison de l'aspect procompétitif du franchisage et des décisions prises par les autorités communautaires sous l'article 85, nous sommes d'avis que l'article 86 ne sera pas interprété de façon à prohiber le recours au franchisage par une entreprise dominante. L'article 8 a) et b) du Règlement 4087/88 démontre cependant une certaine réserve de la part de la Commission en ce qui concerne les systèmes de franchise détenus par une entreprise dominante sur un marché où la concurrence résiduelle est très faible, voire inexistante. Dans une telle situation, le règlement prévoit que la Commission peut retirer le bénéfice du règlement d'exemption. Il est donc probable qu'elle considère que l'établissement d'un réseau de franchise, sur un tel marché, est aussi abusif si ce réseau accroît la dominance du

⁴⁵⁷ C. GALVADA et G. PARLEANT, *op. cit.*, note 23, p.568

⁴⁵⁸ Rappelons que les autorités considèrent que ces restrictions ne sont pas contraires au premier paragraphe de l'article 85 et donc, ne restreignent pas la concurrence.

franchiseur à un point tel que la concurrence résiduelle intermarque est presque éliminée⁴⁵⁹.

Mis à part les énoncés ci-dessus, le contrat de franchise est susceptible d'être abusif pour d'autres raisons. Dans un premier temps, on retrouve les modalités concernant l'attribution d'un territoire au franchisé. Si un territoire est bel et bien attribué, les modalités sont dans l'ensemble semblables à ce que l'on retrouve dans un contrat de distribution. Il s'agit généralement de définir adéquatement une région à l'intérieur de laquelle le franchisé se voit accorder une exclusivité d'opération. Comme ce fut le cas pour les contrats de distribution, nous croyons qu'une telle mesure n'est pas abusive⁴⁶⁰. L'attribution d'un territoire exclusif est généralement une partie intégrante du système de la franchise. Toutefois, la Commission ne tolérera pas que la protection territoriale soit accompagnée de modalités conférant une protection absolue au franchisé : il n'y a aucune raison pour que la Commission applique un raisonnement différent pour le franchisage, d'autant plus que les autorités communautaires sont intransigeantes face à toute tentative de répartition du marché ou du maintien des divisions nationales au sein du Marché commun. De plus, les contrats de franchise contiennent généralement une stipulation quant aux nombres de lieu d'affaires que peut opérer le franchisé ainsi que leur emplacement. Cette disposition limite la liberté du franchisé, mais ne saurait être abusive, car cette pratique est nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du réseau de franchise. S'il y a restriction de la concurrence au sens large du terme, celle-ci nous semble justifiée par le souci d'assurer une bonne distribution du produit franchisable et d'accroître la compétitivité du réseau face aux concurrents intermarque.

Deuxièmement, tel que l'article 86 le stipule, toute fixation directe ou indirecte des prix sera abusive⁴⁶¹. Encore une fois, nous sommes d'avis que la jurisprudence en matière de distribution commerciale sera applicable. Précisons seulement que dans un système de franchise, la relation franchiseur - franchisé est beaucoup plus étroite. De plus, le franchiseur

⁴⁵⁹Une telle position serait en accord avec le principe établi par la Cour de justice dans l'affaire *Continental Can*.

⁴⁶⁰En effet, une protection territoriale simple quoique restrictive demeure justifiable. Cependant, il y aura un risque d'abus si l'exclusivité territoriale est absolue ou indûment renforcée.

⁴⁶¹Article 86(2(a))

possède un droit de surveillance et d'ingérence beaucoup plus fort que celui du fournisseur. Il en découle donc que les tentatives de fixation des prix de revente pourront non seulement ressortir des dispositions même du contrat, mais aussi de l'exercice par le franchiseur des droits qui y sont prévus⁴⁶². Entre autres, le franchiseur pourrait se servir de son droit de publicité pour y inclure des promotions et par le fait même tenter de fixer les prix. La simple suggestion des prix de revente sera permise : la Commission est plus tolérante face aux prix suggérés dans le cadre de la franchise. Elle ne les considère pas comme une restriction permise en vertu de l'article 85(3), mais plutôt comme ne tombant pas sous le couvert de l'article 85(1)⁴⁶³. Tout laisse donc croire que la Commission les tolérera aussi sous l'article 86. Ceci dit, il ne sera pas permis de prévoir des prix plafonds ni des prix plancher.⁴⁶⁴

Troisièmement, il est possible pour un franchisé d'abuser de sa position dominante en liant le concept franchisable avec des restrictions injustifiées⁴⁶⁵. En effet, le raisonnement suivi dans l'affaire *GEMMA* c'est-à-dire que les restrictions doivent, pour ne pas être abusives, être nécessaires pour que la société puisse accomplir ses fonctions, nous semble transposable en matière de franchise⁴⁶⁶. Selon cette affaire, toutes les clauses restrictives qui ne sauraient être nécessaires ou qui dépassent ce qui est requis pour assurer le bon fonctionnement du système seront abusives. Ainsi, une attention particulière devra être apportée à la rédaction des dispositions concernant la garantie, les exigences concernant la quantité minimale de stock à garder, les types de produits couverts et les modalités concernant leur approvisionnement.

De façon générale, nous croyons que les restrictions qui visent à protéger la réputation d'un réseau et à préserver l'image de marque seront permises sous l'article 86. Ainsi, il ne saurait être abusif de prévoir l'aménagement des lieux ou les heures d'ouvertures. Les dispositions ayant pour objectif la protection du savoir-faire du franchiseur seront aussi

⁴⁶²Certains contrats de franchise prévoient que le franchiseur s'engage à conseiller le franchisé à l'égard de ses politiques de commercialisation, de mise en marché et de promotion. Une telle obligation n'est pas interdite en soi; toutefois, elle met en place un mécanisme de concertation qui est susceptible de mener à des pratiques abusives.

⁴⁶³Décision *Service Master*, précité, note 410, p.41

⁴⁶⁴*Supra*, p.98

⁴⁶⁵Article 86(2(d))

⁴⁶⁶*Supra*, p.64

tolérées. Nous croyons qu'une entreprise dominante ne peut pas concevoir ou opérer un réseau de façon à ce que les importations parallèles ou la livraison croisée entre franchisés soient empêchées.

Même en l'absence de dispositions contraires à l'article 86, le contrat de franchise pourrait être prohibé si l'accumulation, sur le marché, des contrats de franchise, est susceptible de cristalliser le marché. En effet, si le marché est tel que l'accès des tiers à celui-ci est restreint au point de réduire davantage la concurrence résiduelle et de nuire à la réalisation des objectifs du traité, la Commission pourrait considérer comme étant abusif l'expansion du réseau par la signature d'un nouveau contrat de franchise⁴⁶⁷.

Avant de conclure, nous aimerions brièvement traiter des comportements susceptibles d'être abusifs de la part du franchiseur une fois le contrat conclu⁴⁶⁸. En effet, une fois le contrat conclu, le franchisé se voit généralement obligé d'investir au départ une somme plus ou moins considérable. Par conséquent, afin de rentabiliser son investissement, le franchisé a tout intérêt à prolonger l'exploitation de la franchise, ce qui peut le rendre plus vulnérable face au franchiseur⁴⁶⁹. Il est donc possible qu'un franchisé soit obligé d'accepter des conditions postcontractuelles qu'il n'accepterait pas si ce n'était pas des coûts initiaux non amortis⁴⁷⁰. Dans une telle situation, l'imposition de nouvelles contraintes de la part du franchiseur pourraient être abusives. Par exemple, un franchiseur qui déciderait d'accorder une nouvelle franchise à l'extrémité de la zone accordée à la franchise la plus rentable afin d'accroître ses

⁴⁶⁷Dans un tel cas, la position de la Commission n'est pas très claire. Est-ce tout le réseau qui sera prohibé ou uniquement le dernier contrat de franchise? De plus, qu'advierait-il des réseaux de franchise des concurrents? Il nous semble toutefois inacceptable de prohiber le nouveau contrat en raison de la forclusion du marché tout en permettant les autres contrats qui ont menés à cette forclusion.

⁴⁶⁸Nous faisons référence à la théorie du "franchisor opportunism" tel que développée en droit américain.

⁴⁶⁹Dans les marchés où la concurrence intermarque est très faible, le fournisseur pourrait être tenté d'exiger un droit d'entrée et/ou des royautés très élevés. Une telle pratique sera examinée par les autorités communautaires. En effet, selon nous il est abusif d'exiger du franchisé des paiements trop élevés simplement parce que le franchiseur est dans une position lui permettant de le faire. Toutefois, il reviendra à la Commission ou au franchisé de démontrer le caractère déraisonnable du coûts d'entrée et/ou des royautés, ce qui peut s'avérer assez difficile à faire.

⁴⁷⁰Voir : W. S. GRIMES, "When do Franchisors Have Market Power ? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism", (1996) 65 Antitrust Law Journal 105

profits en profitant de l'achalandage de la franchise existante et de l'offrir au franchisé en question sachant et comptant sur le fait que celui-ci se voit contraint d'en assumer la charge. En effet, dans une telle situation, le franchisé, pour minimiser ses pertes, se voit presque obligé d'accepter cette deuxième franchise, car l'ouverture de la nouvelle franchise signifie non seulement moins de clients pour sa franchise actuelle, mais aussi une diminution de revenus. En d'autres mots, l'acceptation par le franchisé d'opérer la nouvelle franchise devient la seule façon pour celui-ci de recouvrer ou de rentabiliser son investissement initial.

Il sera aussi abusif de refuser le renouvellement d'un contrat sans justification. Et encore plus, si le franchiseur, par son refus, cherche à sanctionner un franchisé qui refuse de se soumettre aux politiques du franchiseur. Dans l'affaire *British Gypsum*⁴⁷¹, le Tribunal a indiqué qu'une "[...] entreprise en position dominante dispose d'un pouvoir susceptible de lui permettre d'imposer à ses clients non seulement la conclusion, mais aussi le maintien des ententes susdécrites"⁴⁷².

⁴⁷¹B.P.B. Industries Plc and British Gypsum Limited v E.C. Commission, Case T-65/89, [1993] 5 CMLR 32 porté en appel pour d'autre motif B.P.B. Industries Plc and British Gypsum Limited v E.C. Commission, Case C-310/93P, [1995] I Recueil 865

⁴⁷²COMMISSION EUROPÉENNE, XXIII Rapport sur la politique de concurrence 1993, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, p.225

CONCLUSION

Lors de la première partie de notre exposé, nous avons passé en revue l'ensemble du cadre législatif communautaire qui cherche à protéger l'intégration économique des marchés nationaux et à sauvegarder le jeu de la concurrence sur le territoire européen, à savoir les articles 85 et 86 du *Traité de Rome*. Bien qu'il ne s'agisse pas de la totalité des dispositions communautaires en matière de concurrence, ces articles constituent les principales règles européennes applicables aux entreprises en matière de distribution commerciale : l'article 85 cherche à contrôler les pratiques bilatérales dites restrictives, alors que l'article 86 régit le comportement des entreprises dominantes.

Comme on a pu le voir, l'article 85 s'applique dès que l'on retrouve un concours de volonté qui a pour objet ou effet de restreindre le jeu de la concurrence tout en étant susceptible d'affecter le commerce. Les autorités communautaires, et plus particulièrement la Commission, ont interprété largement cette disposition afin de faire tomber l'ensemble des pratiques commerciales sur le territoire européen dans le champ de l'article 85. En effet, la tendance des autorités communautaires est de définir "accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées" de façon à y inclure presque tout acte créant un soupçon de coordination entre deux ou plusieurs entreprises. De plus, le critère voulant que l'accord soit susceptible d'être affecté est presque automatiquement satisfait la minute où les parties ont une certaine ampleur. En fait, la seule véritable question, s'il y en a une, semble être l'entente a-t-il pour effet ou objet de restreindre le jeu de la concurrence. Et même là, c'est avec aisance que la Commission considère ce dernier critère rempli : son approche est plus un automatisme qu'une constatation économique. Ainsi, il est assez juste de dire qu'en pratique la prohibition de l'article 85(1) est la règle et non l'exception. Les quelques décisions du Tribunal de première instance ou de la Cour de justice favorisant une approche plus contextuelle dans l'application de l'article 85(1) n'ont pas encore profondément modifié l'approche de la Commission. Par conséquent, la seule échappatoire à l'article 85(1) pour une entreprise sont les relations intra-groupe de société. Et encore là, même un accord entre une

société mère et sa filiale est susceptible d'être soumis au contrôle de l'article 85 si on confère trop d'autonomie à la filiale.

Tel qu'appliqué, l'article 85 permet d'exercer un contrôle très rigide et dirigiste sur les pratiques commerciales. En effet, la prohibition du premier paragraphe de l'article 85 emporte une sanction de nullité absolue qui peut-être rachetée seulement si la pratique prohibée respecte les conditions énoncées au troisième paragraphe ou si elle s'inscrit à l'intérieur d'un accord qui bénéficie d'un règlement d'exemption. Et, bien que le Tribunal de première instance ou la Cour de justice semble désirer introduire une plus grande souplesse, pour l'instant, il demeure important de préparer l'accord en fonction du troisième paragraphe de l'article 85 pour que celui-ci soit permis. Cette nécessité de recourir au troisième paragraphe afin de valider la majorité des actes commerciaux engendre une certaine incertitude juridique : les conditions du troisième paragraphe sont générales et laissent énormément de discrétion à la Commission alors que les règlements d'exemptions prévoient presque un contrat type, privant ainsi les entreprises d'une certaine souplesse. De plus, la procédure de l'article 85 comporte des délais qui peuvent s'avérer une véritable nuisance.

L'article 86, quant à lui, nous semble aussi problématique. Bien qu'en théorie l'article s'applique qu'aux entreprises dominantes, en pratique, cet article vise des entreprises qui seront loin de détenir une telle position. Comme nous l'avons souligné, la démarche pour déterminer s'il y a une entreprise dominante est la suivante : dans un premier temps, on définit le marché pertinent pour ensuite évaluer l'importance de cette entreprise sur le marché. Quoique cette démarche soit semblable à celle utilisée dans les systèmes de droit de la concurrence canadien et américain, les autorités communautaires définissent le marché pertinent de façon restrictive ce qui accroît le nombre d'entreprise susceptible de détenir une position dominante. De plus, le critère de dominance qui est recherché sur le marché en cause est moins une question de monopole ou de dominance qu'une question de prééminence économique. L'article 86 jouit donc d'une application plus étendue que ce qui nous semble souhaitable. En effet, dès qu'une entreprise jouit d'une certaine prééminence économique sur ses concurrents, elle se voit contrainte par l'article 86. Cette entreprise, même si elle n'est pas

véritablement dominante, ne devra pas abuser de sa position. Bien qu'il soit normal, à première vue, de contrôler les faits et gestes des entreprises en position dominante, rappelons que les autorités communautaires trouvent des entreprises dominantes où il n'y en a pas. On retrouve aussi dans la jurisprudence une interprétation trop large du concept d'abus. Une pratique courante sur un marché donné peut-être abusive de même qu'une pratique commerciale dont le seul reproche est qu'elle nuit aux objectifs non économiques du traité. L'application libérale de l'article 86 nous semble donc que certaines entreprises sont désavantagées face à leurs concurrents internationaux, en ce qu'elles se voient injustement restreint par l'article 86 du traité. Ce qui nous semble contraire au but premier de l'article 86 à savoir, rétablir l'équilibre entre les entreprises qui sont véritablement dominantes et leurs concurrents. Le concept d'abus devrait être restreint aux pratiques commerciales ayant pour effets de limiter ou restreindre indûment la concurrence résiduelle sur le marché, et ce, en fonction d'une analyse contextuelle et factuelle. Il nous semble que certains comportements sont considérés abusifs sans que leurs effets véritables sur le marché soient examinés.

En matière de distribution commerciale, l'application actuelle de l'article 85 et l'article 86 est encore plus discutable. La Commission reconnaît que les restrictions verticales sont généralement moins néfastes que les restrictions horizontales, mais ne semble pas avoir totalement épousé l'approche de la Cour de Justice. En effet, malgré l'insistance des divers tribunaux européens, la Commission n'effectue toujours pas de véritable étude du contexte économique et factuel d'un accord lors de l'analyse en vertu de l'article 85(1). Elle semble continuer de voir toute atteinte à la liberté d'action comme étant restrictif au sens du premier paragraphe et de tenir compte des divers éléments factuels purement au stade de l'exemption. L'application traditionnelle de l'article 85 aux restrictions verticales se traduit presque toujours par une prohibition du premier paragraphe, nécessitant ainsi l'obtention d'une exemption en vertu du troisième paragraphe.

Donc, les contrats de distribution exclusive ou d'approvisionnement exclusif seront généralement entachés de la prohibition du premier paragraphe obligeant ainsi le distributeur de satisfaire les exigences du troisième paragraphe. Les contrats de distribution sélective ou

de franchise, pourront eux échapper au premier paragraphe de l'article 85 s'ils respectent les lignes directrices émises par la Cour de Justice dans les affaires *Métro* et *Pronuptia* respectivement. Néanmoins, ils devront, eux aussi, bénéficier d'une exemption sous l'article 85(3) s'ils contiennent d'autres restrictions aux yeux de la Commission. Dans l'ensemble, les contrats de distribution ou de franchise bénéficient assez facilement d'une exemption, sauf s'ils contiennent des clauses qui sont catégoriquement prohibées par la Commission. Cependant, il sera nécessaire de communiquer un copie de cet accord à la Commission si l'on veut obtenir une exemption individuelle. Ceci implique des délais, sans oublier que la Commission peut décider de procéder par des moyens moins officiels pour reconnaître la conformité du contrat tel que la lettre de classement ou une attestation négative. Dans un tel cas, les parties au contrat se voient non seulement contraint par les délais du mécanisme européen, mais demeurent dans une situation précaire en ce que la lettre de classement ou l'attestation négative ne leur offrent aucune sécurité juridique.

Nous pensons qu'une interprétation plus souple de l'article 85(1) serait souhaitable. En effet, impératifs commerciaux et économiques imposent au fournisseur l'obligation de limiter la liberté de son distributeur si ce n'est que pour sauvegarder ses intérêts et pour accroître la compétitivité du réseau de distribution face à ses concurrents. De plus, il est parfois même essentiel, pour le fournisseur, d'accorder une certaine exclusivité afin de persuader des entrepreneurs indépendants de contracter. Ces dispositions, dans biens des cas, ne faussent pas véritablement la concurrence. Au contraire, ces restrictions peuvent mener à la conclusion d'accords qui auront pour effet d'accroître la concurrence intramarque aux bénéfices des consommateurs. La nouvelle théorie économique stipule d'ailleurs que la valeur anti-concurrentielle des restrictions verticales doit être vue en fonction du niveau de concurrence inter-marque existant sur le marché. Ces restrictions verticales devraient être prohibées sous l'article 85(1) seulement dans l'éventualité où la concurrence intermarque est faible ou

inexistante. Il serait souhaitable que la Commission suive davantage cette direction⁴⁷³.

Comme alternative, il est possible de structurer le contrat selon les paramètres établis par les règlements d'exemption pour ce qui est des contrats de distribution exclusive, d'approvisionnement exclusif et de franchise. Cependant, les règlements d'exemption par catégorie sont très rigides et ne permettent pas de s'adapter à toutes les situations susceptibles de se présenter. Ne prévoyant pas la possibilité de prévoir des clauses moins restrictives que celles prévues, les règlements de distribution n'établissent pas un cadre qui permet au distributeur de mettre en place le meilleur système de distribution possible. Le règlement concernant les accords de franchise permet le recours à des clauses moins restrictives par le biais du mécanisme d'opposition. Toutefois, ce mécanisme est long et peut s'avérer insatisfaisant pour le franchiseur qui doit agir rapidement.

Les termes de ces règlements sont aussi très restrictifs en ce qui concerne leur objet. Par exemple, les règlements de distribution 1983/83 et 1983/84, concernant les accords de distribution exclusive et les accords d'approvisionnement exclusif et le règlement concernant les accords de franchise, ne couvrent que les accords conclus entre deux entreprises. Nous ne voyons pas de raisons pourquoi l'on devrait exclure les contrats ayant plus de deux parties si la teneur de l'accord est la même. De plus, il serait peut-être souhaitable, dans les deux premiers règlements, de permettre que le produit soit amélioré de façon considérable ou encore qu'il inclut la possibilité de prévoir la distribution de services et ne pas limiter l'obtention de l'exemption seulement aux produits qui sont obtenus uniquement pour être revendus.

Pour l'instant, sous réserve de l'obtention d'une exemption, les contrats de distribution ou de franchise sont prohibés par l'article 85 par suite d'une interprétation trop dogmatique du premier paragraphe. Afin d'accroître la sécurité des transactions commerciales sur le territoire européen, une approche plus américaine serait peut-être souhaitable. Bien sûr, l'adoption aveugle de la règle de la raison pourrait nuire aux objectifs non économiques du

⁴⁷³Notons que c'est ce qu'elle se propose de faire. Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales, COM(98) 544 Final, du 30 septembre 1998, p.17

Traité. Il nous semble donc que l'adoption de ligne directrice serait une bonne alternative. Ces lignes pourraient préciser la position de la commission quant à l'application de l'article 85(1) aux contrats de distribution ou de franchise. Une telle approche quoique semblable à celle des règlements d'exemption n'aurait pas le reproche d'être trop rigide.

Quant à l'article 86, son application aux divers contrats de distribution ne diffère pas de son application aux autres comportements d'entreprises. Pour cette raison, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire d'appliquer différemment l'article 86 dépendant que l'on soit dans le cadre d'un contrat de distribution ou non. Si une des parties au contrat de distribution ou de franchise détient une position dominante, il est normal que tout abus de sa part soit prohibé. La seule particularité en matière de distribution ou de franchising semble être le potentiel de la notion de position dominante collective, particulièrement pour ce qui est des franchisés. Cette notion est encore trop ambiguë pour énoncer une règle générale, mais il est certain que plus les liens entre franchisés ou entre distributeurs seront forts et dépasseront le cadre du contrat, plus les chances seront grandes que les autorités communautaires concluent à la présence d'une position dominante collective.

Toutefois, s'il n'y a pas d'abus, la simple présence d'une position dominante n'est pas suffisante pour qu'il y ait violation de l'article 86. Dans le cadre de la distribution commerciale cet abus peut prendre la forme de clause contractuelle que l'on retrouve dans un contrat de distribution ou de franchise. Nous avons d'ailleurs, dans notre deuxième partie, exposé les principales pratiques dans le cadre de la distribution commerciale qui sont présentement considérées abusives. Bien qu'il existe une jurisprudence concernant les contrats de distribution, l'article 86 n'a jamais été appliqué aux contrats de franchise. Cependant, le potentiel est là. Nous croyons même que les franchiseurs se doivent de garder en tête le test de l'article 86 lors de la conception de leur système. En effet, les relations franchiseur - franchisés sont beaucoup plus étroites que les relations fournisseur - distributeurs; par le fait même, le potentiel d'abus est plus grand. Mis à part les clauses abusives, il est important de se rappeler que l'exploitation abusive d'une position dominante peut découler d'un simple exercice des droits conférés par le contrat. Soulignons que la notion d'abus que l'on retrouve

à l'article 86 ne change pas que l'on est dans le cadre d'une relation horizontale ou verticale : l'objectif de l'article est de protéger les petites entreprises face aux pouvoirs économiques des grandes entreprises. Par conséquent, la Commission utilise les mêmes critères d'appréciation.

En soi, l'application actuelle de l'article 86 ne semble pas mauvaise, bien qu'une interprétation moins large et arbitraire de la dominance d'une entreprise serait souhaitable. Ainsi, seuls les entreprises détenant véritablement une position dominante se verraient limiter par l'article 86. La nouvelle Communication sur la définition du marché pertinent est peut-être un pas dans cette direction. De plus, la notion d'abus en matière de distribution commercial inclut certaines restrictions verticales, qui comme nous le disions, non pas d'effets néfastes sur le marché si la concurrence intermarque est forte. Il serait peut-être souhaitable de repenser l'application de l'article 86 en fonction de cette nouvelle théorie économique.

Que ce soit pour l'article 85 ou l'article 86, l'année 1997, 1998 et 1999, ont été pour la Commission, trois années de consolidation, de modernisation et de réflexion. L'année 2000, quant à elle, transformera peut-être le cadre législatif du droit de la concurrence ou l'approche de la Commission dans ce secteur, particulièrement en ce qui a trait aux restrictions verticales - proposition de la Commission au Conseil en ce qui a trait à l'application de l'article 85 aux restrictions verticales, la fin de la période de validité pour les principaux règlements d'exemption par catégorie en matière de distribution commerciale -. Pour l'instant on ne peut qu'attendre.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATIONS COMMUNAUTAIRES

Communautés Européennes, Union Européenne - Recueil des Traités, T.1, vol.1,
Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995

RÈGLEMENTS

Règlement n.17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, J.O. 13/204

Règlement (CEE) n.1983/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85(3) du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, 1983 J.O. L173/1

Règlement (CEE) n.1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, 1983 J.O. L173/5 rectifié par 1984 J.O. L79/38

Règlement (CEE) N. 4087/88 de la Commission, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise, 1988 J.O. L359/46

COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

Communication de la Commission, du 19 décembre, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne, 1977 J.O. C313/3

Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne, 1997 J.O. C372/13

Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 1997 J.O. C372/5

Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales, COM(98) 544 Final, du 30 septembre 1998

Communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités de la concurrence des États membres pour le traitement des affaires relevant des articles 85 et 86 du traité, 1997 J.O. C313/3

Communication relative aux règlements (CEE) n.1983/83 et (CEE) n.1984/83 de la Commission concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories respectivement d'accords de distribution exclusive et d'accords d'achat exclusif, 1984 J.O. C101/02 modifié par 1992 J.O. C121/02

DOCTRINE

- BALDI, R., Le droit de la distribution commerciale dand l'Europe communautaire, Bruxelles, Bruyant, 1998
- BERMANN, G.A., R.J. GOEBEL, W.J. DAVEY et E.M. FOX, Cases and Materials on European Community Law, St.Paul, West Publishing Co., 1993
- BESSIS, P., Le contrat de franchisage, coll. "Droit des Affaires", Paris, L.G.D.J., 1990
- CAMPBELL, A., EC Competition Law: A Practitioner's Textbook, New York, North-Holland Publishing Company, 1980
- CARTON, L., L'Union européenne : Traité de Paris - Rome - Maastricht, Paris, Éditions DALLOZ, 1994
- De ROUX, X. et D. VOILLEMOT, Le droit de la concurrence de la C.E.E., 4 éd., Paris, Gide Loyrette Novel éditeurs, 1982
- DUBOIS, J.P., La position dominante et son abus dans l'article 86 du traité de la C.E.E., Paris, Librairies techniques, 1968
- GALVADA, C. et G. PARLEANT, Traité de droit communautaire des affaires, Paris, Édition Litec, 1992
- GENESTE, B., Droit français et droit européen de la concurrence, Paris, EYROLLES, 1991
- GIDE-LOYRETTE-NOVEL, Dictionnaire du Marché commun, Tome II, section Concurrence, Jurisdictionnaire Joly, Paris, Loyrette, Novel, Frechot Marty, Lavauzelle éditeurs, 1968-
- GIJLSTRA, D.J. et D.F. MURPHY, Leading Cases and Materials on the Competition Law of the E.E.C., Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984
- GOLDMAN, B., A. LYON-CAEN et L.VOGEL, Droit commercial européen, 5 éd., Paris, Éditions DALLOZ, 1994
- GOULON, E., La concurrence en droit communautaire et en droit français, étude comparé, Paris, Éditions Étienne GOULON, 1982
- GOYDER, D.G., EEC Competition Law, Oxford, Clarendon Press, 1988

- GUYÉNOT, J. et C. P. d'EVEGNÉE, European Antitrust Law of the Common market, Paris, ÉCONOMICA, 1976
- IDOT, L., "Le droit communautaire de la concurrence - Orientations actuelles", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, L'accès au marché de l'Union européenne des affaires (1995), Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1995, p.137
- KORAH, V., EEC Competition Law and Practice, Oxford, ESC Publishing Limited, 1986
- KORAH, V. et W. A. ROTHNIE, Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules, London, Sweet & Maxwell, 1992
- LACASSE, N., L. PERRET et J.-É. DENIS (dir.), Les contrats internationaux de distribution (droit et gestion), coll. "La collection BLEUE", Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1992
- MATHIEU, P.-A., La nature juridique du contrat de franchise, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Inc., 1989
- RAWLINSON, W. ET M.P. CORNWELL-KELLY, European Community Law, London, Waterlow publishers, 1990
- SCHAPIRA, J., G. LETALLEC et J.B. BLAISE, Droit européen des affaires, coll. "Thémis droit", 2 éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1990
- The Law of the European Community : A Commentary, Smith/Herzog, New-York, Matthew&Bender, 1998-
- VAN BAEL, I. et J.F. BELLIS, Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne, Bruxelles, Bruyant, 1991
- VANDAME, J. et M. GUERRIN, La réglementation de la concurrence dans la C.E.E., coll. "UP" Paris, Presses Universitaires de France, 1974
- WISH, R., Competition Law, Toronto, Butterworth, 1985
- WYATT, D. et A. DASHWOOD, The Substantive Law of the EEC, London, Sweet & Maxwell, 1987

ARTICLE DE REVUE

- ART, J.-Y. et D. VAN LIEDEKERKE, "Developments in EC Competition Law in 1994 - An Overview", (1995) 31 CML Rev. 921
- ART, J.-Y. et D. VAN LIEDEKERKE, "Developments in EC Competition Law in 1995: An Overview", (1996) 33 CML Rev. 719
- ASSANT, G., "Les ententes anticoncurrentielles au sein d'un groupe : étude comparée de droits français, communautaire et américain", (1989) n2 Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 121
- BAKER, J.B., "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of "Most-Favored-Customer" Clauses", (1996) 64 Antitrust Law Journal 517
- BERLIN, D., "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", (1991) 27(1) Rev. trim. dr. europ. 1
- BERLIN, D., "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", (1991) 27(2) Rev. trim. dr. europ. 211
- BERLIN, D., "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", (1991) 27(3) Rev. trim. dr. europ. 379
- BLAIR, R.D. et A.K. ESQUIBEL, "Maximum Resale Price Restraints in Franchising", (1996) 65 Antitrust Law Journal 157
- BLAISE, J.P., "Droit de la concurrence", (1987) 23 Rev. trim. dr. europ. 671
- BLAISE, J.P., "Droit de la concurrence Exemption par catégorie des accords d'exclusivité", (1984) 20 Rev. trim. dr. europ. 655
- BLAISE, J.P. et L. IDOT, "Concurrence", (1995) 31 Rev. trim. dr. europ. 859
- BLAISE, J.P. et L. IDOT, "Droit de la concurrence", (1995) 31 Rev. trim. dr. europ. 39
- BOURGEOIS, J.H.J., "EC Competition Law and Member State Courts", (1994) 17 Fordham International Law Journal 331
- BRUNET, F., "Chronique de droit communautaire de la concurrence", (1994) n4 Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 485

- BRUNET, F., "Chronique de droit communautaire de la concurrence", (1994) n3 Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 349
- CASPARI, M., "EEC Enforcement Policy and Practice: An Official View", (1985) 54 Antitrust Law Journal 599
- CESARINI, P., "Développements récents de la jurisprudence en matière de distribution sélective", (1997) 3(2) Competition Policy Newsletter 9
- CIENFUEGOS MATEO, M., "L'application de la nullité de l'article 85, ss. 2.2, du traité C.E.E. par les juridictions nationales (avec un examen particulier du domaine des transports aériens) conséquences dans l'ordre juridique interne", (1991) n3-4 Cahiers de droit Européen 317
- CORTÉS, S. and D. SHERWOOD, "Selective Distribution Systeme under Spanish and E.U. Law", (1997) J.B.L. 89
- COSMOVICI, P.M., "La concurrence en droit national et en droit communautaire", (1993) 2 R.I.D.C. 395
- De COCKBORNE, J.-E., "The New EEC Block Exemption Regulation on Franchising", (1989) 12 Fordham International Law Journal 242
- FAULL, J., "The Enforcement of Competition Policy in the European Community : A Mature system", (1991-1992) 15 Fordham International Law Journal 219
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1983) 3 Yearbook of European Law 393
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1986) 6 Yearbook of European Law 379
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1987) 7 Yearbook of European Law 309
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1988) 8 Yearbook of European Law 215
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1989) 9 Yearbook of European Law 271
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1990) 10 Yearbook of European Law 407
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1991) 11 Yearbook of European Law 419

- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1992) 12 Yearbook of European Law 547
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "Competition Law", (1995) 15 Yearbook of European Law 321
- FORRESTER, I.S. et C. Norall, "The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason : How Competition Law is and Could be Applied", (1984) 21 CML Rev. 11
- FORRESTER, I.S. et M. SIRAGUSA, "Competition Law", (1981) 1 Yearbook of European Law 389
- FORRESTER, I.S. et M. SIRAGUSA, "Competition Law", (1982) 2 Yearbook of European Law 279
- FOX, E.M., "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness", (1986) 61 Notre Dame Law Review 981
- GERBER, D.J., "The Transformation of European Community Competition Law?", (1994) 35(1) Harvard International Law Journal 97
- GLYNN, E.F. JR., "Distribution under EEC Law", (1991) 59 Antitrust Law Journal 473
- GOEBEL, R.J., "Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis", (1986) 23 CML Rev. 683
- GONZALEZ DIAZ, F.E., "The notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law", (1996) 19 Fordham International Law Journal 951
- GRIFFIN, J.P., "EC and US Extraterritoriality: Activism and Cooperation", (1994) 17 Fordham International Law Journal 353
- GRIFFIN, J.P. et L.T. SHARP, "Efficiency Issues in the Competition Analysis in Australia, the European Union, and the United States", (1996) 64 Antitrust Law Journal 649
- GRIMES, W.S., "When do Franchisors Have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism", (1996) 65 Antitrust Law Journal 105
- GYSELEN, L., "Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rational Under EEC Competition Law", (1984) 21 CML Rev. 647

- HANCHER, L., "Case C-393/92, Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij NV", (1995) 32 CML Rev. 305
- HAWK, B.E., "La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?", (1989) 25(1) Rev. trim. dr. europ. 5
- HAWK, B.E., "System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law", (1995) 32 CML Rev. 973
- HOLLEY, D.L., "EEC Competition Practice: A Thirty-Year Retrospective", (1992-1993) 16 Fordham International Law Journal 342
- JEBSEN, P. et R. STEVENS, "Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union", (1996) 64 Antitrust Law Journal 443
- KAUPER, T.E., "Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal", (1991) 59 Antitrust Law Journal 441
- KNIBBELER, W. et D. WOOD, "Competition Law Checklist 1996", (1996) 21 E.L.Rev. cc/1
- KOCH, N. et G. MARENCO, "L'article 85 du traité CEE et les contrats d'agence", (1987) n6 Cahier de droit européen 595
- KORAH, V., "Group exemptions for Exclusive Distribution and Purchasing in the EEC", (1984) 21 CML Rev. 53
- KOVAR, R., "Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"", (1987) 23 Rev. trim. dr. europ. 237
- LANGE, D.G.F. et J.B. SANDAGE, "The *WOOD PULP* Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law", (1989) 26 CML Rev. 137
- LAUDATI, L.L., "The First European Competition Forum: Vertical Restraints", (1995) 1(5) Competition Policy Newsletter 7
- LE TALLEC, G., "Une symbiose entre le droit communautaire et le droit national: la distribution sélective des parfums", (1988) 24 Rev. trim. dr. europ. 437
- MELICAN, J.P., "Current Practical Problems in Distribution", (1985) 54 Antitrust Law Journal 629

- MODIANO, G., "Les contrats de transfert de technologie", (1983) 9(3) D.P.C.I. 553
- PAIS ANTUNES, L.M., "Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is the Distinction Relevant?", (1991) 11 Yearbook of European Law 57
- PECNARD, C. et É. RUIZ, "Les sanctions civiles du Droit Communautaire de la concurrence par le juge national : les exemples anglais et français", (1993) n5 Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 637
- PEEPERKORN, L., "Commission Adopts Green Paper on Vertical Restraints in EU Competition Policy", (1996) 2(3) Competition Policy Newsletter 10
- PEEPERKORN, L., "The Economics of Verticals", (1998) n2 Competition Policy Newsletter 10
- PIQUEMAL, A. et J. LEAVY, "La réglementation de la distribution dans les pays de la C.E.E.", (1990) 21 R.G.D. 687
- RAFFALIELLI, E.A., "Oligopolies and Antitrust Law", (1996) 19 Fordham International Law Journal 915
- ROSEN, N.E., "EC Competition Law: Commentary", (1991) 59 Antitrust Law Journal 515
- SCHÖDERMEIER, M., "Les limites de la distribution sélective", (1987) 23(6) Cahier de droit européen 667
- SILBERMAN, A.H., "Future Directions for Vertical Restraints - Toward Renewing a Meaningful Dialogue", (1988) 57 Antitrust Law Journal 49
- SILBERMAN, A.H., "The Myths of Franchise "Market Power"", (1996) 65 Antitrust Law Journal 181
- SLATER, M., "L'application extraterritoriale du droit communautaire", (1988) 22 Cahier de droit européen 309
- STEINDORFF, E., "Article 85 and the Rule of Reason", (1984) 21 CML Rev. 639
- STEVENS, D., "Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law", (1995) 15 Yearbook of European Law 47
- STUER, R.M., "Vertical Restraints in the Nineties", (1994) 62 Antitrust Law Journal 717

- SUTHERLAND, P., "EEC Competition Policy", (1985) 54 Antitrust Law Journal 667
- TEMPLE LANG, J.T., "EEC Competition Actions in Member States' Courts - Claims for Damages, Declarations and Injunctions for Breach of Community Antitrust Law", (1984) 7 Fordham International Law Journal 389
- THIEFFRY, P., "L'appréhension des systèmes de distribution en droit américain et en droit européen de la concurrence", (1985) 21 Rev. trim. dr. europ. 663
- TOEPKE, U.P., "EC Competition Law: Commentary", (1991) 59 Antitrust Law Journal 509
- TORREMANS, P., "Extraterritorial Application of E.C. and U.S. Competition Law", (1996) 21 E.L.Rev. 280
- VAN GERVEN, G. et E.N. VARONA, "The *WOOD PULP* and the Future of Concerted Practices", (1994) 31 CML Rev. 575
- VAN HOUTTE, B., "Les contrats d'agence au regard de l'article 85 CEE: Agir pour le compte d'autrui et intégration dans son entreprises", (1989) n. 3-4 Cahiers de droit Européen 345
- VAN MIERT, K., "The Role of Competition Policy Today", (1994) 1(3) Competition Policy Newsletter 1
- VELTROP, J.D., "Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law", (1994) 31 CML Rev. 549
- VENIT, J.S., "EU Competition Law - Enforcement and Compliance: An Overview", (1996) 65 Antitrust Law Journal 81
- VICTOR, P., P.G.H. COLLINS, V. KORAH et J.E. FERRY, "Current Practical Problems In Distribution, Panel Discussion", (1985) 54 Antitrust Law Journal 643
- WALZ, R., "Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law", (1996) 21 E.L.Rev. 449
- WARD, S.M., "The Economic Unit Doctrine in the EEC : A Limited Exemption to Article 85 of the Treaty of Rome", (1986) 9 Fordham International Law Journal 373
- WEBER WALLER, S., "Understanding and Appreciating EC Competition Law", (1992) 61 Antitrust Law Journal 55

- WHISH, R. et B. SUFRIN, "Article 85 and the Rule of Reason", (1987) 7 Yearbook of European Law 1
- WHISH, R. et B. SUFRIN, "Oligopolistic Markets and EC Competition Law", (1992),12 Yearbook of European Law 59
- WILS, G., "'Rule of Reason': Une règle raisonnable en droit communautaire?", (1990) n1-2 Cahiers de droit Européen 19
- WINCKLER, A. et M. HANSEN, "Collective Dominance under the EC Merger Control Regulation", (1993) 30 CML Rev. 787
- ZEKOLL, J., "European Community Competition Law and National Competition Laws: Compatibility Problems from a German Perspective", (1991) 24 Vanderbilt Journal of Transnational Law 75

DOCUMENTS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert: La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, Bruxelles, COM(96) 721 final, 22.01.97
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Trente ans de droit communautaire, coll. "Perspectives Européennes", Luxembourg-Bruxelles, Commission des Communautés Européennes, 1982
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Dixième Rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1981
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Treizième Rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1984
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Seizième Rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1987
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Dix-septième Rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1988
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Dix-huitième Rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1989
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Dix-neuvième Rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1990
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, XX Rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1991
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, XXI Rapport sur la politique de concurrence 1991, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1992

- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, XXII Rapport sur la politique de concurrence 1992, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1993
- COMMISSION EUROPÉENNE, Droit de la concurrence dans les Communautés européennes, volume IA Règles applicables aux entreprises, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995
- COMMISSION EUROPÉENNE, Droit de la concurrence dans les Communautés européennes, Addendum au volume volume IA Règles applicables aux entreprises, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995
- COMMISSION EUROPÉENNE, “Livres vert sur le commerce”, 1997, Supp. 2/97, Bulletin de l'Union européenne 3
- COMMISSION EUROPÉENNE, Réponse de la Commission à la question parlementaire n.1694/79, J.O. C131/33
- COMMISSION EUROPÉENNE, XXIII Rapport sur la politique de concurrence 1993, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994
- COMMISSION EUROPÉENNE, XXIV Rapport sur la politique de concurrence 1994, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995
- COMMISSION EUROPÉENNE, XXV Rapport sur le politique de concurrence 1995, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1996
- COMMISSION EUROPÉENNE, XXVI Rapport sur la politique de concurrence 1996, Bruxelles-Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1997
- COMPETITION DIRECTORATE-GENERAL OF THE EUROPEAN UNION, “Anti-trust rules”, (1997) 3(1) Competition Policy Newsletter 11
- FISHWICK, F., Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1986

JURISPRUDENCES COMMUNAUTAIRES

DÉCISIONS COMMUNAUTAIRES

Bayerische Motoren Werke AG, 1975 J.O. L29/1

Charles Jourdan, 1989 J.O. L35/31

Coapi, 1995 O.J. L122/37

Computerland, 1987 J.O. L222/12

Continental Can, 1972 J.O. L7/25

Danish Shipowners' Association and others v Associated Central West Africa Lines Conference(CEWAL) and others, [1995] 5 CMLR 197

Decca Navigation System, 1989 O.J. L43/37

Eurofix-Bauco/Hilti, 1988 O.J. L65/19

GEMA, 1971 J.O. L134/15

Industrie européenne des sucres, 1973 J.O. L140/17

Italian Flat Glass, O.J. 1989 L33/44

Pronuptia, 1987 J.O. L13/39

RAI/UNITEL, O.J. 1978 L157/39

Sea Containers c Stena Sealink, 1994 J.O. L15/8

Service Master, 1988 J.O. L332/38

Yves Rocher, 1986 J.O. L8/49

JUGEMENTS COMMUNAUTAIRES

A. Ahlström Osakeyhtiö v Commission, Cases 89, 104, 114, 116-117 & 125-129/85, [1993] I E.C.R. 1307

Akzo Chemie BV v Commission, Case C-62/86, [1991] 10 E.C.J.R. 132

Alsatel v Novasam SA, [1990] 4 CMLR 434

Béguelin Import Co c SAGL Import Export, affaire 22/71, [1971] Recueil 949

Belgische Radio en Televisie ans Société belge des auteurs, compositeurs et éditeur v SV SABAM and NV Fonior, Case 127/73, [1974] E.C.R. 313: [1974] Recueil 313

Brasserie de Haecht c Wilkin, affaire 23/67, [1967] Recueil 525

Brasserie de Haecht v Wilkin II, Case 48/72, [1973] E.C.R. 77

Binon c Agence et Méssagerie de la Presse, affaire 243-83, [1985] Recueil 2015

B.P.B. Industries Plc and British Gypsum Limited v E.C. Commission, Case T-65/89, [1993] 5 CMLR 32: [1993] II E.C.R. 389

B.P.B. Industries Plc and British Gypsum Limited v E.C. Commission, Case C-310/93P, [1995] I Recueil 865

Centre Belge d'Études de Marché -Télémarketing SA v Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA & Information Publicité Benelux SA, Case 311/84, [1986] 3 E.C.J.R. 33

Centro servizi spédiporto Srl v Spédizioni marittima del golfo Srl, Case C-96/94, [1996] 4 CMLR 613

Compagnie maritime belge transport Sa c Commission, Cases T-24/93, T-26/93 et T-28/93, [1996] II Recueil 1201

Consten et Grundig c Commission, affaires 56 et 58/64, [1966] Recueil 429

Deutsche Grammophon c Metro, affaire 78/70, [1971] Recueil 487

Dip Spa v Comune di Bassano Del grappa LIDL Italia Srl v Comune di chioggia lingral Srl v Comune di Chioggia, Cases C-140-142/94, [1996] 4 CMLR 157

ETA Fabriques d'Ébauches SA v DK Investment SA & Others, Case 31/85, [1986] 5 E.C.J.R. 58

Europemballage and Continental Can v Commission, Case 6/72, [1973] E.C.R. 215

Fédération Française des sociétés d'Assurance et al., Case C-244/94, [1996] 4 CMLR 536

GEMA v Commission, Case 125/78, [1979] E.C.R. 3173

Gemeente Almelo and Others v Energiebedrijf Ijsselmij NV, Case C-393/92, [1995] 32 CML Rev. 305

Hasselbald G.B. Ltd c Commission, affaire 86/82, [1984] Recueil 883

Hercules c E.C. Commission, affaire T-7/89, [1991] II Recueil 1711

Hilti v E.C. Commission, Case T-30/89, [1991] II E.C.R. 1439

Hilti v Commission, Case C-53/92p, [1994] E.R.C. 667: [1994] 4 CMLR 614

Hoffmann-La Roche c Commission, affaire 85/76, [1979] Recueil 461

Höfner and Elser v Macroton, Case 41/90 [1991] I E.C.R. 1979

Hugin Kassaregister AB v Commission, Case 22/78, [1979] E.C.R. 1869: [1979] 3 CMLR 345

Hydrotherm c Andreoli, affaire 170/83, [1984] Recueil 2999

Imperial Chemical Industries c Commission, affaire 48/69, [1972] Recueil 619

Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp v Commission, Cases 6 and 7/73, [1974] E.C.R. 223

Langnese-Iglo GmbH v Commission, Case T-7/93, [1995] II E.C.R. 1533

Mannesmann AG c Haute Autorité de la Communauté Européenne du charbon et de l'acier, affaire 19/61, [1962] Recueil 675

Maria Salonia c. Giorgio Poidomani et Franca Giglio, affaire 126/80, [1981] Recueil 1563

Metro SB Grossmarkte GmbH & Co KG c Commission, affaire 75/84, [1986] Recueil 3021

- Metro SB-Grossmarket GMBH & CoKG c Commission, affaire 26/76, [1977] Recueil 1875
- Michelin v Commission, affaire 322/81, [1983] Recueil 3461
- Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij, Case C-393/92, [1994] I E.C.R. 1477
- Napier Brown et Co. v British Sugar Plc, [1990] 4 CMLR 196
- Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission, Case 322/81, [1983] 10 E.C.J.R. 133
- NV L'Oréal et Sa l'Oréal c PVBA "de Nieuwe AMCK", affaire 31/80, [1980] Recueil 3775
- NV Nederlandsche Banden-industrie Michelin v Commission, [1983] E.C.R. 3461
- Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, Case 161/84, [1986] E.C.R. 353
- Radio Telefis Eireann, British Broadcasting Corporation, and Indenpent Television Publications Ltd, v Commission, Case T-69 et T-76/89, [1991], 10 E.C.J.R. 134
- Re Italian Flat Glass: Societa Italiano Vetro Spa v E.C. Commission, Cases T-68/69 et 77-78/89, [1992] 5 CMLR 302
- Reyners v Belgian State, Case 2/74, [1974] E.C.R. 631
- Rhône Poulenc v Commission, affaire T-1/89, [1991] II Recueil 867
- SAT v Eurocontrol, Case C-364/92, [1994] I E.C.R. 43
- Schöller Lebensmittel GmbH & Co kg v Commission of the European Communities, Case T-9/93, [1995] II E.C.R. 1611
- Sirena v Eda, Case 40/70, [1971] E.C.R. 69
- Societa Italiana Vetro (SIV) et al. v Commission, Cases T-68, 77 et 78/89, [1992] II E.C.R. 1403
- Société Technique Minière c Maschinenbau Ulm, affaire 56/65 [1966] Recueil 337

Stergios Delimitis v Hemninger Bräu AG, Case C-234/89, [1992] 5 CMLR 280

Suiker Unie v Commission, Cases 40- 48, 50, 54-56, 111, 113 and 114 / 73, [1975] E.C.R. 1663

Tetra Pak International v Commission, Case T-83/91, [1994] II E.C.R. 755

United Brands v Commission, Case 27/76, [1978] E.C.R. 207

Viho Europe Bv c Commission des Communauté européennes, affaire C-73/95p, [1996] I
Receuil 5457

Völk v Vervaecke, Case 5/69, [1969] E.C.R. 295

Walt Wilhelm v Bundeskartellant, Case 14/68, [1969] E.C.R. 1

Zuechner v Bayerische Vereinbanc, Case 172/80, [1981] E.C.R. 2021