

Université de Montréal

Le contrat de distribution exclusive et le principe de la concurrence au Canada

Par
Gotha ETIENNE

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 2010

© Gotha Etienne, 2010

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**Le contrat de distribution exclusive et le principe de la
concurrence au Canada**

Présenté par :
Gotha ETIENNE

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Geneviève DUFOUR: Président-rapporteur
Ejan MACKAAY : Directeur de recherche
Guy LEFEBVRE: Membre du jury

Résumé

Les contrats de distribution exclusive sont couramment utilisés dans la mise en marché des produits. Des doutes et des critiques ont été, pourtant, soulevés relativement à leur validité au regard du droit de la concurrence. Ces ententes et les pratiques qui en découlent paraissent, à première vue, anticoncurrentielles. Le propos de ce mémoire est d'examiner dans quelle mesure les contrats de distribution exclusive peuvent, en fait, stimuler la concurrence et de montrer, en conséquence, qu'ils devraient être considérés licites eu égard au droit de la concurrence.

Nous trouvons, d'une part, que les pratiques exclusives sont suspectes vu qu'elles réduisent la liberté contractuelle du producteur et du distributeur. Cette restriction est susceptible d'entraver la concurrence à cause du pouvoir de marché qu'elle crée et elle peut, de ce fait, engendrer le monopole. La *Loi sur la concurrence* interdit de tels agissements.

Les contrats de distribution exclusive peuvent, d'autre part, favoriser réellement la concurrence. Ils constituent un instrument stratégique utilisé par les entrepreneurs dans leur lutte pour accroître leur part de marché. La distribution exclusive, en portant les acteurs commerciaux à chercher les meilleures stratégies, renforce la concurrence. Celle-ci doit être entendue non seulement comme une constante rivalité entre toutes les entreprises, mais elle doit aussi inclure la coopération entre certaines entreprises en vue de mieux concurrencer d'autres à un niveau plus général.

Une juste appréciation de la concurrence dans les contrats de distribution exclusive requiert le recours à l'analyse économique du droit. Cette analyse permet une évaluation de la concurrence basée sur le critère de l'efficacité économique. En vue de déterminer si une pratique donnée augmente ou non le bien-être général (sur quoi l'analyse de l'efficacité met l'accent), les effets négatifs de cette pratique devraient être mis en balance avec ses effets positifs résultant des gains en efficacité. C'est dans ce sens que le droit de la concurrence a évolué tant dans l'Union européenne qu'aux États-Unis et au Canada pour permettre les ententes qui entraînent des gains nets d'efficacité. Ce qu'on aurait pu condamner autrefois pour entrave à la concurrence, peut maintenant paraître comme une stratégie commerciale licite et saine. Compte tenu de ce récent développement, notre analyse nous conduit à la conclusion que les accords de distribution exclusive devraient être considérés licites dans la mesure où ils améliorent le bien-être du consommateur.

Mots clés

Distribution exclusive, concurrence, analyse économique du droit, efficience économique.

Abstract

Exclusive Distribution agreement and the Principle of Competition in Canada

Exclusive distribution agreements are commonly used in the marketing of products. However, doubts and criticisms have been expressed concerning their validity as regards competition law: these agreements and the resulting practices appear at first blush to be anticompetitive. In this thesis we propose to examine to what extent exclusive distribution agreements can in fact foster competition and hence should be considered lawful as regards competition law.

On one hand, we find that exclusive distribution practices are suspect, because the contractual freedom of the producer and of the distributor is restricted. This restriction may hinder interbrand competition due to market power and can potentially create a monopoly. Such actions are not permissible under the *Competition Act*.

On the other hand, some aspects of exclusive distribution arrangements can actually promote competition. They constitute a strategic tool used by suppliers seeking to increase their market shares. This can reinforce competition by encouraging competitors to try out better strategies. Competition must be understood not merely as the constant rivalry amongst all enterprises, but must also encompass cooperation between certain enterprises in order to better compete with others at a more general level.

A fair appreciation of competition in exclusive distribution arrangements requires one to have recourse to the economic analysis of law. The economic analysis of law allows one to assess competition based on the criterion of economic efficiency. In order to determine whether or not a particular practice increases the general welfare (on which efficiency analysis focuses), the negative effects of that practice should be weighed against its positive effects resulting from efficiency gains. In this sense, competition law has evolved, as much in the European Union, as in the United States and Canada, to allow arrangements that lead to net welfare gains. What might have been previously condemned as an obstacle to competition may now appear as a legitimate and healthy commercial strategy. Taking into account this recent development, our analysis leads us to the conclusion that exclusive distribution agreements should be lawful in so far as they improve consumer welfare.

Key words

Exclusive distribution, competition, economic analysis of law, economic efficiency.

Table des matières

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : La position classique du droit de la concurrence face à la distribution exclusive	9
CHAPITRE 1 : Les aspects présumés anticoncurrentiels ou négatifs de la distribution exclusive	11
1.1) Les principales pratiques suspectes au regard de la législation sur la concurrence	12
1.1.1) Pratiques restrictives de concurrence	13
1.1.1.1) Les contours des pratiques restrictives de concurrence	14
1.1.2) Agissement anticoncurrentiel.....	17
1.1.2.1) L'agissement anticoncurrentiel et le droit canadien de la concurrence	17
1.1.2.2) Manifestation de l'agissement anticoncurrentiel dans la distribution exclusive	20
1.1.3) La position dominante.....	22
1.1.3.1) L'affaire Microsoft (décision américaine).....	23
1.1.3.2) L'affaire Microsoft (décision de la Commission européenne)	26
1.2) La réduction de la concurrence intermarque dans la distribution exclusive	29
1.2.1) La collusion dans la distribution exclusive	29
1.2.2) La distribution exclusive et la stratégie d'exclusion des concurrents.....	30
1.3) La limitation de la concurrence intramarque	30
1.3.1) Le pouvoir de marché dans le réseau de la distribution exclusive	31
1.3.2) La distribution exclusive et la notion d'atteinte à la concurrence	32
Conclusion	36
Chapitre 2 : Les aspects proconcurrentiels du contrat de distribution exclusive	37
2.1) La concurrence	38
2.1.1) Définition	38
2.1.2) La concurrence au regard de l'économie	39
2.1.3) La concurrence au regard de la gestion	41
2.1.4) La concurrence au regard du droit.....	42
2.1.5) La concurrence par rapport à la nouvelle approche de la rivalité.....	43
2.2) Émergence d'un nouveau type de rapports entre les agents commerciaux.....	43
2.2.1) La coordination entre distributeurs.....	44
2.2.2) La coordination entre producteurs.....	46
2.2.3) La coordination entre producteur et distributeur	46
2.3) La concurrence dans un marché de distribution exclusive	47
2.3.1) Considérations pratiques autour de la concurrence dans la distribution exclusive.....	49
2.3.2) L'importation parallèle : acte de concurrence face à la structure de distribution exclusive	51
2.4) Critères d'appréciation de la concurrence dans la distribution exclusive sur le plan juridique	59
2.4.1) En droit européen	60
2.4.2) En droit américain	61
2.4.3) En droit canadien.....	62

Conclusion	63
DEUXIEME PARTIE : La conception moderne du droit de la concurrence.....	66
CHAPITRE 3 : Les fondements économiques du droit de la concurrence dans la distribution exclusive.....	67
3.1) Le cheminement des théories économiques vers une définition opératoire de la concurrence.....	68
3.1.1) L'analyse économique du droit	68
3.1.2) Les structures économiques contemporaines	69
3.1.2.1) La concurrence pure et parfaite.....	70
3.1.2.2) Le marché vu sous l'angle économique.....	71
3.1.3) La notion de l'efficacité économique	73
3.1.4) Les différents aspects de la notion d'efficacité économique	74
3.1.4.1) Les gains de productivité	74
3.1.4.2) Les gains en efficacité dynamique	76
3.1.4.3) L'efficacité allocative	76
3.2) La notion de marché pertinent au regard de l'analyse économique.....	77
3.2.1) Évolution de la définition économique du marché pertinent.....	78
3.2.1.1) La notion de marché pertinent dans le droit américain	79
3.2.1.2) La notion d'élasticité croisée de la demande	81
3.2.1.3) La notion de marché pertinent dans le droit européen de la concurrence	82
3.2.1.4) La notion de marché pertinent dans le droit canadien de la concurrence.....	85
3.3) Le raisonnement économique intégré dans la structure concurrentielle du marché de la distribution exclusive.....	89
3.3.1) L'organisation de la structure de l'offre dans le marché de la distribution exclusive	90
3.3.2) L'organisation de la structure de la demande dans le marché de la distribution exclusive	93
3.3.3) La réalité concurrentielle de la distribution exclusive.....	94
Conclusion	96
CHAPITRE 4 : L'évolution du droit de la concurrence dans la distribution exclusive sous l'influence des nouvelles théories économiques	98
4.1) L'ouverture réelle des autorités législatives de la concurrence au raisonnement économique en matière de distribution exclusive par la prise en compte des gains d'efficacité.....	99
4.1.1) La prise en compte des gains d'efficacité en droit de l'Union européenne.....	100
4.1.2) La prise en compte des gains d'efficacité en droit américain.....	104
4.1.3) L'évolution du droit de la concurrence au Canada vers une position plus favorable au raisonnement économique	106
4.1.3.1) La défense fondée sur les gains en efficacité	107
4.1.3.2) Le Tribunal de la concurrence et les gains en efficacité	109
4.1.3.3) Extension des gains d'efficacité de la fusion dans la distribution exclusive au Canada	116
4.2) Les autres facteurs économiques déterminants pour apprécier la concurrence dans la distribution exclusive	117
4.2.1) Analyse des parts de marché dans la distribution exclusive.....	117
4.2.1.1) Concept : part de marché	117
4.2.1.2) Part de marché au regard du droit européen.....	118
4.2.1.3) Part de marché au regard du droit américain	118
4.2.1.4) Part de marché au regard du droit canadien	119
4.2.2) Analyse des barrières à l'entrée dans la distribution exclusive	121

4.2.2.1) Considération conceptuelle.....	121
4.2.2.2) Barrières à l'entrée en droit de l'Union européenne.....	123
4.2.2.3) Barrières à l'entrée en droit américain.....	124
4.2.2.4) Barrières à l'entrée en droit canadien.....	125
Conclusion.....	127
<i>Conclusion générale</i>	130
<i>Tables bibliographiques finales</i>	137
Table de la législation	137
Textes canadiens.....	137
Textes étrangers.....	137
Table des jugements	137
Jurisprudence canadienne.....	137
Jurisprudence étrangère.....	139
<i>Bibliographie</i>	139
Monographies et ouvrages collectifs	139
Articles de revue	145
Documents d'organismes publics	151

Liste des Abréviations

Advocates'Q	The Advocates' Quarterly
al.	Alinéa(s)
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
Arch. philo. dr.	Archives de philosophie du droit
art.	Article(s)
Bus. & L.	Business & the Law
c.	Chapitre(s)
C.A.	Cour d'appel du Québec
C.F.	Cour fédérale
C.A.F.	Cour d'appel fédérale
Cah.dr.ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Can.Bus.L.J.	Canadian Business Law Journal
Can.-US.L.J.	Canada-United States Law Journal
C. de D.	Cahiers de droit
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
C.P. du N.	Cours de perfectionnement du notariat
C.P.I.	Cahiers de propriété intellectuelle
C.P.R.	Canadian Patent Reporter
J.C.P.	Juris Classeur Périodique
J. du Bar.	Journal du Barreau

JOCE	Journal Officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal Officiel de l'Union européenne
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
L.Q.	Lois du Québec (depuis 1969)
McGill L.J.	McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill
Meredith Mem.Lect.	Meredith Memorial Lectures
N.R.	National Reporter
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
Ottawa L. Rev.	Ottawa Law Review
P.U.F.	Presses Universitaires de France
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien/Canadian Bar Review
R.C.S.	Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D. McGill	Revue de droit de McGill (Cf. McGill L.J.)
Rev. conc. cons.	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev.Soc.	Revue des sociétés
R.G.D.	Revue générale de droit
R.J.T.	Revue juridique Thémis (depuis 1966)
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
Spec. Lect. L.S.U.C.	Special Lectures of the Law Society of Upper Canada
Trib. conc.	Tribunal de la concurrence
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes

U.B.C.L. Rev.	University of British Columbia Law Review
U.S.C.	United States Code
U.T.Fac.L.Rev.	University of Toronto Faculty of Law Review

INTRODUCTION

La distribution recouvre «toutes les opérations d'acheminement des produits du producteur au consommateur¹». Il existe, en pratique, deux catégories de contrat de distribution : ceux comportant une clause d'exclusivité et ceux qui ne la possèdent pas. La structure commerciale de la distribution exclusive et les stratégies mises en place qui lui sont associées sont étroitement assimilées à des pratiques anticoncurrentielles. Au Canada, l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*² autorise le Tribunal de la concurrence à interdire toutes les activités commerciales qui ont ou auront vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence. La distribution exclusive est parfois, de ce point de vue, perçue comme une forme commerciale qui entrave la liberté de chacune des parties de contracter avec des personnes autres que leurs partenaires exclusifs³. Elle permettrait d'ériger des barrières à l'entrée et exclurait de ce fait les producteurs concurrents du marché⁴. Le contrat de distribution exclusive serait donc «un instrument

¹ Jean BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p.21.

² *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. c-34, art.77(2): «Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du Commissaire, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandue sur un marché, auront vraisemblablement :

- a) Soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur un marché;
- b) Soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché;
- c) Soit sur un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence, la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence».

³ Sur cette question voir : Julia XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.27.

⁴ Yves BÉRIAULT, Madeleine RENAUD et Yves COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Carswell, 1999, p.251.

technique qui contribue à la constitution de féodalités financières»⁵ pouvant ainsi limiter le processus de concurrence. Or, le droit de la concurrence a pour mission de combattre toute entrave à la concurrence.

La *Loi sur la concurrence* sanctionne les activités qui, en restreignant la concurrence, portent atteinte au marché ; elle condamne de ce fait tous les actes qui sont censés nuire au progrès économique⁶. Au regard de l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* que nous venons de citer, il serait donc intéressant de savoir si la distribution exclusive nuit vraiment au progrès économique. Elle continue d'être pratiquée sur le marché, elle fait même l'objet d'un engouement croissant des acteurs commerciaux et constitue du même coup une stratégie commerciale efficace⁷. Comme elle ne semble pas déranger le fonctionnement du marché, il faut présumer qu'elle n'exclut pas d'emblée la concurrence. Pour étayer cette hypothèse, soulignons que la théorie moderne de la concurrence admet que les entreprises diversifient leurs modes de production et de mise en marché⁸ et que ce seul fait autorise les partenaires commerciaux à faire preuve de leurs aptitudes stratégiques et à recourir à toute forme de distribution qu'ils jugent efficace, d'une part. D'autre part, l'introduction de tout nouveau procédé commercial oblige souvent à réaménager le système productif dans lequel il s'insère⁹, en raison de

⁵ Georges DURRY, «Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant», dans Sylvie LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Paris, Litec, 2002, no 1, p3.

⁶ L'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2, se lit comme suit : « la présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits ».

⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE, «Le contrat de distribution. Création de la pratique et de la jurisprudence, mode de gestion des rapports de force dans les réseaux», (1997), no 3-4, *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, p.11-15.

⁸ Alain BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, Paris, Economica, 1998, p125.

⁹ A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, préc., note 8, p187.

l'inélasticité immédiate de l'offre. Il importe de déterminer comment la concurrence se manifeste dans la distribution exclusive.

Le sujet invite à établir des relations entre les contrats de distribution exclusive et les règles sur la concurrence au Canada et ailleurs. Il donne lieu à plusieurs questionnements. D'abord, il y a une apparente antinomie entre l'exclusivité et la concurrence. Ces deux notions prises dans leur sens étymologique s'opposent : alors que l'exclusivité avec le préfixe «ex» veut dire mettre hors, concurrence avec le préfixe «con» venant de cum» signifie marcher, courir avec. De façon dialectique, on peut s'interroger sur la possibilité de concilier l'exclusivité qui sous-entend la restriction de certains droits d'agir, des interdictions ou des exigences de faire ou de ne pas faire et la concurrence qui, elle, suppose la liberté d'action et la compétition. Il faut souligner ensuite la divergence entre les objectifs poursuivis par les acteurs économiques qui sont mûs par le désir d'accroître leur part de marché et de maximiser leur profit et ceux du droit de la concurrence, lesquels visent la protection du marché¹⁰.

Dans une économie de marché¹¹, c'est le marché qui, par le jeu de la loi de l'offre et de la demande, agit comme régulateur et la concurrence comme moteur de l'activité économique. La concurrence est un stimulant qui permet à la fois de diminuer les coûts de production, de trouver des biens et des services de qualité au meilleur prix et d'encourager l'innovation. Ce principe est énoncé à l'article 1.1 de la Loi sur la concurrence et souligné lors de la réforme de la législation portant sur la concurrence :

« La concurrence n'est pas une fin en soi, mais elle représente le meilleur stimulant de l'efficacité, de la productivité et de la croissance industrielle au Canada. Une concurrence accrue profite directement aux consommateurs puisqu'elle fait baisser

¹⁰ « La législation canadienne en matière de concurrence a pour objet de faire en sorte que les entreprises se concurrencent dans un climat équitable et que les marchés fonctionnent efficacement », Michel COTÉ, *Réforme de la législation sur la concurrence*, Guide, Consommation et Corporations Canada, 1985, p.1.

¹¹ L'économie de marché se fonde sur l'idée que le jeu des forces des acteurs commerciaux détermine à lui seul la loi de l'offre et de la demande. Voir à ce sujet : Jean Paul FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, Paris, Grasset et Fasquelle, 2004, p.52; Yves CHAPUT, *Le droit de la concurrence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, p.11.

les prix, permet un plus grand choix et améliore la qualité tout en récompensant l'innovation et l'initiative. La concurrence laisse aux marchés le soin de jouer leur rôle fondamental, qui est de répartir efficacement les ressources, réduisant ainsi le besoin de recourir à l'intervention gouvernementale directe »¹².

Il nous faut, cependant, préciser que la concurrence n'est pas toujours parfaite. Le dynamisme des entreprises caractérisé par les diverses initiatives de mise en marché, peut créer, dans certains cas, des pouvoirs économiques capables d'entraver la concurrence¹³. Comme exemple, nous retenons la position dominante. Le contrat de distribution exclusive, par sa spécificité, peut contribuer à la formation d'une position dominante. La définition même de la distribution exclusive permet de s'en rendre compte. Elle se définit comme un accord par lequel un producteur octroie à un distributeur un territoire de vente protégé¹⁴. Elle fait du distributeur exclusif le seul détenteur du stock du produit dans une région déterminée, d'une part. D'autre part, la position du leader du réseau de distribution peut se trouver renforcée par l'abstention du distributeur de vendre des produits concurrents ou par l'engagement du producteur à ne pas utiliser d'autres distributeurs dans la région donnée. C'est ce qui a fait assimiler le contrat de distribution exclusive à une «prison économique»¹⁵, en d'autres termes, à une institution où ne règne pas la «démocratie économique»¹⁶.

Cet affaiblissement de la concurrence se manifeste de différentes façons: il peut favoriser une situation qui se traduit par un appauvrissement du choix de produits

¹² M. COTÉ, *Réforme de la législation sur la concurrence*, préc., note 10, p.1.

¹³ Yves SERRA, Bernard DUTOIT et Yves PICOD, *La concurrence déloyale. Permanence et devenir*, Paris, Dalloz, 2001, p.13.

¹⁴ J. XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, préc., note 3, p.34.

¹⁵ L'expression « la prison économique » est employée par Sylvie LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, préc., no 1, p3. L'explication retenue de ce thème c'est que la distribution exclusive consacre un domaine réservé aux parties ce qui équivaut à un cercle fermé.

¹⁶ Cette expression est empruntée à Ioannis LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.294.

concurrents et la possibilité pour le producteur d'exercer un pouvoir de marché. Lorsque le producteur occupe une position dominante au sein du marché et qu'il s'y réserve l'exclusivité des meilleurs distributeurs, ses concurrents peuvent ne pas trouver de débouchés pour leurs produits¹⁷. Il arrive que cette pratique prive le marché de produits très demandés, d'où il peut résulter la suppression possible de la concurrence nécessaire sur le marché en matière de prix¹⁸. Sur ce point, le Tribunal de la concurrence a conclu, dans l'affaire *Tuyauteries Canada*¹⁹, que le programme d'approvisionnement des distributeurs (*Stocking Distributor Program*) diminue la concurrence. De même, dans l'affaire *NutraSweet*²⁰, la conclusion des contrats d'approvisionnement exclusif a été qualifiée d'agissement anticoncurrentiel par le Tribunal. Celui-ci a considéré les ententes d'exclusivité en vertu de l'article 77 et a ordonné à l'intimée de mettre fin à l'exclusivité. Face à un tel carcan, nous allons chercher à savoir comment se manifeste néanmoins la concurrence dans la distribution exclusive car nombreux sont les producteurs qui préfèrent cette forme commerciale de distribution de leurs produits à l'intégration verticale.

Disons de façon très brève qu'il y a intégration verticale quand le producteur se charge lui-même ou par le biais de ses filiales de la distribution²¹. Il n'est pas dans notre propos d'étudier cette forme d'organisation. Nous faisons ce rapprochement avec la distribution exclusive car la concentration qu'engendre l'intégration verticale n'est pas condamnée d'emblée par les autorités au motif qu'elle permet de faire face à la

¹⁷ Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc, note 4, p251.

¹⁸ Canada, Directeur des enquêtes et recherches (*Loi sur la concurrence*), *Politique de concurrence*, étape I, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1976, p.11.

¹⁹ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, (2007) WL 4135676, 2007 CarswellNat 3913 (Trib conc).

²⁰ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, (Trib conc).

²¹ René Y. DARMON, Michel LAROCHE et John PÉTROF, *Le marketing, fondements et applications*, 4^e éd, Montréal, Macgraw-Hill, 1990, p.438.

concurrence sur les marchés mondiaux grâce à l'économie d'échelle qu'elle favorise²². Cette conception, ajoutée à la règle de la concurrence, nous permet d'extrapoler et de nous demander s'il n'est pas possible que la distribution exclusive favorise elle aussi la concurrence.

Dans un tel contexte, l'analyse économique du droit²³ s'impose comme méthode d'investigation puisque les travaux économiques qui se proposent de décrire et d'expliquer l'état des marchés sont nombreux²⁴. De plus, cette analyse précise mieux le sens des concepts à connotation économique que la science juridique seule serait capable de le faire. Le recours au raisonnement économique pour justifier l'existence de la concurrence dans la distribution exclusive s'avère nécessaire en ce sens que la distribution fait partie des activités économiques que l'État, même libéral, a pour devoir de contrôler²⁵. L'esprit de concurrence inspire parfois des initiatives qui peuvent paraître discutables selon le contexte économique où elles s'insèrent. Rappelons que ce qui caractérise la distribution exclusive c'est cette exclusivité²⁶ qui verrouille l'accès au

²² Voir en ce sens M. COTÉ, *Réforme de la législation sur la concurrence, Guide, Consommation et Corporations Canada*, préc., note 10, p.4.

²³ Pour une bonne compréhension de l'analyse économique du droit voir: Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse Économique du Droit*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008, p.728.

²⁴ Pour une analyse de ces travaux économiques voir entre autres : Michel GLAIS, *Économie industrielle. Les stratégies concurrentielles des firmes*, Paris, Litec, 1992, p578; Reuven BRENNER, *Rivalry in Business, Science, Among Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p.244; Yves MORVAN, *Fondements d'Économie Industrielle*, Paris, Economica, 1985, p.482.

²⁵ Alain SÉRIAUX, «Droit et Économie. Sur l'unité de deux disciplines», (2000), no 2, *R.R.J.*, p.887; Hans Peter SCHWINTOWSKI, «Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit. Conceptions et limites» (1993), *R.R.J.*, p.763.

²⁶ Article 77(1) de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2, se lit comme suit :

«Exclusivité s'entend de

- a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :
 - i) Soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

marché. Il reste que, selon la conception moderne, la concurrence concerne tous les éléments susceptibles de déterminer l'action ou le choix des partenaires du marché, tels que la qualité, la quantité, la différenciation des produits, les conditions de vente, les remises, les services après vente, la publicité, les produits de substitution etc.²⁷.

Aussi, l'objectif de ce travail est-il de dégager la pratique concurrentielle dans la distribution exclusive. Il paraît d'un grand intérêt de savoir comment le droit canadien apprécie les pratiques commerciales favorisées par la distribution exclusive. Notre démarche consistera, dans un premier temps, à les confronter aux prescrits du droit canadien de la concurrence afin de bien les évaluer et, dans un deuxième temps, à mettre en évidence, à la lumière du raisonnement économique récent, leur licéité en tenant compte du nouveau critère d'appréciation de la concurrence qui est l'efficacité économique.

Notre étude est divisée en deux parties. La première sera consacrée à la position classique du droit de la concurrence face au contrat de distribution exclusive. Dans la deuxième partie, cette entente commerciale sera considérée en se référant à l'analyse économique.

La première partie comprend deux chapitres. Le premier sera réservé aux aspects apparemment négatifs c'est-à-dire présumés anticoncurrentiels du contrat de distribution exclusive au regard du droit canadien de la concurrence. Au deuxième chapitre, ses effets positifs seront examinés.

-
- ii) Soit s'abstenir de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiés de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;
 - b) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncées au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas».

²⁷ Pierre PICARD, *Éléments de microéconomie. Théorie et applications*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p193 et 198.

La deuxième partie est divisée aussi en deux chapitres. Le premier étudiera les fondements économiques de ce contrat. Au deuxième chapitre seront abordées, à la lumière des théories économiques récentes, l'évolution du droit de la concurrence aux États-Unis d'Amérique et en Europe, où l'on met l'accent sur l'efficacité économique, et les leçons qui s'en dégagent pour le droit canadien, qui est pour l'instant peu développé en cette matière.

PREMIERE PARTIE : La position classique du droit de la concurrence face à la distribution exclusive

Le contrat de distribution exclusive, valable en tant qu'expression de la liberté contractuelle des parties, doit néanmoins respecter les dispositions de la loi régissant la concurrence, qui sont d'ordre public. Cette forme de distribution commerciale semble conduire à la réduction de la concurrence vu qu'elle restreint, par définition, la concurrence à l'intérieur du réseau. Il est intéressant de savoir comment cette pratique s'est instaurée dans le marché. Résulte-t-elle de la supériorité intrinsèque de certains acteurs commerciaux en matière d'innovation (l'innovation est entendue ici au sens large et inclut le procédé commercial, l'organisation de la production etc....) ou exprime-t-elle une volonté délibérée d'exclure les concurrents, sans contrepartie réelle pour les consommateurs ? La tâche des autorités de la concurrence consiste justement à identifier dans une pratique d'exclusivité ce qui constitue un éventuel abus par opposition à ce qui relève de la concurrence.

Cette mission se révèle particulièrement délicate, dans la mesure où la notion de concurrence est elle-même susceptible de différentes interprétations. Les divers comportements prohibés : pratique restrictive de commerce, agissement anticoncurrentiel et position dominante constituent tous des entraves à la concurrence dans le marché. Le principe de la libre concurrence qu'implique l'économie de marché apporte un éclairage qui permet de faire la distinction entre les pratiques estimées anticoncurrentielles et celles qui ont un effet pro concurrentiel dans la distribution exclusive.

L'appréciation de la concurrence dans ces pratiques a cependant suivi une évolution. Le droit de la concurrence n'est pas figé, statique. Il a subi une évolution qui l'a fait passer d'une position classique à une position moderne face à la distribution exclusive. Il importe de commencer par examiner la position classique. Tel est l'objet de cette première partie de notre étude. Nous allons considérer au premier chapitre les aspects présumés anticoncurrentiels du contrat de distribution exclusive au regard du droit canadien de la concurrence et au second chapitre les aspects présumés pro concurrentiels. Nous devons préciser, au seuil de notre étude, que certains concepts

clefs tels que le pouvoir de marché, la position dominante, les barrières à l'entrée constituent les axes principaux autour desquels doit pivoter l'appréciation de la concurrence dans la distribution exclusive. Ils seront abordés ainsi dans la première et la seconde partie de notre étude. Ce sera, toutefois, dans une optique différente. Dans la première partie, ils seront considérés au regard des règles concurrentielles et dans la deuxième à la lumière du raisonnement économique.

CHAPITRE 1 : Les aspects présumés anticoncurrentiels ou négatifs de la distribution exclusive

La distribution exclusive jouit d'un intérêt croissant de maints acteurs commerciaux. Elle continue néanmoins de recevoir des critiques virulentes à cause des pratiques jugées anticoncurrentielles qu'elle engendre. Il y a lieu donc d'étudier ces effets à la lumière du droit canadien de la concurrence. Au Canada, la *Loi sur la concurrence* est une loi d'application générale à caractère économique. Elle régit à ce titre toutes les activités économiques de production et de distribution²⁸. La distribution exclusive, en conséquence, n'y échappe pas. Cette loi dispose en son article 78 que «l'agissement anticoncurrentiel s'entend du fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché²⁹ ».

Comme nous l'avons vu en introduction, l'exclusivité ne laisse pas beaucoup de place à la liberté contractuelle. Dans l'exclusivité territoriale,³⁰ par exemple, l'attribution d'un territoire à un seul distributeur nuit à l'approvisionnement des autres distributeurs qui s'y trouvent implantés. La distribution exclusive constitue en elle-même, à première vue, une pratique anticoncurrentielle au sens de l'article 78. Elle empêche, en effet, les autres distributeurs d'accéder au marché des produits même s'ils sont aptes à les commercialiser. Elle limite du même coup les débouchés pour ces produits. Nous allons mettre en exergue ces aspects négatifs de la distribution exclusive en examinant, d'un point de vue juridique, d'une part, les principales pratiques suspectes (1.1) telles que les pratiques restrictives de concurrence (1.1.1), les agissements anticoncurrentiels (1.1.2) et la position dominante (1.1.3) et, d'autre part, les impacts de ces pratiques sur la

²⁸ Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p.269.

²⁹ Article 78 alinéa (h) de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2.

³⁰ Voir Brigitte LEFEBVRE, «Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage», dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit commercial*, (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.120.

concurrence intermarques (1.2) au moyen de la collusion entre quelques producteurs (1.2.1) et de la stratégie d'exclusion des concurrents (1.2.2) et sur la concurrence intramarque (1.3) avec comme conséquence l'augmentation du pouvoir de marché (1.3.1), ce qui nécessite d'apporter des précisions sur la notion d'atteinte à la concurrence (1.3.2).

1.1) Les principales pratiques suspectes au regard de la législation sur la concurrence

Selon la *Loi sur la concurrence*, toute atteinte à la liberté contractuelle est susceptible d'être sanctionnée comme comportement prohibé³¹. En théorie, les clauses d'exclusivité sont incluses dans certains contrats commerciaux pour que l'une et l'autre partie en retirent des avantages concrets. Elles y sont insérées par les cocontractants afin de mettre en place des structures de distribution qui peuvent être, cependant, considérées comme contraires aux principes d'économie de marché. Par exemple, un réseau de distribution exclusive est parfois utilisé afin de restreindre l'accès à un marché. Il est évident que l'exclusivité développe des pratiques qui, au premier abord, peuvent sembler suspectes au regard de la législation de la concurrence.

Tenant compte de l'éventualité des pratiques anticoncurrentielles, le système juridique canadien a mis en place un ensemble de règles dans le but d'empêcher ou de réduire les restrictions au commerce. Il convient, cependant, pour bien cerner ce que recouvrent ces comportements prohibés, d'examiner les pratiques anticoncurrentielles pour déterminer s'il s'agit de pratiques restrictives de concurrence, d'agissements anticoncurrentiels ou de manifestations de la position dominante³². Contrairement au Canada, il existe dans l'Union Européenne une nette distinction entre les pratiques

³¹ Article 45 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2.

³² Cette démarche a toute son importance car la législation sur la concurrence et la jurisprudence ne semblent pas établir de distinction entre ces notions ; il nous faut les délimiter pour pouvoir étudier les entraves à la concurrence dans le marché.

anticoncurrentielles et les pratiques restrictives³³. Il s'avère donc important, du point de vue théorique, d'examiner les concepts de pratiques restrictives (1.1.1) et de pratiques anticoncurrentielles (1.1.2) pour pouvoir dégager la position dominante (1.1.3) qui peut être stimulée par la distribution exclusive.

1.1.1) Pratiques restrictives de concurrence

L'entente de distribution exclusive est, en principe, un réseau fermé³⁴ dans lequel le distributeur est lié à son fournisseur par un contrat-cadre³⁵ qui précise les limites fixées par chacune des parties. Le respect des conditions imposées implique une restriction des droits bien qu'à priori le propriétaire d'une chose ait le pouvoir d'en disposer comme bon lui semble³⁶.

Le distributeur est, en d'autres termes, tributaire d'un arrangement commercial qui sous-entend une conduite d'éviction des éventuels concurrents³⁷. Dans ce cas, on peut se demander si l'on ne se trouve pas en face d'une pratique restrictive dans la distribution exclusive.

³³ Sur l'ensemble de la question, Michel PEDAMON, *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats de commerce*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p.717. On peut lire au No 447 : « les pratiques anticoncurrentielles portent atteinte aux mécanismes généraux de la concurrence, et les pratiques restrictives, associés aux pratiques déloyales de concurrence, aux intérêts privés des concurrents ».

³⁴ Xavier DE ROUX et Dominique VOILLEMOT, *Le droit de la concurrence de la C.C.E.*, Paris, Gide Loyrette Novel Éditeurs, 1982, p.71.

³⁵ Frédéric POLLAUD-DULIAN et Alain RONZANO, «Le contrat-cadre, par delà les paradoxes», *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1996, p.179.

³⁶ Article 947 C.c.Q. « la propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi ».

³⁷ Voir à ce sujet voir : CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante : articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence*, Hull, Industrie Canada, 2001, en ligne : «<http://stategis.ic.gc.ca>», (site consulté le 10 juin 2009), p.36.

1.1.1.1) Les contours des pratiques restrictives de concurrence

Les pratiques restrictives de commerce sont des pratiques commerciales qui sont de nature à fausser les mécanismes de la concurrence. Selon Michel Pédamon, elles sont contraires aux règles de « bonne conduite commerciale »³⁸ que les entreprises doivent respecter dans la vie des affaires et elles sont source de préjudice pour les autres opérateurs économiques. Aussi parle t-on de restriction de concurrence lorsque la liberté d'action d'un intervenant sur un marché est limitée et lorsque il y a atteinte au fonctionnement du marché³⁹. Au Canada, l'entente d'exclusivité est considérée par l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*⁴⁰ comme une pratique restrictive de commerce. Elle consiste en l'imposition par le producteur de certaines limitations à la liberté de commerce du distributeur. L'affaire *Bombardier*⁴¹ justifie l'approche du Tribunal de la concurrence fondée sur l'atteinte au fonctionnement du marché. Dans cette affaire, il a été jugé que Bombardier, en se livrant à la pratique d'exclusivité, ne lésait pas les autres fabricants de motoneiges concurrents. Cette décision rejoint la politique de la

³⁸ M. PEDAMON, *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats de commerce*, préc., note 33, no 521, p602.

³⁹ J. XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, préc., note 3, p217.

⁴⁰ Article 77(1) de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2, se lit comme suit :

Exclusivité

- c) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :
 - iii) Soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,
 - iv) Soit s'abstenir de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiés de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;
- d) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncées au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

⁴¹ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Bombardier Ltée* (1980), 53C.P.R. (2d) 47 (C.P.R.C.).

concurrence au Canada laquelle ne vise pas l'idéal d'une libre concurrence totale et parfaite, mais simplement un environnement stimulant, dans lequel les entreprises doivent évoluer en réponse au marché, et qui reflète la réalité commerciale canadienne⁴².

L'exclusivité constitue une pratique par laquelle un producteur cherche à obliger⁴³ ou à inciter⁴⁴ un distributeur à s'approvisionner uniquement ou essentiellement chez lui. L'affaire *Canada c. NutraSweet Co*⁴⁵ illustre bien l'application des alinéas (a) et (b) de l'article 77. Les contrats liant le fabricant d'aspartame NutraSweet à ses clients, des fabricants de boissons gazeuses diète pour la plupart, contenaient une clause d'exclusivité par laquelle ces derniers s'engageaient à combler tous leurs besoins en édulcorant auprès de la compagnie NutraSweet. Dans cette affaire, le Tribunal considéra les ententes d'exclusivité en vertu de l'article 77 et ordonna à l'intimée de mettre fin à l'exclusivité. Ce jugement du tribunal justifie que la distribution exclusive pratiquée sur un territoire est restrictive de concurrence, du fait qu'elle empêche le producteur de désigner d'autres distributeurs sur le même territoire. L'exclusivité restreint, non seulement, la marge de manœuvre des distributeurs exclusifs mais élimine aussi d'éventuels distributeurs du marché⁴⁶. En effet, chaque distributeur lié par une entente d'exclusivité est un distributeur de moins pour les producteurs concurrents. Ces considérations nous portent à croire que la distribution exclusive est restrictive de concurrence.

Il ressort que cette restriction de concurrence à partir de ces considérations est particulièrement délicate car, s'il y a une conception bien établie de ce qu'est la

⁴² R. Jack ROBERTS, *Anticombinés and Antitrust, The Competition Law of Canada and the Antitrust Law of the United States*, Toronto, Butterworths, 1980, p.37.

⁴³ Article 77(1) de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2, alinéa (a).

⁴⁴ Article 77(1) de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2, alinéa (b).

⁴⁵ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, préc., note 20.

⁴⁶ L'approche retenue par le Bureau de la Concurrence en évaluant ces pratiques dans le domaine de la distribution consiste à déterminer s'ils sont de nature à exclure d'autres concurrents. Voir à ce sujet: CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'interprétation sur l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*, préc., note 37, p.30.

concurrence qui suppose une pluralité d'offreurs susceptibles d'accéder aux marchés et une liberté de choix des demandeurs, il est beaucoup plus difficile de définir une restriction de concurrence. On pourrait même la comparer à la notion de faute en matière de responsabilité civile. On a beaucoup de difficultés à leur donner une définition générale. Ces difficultés sont toutefois plus complexes pour la restriction de concurrence en raison de la matière, qui est par nature économique. La définition d'une restriction de concurrence va principalement dépendre du jugement que portent les économistes sur le bien-fondé du comportement des agents économiques⁴⁷ et de l'objectif de la politique de concurrence⁴⁸.

Selon l'article 77 de la législation canadienne sur la concurrence, la distribution exclusive constitue une pratique restrictive de concurrence qui impose des limitations à la liberté du commerce. Il ne fait aucun doute que la notion de pratique restrictive rejoint à ce niveau celle de pratique anticoncurrentielle et que la cloison qui les sépare n'est pas étanche. Nous admettons donc avec Catherine Prieto que les pratiques anticoncurrentielles englobent aussi des pratiques restrictives⁴⁹.

⁴⁷Voir sur ce point I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.179, qui présente trois conceptions de la notion d'atteinte à la concurrence : restrictions de la liberté de la concurrence des opérateurs économiques, concentration du marché, diminution de l'efficacité économique en raison de l'exercice d'un pouvoir de marché.

⁴⁸ Article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2 : «La loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits».

⁴⁹Catherine PRIETO, «Influence du droit communautaire et originalité du droit français de la concurrence», (1998) no 1, *R.R.J.*, p.69.

1.1.2) Agissement anticoncurrentiel

1.1.2.1) *L'agissement anticoncurrentiel et le droit canadien de la concurrence*

Au Canada, la notion d'agissement anticoncurrentiel est la pierre angulaire des dispositions de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*. C'est en même temps l'une des notions plus difficiles à circonscrire selon la doctrine canadienne⁵⁰. Elle est d'une grande flexibilité. L'article 78 de la *Loi sur la concurrence* donne des exemples de pratiques commerciales qui constituent des agissements anticoncurrentiels⁵¹. Le Tribunal peut, néanmoins, se pencher sur des agissements anticoncurrentiels qui ne sont pas cités à cet article et il l'a d'ailleurs fait.

Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a dégagé un trait caractéristique de la notion d'agissement anticoncurrentiel à partir de la liste fournie par la législation : «Le but commun à tous ces agissements, sauf celui de l'alinéa 78(f), est l'effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas»⁵².

Le but du comportement contesté est donc un facteur clef. Ce but doit être de nuire à un concurrent⁵³ ou de l'exclure et la preuve de cette intention de nuire est un élément essentiel à la qualification d'agissement anticoncurrentiel. Dans l'affaire *NutraSweet*, par exemple, le Commissaire reprochait à cette société d'avoir rempli ses déclarations de revenus canadienne et américaine de manière à minimiser l'impôt payable

⁵⁰ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.299.

⁵¹ A l'alinéa 1(h) on peut lire « agissement anti concurrentiel s'entend le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché ».

⁵² *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, préc., note 20. Voir également les commentaires du ministre accompagnant la réforme de 1986 : CANADA, MINISTRE DE LA CONSOMMATION ET DES COPORATIONS, *Réforme de la législation sur la concurrence : Guide*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1985, p26.

⁵³ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada*, (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 aussi connue sous le non de Nielsen.

sur ses activités canadiennes, ce qui lui conférerait un avantage indû sur ses concurrents. De même, le Commissaire soutenait que cette entreprise remplissait incorrectement ses déclarations de douane afin de réduire ses coûts d'exploitation. Le tribunal a rejeté ces deux allégations parce que le Commissaire n'a pas fait la preuve de l'intention anticoncurrentielle sous-tendant ces gestes.

Le Tribunal a également fait ressortir que les agissements anticoncurrentiels sont ceux qui recherchent l'éviction, l'exclusion ou la mise au pas. La démarche que suit le Bureau de la concurrence du Canada pour évaluer les activités pouvant constituer des agissements anticoncurrentiels va dans le même sens que l'interprétation du Tribunal⁵⁴. Il met, de plus, l'accent sur la question de savoir si les activités en question appartiennent à l'une ou à plusieurs des catégories suivantes :

- 1) Agissements ayant pour effet d'augmenter les coûts des concurrents (ou d'abaisser les recettes des concurrents) ou de les empêcher d'avoir accès à des installations clés,
- 2) Conduite d'éviction ;
- 3) Agissement visant à faciliter le comportement concerté entre les entreprises (pratiques facilitantes)

Nous verrons plus loin ce que recouvrent ces notions dans la distribution exclusive⁵⁵. Il faut souligner maintenant qu'en présence d'éventuels agissements anticoncurrentiels, le Bureau de la concurrence doit se demander s'ils auront pour effet de diminuer sensiblement la concurrence⁵⁶. Dans l'affaire *Nutra Sweet*⁵⁷, le Commissaire a

⁵⁴ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'interprétation du Bureau de la Concurrence sur les agissements anticoncurrentiels*, Ottawa, Consommation et Affaires commerciales Canada, 2002, p.23.

⁵⁵ Ce développement fera l'objet de la deuxième partie de notre travail vu qu'il s'agit de coûts de transaction qui feront sans doute appel au raisonnement économique.

⁵⁶ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'interprétation du Bureau de la Concurrence sur les agissements anticoncurrentiels*, préc., note 54, p.11.

⁵⁷ Affaire *NutraSweet*, préc., note 20.

allégué que NutraSweet s'était livré à une pratique d'agissements anticoncurrentiels en utilisant son brevet américain relatif à l'aspartame pour exclure des entreprises rivales du Canada. Le tribunal a décidé que l'interprétation de «pratique» doit être assez large pour permettre d'y inclure toute une gamme d'agissements anticoncurrentiels. Par conséquent, il est d'avis qu'il peut y avoir pratique lorsqu'il y a plus qu'un agissement isolé ou une série d'agissements.

La doctrine canadienne en s'appuyant sur l'énumération de l'article 78 et la jurisprudence, nous a gratifiés, seulement d'une série d'exemples de pratiques commerciales susceptibles d'être qualifiées d'agissement anticoncurrentiel⁵⁸.

L'approche du Bureau de la concurrence pour évaluer les éventuels agissements anticoncurrentiels consiste à déterminer s'ils sont de nature à exclure d'autres concurrents sur le marché pertinent. Dans son «Bulletin d'interprétation» de novembre 2002 il a indiqué : « les agissements figurant à l'article 78 supposent tous un élément de finalité, d'objectif ou d'intention de miner la concurrence ».

Au regard de ce qui précède, une interrogation s'impose : l'intention de nuire à ses concurrents n'est-elle justement pas le propre du comportement concurrentiel⁵⁹ ? Il n'existe aucun doute que toutes les entreprises œuvrant au sein d'un marché prennent régulièrement des décisions ou passent des actes qui ont pour objet d'accroître leur présence et leur force au détriment de leurs rivales⁶⁰, d'ailleurs, il s'agit d'un processus sain qui est voulu et encouragé par le législateur. Mais, à travers cette considération, il est difficile de circonscrire l'agissement anticoncurrentiel, c'est-à-dire de tracer une ligne de démarcation entre l'acte concurrentiel sain et l'agissement anticoncurrentiel. C'est ce que

⁵⁸ Il s'agit a) des pratiques qui privent les concurrents de sources d'approvisionnement ou de débouchés pour leurs produits b) des pratiques visant directement la viabilité commerciale des concurrents. Pour une étude détaillée de ces pratiques voir : Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.301-313.

⁵⁹ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.294.

⁶⁰ Commentaires de Yves BÉRIAULT sur la stratégie concurrentielle des entreprises. Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.294.

nous allons tenter de faire par des exemples pratiques d'agissements anticoncurrentiels dans la distribution exclusive. L'essence même de la distribution exclusive, il faut le garder présent à l'esprit, est l'exclusion des éventuels concurrents.

1.1.2.2.) Manifestation de l'agissement anticoncurrentiel dans la distribution exclusive

Dans l'affaire *Nielsen*⁶¹, une société concurrente avait tenté de pénétrer le marché en cherchant à conclure, sans succès, des contrats d'approvisionnement exclusifs pour avoir accès à des produits indispensables à l'exploitation de son entreprise. La compagnie Nielsen a réagi à cette initiative en imitant le comportement de sa rivale. Elle a réussi à conclure des accords exclusifs avec tous les fabricants susceptibles de fournir le type de produits en cause, empêchant ainsi la société concurrente d'entrer sur le marché. Le Tribunal a qualifié ce comportement d'anticoncurrentiel⁶².

Un autre exemple tout aussi intéressant est l'affaire *Tele-Direct*⁶³. Tele-Direct contrôlait la plupart des marchés régionaux canadiens de publication d'annuaires de types «pages jaunes» ; elle n'avait de concurrents sérieux que dans deux marchés régionaux en Ontario. Dans le but de faire face à leur concurrence de manière efficace, Tele-Direct a adopté, pour ces seuls marchés, une série de mesures très agressives mais avantageuses pour ses clients comme le gel de hausse de tarifs pendant plusieurs années, l'offre de services additionnels gratuits et l'amélioration de la qualité et de l'apparence des annuaires.

Dans sa demande, le Commissaire alléguait que cette riposte de Tele-Direct devait être qualifiée d'anticoncurrentielle, notamment parce qu'elle était trop agressive. Il prétendait aussi que l'intimée avait limité l'adoption de ces mesures aux seuls marchés où elle subissait des pressions concurrentielles. Selon le Commissaire, c'était précisément la

⁶¹ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada*, préc., note 53.

⁶² *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada*, préc., note 53.

⁶³ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.*, (1997), 73 C.P.R. (3d) 1.

décision de Tele-Direct de cibler certains marchés, conjuguée à l'ampleur des mesures commerciales adoptées, qui fondait le caractère illicite du comportement contesté. Le Tribunal, a toutefois, rejeté les prétentions du Commissaire, au motif qu'en condamnant l'intensité de la riposte commerciale de l'intimée, il risquait de paralyser le comportement concurrentiel des entreprises.

Comme les mesures défensives adoptées par Nielsen ont été trouvées restrictives de concurrence, alors que celles de Tele-Direct ont été jugées concurrentielles par le Tribunal, nous devons déduire que ce qui distingue l'agissement anticoncurrentiel du comportement acceptable, c'est l'intention et le fait de permettre à la clientèle de tirer des bénéfices. Comme on trouve rarement la preuve directe de l'intention prépondérante, la jurisprudence permet de l'interférer à partir de la nature de l'agissement en cause et de ses effets. Alors que l'acte concurrentiel s'accompagne presque invariablement de bénéfices dont d'autres peuvent se prévaloir⁶⁴, l'agissement anticoncurrentiel, par contre, se borne à l'aspect prédateur car il ne profite généralement qu'à son auteur. C'est ainsi que dans l'affaire *Tele-Direct*, l'intimée avait décidé de faire concurrence à ses rivales au bénéfice de ses clients ; le comportement de Nielsen, au contraire, semble n'avoir profité qu'à elle. Les ententes d'exclusivité qu'elle avait conclues avaient simplement pour but de la protéger de la concurrence. Les deux entreprises Tele-Direct et Nielsen se trouvaient bien en situation dominante. Le comportement même agressif de la première a été jugé sain tandis que celui de Nielsen a été sanctionné comme agissement anticoncurrentiel. Il importe maintenant pour nous d'examiner la position dominante que peut favoriser la distribution exclusive en vue de mieux cerner ses effets réels sur la concurrence.

⁶⁴ Pour une bonne compréhension de la structure concurrentielle telle que considérée au Canada: voir C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise. Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.158-160.

1.1.3) La position dominante

La position dominante correspond au contrôle d'un marché. Il s'agit, selon la doctrine canadienne,⁶⁵ d'une condition nécessaire, mais non suffisante, pour donner ouverture au recours de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*. Il convient d'insister sur le fait que l'existence d'une position dominante n'est pas en soi ce que l'article 79 de la *Loi* cherche à réprimer. C'est plutôt l'abus qui est fait de cette position qui est condamnable lorsqu'elle a des effets anticoncurrentiels comme nous venons de le voir avec l'affaire *NutraSweet*. L'article vise donc essentiellement à contrer les tendances des acteurs commerciaux à monopoliser, en les empêchant d'utiliser des agissements anticoncurrentiels afin de renforcer leur position dominante. Or, cette pratique est très répandue dans la distribution exclusive; on n'a qu'à penser à la limitation de la concurrence intramarque qui favorise un monopole régional en faveur des distributeurs exclusifs.

L'examen concurrentiel s'opère ainsi en fonction de la situation du marché ou des buts poursuivis par l'entreprise et non en fonction de son comportement. Il ne s'agit pas de sanctionner un abus de comportement, c'est-à-dire une action préjudiciable à un agent économique, mais de sanctionner un abus de structure, autrement dit une action préjudiciable à la structure de la concurrence⁶⁶. Il faut, toutefois, noter que le Tribunal de la concurrence n'est pas tout à fait indifférent aux moyens utilisés par les acteurs commerciaux pour renforcer leur position dominante. Dans l'affaire *Tele-Direct*,⁶⁷ l'intimée se spécialise dans la publication et la vente d'espaces publicitaires dans des bottins téléphoniques. Le prix de vente de ces espaces variait notamment en fonction de leur superficie et de l'utilisation ou non de la couleur pour en augmenter la visibilité. Cette plus-value était généralement exigée par des clients qui dépendent fortement de ce type de publicité pour soutenir leurs efforts de marketing, telles les entreprises de location

⁶⁵ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.283.

⁶⁶ Sur cette distinction dans le droit de l'Union européenne, voir: Louis VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988, no 157, p.133-145.

⁶⁷ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.*, préc., note 63.

de voiture ou de livraison de pizzas. L'intimée facturait pour ces services une surcharge d'une valeur totalement disproportionnée par rapport aux coûts de production supplémentaires. En d'autres termes, plus le client demandait un produit élaboré, plus il payait cher par rapport à son coût de production réel. Selon le Tribunal, le fait par *Tele-Direct* d'être à même d'appliquer une telle politique de prix était révélateur de son pouvoir de marché.

Il reste que cette démonstration de la position dominante n'a pas été sans soulever quelques difficultés dans un marché de distribution exclusive. La raison c'est que, d'une part, la notion de position dominante n'est pas clairement définie par la *Loi sur la concurrence*. Elle correspond tout simplement au «contrôle d'un marché»⁶⁸. Selon l'article 79, le contrôle exercé par une entreprise doit être complet ou sensible pour que celle-ci jouisse d'une situation dominante. D'autre part, pour bien appréhender cette position dominante, on doit évaluer le comportement commercial et la performance économique de l'entreprise en cause. Ainsi, pour reprendre les propos de Michel Glais et Philippe Laurent, «la taille de ces firmes ou de ces groupes, la disproportion de la puissance de négociation entre les partenaires appartenant à ces groupes sont à l'origine de phénomènes de domination pouvant, dans certains cas, conduire à des abus»⁶⁹. L'exemple de l'affaire Microsoft est, à cet égard, très intéressant.

1.1.3.1) L'affaire Microsoft (décision américaine)

*L'affaire Microsoft*⁷⁰ est à juste titre considérée comme l'affaire du siècle⁷¹. Elle constitue, sans nul doute, l'une des affaires d'abus de position dominante les plus importantes depuis le démantèlement d'ATT en 1983. La société d'informatique,

⁶⁸ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.283.

⁶⁹ Michel GLAIS et Philippe LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983 p.288.

⁷⁰ *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

⁷¹ W.S. GRIMES, «The antitrust Law Schism. A Critique of Microsoft III and a Response to Hylton and Salinger», 70 *Antitrust L.J.*, 199, (2002); K.N. HYLTON & M. SALINGER, «Reply to Grimes. Illusory Distinctions and Schisms in Tying Law», 70 *Antitrust L.J.*, 231, (2002).

Microsoft, a développé le système d'exploitation pour des ordinateurs personnels et serveurs «Windows». Elle produit également des logiciels et autres applications complémentaires, compatibles avec le système Windows, dont les plus connus sont le paquet MS-Office composé des programmes de traitement de texte comme Word, et d'autres programmes ayant des fonctions diverses comme Excell, PowerPoint, Outlook et Access. Le Département de la justice américaine a intenté en juillet 1994 une action en justice à l'encontre de Microsoft pour avoir essayé de maintenir son monopole sur le marché des systèmes d'exploitation, par le biais d'une série d'accords anticoncurrentiels conclus avec des fabricants d'équipements dans le domaine du développement des logiciels. Peu après, les parties ont conclu un règlement à l'amiable qui a mis fin à la procédure contentieuse⁷². Selon ce règlement, Microsoft s'engageait à ne pas lier par contrat la vente de son système d'exploitation à celle d'autres programmes et logiciels qu'elle produit. Toutefois, elle restait libre d'intégrer dans son système d'exploitation Windows des fonctionnalités différentes et, en particulier, les programmes pour lesquels elle ne pouvait plus procéder à une vente liée contractuelle, ce qui établissait une nette distinction entre la vente liée contractuelle qui est interdite et la vente liée par le biais d'une intégration technologique autorisée⁷³.

Trois ans plus tard, le Département de Justice a intenté une action en justice contre Microsoft en l'accusant d'avoir violé certains termes de l'accord à l'amiable. Il alléguait que la société avait violé le règlement en intégrant son programme de navigation sur la toile Internet Explorer dans le système d'exploitation Windows et en imposant aux fabricants d'ordinateurs de distribuer Internet Explorer avec Windows 95. En première instance, le juge a interdit, par injonction préliminaire, l'intégration d'Internet Explorer à Windows. La Cour d'appel du district de Columbia⁷⁴ a annulé l'injonction du juge de première instance au motif que l'intégration du programme Internet Explorer version 3.0 et 4.0 à Windows 95 ne violait pas les dispositions du règlement à l'amiable. Selon la

⁷² *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, (D.C.Cir. 1995) (affaire dite Microsoft I).

⁷³ Au Canada la vente liée est organisée par l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2.

⁷⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, (D.C. Cir. 1998); affaire dite Microsoft II.

Cour d'appel, cette solution s'imposait mais elle a, toutefois, réservé la question de savoir si une telle intégration violait les articles 1 et 2 du *Sherman Act*⁷⁵.

En mai 1998, l'État fédéral et les procureurs de vingt États ainsi que celui du district de Columbia ont intenté une action en justice contre Microsoft pour avoir violé les articles 1 et 2 du *Sherman Act*. Les plaignants invoquaient différentes violations du *Sherman Act*, notamment la préservation illégale d'un monopole sur le marché des systèmes d'exploitation des ordinateurs personnels, en violation de l'article 2 du *Sherman Act*.

Pour Microsoft, il ne s'agissait que du jeu normal de la concurrence et elle invoquait les avantages techniques de l'intégration technologique de ces deux produits incluant Internet Explorer, qui était fourni gratuitement. Pour le Département de la justice, au contraire, l'intégration technologique avait seulement comme objectif de préserver le quasi-monopole que Microsoft détenait sur le marché des systèmes d'exploitation compatibles PC.

Le tribunal du district de Columbia a décidé que la société Microsoft s'était rendue coupable de la violation des articles 1 et 2 du *Sherman Act*, par la conclusion des ventes liées (article 1), le maintien illégal de son monopole et pour tentative de monopolisation⁷⁶

Le système d'exploitation, les applications et les autres logiciels qui sont utilisés par l'ordinateur sont intrinsèquement liés entre eux. Pour qu'un logiciel puisse fonctionner efficacement, il est dépendant du système d'exploitation pour l'accès à d'autres fichiers connexes⁷⁷. Il s'est donc créé un besoin de compatibilité qui peut conduire au monopole. Cela ne signifie pas automatiquement que le monopole réalisé est contraire aux règles du droit de la concurrence, car il peut être le résultat des capacités et de la bonne stratégie

⁷⁵ *Sherman Anti-Trust Act*, 15 U.S.C. § 647 (1890).

⁷⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. 2d 59, (D.C.Cir. 2000); affaire dite Microsoft III.

⁷⁷ Cela est réalisé par le fait que chaque logiciel peut utiliser les interfaces de programmation des applications du système d'exploitation particulier dits les API qui constituent le lien entre le système d'exploitation et le logiciel.

commerciale de l'entreprise⁷⁸. Il est nécessaire cependant de le condamner chaque fois qu'il est le résultat des pratiques d'exclusion⁷⁹ ou s'il est préservé par le comportement d'exclusion de l'entreprise qui étend son monopole sur un marché. Tel était le cas de Microsoft qui avait essayé de fermer l'accès de son concurrent Netscape au marché des programmes de navigation. En définitive, ce qui est reproché à Microsoft, ce n'est pas en réalité sa position dominante, mais le fait d'en avoir abusé pour maintenir artificiellement cette position et pour l'étendre à de nouveaux marchés en violation de l'article 2 du *Sherman Act*. L'affaire Microsoft ne s'arrête pas là ; après des années de contentieux aux États-Unis, la firme a fait également l'objet depuis décembre 1998 d'une procédure antitrust au niveau de l'Union européenne, suite à une plainte déposée par Sun Microsystems.

1.1.3.2) L'affaire Microsoft (décision de la Commission européenne)

L'affaire européenne Microsoft porte sur des faits similaires à ceux des États-Unis. En l'espèce, il s'agissait de sanctionner la pratique de Microsoft d'intégrer son système d'exploitation Windows au lecteur multimédia Windows Media player. Sun Microsystems a introduit auprès de la Commission européenne une action à l'encontre de Microsoft, en alléguant que celle-ci a enfreint l'article 82 CE⁸⁰, puisqu'elle se réserve l'information dont certains produits logiciels pour les réseaux informatiques, appelés systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, ont besoin pour interopérer pleinement avec les systèmes d'exploitation de Microsoft. La Commission a élargi le

⁷⁸ Par exemple, la stratégie de la distribution exclusive se caractérise par l'engagement du producteur d'assurer au distributeur l'exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire où à une clientèle donnée, et par l'engagement du distributeur de promouvoir les dits produits. Il s'agit d'un rapport commercial qui comprend deux groupes d'échanges de prestations entre les parties. Le premier porte sur le transfert de la propriété des marchandises par le producteur au distributeur contre paiement du prix de celle-ci. Le second groupe d'échange porte sur l'exclusivité accordée par le producteur en contrepartie de la promotion des ventes par le distributeur. C'est cette exclusivité quand elle est territoriale qui peut favoriser le monopole régional.

⁷⁹ La distribution exclusive peut porter atteinte à la concurrence intermarques lorsqu'elle conduit à l'exclusion des autres producteurs du marché par la mise en place des barrières à l'entrée.

⁸⁰ *Traité instituant la Communauté européenne*, JOCE C 224, (entré en vigueur le 31 Août 1992).

champ de ses investigations aux pratiques de ventes liées entre Windows et le lecteur Media Player.

En mars 2004, la Commission a conclu que Microsoft avait enfreint l'article 82 en abusant de son quasi-monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC et a infligé à Microsoft une amende de 497 millions d'euros; des mesures correctives lui ont aussi été imposées⁸¹. L'affaire aurait pu en rester là si Microsoft avait appliqué les mesures demandées par la Commission dans les délais impartis⁸². La Commission a, toutefois, estimé que Microsoft n'avait pas mis en application de manière complète la première mesure corrective qui consiste à fournir aux concurrents des informations complètes et précises sur l'interopérabilité.

La Commission a considéré qu'en refusant de divulguer ces informations, alors qu'elle l'avait fait précédemment, Microsoft a créé un risque d'élimination de la concurrence sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail⁸³. Elle a ainsi mis ses concurrents dans une situation concurrentielle très désavantageuse. Selon la Commission, il n'est pas nécessaire que ce refus de fourniture conduise à une élimination de la concurrence actuelle ou immédiate, il suffit d'avoir un risque d'élimination de la concurrence. Les effets de réseau qui existent sur le marché font que l'élimination de la concurrence risque d'être irréversible. Cela peut avoir des incidences négatives sur le développement technique et affecter la possibilité pour les concurrents de Microsoft d'offrir sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, ce qui a pour effet de limiter le choix disponible sur le marché.

En ce sens, la Commission arrive à la conclusion qu'en liant Windows Media Player à Windows, Microsoft crée aussi un «network effects» c'est-à-dire «une boucle de

⁸¹ Commission, 24 mars 2004, *Microsoft*, JOUE C 179/18, T- 201/04.

⁸² Le 27 février 2008 la Commission a infligé à Microsoft une astreinte de 899 millions d'euros pour non-respect de la décision de mars 2004.

⁸³ *Commission des communautés européennes v. Microsoft*, préc., note 81, point 880.

rétroaction punitive»⁸⁴ car la diffusion large d'un lecteur multimédia, grâce à son intégration au système d'exploitation, est un facteur important pour convaincre les fournisseurs de contenu ou d'autres logiciels de créer des contenus multimédias ou autres applications pour le système Windows, ce qui renforce le pouvoir de marché de Microsoft. «Si Microsoft ne cesse pas totalement de lier la vente des lecteurs Windows Media Player au système d'exploitation Windows, elle pourra continuer à exploiter les effets de réseau correspondants à son seul avantage»⁸⁵.

L'approche suivie par la Commission européenne dans sa décision semble assez proche de celle adoptée par les autorités américaines. Cette approche est étroitement liée à l'examen des incitatifs qu'avait Microsoft d'adopter un comportement anticoncurrentiel. Dans l'affaire américaine, l'incitatif de Microsoft était directement établie par le fait que cette dernière avait pour objectif de protéger son monopole sur le marché des systèmes d'exploitation. Dans l'affaire européenne, l'incitatif principal de Microsoft était l'extension de son monopole sur d'autres marchés adjacents. L'existence des «network effects» ainsi que la diminution du choix des consommateurs semblent établir *prima facie* l'existence du préjudice causé aux consommateurs par les pratiques de Microsoft.

La juridiction américaine et celle de l'Union européenne condamnent l'atteinte à la concurrence. Le droit canadien de la concurrence recèle moins de jurisprudence en la matière ; néanmoins, à l'instar de ces deux modèles étrangers, il prohibe les abus de domination dans les mêmes conditions, c'est-à-dire lorsque le but poursuivi par l'entreprise dominante en adoptant le comportement contesté est d'exclure un concurrent ou de lui nuire⁸⁶. Il s'agit de mesures défensives adoptées par des entreprises dominantes en réaction à l'arrivée de nouveaux concurrents.

⁸⁴ *Commission des communautés européennes v. Microsoft*, préc., note 81, points 882-885.

⁸⁵ *Commission des communautés européennes v. Microsoft*, préc., note 81, point 897.

⁸⁶ Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada, préc., connue également sous le nom de « l'affaire Nielsen », préc., note 53 ; Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc., préc., note 63.

1.2) La réduction de la concurrence intermarque dans la distribution exclusive

La distribution exclusive pratiquée sur un marché peut y réduire la concurrence intermarque en aval ou en amont c'est-à-dire au niveau des distributeurs et à celui des producteurs respectivement. Cette réduction se produit de deux manières: soit en provoquant ou en augmentant le risque de collusion entre les différents acteurs économiques présents sur le marché, soit en favorisant l'exclusion des concurrents avec comme objectif l'augmentation des prix sur le marché.

1.2.1) La collusion dans la distribution exclusive

La collusion permet l'exercice d'un pouvoir de marché qui se traduit par un prix élevé des produits⁸⁷. Son effet anticoncurrentiel stimulé par la distribution exclusive conduit directement à une augmentation des prix en cours sur le marché⁸⁸ et au contrôle d'une autre dimension du marché par celui qui exerce le pouvoir de marché.

En l'absence de la pression concurrentielle des distributeurs, membres d'un autre réseau de distribution exclusive, la concurrence intermarque en aval est limitée. En sachant que l'augmentation de leurs prix n'aura pas pour effet une diminution équivalente de la demande de leurs produits, les producteurs concurrents qui sont dans la collusion ont tendance à augmenter leurs prix sans craindre une baisse de leurs profits. La désignation des distributeurs exclusifs qui entraîne la limitation de la concurrence intramarque, peut être considérée comme un engagement du fabricant à développer des relations moins conflictuelles avec ses concurrents, ce qui a comme conséquence la réduction de la concurrence intermarque entre producteurs c'est-à-dire la concurrence intermarque en amont. La distribution exclusive peut également limiter la concurrence intermarque en facilitant l'exclusion des concurrents du marché.

⁸⁷ J. XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, préc., note 3, p. 172.

⁸⁸ Sur le maintien des prix dans le droit canadien voir l'article 61 de la Loi sur la concurrence et pour les pratiques relatives aux prix voir: C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise. Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.322-353.

1.2.2) La distribution exclusive et la stratégie d'exclusion des concurrents

La distribution exclusive peut également produire une atteinte à la concurrence intermarque en conduisant à l'exclusion des autres producteurs du marché par la mise en place des barrières à l'entrée. La notion de barrière à l'entrée se définit comme tout obstacle qui contribue à freiner l'implantation réussie d'une entreprise sur un marché⁸⁹. En liant par des contrats de distribution exclusive un grand nombre de distributeurs déjà établis sur le marché, les producteurs concurrents actuels ou potentiels ne peuvent pas mettre en place un réseau de distribution efficace leur permettant de vendre leur produit⁹⁰. Ils sont obligés de créer leur propre réseau de distribution. Cette situation se traduit par la possibilité pour le producteur principal d'exercer un pouvoir de marché. Cette possibilité de réduction de la concurrence par la distribution exclusive ne se borne pas seulement à la concurrence intermarque, elle s'étend aussi à la concurrence intramarque.

1.3) La limitation de la concurrence intramarque

L'un des principaux effets de la distribution exclusive est la réduction de la concurrence entre les distributeurs de la même marque, appelée concurrence intramarque. Le producteur accorde à son distributeur l'exclusivité de la commercialisation de ses produits sur un certain espace géographique ou sur un segment de clientèle. Le producteur s'engage donc à ne pas signer de contrat avec un autre distributeur à l'intérieur d'un même territoire. Cette pratique est courante dans l'industrie automobile⁹¹: un constructeur de véhicules accorde une concession à un distributeur en lui garantissant un territoire de vente, à l'intérieur duquel il n'y aura pas de concurrents intramarque car l'octroi de l'exclusivité contraint aussi les distributeurs des produits d'une même marque

⁸⁹ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p. 347.

⁹⁰ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.251.

⁹¹ Au Canada la concession est aussi qualifiée d'exclusivité de revente: C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise. Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.457.

à respecter leur marché⁹². Cette limitation réduit ainsi la concurrence que les distributeurs pourraient se faire entre eux.

La concurrence intramarque est un élément vital de la concurrence du marché. En son absence, le producteur peut, comme on l'a vu dans nos précédentes considérations relatives aux stratégies d'exclusion des concurrents, exercer un pouvoir de marché. Plus le marché auquel participe le producteur en cause est restreint et plus le nombre de producteurs concurrents présents ou potentiels est limité, plus il y a risque pour ce producteur d'être en mesure d'exercer un pouvoir de marché, comme conséquence de la limitation de la concurrence intramarque.

1.3.1) Le pouvoir de marché dans le réseau de la distribution exclusive

Le pouvoir de marché est un concept important dans l'analyse de l'existence d'une atteinte à la concurrence favorisée par la distribution exclusive. Ce concept réfère au pouvoir économique des acteurs commerciaux d'influencer le processus concurrentiel⁹³. Cette approche place le pouvoir de marché dans son contexte et, en tant que concept pluridimensionnel, il renvoie à l'idée des stratégies qui produisent leurs effets sur la fiction juridico-économique du marché⁹⁴.

Le pouvoir de marché se définit comme la capacité d'une ou plusieurs entreprises d'élever un prix au-dessus du niveau concurrentiel⁹⁵. Il peut se traduire par une variation de l'augmentation du prix par rapport au prix d'équilibre. Dans cette optique, le concept

⁹² Didier FERRIER, *Droit de la distribution*, 5^e éd, Paris, Litec, 2008, p.286.

⁹³ Dusan POPOVIC, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, Paris, L.G.D.J., p.151-152; Emmanuel COMBE, *Cartels et Ententes*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p.76-77.; D. FERRIER, *Droit de la distribution*, préc., note 92, p.249-250 no 553.

⁹⁴ Marthe TORRE-SHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, L.G.D.J., 2002, p.409.

⁹⁵ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.285.

de pouvoir de marché se rapproche de celui de pouvoir de monopole qui sous-entend un important degré de pouvoir de marché⁹⁶.

Nous avons montré précédemment que la limitation de la concurrence intramarque favorisée par la distribution exclusive peut développer un monopole territorial au profit du distributeur exclusif. Il s'agit donc d'un exercice qui tend à réduire la production des entreprises rivales et place du même coup son titulaire en situation de contrôle du marché.

Il a été décidé dans l'affaire *NutraSweet* qu'une entreprise est en situation de contrôle lorsqu'elle est en mesure d'exercer un pouvoir de marché⁹⁷, c'est-à-dire de réaliser des profits supérieurs à la moyenne, en réduisant l'offre et en pratiquant des prix supra compétitifs, sans que cette augmentation n'entraîne pour autant une perte de clientèle⁹⁸. En d'autres termes, l'entreprise doit être capable d'adopter un comportement largement indépendant des contraintes concurrentielles du marché dans lequel elle évolue. C'est justement le comportement de l'entreprise qui va permettre de déterminer l'existence d'une atteinte à la concurrence ou non.

1.3.2) La distribution exclusive et la notion d'atteinte à la concurrence.

Le maintien ou le renforcement d'une puissance économique dans un marché peut être qualifié d'atteinte à la concurrence dans la distribution exclusive. Cette approche est liée aux enseignements structuralistes de l'École de Harvard qui s'est développée dans les années 1950 aux États-Unis. Selon cette École, constitue une atteinte à la concurrence toute pratique qui a pour effet d'altérer la structure du marché et, en particulier, de maintenir ou de renforcer la concentration économique⁹⁹. Un marché est concentré si un

⁹⁶ Pour ce qui à trait au pouvoir de marché dans le droit de l'Union européenne voir: I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.330-380.

⁹⁷ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, préc., note 20.

⁹⁸ Le même raisonnement a été suivi dans l'affaire: *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, (1992), 40 C.P.R. (3d) 289.

⁹⁹ Le premier corpus important en économie industrielle a pris forme dans les années trente. Il s'agit de l'École de Harvard ou École structuraliste ou encore École de la concurrence praticable, localisée dans

petit nombre d'entreprises y réalise une grosse partie des ventes totales¹⁰⁰. Or, nous avons vu plus haut que l'octroi d'un territoire exclusif à un distributeur favorise l'apparition en sa faveur d'un monopole régional qui le met à l'abri de la concurrence intramarque. Ce qui revient à dire que la distribution exclusive peut provoquer, d'après cette conception, un marché concentré. Plus un marché est concentré, plus grand est le danger pour les pratiques commerciales qui y ont lieu d'être anticoncurrentielles.

Il faut, néanmoins, souligner que les règles de concurrence cherchent avant tout à sanctionner des comportements. *La Loi sur la concurrence* est, à cet égard, sans aucune ambiguïté. Pour la jurisprudence, toute entreprise qui domine un marché, au sens de l'article 79 de la *Loi*, est automatiquement qualifiée de fournisseur important¹⁰¹. Il a été décidé dans l'affaire *Bombardier*¹⁰² que pour qu'un fournisseur d'un produit soit considéré comme important, il faut qu'il soit prouvé que ses gestes ont affecté ses concurrents en nuisant à la distribution ou à la production de biens à un prix compétitif. Tous ces points se retrouvent dans la distribution exclusive. Comme nous venons de le souligner, la distribution exclusive produit de façon naturelle un effet d'exclusion qui devient de plus en plus fort à mesure que le distributeur exclusif devient important.

L'insuffisance de concurrence est manifeste dans la distribution exclusive. Il faut rappeler que l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*¹⁰³ sanctionne ces pratiques

cette université, et orchestrée d'abord par Edward Hasting Chamberlin, professeur dans cette université et auteur de : «*la théorie de la concurrence monopolistique. Une nouvelle orientation de la théorie de la valeur*, Paris, Presses Universitaires de France, 1953, p338», puis par Edward Mason, dans les années quarante et Joe Bain, dans les années cinquante. Ils sont les initiateurs d'une économie industrielle indépendante, de nature plutôt empirique.

¹⁰⁰ Dennis W. CARLTON, & Jeffrey M. PERLOFF, *Économie industrielle*, Traduction de la 2^e édition américaine par Fabrice MAZEROLLE, Paris, De Boeck Université, 1998, p.1014.

¹⁰¹ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.*, préc., note 63.

¹⁰² *Canada (Director of Investigation and Research) v. Bombardier Ltée*, préc., note 41.

¹⁰³ Article 77 alinéa (2) «Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du Commissaire, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

unilatérales mises en place par les acteurs commerciaux. La sanction des comportements n'a, cependant, d'autre objectif que d'assurer le contrôle de la structure du marché. Le comportement de l'entreprise est le déclencheur du contrôle effectué par le Tribunal de la concurrence. Selon la jurisprudence canadienne, le fournisseur important désigne toute entreprise «dont les agissements ont un impact appréciable ou considérable sur le marché dans lequel elle vend»¹⁰⁴. Le Tribunal tient compte du caractère substantiel de la restriction de la concurrence pour apprécier l'atteinte à la concurrence. Toutefois, le critère d'appréciation n'est pas lié à la structure du marché mais à la nature du comportement en cause. Cette conception rejoint la doctrine européenne qui affirme «dans la logique de l'abus de structure, tout comportement de l'entreprise dominante, quel que soit semble-t-il le marché sur lequel ses effets se manifestent, est susceptible de constituer un abus dès lors qu'il tend au maintien ou au renforcement de cette position. Dans ces conditions, l'exigence d'un comportement abusif perd sa signification puisque toute action contribuant au développement de l'entreprise sera susceptible de le constituer. Pour éviter la prohibition, il faudrait que l'entreprise dominante demeure inactive ou adopte des comportements irrationnels»¹⁰⁵.

-
- a) Soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur un marché ;
 - b) Soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché ;
 - c) Soit un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liés, et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence».

¹⁰⁴ «Whose actions are taken to have an appreciable or significant impact on the market where it sells», *Canada (Director of Investigation and Research) v. Bombardier Ltée*, préc., note 41. Cette définition a été reprise par le Tribunal dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, préc., note 20.

¹⁰⁵ Louis VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988, p. 143.

Ces comportements peuvent constituer, dans certaines circonstances précises énoncées à l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*, une pratique révisable. Lorsqu'une entente constitue une pratique révisable, « le tribunal peut, à la demande du Commissaire, rendre une ordonnance visant à faire cesser la pratique en question et prescrire toute autre mesure qu'il juge nécessaire pour rétablir ou favoriser la concurrence »¹⁰⁶. Nous avons l'exemple de l'affaire *Polaroid*¹⁰⁷ où le tribunal a jugé que la prétention de Continental Wide fondée sur le paragraphe 75(1) de la loi constituait une pratique révisable.

Dans cette affaire, Continental Wide (CW) achetait de Polaroid Canada Inc. (Polaroid) des produits en vue d'en faire l'exportation, la vente et la distribution. À un certain moment, Polaroid avait pris la décision de procéder à l'implantation de politiques visant à contrôler et à prévenir le transbordement, puisque le grand volume d'exportations provoquait des ruptures de stocks et des livraisons différées. Polaroid a donc décidé d'établir une politique de prix qui ferait en sorte que les produits achetés au prix régulier ne pourraient pas être exportés. La politique prévoyait aussi que Polaroid pourrait imposer une surcharge égale à la différence entre le prix intérieur et le prix d'exportation si elle venait à apprendre qu'un acheteur exportait le produit. Cette politique s'appliquait à tous les concessionnaires autorisés. Il appert que les prix des produits destinés à l'exportation étaient beaucoup trop élevés pour quiconque désirait s'adonner à l'achat de produits dans le but d'en faire l'exportation.

CW a continué d'acheter des produits pour en faire l'exportation sans payer le prix spécifié pour l'exportation. Polaroid a annulé le contrat qui la liait à CW et a intenté une action en vue de recouvrer la différence entre le prix intérieur payé par CW pour ses achats et le prix d'exportation. Dans sa demande reconventionnelle, CW invoquait des violations à la *Loi* commises par Polaroid. Selon le tribunal, même si CW réussissait à prouver une violation de l'article 75, elle pourrait seulement obtenir une ordonnance

¹⁰⁶ Lavery DE BILLY, *Manuel de droit de la concurrence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, feuilles mobiles, à jour au 3 juin 2009, NG/146.1.

¹⁰⁷ *Polaroid Canada Inc v. Continent-Wide Enterprises Ltd.*, 1994, 18 B.L.R. (2d) 294, 59 C.P.R. (3d) 257 (Div.gén.Ont.).

obligeant Polaroid à lui fournir des produits aux conditions usuelles du contrat, ce qui impliquerait encore une fois l'application des prix à l'exportation. Le tribunal a donc rejeté la demande reconventionnelle de CW et l'a condamnée à payer à Polaroid la différence entre le prix intérieur payé pour ses achats et le prix d'exportation.

Conclusion

La distribution exclusive est perçue comme une structure d'organisation du marché anticoncurrentiel. Dans les faits, elle conduit à restreindre la concurrence puisque non seulement la concurrence intermarque est réduite mais la concurrence intramarque est également limitée. Or, celle-ci peut jouer un rôle important lorsque la concurrence intermarque est affaiblie car l'entreprise en cause dispose, dans ce cas, d'un pouvoir de marché. Nous avons vu que le distributeur exclusif peut développer un monopole régional de vente par l'octroi du territoire qui lui est accordé. Il ne subit aucune pression concurrentielle provenant des autres distributeurs de son réseau et le consommateur n'a d'autre possibilité que celle de ne pas acheter ou de magasiner sur un autre territoire adjacent. Il est clair dans ce cas que l'exclusivité porte atteinte à la concurrence eu égard aux prescrits de la *Loi sur la concurrence*.

Il semble que le Tribunal de la concurrence est plus susceptible de conclure qu'un agissement est anticoncurrentiel s'il n'est justifié que par une intention de restreindre ou d'exclure la concurrence. Si cette exigence d'un effet ou d'un comportement anticoncurrentiel est, à notre avis, légitimement requise pour déclencher l'application du droit de la concurrence, il reste qu'elle pose de grandes difficultés de preuve. Il suffit, à ce sujet, de rappeler les affaires *Nielsen*¹⁰⁸ et *Tele-Direct*¹⁰⁹. C'est pourquoi la doctrine s'est interrogée pour savoir si l'intention de nuire aux concurrents n'est justement pas le

¹⁰⁸ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada*, préc., note 53.

¹⁰⁹ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.*, préc., note 63.

propre du comportement concurrentiel¹¹⁰? Une telle interrogation est plausible puisqu'elle conduit à respecter le principe de base, l'essence même du droit de la concurrence¹¹¹.

A notre sens, le nœud de la difficulté réside bien dans la possibilité de circonscrire correctement l'agissement anticoncurrentiel, il convient de tracer une ligne entre l'acte concurrentiel sain et l'agissement anticoncurrentiel abusif. Une telle démarcation s'impose de toute évidence, puisque les pratiques d'agissement anticoncurrentiel dans cette forme de distribution commerciale se composent toutes d'un élément factuel, c'est-à-dire l'agissement lui-même, que nous avons considéré dans l'affaire *Microsoft*, et d'un élément intentionnel, soit la volonté de faire obstacle à l'entrée dans le marché. Il nous faut souligner, de plus, que le monopole de vente favorisé par le territoire exclusif peut donner lieu à une position dominante susceptible de verrouiller l'accès au marché. Or, un marché dont l'accès est fermé représente un marché non concurrentiel.

Si l'on se base strictement sur ces aspects négatifs que nous venons de décrire, on peut être tenté de conclure, au regard de la *Loi sur la concurrence*, que la distribution exclusive est tout bonnement une stratégie commerciale aux pratiques nettement anticoncurrentielles. Cependant, cette stratégie commerciale complexe qu'est la distribution exclusive présente un double visage, c'est ainsi qu'elle comporte outre les aspects négatifs, des aspects pro concurrentiels.

Chapitre 2 : Les aspects pro concurrentiels du contrat de distribution exclusive

La distribution exclusive, comme toute stratégie commerciale, est adoptée par des acteurs commerciaux en vue d'être plus compétitif sur le marché. Pour cette raison, ses aspects anticoncurrentiels ne doivent pas occulter ses aspects pro concurrentiels. Ceux-ci sont, en général, identifiés selon que la concurrence entre les entreprises se fait à

¹¹⁰ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.294.

¹¹¹ Article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2.

l'intérieur ou à l'extérieur du réseau de distribution exclusive. Nous allons montrer dans ce chapitre comment se manifeste dans la distribution exclusive cette dimension qui présente des aspects proconcurrentiels.

Ce chapitre comprend quatre sections. Nous procéderons dans la première à l'étude de la concurrence du point de vue conceptuel (2.1), au regard de l'économie (2.1.2), au regard de la gestion (2.1.3), au regard du droit (2.1.4), et, enfin, par rapport à la rivalité (2.1.5). La seconde section sera consacrée à l'analyse d'un nouveau type de rapports entre les acteurs commerciaux : horizontaux entre les distributeurs, d'une part (2.2.1), entre les producteurs d'autre part (2.2.3) et verticaux entre producteurs et distributeurs (2.2.4). Nous dégagerons à la troisième section la manifestation de la concurrence dans la distribution exclusive en présentant des cas pratiques (2.3.1) et en soulignant le rôle de l'importation parallèle comme facteur de concurrence (2.3.2). La dernière section sera réservée aux critères d'appréciation de la concurrence dans la distribution exclusive en droit européen (2.4.1), en droit américain (2.4.2) et en droit canadien (2.4.3).

2.1) La concurrence

2.1.1) Définition

La concurrence est définie comme « le processus continu dans lequel des entrepreneurs, par une gamme infinie de stratégies, dont les prix, les services, les innovations en matière de production, de gestion et de mise en marché, cherchent et tentent de mettre à leur profit des combinaisons de clients et de produits qui leur donnent un avantage sur ceux que les clients perçoivent comme leurs concurrents. Le processus de concurrence fait ressortir des possibilités jusque-là ignorées. L'introduction d'innovations et leur acceptation par les consommateurs permettent de découvrir ce que ces derniers recherchent et ce que les fournisseurs peuvent offrir au prix que les consommateurs sont

capables de payer. Il ne s'agit pas là de simples déclarations d'intentions, mais bien de possibilités réalisées »¹¹².

La concurrence implique, entre autres, des actions qui sont mises en œuvre afin de permettre la réalisation des choix d'une entreprise tout en restreignant le champ de manœuvre des entreprises rivales. La concurrence est donc fondamentalement perçue comme un comportement. Elle traduit le processus de rivalité et de compétition qui a lieu entre les firmes lorsqu'elles se disputent un marché existant ou potentiel¹¹³. Il faut rappeler que si les entreprises commerciales ont pour mobile la maximisation du profit, celle-ci passe par la lutte pour obtenir la meilleure part du marché.

Dans le monde des affaires, les firmes utilisent différentes stratégies afin de conquérir ou de conserver un avantage concurrentiel selon leur inventivité. C'est l'inventivité des entreprises qui crée la concurrence mais l'économie, le droit et la gestion développent des outils qui par leurs spécificités contribuent de manière complémentaire à dégager les conditions de la définition d'une concurrence à la fois dynamique et concrète. C'est au regard de cette conception dynamique de la concurrence que Ioannis Lianos soutient que « l'économie moderne n'est pas uniquement fondée sur un processus de rivalité mais également sur la nécessaire coopération entre les entreprises¹¹⁴ ». Comment doit-on comprendre cette vision de la rivalité ? Pour dégager des éléments de réponse à cette question nous tenterons de présenter les développements sur la concurrence proposés par l'économie, la gestion et le droit.

2.1.2) La concurrence au regard de l'économie

La littérature économique relative à la concurrence, telle que présentée de nos jours, ne s'est pas développée sur la base d'une conception uniquement dynamique de la

¹¹² E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse Économique du Droit*, préc., note 23, p.105-106.

¹¹³ Pour bien comprendre la notion de rivalité voir: Reuven BRENNER, *Rivalry in Business, Science, Among Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 46-76.

¹¹⁴ I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.183.

concurrence. Dès la fin des années 30 du 20^e siècle, Schumpeter¹¹⁵ et Hayek¹¹⁶ ont souligné l'importance de concevoir la concurrence comme un processus. La conception de la concurrence a donc évolué en économie : d'abord envisagée à travers la comparaison de structures de marché différentes, cette vision de la concurrence a ensuite incité les autorités de la concurrence, sous l'influence des thèses de l'école de Chicago¹¹⁷, à considérer la menace que font peser les marchés de petit nombre sur la concurrence. Pour les tenants de cette école, les forces du marché empêchent à terme l'existence de firmes dominantes ou de monopoles¹¹⁸.

L'idée de base de la concurrence, selon les principes économiques, est que l'on ne peut plus se contenter d'une distinction de principe entre concurrence statique et concurrence dynamique¹¹⁹. La concurrence plonge ses racines dans une conception plus large que celle d'une rivalité¹²⁰. Le concept a pris une signification différente avec les théories économiques de l'École de Chicago¹²¹. C'est cette vision économique qui fut transposée dans le droit de la concurrence moderne. Compte tenu de la grande connexité existant entre l'économie et la gestion, voyons maintenant comment la concurrence est considérée au regard de la gestion.

¹¹⁵ Odile LAKOMSKI-LAGUERRE, *Les institutions monétaires du capitalisme. La pensée économique de J.A. Schumpeter*, Paris, L'Harmattan, 2004, p.9-14.

¹¹⁶ Campagnolo, GILLES, *Carl Menger, entre Aristote et Hayek. Aux sources de l'économie moderne*, Paris, CNRS Éditions, 2008, p.53-91.

¹¹⁷ Les critiques de l'école de Chicago ont porté sur l'inadéquation des méthodes essentiellement statiques utilisées par l'approche structuraliste pour appréhender des phénomènes concurrentiels intrinsèquement dynamiques. Voir note 121.

¹¹⁸ Guy CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, p 113-115.

¹¹⁹ Voir à ce sujet : E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, préc., note 23, no 369, p. 104.

¹²⁰ R. BRENNER, *Rivalry in Business, Science, Among Nations*, préc., note 113, p 64-76.

¹²¹ Les théories économiques de l'École de Chicago préconisent que les pratiques dites restrictives de commerce ont des effets favorables sur la concurrence. Elles seront considérées dans la deuxième partie de notre travail.

2.1.3) La concurrence au regard de la gestion

Le dynamisme de la concurrence est également observable dans le domaine de la gestion. Les approches marketing des années 1960 popularisées par la Harvard Business School reposent sur l'étude de la perception des produits d'une entreprise par différents segments de clientèle. Le rôle de la concurrence, toutefois, restait secondaire dans ces analyses. Car une fois que les besoins de la clientèle sont clairement identifiés, il n'est pas nécessaire de connaître les points forts des concurrents. La limite de cette démarche c'est que les besoins de la clientèle ne sont pas relatifs aux compétences et capacités des producteurs concurrents¹²². C'est l'étude de cette idée qui a permis de cerner le rôle des aspects sectoriels dans le processus concurrentiel¹²³. A travers les notions de groupe stratégique, une cohérence est désormais recherchée entre les différents types de stratégies, l'environnement sectoriel et le système concurrentiel. Cette cohérence facilite la compréhension des mécanismes stratégiques¹²⁴ et en particulier la manière dont les firmes vont devoir gérer et créer les conditions techniques, sectorielles ou organisationnelles qui favorisent le développement de leurs stratégies. Elle permet également de donner un contenu à la notion de compétition entre entreprises.

En gestion, l'un des problèmes importants est d'élaborer des grilles de décisions pour arriver au meilleur choix face à la complexité¹²⁵. L'enjeu est en effet de représenter,

¹²² G. CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., note 118, p 111.

¹²³ Sur les stratégies concurrentielles des entreprises voir : Michel GLAIS, *Économie industrielle: Les stratégies concurrentielles des firmes*, préc., note 24, p.331-394.

¹²⁴ L'exclusivité permet, par exemple, de «définir une stratégie commerciale globale (...) de maintenir un contact étroit et permanent avec les différents points de vente sur le marché, d'assurer à tous les clients situés en bout de chaîne un service homogène». M. PEDAMON, *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats de commerce*, préc., note 33, no 650, p.730.

¹²⁵ Pour une bonne compréhension de la gestion voir:

Gary DESSLER, *La gestion des organisations, Principes et tendances au XXIe siècle*, 2èd, Saint-Laurent, Éditions du Renouveau Pédagogique Inc, 2009, p.130-630.

Valérie BOUSSARD, *Sociologie de la gestion, Les faiseurs de performance*, Paris, Éditions Belin, 2008, p. 141-263.

de visualiser et de décrire une situation dans laquelle plusieurs intervenants peuvent jouer simultanément sur plusieurs variables, afin de prévoir le comportement le mieux adapté à cette complexité. En d'autres termes, la gestion permet de choisir de façon rationnelle et avantageuse entre plusieurs options possibles. Dans ce contexte, l'élaboration d'une conception dynamique de la concurrence permet de saisir un certain nombre de caractéristiques fondamentales à la prise de décision.

En amont de ces préoccupations, deux cadres d'analyse opposés permettent de comprendre l'évolution des entreprises : celui du déterminisme environnemental qui suppose une certaine passivité des entreprises dans les processus concurrentiels et celui de l'intentionnalité stratégique qui, au contraire, décrit les entreprises comme disposant d'une marge d'action sur leur évolution. L'affrontement, la coexistence ou la convergence de ces deux courants favorisent des développements nouveaux et enrichis non seulement pour l'analyse de la concurrence¹²⁶ mais aussi pour le droit.

2.1.4) La concurrence au regard du droit

Le droit de la concurrence et la jurisprudence qui lui est associée ont connu un certain nombre d'aménagements. Il en est ainsi aux États-Unis avec la législation antitrust¹²⁷. Au début, toute action menée par des entreprises de grande taille était perçue comme ne pouvant déboucher que sur un renforcement de la position de marché de ces entreprises et devait, par conséquent, être interdite. Les autorités concurrentielles américaines ont adopté, par la suite, une position plus modérée de leurs politiques concurrentielles. Elles cherchent, de nos jours, à mettre en évidence les conditions d'une concurrence pratiquée dans le marché¹²⁸. Cette démarche est utilisée aux États-Unis et en

¹²⁶ Pour bien appréhender la concurrence comme processus de découverte : voir E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, préc., note, 23 p.102- 106.

¹²⁷ Le droit américain a abandonné sa position rigoureuse à l'égard des pratiques dites restrictives de concurrence sous l'influence des théories économiques qui seront considérées à la deuxième partie de notre travail.

¹²⁸ *United States v. Microsoft*, préc., note 70.

Europe¹²⁹. Quant au droit canadien de la concurrence, il est bien moins élaboré en la matière.

Il ressort des considérations précédentes que la nécessité de mieux comprendre les phénomènes concurrentiels est un objectif commun à l'économie, à la gestion et au droit. Il importe aussi de ne plus limiter la concurrence à la rivalité traditionnelle.

2.1.5) La concurrence par rapport à la nouvelle approche de la rivalité

La concurrence est comprise comme un problème de comportement des firmes. La rivalité entre les entreprises n'est plus considérée comme fonction de facteurs qui s'imposent à elles. Ce sont leurs dirigeants qui prennent la décision d'affronter de façon plus intense leurs concurrents. Loin de s'ignorer, les entreprises s'identifient comme rivales et leurs comportements visent celles qu'elles identifient comme les plus importantes. La rivalité concurrentielle est alors être qualifiée de relation sociale¹³⁰.

La rivalité entre les acteurs est distinguée par son caractère non anonyme. Dans une interaction de rivalité, chaque agent sait que son initiative affectera le bien-être de tous ses rivaux sans distinction et que ceux-ci réagiront pour se protéger. Cette conception de la concurrence prend pour objet d'analyse les comportements des firmes, leurs actions et réactions concurrentielles dont l'intensité est fonction d'un nouveau type de rapports commerciaux.

2.2) Émergence d'un nouveau type de rapports entre les agents commerciaux

L'approche comportementale de la concurrence permet de dégager une certaine convergence dans le mode d'appréhension du processus concurrentiel. Cette convergence

¹²⁹ I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.67-69.

¹³⁰ Voir à ce sujet : M. GLAIS, *Économie industrielle: Les stratégies concurrentielles des firmes*, Préc., note 24, p.215-218.

peut se structurer autour de la distinction entre l'analyse du processus de concurrence et les conceptions plus traditionnelles de la concurrence¹³¹. Dès lors, la concurrence prend place à l'intérieur de deux systèmes de pensée : d'un côté, un modèle qui a pour cible le fonctionnement des marchés au cœur d'une économie qu'ils sont supposés réguler de manière tout à fait naturelle, et, de l'autre, une analyse dont l'objet est d'étudier la production et l'organisation dynamique des relations entre les acteurs commerciaux et les consommateurs. La concurrence devient ainsi «un comportement dynamique par lequel les individus tentent de pousser leurs avantages et de l'emporter sur leurs rivaux¹³²». La concurrence apparaît, selon cette conception, non comme un état de nature mais comme un état d'affrontement provoqué entre agents économiques. Cette argumentation repose sur le fait que la nouvelle approche de l'équilibre concurrentiel incite les acteurs commerciaux du marché de la distribution à moderniser leurs méthodes, à peser judicieusement leurs décisions, à bien s'organiser pour devenir plus efficaces eux-mêmes. C'est ainsi que sur un plan horizontal, les distributeurs coordonnent leurs activités entre eux de même que les producteurs. Sur un plan vertical, la coordination entre producteurs et distributeurs est également évidente.

2.2.1) La coordination entre distributeurs

Sous l'influence de cette conception de la concurrence, il s'est développé une coordination entre les distributeurs dans le marché de la distribution. La distribution exclusive améliore la coordination entre distributeurs d'un même produit, comme l'a mis en évidence Telser¹³³ avec la théorie dite de services additionnels. Supposons que la demande finale d'un bien soit positivement affectée par les services offerts par le distributeur avant l'achat: par exemple, les ménages ont plus de chances d'acheter un ordinateur si le vendeur est en mesure de leur fournir un conseil avant la décision d'achat, notamment sur l'adéquation entre les performances de l'ordinateur et les besoins de

¹³¹ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, préc., note 23, p.104.

¹³² M. GLAIS, *Économie industrielle: Les stratégies concurrentielles des firmes*, préc., note 24, p216.

¹³³ Pour une bonne compréhension de la coordination entre distributeurs voir: Lester G. TELSER, *A theory of efficient cooperation and competition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p.306.

l'utilisateur. Bien entendu, les services offerts à la clientèle sont coûteux pour le distributeur qui doit notamment investir dans la formation continue de son personnel. De surcroît si la production et la consommation du service sont simultanés, la consommation du service et l'achat du produit, par contre, sont séparables: un consommateur peut demander conseil à un distributeur A et acheter ensuite le produit chez un concurrent soit le distributeur B.

Partant de ces hypothèses, on peut montrer que la meilleure stratégie pour chaque distributeur est de ne pas offrir le service, en espérant que les autres distributeurs l'offriront. Comme tous les distributeurs se comportent de la même manière, à l'équilibre, aucun service de détail n'est offert au client et le niveau des ventes est faible. Cette situation peut être dommageable à la fois pour le producteur qui vendra peu d'ordinateurs et pour les consommateurs finaux qui, dans le doute, préféreront différer l'achat en l'absence de conseils ou y renoncer.

Prenons l'exemple de deux distributeurs d'ordinateurs d'une même marque situés sur un même territoire¹³⁴. Le distributeur A peut offrir un service de conseil aux clients ou compter sur l'offre de services de son concurrent B et réciproquement. Si les deux proposent le service, les ventes sont élevées car les consommateurs sont informés. Si aucun des deux distributeurs ne propose le service, le niveau des ventes est faible. Bien entendu, lorsque A n'offre pas le service alors que son concurrent le fait, il peut rafler le marché en baissant son prix tandis que la vente de son concurrent chute sensiblement. Une autre stratégie qui s'offre à chaque distributeur est celle de tricher, ce qui conduit à la pire situation collective du marché. La solution consiste alors à accorder une exclusivité territoriale à chaque distributeur. Celui-ci est alors assuré qu'il sera le seul à bénéficier du fruit de ses efforts en offrant des conseils. Cette coordination bénéfique aux distributeurs peut exister aussi entre producteurs

¹³⁴ Les exemples qui suivent sont de Emmanuel COMBE, *La politique de la concurrence*, Paris, Éditions La Découverte, p.100-102.

2.2.2) La coordination entre producteurs

La distribution exclusive permet également de remédier aux externalités entre producteurs concurrents. Supposons qu'un distributeur ait le droit de distribuer des articles similaires de deux marques différentes, appartenant à deux producteurs (A et B). Si A investit dans des actions publicitaires pour promouvoir ses produits, son effort peut, dans le même temps, contribuer à accroître les ventes de B, puisque les deux produits sont vendus dans le même point de vente. Ainsi, les clients, attirés par la publicité de A, peuvent finalement acheter les articles de B qui est capable de réduire son prix de vente dans la mesure où il n'a pas à supporter des dépenses de promotion. Le même problème se pose lorsque A assure à ses distributeurs une formation technique qui est indispensable à la vente de ses produits, mais cela peut profiter aux articles de B. Ce risque couru par A peut le porter à s'abstenir d'effectuer des dépenses de publicité pour ses produits.

Comme précédemment, l'absence de coordination entre producteurs conduit à de faibles dépenses promotionnelles, ce qui se traduit par un faible niveau des ventes. La vente exclusive constitue alors une solution concurrentielle dans la vente de produits concurrents sur un territoire donné. Outre la coordination horizontale entre distributeurs d'une part et entre producteurs d'autre part, il existe aussi une coordination verticale entre producteur et distributeur.

2.2.3) La coordination entre producteur et distributeur

La distribution exclusive permet de remédier aux problèmes de coordination entre le producteur et son distributeur. Les producteurs peuvent disposer d'une forte image de marque qu'ils confient indirectement à leur distributeur. Ce dernier, par son comportement, peut, en effet, altérer cette image de marque, conduisant à terme à une diminution des ventes du producteur. Par exemple, le distributeur peut se servir de ses biens comme produits d'appel tout en offrant d'autres biens de qualité inférieure aux clients. Le producteur se trouve donc dans une situation où il ne peut observer l'effort fourni par son distributeur ; comment s'assurer que le distributeur protégera son capital-marque? Le recours à la distribution exclusive évite la commercialisation de biens de différentes qualités en un même point de vente.

Il ressort de ce qui vient d'être dégagé, que la concurrence dans la distribution exclusive doit être recherchée ailleurs que dans la direction longtemps privilégiée par les économistes, c'est-à-dire «l'allocation optimale instantanée et permanente des ressources rares»¹³⁵. De nos jours, on considère que la compétition révèle des champions qui, au moins pour un temps, restent inimitables. «L'entreprise compétitive par définition fait mieux que les autres ; par conséquent, elle détonne dans le monde éthéré de la concurrence pure où chacun est condamné à faire comme les autres¹³⁶». En se fondant sur la prise en compte de la coordination entre les acteurs commerciaux, il faudrait envisager une concurrence animée certes par la multiplication des acteurs et des marchés, mais également par des qualités indispensables telles l'habileté et la créativité qui constituent de véritables atouts indispensables pour parvenir à l'innovation. Ce phénomène s'explique par le fait que la concurrence met aux prises non pas de simples individus capables de n'engager qu'eux dans les négociations mais des organisations contractuelles. Dès lors, il devient inévitable de considérer la concurrence dans la distribution exclusive.

2.3) La concurrence dans un marché de distribution exclusive

Dans un réseau de distribution exclusive, le producteur segmente l'aire de distribution de ses produits en différents territoires, nomme pour chacun d'eux un distributeur et oblige ce dernier à respecter, dans ses activités de revente, les frontières du territoire qui lui a été attribué. Chacun des distributeurs du réseau peut ainsi se concentrer plus activement sur la promotion du produit qu'il revend, à l'abri de la concurrence des autres distributeurs de la même marque (concurrence intramarque). Il profite en quelque sorte d'un monopole régional de vente concernant cette marque. Du même coup, il pourra lui être plus facile de faire concurrence aux distributeurs d'autres marques (concurrence intermarque)¹³⁷.

¹³⁵A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, préc., note 8, p.7.

¹³⁶A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, préc., note 8, p.16.

¹³⁷Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le Droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.273.

Cette situation développée par la distribution exclusive profite également au producteur car elle lui permet de s'implanter plus solidement au sein de son marché et, ainsi, de mieux faire concurrence aux producteurs de marques rivales¹³⁸. Sur ce plan, la distribution exclusive est une méthode commerciale qui stimule la concurrence. Le seul fait, par exemple, que des producteurs concurrents se disputent un distributeur pour l'amener à conclure un contrat d'exclusivité est en soi une forme de concurrence¹³⁹. Ce genre d'organisation commerciale peut aussi alimenter la concurrence en facilitant l'entrée de nouveaux producteurs sur le marché¹⁴⁰.

La distribution exclusive par sa structure et en raison de ses spécificités commerciales¹⁴¹, vient remettre en cause la conception traditionnelle de la concurrence. Cette nouvelle approche de la concurrence qu'elle favorise emprunte tous les moyens et toutes les voies modernes de mise en marché ; elle donne leurs chances non seulement à ceux qui font mieux et à moindre coût ce que l'on produisait déjà, mais aussi à ceux qui innovent. Par des exemples pratiques, voyons maintenant comment se manifeste la concurrence dans une structure de distribution exclusive.

¹³⁸ Pour un examen plus détaillé de l'impact économique des ententes d'exclusivité, voir : Bruce DUNLOP, David McQUEEN et Michael TREBILCOCK, *Canadian Competition Policy. A Legal and Economic Analysis*, Toronto, Canada Law Book, 1987, p.10-337.

¹³⁹ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le Droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p. 251.

¹⁴⁰ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le Droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p. 251.

¹⁴¹ Comme nous l'avons démontré dans le premier chapitre, la distribution exclusive prévoit une exclusivité de vente au profit du distributeur dans un secteur géographique donné. Cette exclusivité est souvent réciproque : le distributeur ne peut alors vendre qu'une seule marque. Cette restriction relative à l'exclusivité territoriale permet au distributeur de mieux concurrencer les distributeurs d'autres marques sur le marché.

2.3.1) Considérations pratiques autour de la concurrence dans la distribution exclusive

Considérons le cas d'un ensemble de producteurs qui offrent des produits similaires et qui sont en concurrence les uns avec les autres¹⁴². Supposons que les producteurs A et B s'installent sur le marché et que chacun d'eux vende 5.000 unités par an lorsque la concurrence prévaut entre distributeurs et que ces derniers, après avoir tiré leurs marges au maximum et sans offrir de services à la clientèle, revendent ce bien aux consommateurs à un prix de \$1.000. Le producteur B décide de pratiquer l'exclusivité avec ses distributeurs et les incite à offrir aux consommateurs certains services sur le lieu de vente, par exemple, sous forme d'exposition du produit, d'explications techniques sur ses caractéristiques, de démonstration de ses possibilités, d'essai du produit pour ne citer que ceux-là.

Certes, la production de ces services sera onéreuse pour les distributeurs, elle engendrera des coûts marginaux. Parallèlement, il se peut aussi que certains consommateurs pour lesquels le produit n'aurait pas été, à l'évidence, source de satisfaction en l'absence de services offerts par les distributeurs réalisent la satisfaction qu'ils pourraient retirer de leur achat grâce aux efforts déployés par les distributeurs et se décident, en conséquence, à l'acheter. L'offre de services sur le lieu de vente peut ainsi entraîner un accroissement de la demande globale pour le produit et, par ricochet, des recettes marginales qui auront comme effet l'accroissement des profits des distributeurs dans la mesure où elles seront supérieures aux coûts marginaux.

Dans une telle configuration de marché, les ventes du producteur B se développeront de deux façons: d'une part, le nombre total de consommateurs du produit en question passera, par exemple, de 10.000 à 12.000, en attirant les consommateurs qui, faute de services offerts par les distributeurs, ne consommaient pas le bien; d'autre part, la demande pour ses produits augmentera au détriment de la demande pour les produits de ses concurrents. Certains des consommateurs qui achetaient originellement le produit

¹⁴² Les exemples qui suivent sont de Emmanuel COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, p.161-163.

sans service, puisqu'aucun distributeur n'offrait de tels services, pourront trouver, cependant, une certaine utilité aux services nouvellement offerts et seront donc prêts, pour en bénéficier, à reporter leur demande sur les biens offerts par les distributeurs du producteur B.

On pourra se retrouver dans une situation où le producteur B qui aura le premier décidé de recourir à la pratique d'exclusivité verra ses ventes passer de 5.000 unités à 6.000 unités. Le producteur A qui ne recourt pas à l'exclusivité avec ses distributeurs verra ses ventes passer de 5.000 unités à 4.000 par le fait que ses ventes ont diminué de 1.000 unités au profit de son concurrent B.

L'adoption par le producteur B de la pratique d'exclusivité avec ses distributeurs a intensifié la concurrence entre les distributeurs comme en témoigne le fait que certains clients du producteur A deviennent clients du producteur B. Face à la menace que présente pour le producteur A l'adoption par le producteur B d'une stratégie de distribution exclusive, le producteur A sera incité, pour éviter la perte de la partie de sa clientèle particulièrement sensible aux services, à adopter lui aussi un système de réseau de distribution exclusive afin que ses propres distributeurs offrent des services aux consommateurs. La mise en œuvre de cette stratégie par A intensifiera la concurrence entre les deux marques. En d'autres termes, la rivalité concurrentielle entre les producteurs dans un marché de distribution exclusive aboutit souvent à beaucoup de services offerts par les distributeurs¹⁴³.

La concurrence peut aussi exister entre les distributeurs des marques différentes et porter non seulement sur les services de distribution mais également sur le produit. Dans un réseau de distribution exclusive, le producteur est confronté à la concurrence d'autres

¹⁴³ Frédéric JENNY, « Pratiques verticales, restrictives, concurrence et efficience », (1989), no 4, *Cahiers de droit de l'entreprise*, p.9.

producteurs¹⁴⁴ et les distributeurs sont en concurrence à leur échelon avec d'autres distributeurs. Or, puisque ces derniers se trouvent à un stade intermédiaire de la chaîne, la concurrence entre les distributeurs prend deux directions : la première est en amont, c'est-à-dire la concurrence s'exerce sur les services de distribution que les revendeurs offrent au producteur, afin de continuer à faire partie du réseau¹⁴⁵. La deuxième est en aval, il s'agit de la concurrence entre les distributeurs pour vendre leur produit au plus grand nombre de consommateurs¹⁴⁶.

En raison de l'organisation de la structure de la distribution exclusive, une autre forme de concurrence peut se développer sur le marché ; il s'agit de l'importation parallèle, qui, dans la distribution exclusive, peut être envisagée en violation de l'exclusivité par un tiers.

2.3.2) L'importation parallèle : acte de concurrence face à la structure de distribution exclusive

L'importation parallèle est considérée généralement comme une forme de désorganisation d'une structure commerciale reposant sur des relations contractuelles auxquelles on ne participe pas¹⁴⁷. Elle est donc définie comme étant «le commerce de produits qui s'effectue en dehors du système de distribution officiel établi par une

¹⁴⁴ C'est peut-être pour mieux affronter la concurrence des autres producteurs que dans un contrat de distribution exclusive le producteur exige que le distributeur lui achète la totalité de ses besoins relatifs à un produit donné. Voir à ce sujet: Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le Droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.250.

¹⁴⁵ C'est la concurrence intramarque.

¹⁴⁶ C'est la concurrence intermarque.

¹⁴⁷ C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise. Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.232.

entreprise donnée»¹⁴⁸. En d'autres termes, c'est une violation d'exclusivité¹⁴⁹; mais en tant qu'acte de désorganisation de l'entreprise rivale, elle favorise également la concurrence sur le marché¹⁵⁰. L'auteur de cette désorganisation est un tiers à l'acte juridique, support de l'exclusivité. Il se trouve en rapport direct de concurrence avec le créancier de l'exclusivité, c'est-à-dire le distributeur qui s'est vu accorder l'exclusivité de commercialisation par le producteur. Il est important de souligner que la violation d'exclusivité ne concerne pas la distribution d'un produit imité, mais bien la commercialisation du produit d'origine en dépit des droits d'exclusivité. Les différences résident seulement dans le prix de vente ou dans le procédé de vente, par exemple, dans les garanties du produit.

Il est évident que la commercialisation du produit par le tiers à l'organisation contractuelle ne peut profiter au réseau de distribution. Il est même raisonnable de penser qu'elle va l'affaiblir dans sa structure, en commercialisant le produit au mépris de certaines exigences.

Dans le droit de l'Union européenne, lorsqu'un producteur choisit d'organiser la distribution de ses produits par l'intermédiaire d'un réseau de distributeurs bénéficiant d'une exclusivité territoriale, la licéité d'un tel système de distribution, au regard de l'article 81 du traité CE¹⁵¹, est subordonnée, notamment, à la condition qu'aucune interdiction de revente des produits contractuels en dehors du territoire concédé ne soit

¹⁴⁸ Glossaire de la direction concurrence de la Commission européenne, [http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/glossary_fr.htm#top\(2009\)](http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/glossary_fr.htm#top(2009)) (site consulté le 29 janvier 2010).

¹⁴⁹ Pour une bonne compréhension de la notion de violation d'exclusivité voir Jean-Marc MOUSSERON, «Entreprise. Parasitisme et droit», (1992) /6, no 28, *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, p.19-23.

¹⁵⁰ Didier FERRIER, «La concession automobile face aux revendeurs hors réseaux», (1963) /3, *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, p14.

¹⁵¹ *Traité instituant la Communauté européenne*, préc., note 80.

imposée aux distributeurs exclusifs au risque de faire obstacle aux importations parallèles¹⁵².

Puisque le commerce parallèle est ainsi admis dans le droit de l'Union européenne, il est inutile de poser la question de savoir si le violateur d'exclusivité peut être jugé en situation de concurrence avec le producteur du produit. La question est réelle du fait que l'activité des deux parties diffère ; c'est la production face à la distribution. Yves Serra a quand même justifié cette façon de faire par le fait de l'existence d'une même clientèle finale, ce qui relève d'une conception dynamique finaliste de la situation de concurrence¹⁵³. Il reste que la commercialisation s'opère sur un marché dit parallèle, c'est-à-dire au mépris des droits d'exclusivité accordés à d'autres. Pour mettre en échec ce comportement du tiers non contractant à la distribution exclusive, le producteur a toujours tendance à introduire dans le contrat de distribution exclusive une clause interdisant la garantie pour des biens achetés en dehors du réseau de distribution exclusive.

La Cour de justice européenne semble interdire le refus de garantie des biens acquis auprès d'un revendeur parallèle. En cette matière, la position de la Cour paraît constante. L'arrêt de référence est celui du 21 février 1984, au sujet de la distribution des appareils photographiques fabriqués par Victor Hasselblad¹⁵⁴. Pour contrer le flot des importations parallèles, le fabricant avait institué une garantie dite Silver Service Guarantee, applicable uniquement sur appareils par lui-même vendus. En marge de la garantie des réparations nécessaires d'une durée de vingt-quatre mois, il était proposé un service rapide de réparations dans les vingt-quatre heures ainsi qu'une priorité dans la réparation. La Commission européenne avait estimé que l'institution d'un délai plus rapide était de nature à restreindre la concurrence, en pénalisant les produits importés

¹⁵² I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p228.

¹⁵³ Yves SERRA, «Concurrence déloyale», (1996), no 74, *Droit et patrimoine*, 1996, p.102.

¹⁵⁴ CJCE, 21 février 1984, *Hasselblad Limited c Commission*, aff. 86/82, Rec. p.883.

parallèlement¹⁵⁵. Or, pour la Cour de justice, un tel comportement ne peut être regardé comme restreignant l'approvisionnement «dès lors que les produits bénéficient pleinement de la garantie normale du fabricant que le distributeur est tenu de fournir¹⁵⁶». C'est évident que la Cour de justice envisage un tel délai comme un avantage particulier réservé à la clientèle du producteur, ce qui est tout à fait intéressant. Pourtant, la Cour de justice va quand même juger inapplicable l'exemption par catégorie du fait que «la pratique concertée visant à restreindre les importations parallèles était établie¹⁵⁷».

Il faut se référer à un second arrêt pour éclairer la position de la Cour. Dans celui relatif à la limitation de garantie concernant les montres Swatch¹⁵⁸, il a été décidé: «une clause figurant dans un contrat de distribution exclusive, par laquelle le fabricant s'engage vis-à-vis de son concessionnaire exclusif à accorder une garantie sur ses produits après la vente au consommateur et en vertu de laquelle il refuse la garantie aux clients des distributeurs parallèles, est incompatible avec l'article 85 (devenu l'article 81) alinéa 1 du traité CEE, dans la mesure où la restriction de concurrence, susceptible d'être ainsi provoquée, affecte le commerce entre les États membres»¹⁵⁹. Cette position très ferme de la Cour explique l'état du droit de l'Union européenne en matière de commerce parallèle. Il convient maintenant d'envisager la position canadienne au regard des juridictions de droit commun, car au niveau du Tribunal de la concurrence, la jurisprudence n'est pas très abondante en la matière.

Selon la jurisprudence des tribunaux de droit commun, un tiers ne peut commercialiser les produits dont le distributeur a l'exclusivité sans commettre une

¹⁵⁵ Commission no 82/367, 2 décembre 1981, *Hasselblad Limited*, JOUE no L 161 du 12.06.1982, p.18.

¹⁵⁶ CJCE, 21 février 1984, *Hasselblad Limited c Commission*, préc., note 154.

¹⁵⁷ CJCE, 21 février 1984, *Hasselblad Limited c Commission*, préc., note 154.

¹⁵⁸ CJCE, 10 décembre 1985, *SA ETA Fabriques d'Ebauches c. SA DK Investment et al.*, aff. 31/85, Rec. p.3933.

¹⁵⁹ CJCE, 10 décembre 1985, *SA ETA Fabriques d'Ebauches c. SA DK Investment et al*, préc., note 158.

faute¹⁶⁰. C'est ce qu'avait reconnu la Cour suprême dans la décision *Trudel c. Clairol*¹⁶¹. Une clause d'exclusivité avait été déclarée opposable à Trudel qui n'avait pourtant aucun lien contractuel avec Clairol. Dans cette optique, la doctrine soutient le principe reconnu par la Cour suprême dans cette affaire, lorsqu'elle affirme qu'un distributeur qui achète et revend des produits, tout en étant parfaitement conscient qu'ils sont couverts par une clause d'exclusivité valable en faveur d'un concurrent, engage sa responsabilité extracontractuelle¹⁶². Ainsi, un distributeur qui vend un produit similaire à celui visé par l'objet de l'exclusivité exerce une concurrence déloyale à l'égard de son fournisseur, lorsque la convention ne prévoit pas ou n'autorise pas cette possibilité de cumuler la représentation de produits concurrents¹⁶³.

Toutefois, dans l'affaire *Seiko*¹⁶⁴, la Cour suprême refusa de sanctionner le commerce parallèle. Pour les faits de la cause, mentionnons qu'un tiers non accrédité avait importé au Canada des montres de marque Seiko. Les montres provenaient du fabricant japonais K. Hattori & Company Limited, propriétaire de la marque de commerce Seiko au Canada. Le revendeur canadien accrédité, une filiale en propriété exclusive de Hattori, intenta une action en *passing off* contre le revendeur. La Cour suprême du Canada, saisie de l'affaire, rejeta l'action en délit de substitution, refusant ainsi de sanctionner l'importateur parallèle. Le recours en *passing-off*, rappelons le, vise à protéger des manœuvres dolosives toutes les personnes concernées par un produit, qu'il s'agisse du fabricant ou du consommateur¹⁶⁵.

¹⁶⁰ *Trudel c. Clairol*, (1975) 2 R.C.S. 236; *Bic Inc c. Bélanger*, (1989) R.J.Q. 1421 (C.A).

¹⁶¹ *Trudel c. Clairol*, préc., note 160.

¹⁶² C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.461.

¹⁶³ C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.442.

¹⁶⁴ *Consumers Distributing Co c. Seiko Time Canada Ltd.*, (1984) 1 R.C.S. 583.

¹⁶⁵ Voir C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.233-251.

Une autre affaire canadienne: *Smith & Nephew Inc c. Glen Oak Inc et Dylex Limited*¹⁶⁶ peut être d'une grande utilité pour répondre à notre interrogation relative à la distribution parallèle. Il s'agit d'un appel formé contre un jugement qui a fait droit à la demande d'injonction interlocutoire de l'intimée. Celle-ci voulait interdire aux appelantes de vendre et de distribuer des produits portant les marques de commerce Nivea. Les appelantes sont importatrices et distributrices de produits de beauté portant la marque de commerce Nivea, notamment une crème pour le visage fabriquée et mise en marché par une filiale mexicaine d'une société allemande, Beiersdorf AG (BDF). L'intimée met, elle aussi, en marché au Canada des produits portant la marque de commerce Nivea, fabriqués aux États-Unis par une filiale et propriété exclusive de BDF. L'intimée avait déjà été la propriétaire des marques de commerce canadiennes ainsi que de l'achalandage attaché à la marque Nivea et à sa présentation distinctive, mais cette situation avait cessé en 1992 quand les marques et l'achalandage ont été vendus à BDF. L'intimée est devenue ainsi un usager inscrit des marques de BDF et a obtenu une licence à cet égard. Dans cette affaire, la Cour a répondu par la négative à la question de savoir : Est-ce que l'intimée, à titre de licenciée à l'égard de marques de commerce déposées au Canada, peut faire valoir des droits contre des personnes qui importent, distribuent et vendent des produits portant lesdites marques qui ont été mis dans le circuit commercial par le propriétaire des marques ?

Selon la Cour, l'intimée peut faire valoir uniquement les droits que lui confère son statut de licenciée à l'égard des marques déposées Nivea. En tant que licenciée canadienne et importatrice de produits portant les marques déposées de BDF, l'intimée ne peut pas se plaindre de la vente au Canada de produits qui sont aussi fabriqués par BDF et qui portent les mêmes marques. Les appelantes n'ont pas l'obligation de ne pas faire concurrence à l'intimée sur le marché canadien. En sa qualité de licenciée, l'intimée ne peut revendiquer de droits contre des produits qui, directement ou indirectement, proviennent de la société qui lui a octroyé sa licence. Les produits vendus par les appelantes et par l'intimée ne sont pas les leurs mais bien ceux de BDF. Cette dernière est la seule à posséder la marque déposée et l'achalandage attaché à cette marque.

¹⁶⁶ *Smith & Nephew Inc c. Glen Oak Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 153 (C.A.F.).

Une autre affaire tout aussi intéressante dans laquelle la question de la distribution parallèle a été analysée au Canada est celle d'*Euro-Excellence Inc c. Kraft Canada Inc*¹⁶⁷. Il s'agit d'une affaire portant sur le droit d'auteur, mais elle touche, en fait, la possibilité d'importation parallèle. Les faits sont les suivants :

- Euro Excellence importe au Canada des tablettes authentiques Toblerone dont elle fait l'acquisition auprès d'un fournisseur anonyme européen ;
- Sur chaque tablette de chocolat il y a un dessin qui est protégé par droit d'auteur (l'éléphant CÔTE D'OR et l'ours dans la montagne TOBLERONE) ;
- Le titulaire du droit d'auteur est Kraft Europe (c'est-à-dire Kraft Foods Schweiz AG et Kraft Foods Belgium SA);
- Kraft Europe a accordé une licence exclusive de droit d'auteur à Kraft Canada afin d'empêcher Euro Excellence d'importer parallèlement ce produit au Canada.

Kraft Canada Inc (KCI) était le distributeur exclusif au Canada des tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone, selon les contrats d'exclusivité conclus avec Kraft Foods Belgium (KFB) et Kraft Foods Schweiz AG (KFS). KFB et KFS fabriquaient respectivement les tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone. Malgré les contrats d'exclusivité, Euro-Excellence a continué d'importer et de mettre en circulation au Canada des tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone qu'elle avait achetées en toute légalité en Europe. KFB et KFS ont par la suite enregistré au Canada leurs logos en tant qu'œuvres protégées par droit d'auteur dans la catégorie des œuvres artistiques et ont chacune concédé à KCI une licence exclusive pour l'utilisation des œuvres. Lorsqu'Euro-Excellence a refusé de cesser de distribuer tout produit sur lequel figuraient les œuvres protégées par le droit d'auteur, KCI a intenté une action, alléguant qu'Euro-Excellence est responsable d'une violation à une étape ultérieure au sens de l'article 27(2)e) de la loi sur le droit d'auteur (L.D.A).

¹⁶⁷ *Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, (2007), 3 R.C.S. 37.

La décision rendue, dans le cadre d'un examen de l'article 27(2)e) de la loi sur le droit d'auteur (L.D.A), mentionne que le seul recours dont le licencié exclusif dispose contre le titulaire-concédant est une action fondée sur la responsabilité contractuelle. La Cour est d'avis que, même si la L.D.A place les licenciés exclusifs au-dessus des simples licenciés et leur permet d'acquérir un intérêt de propriété limité dans le droit d'auteur, le traitement réservé aux licenciés exclusifs et aux cessionnaires dénote l'intention du législateur de traiter les licenciés exclusifs différemment des titulaires du droit d'auteur et des cessionnaires.

Selon les juges Rothstein, Binnie et Deschamps, cela s'explique par le fait que le législateur a expressément indiqué qu'il plaçait les cessionnaires sur un pied d'égalité avec les titulaires du droit d'auteur, mais il ne l'a pas fait en ce qui concerne les licenciés exclusifs. Contrairement au cessionnaire, le licencié exclusif n'est pas habilité à intenter une action pour violation du droit d'auteur sans être constitué partie avec le titulaire-concédant. D'un autre côté, en ce qui concerne le licencié non exclusif, le juge Rothstein écrit : « le licencié non exclusif n'a aucun droit de propriété sur le droit d'auteur et jouit seulement de droits contractuels à l'égard du titulaire-concédant. Il ne peut donc pas intenter une action pour violation du droit d'auteur »¹⁶⁸. Enfin, en définissant le concept de « licence exclusive » comme étant une « autorisation », l'article 27 L.D.A porte à croire qu'il est question d'un intérêt qui ne constitue pas tout à fait un droit de propriété à part entière (mais un droit de propriété limité). De l'avis des juges en titre, si le législateur voulait permettre au licencié exclusif d'intenter une action pour violation du droit d'auteur contre le titulaire-concédant, il aurait expressément accordé ce droit aux licenciés exclusifs dans le texte de la loi. Il est intéressant de noter que selon les juges dissidentes, juge Abella et la juge en chef McLachlin, si l'article 27(2) L.D.A avait été applicable ici, le licencié aurait pu et dû poursuivre le titulaire-concédant du droit d'auteur plutôt que l'importateur parallèle.

Il ressort de ces considérations jurisprudentielles que l'exclusivité accordée à un distributeur ou un licencié ne confère aucune immunité contre la concurrence des autres

¹⁶⁸ Page 39 de la décision.

personnes qui vendent des produits authentiques et qui sont libres de se les procurer auprès de la même source. Malgré cet état de la jurisprudence, il reste que la question de l'importation parallèle n'est pas réglée en droit de la concurrence dont le rôle est de sauvegarder la liberté de concurrence en posant les règles fixant les frontières de la liberté de concurrence. Dans le même ordre d'idées, nous pouvons nous demander, si dans la distribution exclusive le principe de l'effet relatif des contrats ne serait pas réduit à sa vraie dimension qui est la suivante : «le tiers n'a aucun droit de créance, ni aucune responsabilité obligationnelle en raison d'une convention à laquelle il n'est pas partie même s'il demeure tenu de respecter celle-ci»¹⁶⁹.

Ces décisions canadiennes ci-dessus considérées permettent, toutefois, de comprendre que la position du droit canadien en matière de commerce parallèle n'est pas à l'opposé de celle adoptée par l'Union européenne. Le droit de l'Union européenne interdit toute pratique restrictive de commerce qui aboutit à instaurer une situation de protection territoriale au profit du distributeur exclusif et rend ainsi difficile le commerce parallèle. Il convient de déterminer comment l'État favorise cette concurrence à l'égard de la distribution exclusive car il est de principe que «l'État doit intervenir pour créer, maintenir et développer la concurrence»¹⁷⁰.

2.4) Critères d'appréciation de la concurrence dans la distribution exclusive sur le plan juridique

Nos recherches nous ont permis de constater qu'il n'existe, en droit canadien, aucune disposition spécifique régissant le contrat de distribution exclusive en tant que tel. Celui-ci obéit donc au droit commun des contrats et au contenu spécifique des clauses concertées¹⁷¹. Il importe de souligner à ce sujet que la réglementation des contrats de

¹⁶⁹ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, no 457.

¹⁷⁰ Yves Guyon, «Développer la concurrence», (1995), no 2, *Cahiers Droit de l'Entreprise*, p.19.

¹⁷¹ Voir à ce sujet : Jean H. GAGNON, *La franchise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p.203.

distribution n'a pas été une priorité législative des parlements provinciaux¹⁷². Pour ce qui est du droit de la concurrence, il ne fait que préciser l'étendue des droits du fournisseur en limitant les restrictions qu'il entend imposer¹⁷³. La distribution exclusive est quand même justifiable en vertu de l'article 1.1 de la *Loi sur la Concurrence*¹⁷⁴. Mais, avant d'envisager la situation en droit canadien, voyons comment se présente le cadre concurrentiel de la distribution exclusive en droit européen et en droit américain.

2.4.1) En droit européen

Dans l'Union européenne, la distribution exclusive rentre dans le domaine des restrictions verticales qui relèvent de l'article 81 du traité CE¹⁷⁵ relatif aux accords entre firmes. Ce texte prohibe les accords ayant pour effet ou pour objet de restreindre la concurrence, mais il prévoit des exemptions¹⁷⁶ dans le paragraphe 3. Jusqu'au milieu des années 1990, chaque restriction verticale faisait en Europe l'objet d'un règlement spécifique, ce qui rendait les procédures d'application relativement lourdes. Depuis 2000, la Commission a choisi d'adopter un règlement d'exemption¹⁷⁷ applicable à l'ensemble

¹⁷² Pour ce qui à trait à la distribution en général, l'Alberta par son « *Act, R.S.A. (2000), c. F-23* » et l'Ontario avec la loi « *Arthur Wishart, L.O. 2000, c. 3,* » sur la divulgation relative aux franchises, sont les seules provinces à avoir légiféré sur les contrats de franchise.

¹⁷³ Article 78 de la *Loi sur la concurrence, préc.*, note 2.

¹⁷⁴ Selon l'article 1.1 la *Loi sur la concurrence* a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne.

¹⁷⁵ *Traité instituant la Communauté européenne, préc.*, note 80.

¹⁷⁶ Les dispositions du paragraphe 1^{er} peuvent être déclarées inapplicables :- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises; - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises; - 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 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.

¹⁷⁷ Le règlement d'exemption est un règlement pris par la Commission sur habilitation du Conseil qui confère de plein droit le bénéfice de l'exemption aux ententes qui relèvent de son champ d'application.

des restrictions verticales et de leurs combinaisons: il s'agit du règlement no 2790 de décembre 1999 complété par les lignes directrices du 24 mai 2000. Ce règlement, entré en vigueur en juin 2000, s'appliquera jusqu'en 2010 à l'ensemble des accords verticaux, à l'exception du secteur automobile. Ce règlement présume que ces accords ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution sans remettre en cause le degré de concurrence intra et intermarque.

Pour ce qui a trait au secteur automobile, la Commission européenne a adopté le 1^{er} octobre 2002 un règlement d'exemption sectoriel applicable aux accords de distribution de véhicules automobiles¹⁷⁸. Ce règlement expire le 31 mai 2010. Ce texte reprend la définition des accords bénéficiant du règlement d'exemption donnée à l'article 2 du *règlement général no 2790/1999*, tout en l'adaptant au secteur de la distribution automobile. Sont ainsi visés les accords répondant aux conditions suivantes propres à la distribution exclusive :

- Des accords concernant une relation verticale, c'est-à-dire une situation où chacune des entreprises opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution ;
- Des accords déterminant les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des véhicules automobiles neufs, des pièces de rechange pour véhicules automobiles ou des services d'entretien de véhicules automobiles¹⁷⁹.

Après l'Union européenne, voyons comment la distribution exclusive est traitée dans le droit américain.

2.4.2) En droit américain

Dans le cas des États-Unis, les restrictions verticales sont en général considérées au titre de la section 1 du *Sherman Act*¹⁸⁰ relative aux ententes et de la section 3 du

¹⁷⁸ Pour une meilleure compréhension des avantages suscités par ces nouvelles dispositions aux distributeurs voir: Frank MOREAU et Patrick SERGANT, *Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles*, Paris, Dalloz, 2002, p.2725.

¹⁷⁹ Article 2 alinéa 1 du *règlement no 1400/2002*.

*Clayton Act*¹⁸¹ qui porte plus spécifiquement sur la distribution exclusive et les ventes liées. Si l'on excepte le prix de revente imposé, les restrictions verticales sont tolérées dès lors qu'elles n'affectent pas significativement la concurrence. En matière de restrictions territoriales, les décisions de justice ont oscillé entre l'approche de l'interdiction per se et l'adoption d'une règle de raison pour admettre que l'exclusivité peut avoir des effets positifs sur la concurrence extérieure¹⁸². Il devient intéressant maintenant de voir comment les restrictions commerciales sont appréciées dans le droit canadien.

2.4.3) En droit canadien

Le régime de contrôle de l'exclusivité, en tant que pratique restrictive de commerce¹⁸³, est organisé au Canada par la *Loi sur la concurrence* en son article 77. Cette disposition législative participe de la philosophie de réglementation de la concurrence qui vise à décriminaliser la plupart des offenses faites à la concurrence et à les amener dans l'ordre administratif plutôt que dans l'ordre pénal de la *Loi sur la concurrence*¹⁸⁴. Le paragraphe (4) de cet article propose certains moyens de défense et certaines exceptions pour faciliter la pratique de l'exclusivité : il s'agit de la défense du nouveau fournisseur ou du nouveau produit accordée pour une période raisonnable¹⁸⁵. En

¹⁸⁰ *Sherman Anti-Trust Act*, préc., note 75. Le *Sherman Act* est un texte fondateur, signé en juillet 1890. Il cherche à lutter contre les abus des géants industriels qui façonnent l'industrie mondiale au XX^{ème} siècle.

¹⁸¹ Le *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 12 (1914), signé en 1914 complète le texte fondateur et s'est trouvé enrichi par le *Robinson-Patman Act*, 15 U.S.C. § 13 (1936); le *Celler-Kefauver Amendment* 15 U.S.C. § 21 (1950) et le *Hard-Scott-Rodino Antitrust*, 15 U.S.C. § 18 (1976). Voir à cet effet : American Bar Association, vol. 1, *Antitrust Law Developments / Fifth*, (2002), Chicago, Section of Antitrust Law, p.455-523.

¹⁸² *Continental T.C. Inc v. GTE Sylvania Incorporated*, 433 U.S. 36, (1997).

¹⁸³ L'article 77 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2, définit l'exclusivité comme une pratique restrictive de commerce au Canada.

¹⁸⁴ Robert DROLET, «Le contrôle de l'abus de position dominante», dans Serge BOURQUE (dir.), *La nouvelle loi sur la concurrence. Analyses et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p119.

¹⁸⁵ Pour bien appréhender la période raisonnable il faut se référer à la décision : *Cameron c. Canadian Factors Corp*, (1971) R.C.S. 148. Dans cette affaire le juge Laskin souligne que ce principe se fonde sur le

somme, cet alinéa prévoit que l'exclusivité peut être pratiquée pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit existant soit d'un nouveau produit. Cette disposition de la loi ne précise pas, cependant, la durée de cette pratique d'exclusivité. Il revient, en conséquence, au tribunal de le faire selon le cas¹⁸⁶. Cet examen concurrentiel dans la distribution exclusive doit ainsi procéder par une analyse de la situation de la concurrence aussi bien au niveau de la production que de la distribution. C'est dans cet ordre d'idées que le Tribunal de la concurrence a reconnu dans l'affaire *NutraSweet*¹⁸⁷ que la clause d'exclusivité pouvait être suscitée par des marchés concurrentiels.

Conclusion

Les observations précédentes nous permettent de nous rendre compte que la concurrence est bien présente dans la distribution exclusive, que celle-ci la renforce même. Dans cette structure organisationnelle, le fabricant est confronté à la concurrence des autres producteurs. Les distributeurs exclusifs, de leur côté, sont en concurrence, à leur échelon, avec d'autres distributeurs. La concurrence se révèle ainsi multidimensionnelle dans la distribution exclusive. Elle s'observe dans la coordination des producteurs et distributeurs qui se comportent en affiliés du réseau de distribution car,

bon sens. En transposant ce raisonnement dans la distribution exclusive on peut admettre que la période raisonnable de l'article 77 réfère au temps de lancement d'un nouveau produit jusqu'à ce qu'il ait sa place dans le marché.

¹⁸⁶ Il n'existe pas de décisions traitant de la période raisonnable d'une pratique d'exclusivité. Cependant, les quelques décisions disponibles en matière de concurrence sont fort instructives en ce qui devrait être l'application de ce concept. Par exemple on peut citer :

- *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltée* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1 (Trib conc).
- *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Xerox Canada Inc.* (1990) 33 C.P.R. (3d) 83 (Trib conc).
- *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Warner Music Canada Ltd.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 321 (Trib conc).

¹⁸⁷ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co*, préc., note 20.

il ne faut pas l'oublier, la concurrence expose le réseau tout entier au jugement du marché. A ce titre, elle se différencie techniquement, par certains traits, de la rivalité purement interindividuelle. Dans une structure de distribution exclusive, la vraie nature de la concurrence et l'influence qu'elle exerce sur le marché sont différentes de celles des modèles habituels.

La concurrence existe dans les services de distribution que les distributeurs bénéficiant de l'exclusivité offrent afin de continuer à faire partie du réseau. On peut encore identifier une autre forme de concurrence intra marque : il s'agit de la concurrence entre les distributeurs pour vendre leur produit au plus grand nombre de consommateurs. La concurrence peut également exister entre les distributeurs de marques différentes et porter sur le produit et les services de distribution.

De manière plus particulière, la distribution exclusive favorise un autre type de concurrence sur le marché, il s'agit de l'importation parallèle qui est une pratique, hors réseau, il est vrai, mais, acceptée par la jurisprudence. Si, en droit de l'Union européenne, cette pratique est clairement admise, sa portée dans le droit canadien n'est pas très explicite. Une chose est certaine, le principe est posé ; la préférence est donnée à la liberté commerciale du tiers, à qui l'on reconnaît la liberté de concurrencer le réseau, la liberté de commercialiser les produits au mépris d'une exclusivité.

Nous devons reconnaître que l'importation parallèle peut avoir des effets positifs sur la concurrence, tout en demeurant, à notre avis, une désorganisation du réseau contractuel. Mais, au regard des précédentes considérations jurisprudentielles, c'est dans l'exercice de son propre droit de concurrence que le tiers va violer la relation contractuelle d'exclusivité. Et il faut bien souligner que cette situation contractuelle, opposable aux tiers, n'est pas respectée dans ce cas.

Si cette ligne de conduite semble ne pas profiter au réseau de distribution exclusive, la question de la concurrence favorisée par l'importation parallèle sur le marché reste néanmoins posée. Or, nous ne devons pas perdre de vue que même sans la présence de l'importation parallèle la distribution exclusive favorise la concurrence. L'idée demeure donc que la distribution exclusive favorise non seulement la concurrence

des membres du réseau chacun à son niveau mais renforce également la concurrence sur le marché. Il s'ensuit que la distribution exclusive dégage à la fois le droit à la concurrence pour tous ceux qui ont la volonté et la capacité objective d'entrer sur le marché et l'obligation de concurrence pour tous ceux qui sont établis sur ce marché. En d'autres termes, le processus concurrentiel permet de concilier le souci de liberté des agents économiques et celui de l'intérêt général de la collectivité. Aussi, dira-t-on que le mécanisme concurrentiel dans la distribution exclusive a pour finalité l'efficacité économique. Dès lors, l'on doit se rappeler que l'objectif du droit de la concurrence est de préserver l'efficacité¹⁸⁸. Il se révèle maintenant important de considérer les fondements économiques du droit de la concurrence dans la distribution exclusive et son évolution sous l'influence des nouvelles théories économiques, tel est l'objet de la seconde partie de notre étude.

¹⁸⁸ Selon l'article 1.1 la *Loi sur la concurrence* a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne.

DEUXIEME PARTIE : La conception moderne du droit de la concurrence

La concurrence est un processus mis en branle par des gens d'affaires pratiquant des activités commerciales et qui sont, par conséquent, des agents économiques. Si, dans le libéralisme économique, il revient au marché de jouer le rôle de régulateur, grâce à la concurrence, il incombe aussi à l'État d'assumer le contrôle des activités économiques, donc de la concurrence. A ces fins, il fixe des principes et met en place des mécanismes de contrôle et des institutions. Ces règles de concurrence s'imposent certes, mais peuvent donner lieu à différentes interprétations, d'une part et, de l'autre, elles évoluent. Leur objectif, en tout cas, reste l'intérêt du consommateur. En l'occurrence, le bien-être du consommateur visé par le législateur est économique. Il se traduit par la baisse des prix des produits, l'amélioration de leur qualité et aussi par la multiplication de ses choix rendue possible par l'innovation.

Dans la position classique du droit de la concurrence, il s'agissait de faire respecter à la lettre les dispositions législatives, reléguant ainsi au second plan leur but final qui est la satisfaction et la protection du consommateur comme le prévoit l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*. C'est ainsi que l'exclusivité, avec ses effets tels le pouvoir de marché, la position dominante et les barrières à l'entrée, était formellement interdite comme l'indique l'article 77(2) de la *Loi sur la concurrence*. Cette approche imprégnée de juridisme a évolué sous l'influence de l'analyse économique tant dans le droit de l'Union européenne qu'en celui des États-Unis et du Canada. Elle a fait place à une conception moderne du droit de la concurrence où le critère d'appréciation de la concurrence dans la distribution exclusive demeure l'efficacité économique qui est déterminée par la mise en balance des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels.

Cette seconde partie de notre étude comprend deux chapitres. Le premier est consacré à l'examen des fondements économiques du droit de la concurrence et le second à celui de l'évolution du droit de la concurrence dans la distribution exclusive sous l'influence des récentes théories économiques.

CHAPITRE 3 : Les fondements économiques du droit de la concurrence dans la distribution exclusive

L'efficacité économique a toujours constitué une référence pour le législateur et les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence¹⁸⁹. René Savatier considérait comme un devoir et une nécessité pour les juristes d'ouvrir leurs fenêtres sur l'économie : « de même que les juristes ne peuvent construire un droit assimilable qu'en partant du donné de l'économie politique », « de même les économistes ne peuvent construire une économie politique exacte qu'en partant de la connaissance précise du sens des mots que, par la force des choses, ils empruntent aux institutions juridiques¹⁹⁰ ».

Cette ouverture devient plus délicate quand on doit déterminer l'influence de l'économie sur le droit de la concurrence. La concurrence entre des acteurs commerciaux constitue une activité économique qu'il revient au droit de réglementer. La rencontre du droit et de l'économie apparaît donc inévitable¹⁹¹. Seriaux soutient la thèse que le droit et l'économie constituent une science unique¹⁹². Aussi le juste équilibre entre les effets anticoncurrentiels¹⁹³ et les gains en efficacité découlant de la distribution exclusive doit-il être retrouvé à travers cette science. En un mot, la concurrence dans la distribution exclusive ne peut être expliquée que par une analyse économique. Dans cette perspective,

¹⁸⁹ Au Canada on peut lire à l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2: « La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits ».

¹⁹⁰ René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959, no 61, p 92 et no 67, p 99.

¹⁹¹ Christian MOULY, « Présentation du colloque. L'analyse économique du droit », (1987), *R.R.J.*, p.413.

¹⁹² Alain SERIAUX, « Droit et économie. Sur l'unité de deux disciplines » (2000), *R.R.J.*, p 887.

¹⁹³ Les effets anticoncurrentiels de la distribution exclusive ont été considérés au premier chapitre.

nous allons dans ce chapitre nous intéresser au cheminement des théories économiques vers une définition opératoire de la concurrence (3.1). Ensuite, nous analyserons la notion de marché pertinent au regard de l'analyse économique (3.2) pour bien appréhender le raisonnement économique qui est intégré dans la structure du marché de la distribution exclusive (3.3).

3.1) Le cheminement des théories économiques vers une définition opératoire de la concurrence

La théorie économique, il faut l'admettre, présente des arguments particulièrement intéressants pour déterminer les contours du marché et des instruments microéconomiques adaptés pour mesurer ses concepts. Aussi, la conception juridique de certaines notions, comme le marché pertinent doit-elle s'en inspirer.

3.1.1) L'analyse économique du droit

L'analyse économique, selon Grégory Maitre, «représente un outil de réflexion particulièrement utile au juriste. Cet outil est de nature méthodologique et n'est pas sans lien avec le droit comparé [...] Par conséquent, l'analyse économique du droit n'est ni du droit, ni de l'économie, mais une discipline à part entière, qui transcende ces deux matières¹⁹⁴». Nous ajoutons que l'analyse économique n'est qu'un instrument de justification, d'explication : « c'est une aide technique, qui ne saurait se substituer au raisonnement juridique¹⁹⁵ ». Il ne s'agit que d'enrichissement, d'apport¹⁹⁶.

Les fondements économiques du droit de la concurrence sont abordés par de nombreux auteurs¹⁹⁷. Gerber indique que «les objectifs du droit de la concurrence sont

¹⁹⁴ Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 283.

¹⁹⁵ Bruno OPPETIT, «Droit et économie», (1992), 37, *Arch. phil. dr.*, p 26 .

¹⁹⁶ Alain COURET, «Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés» (1984), *Rev. soc.*, p. 243.

¹⁹⁷ Pour citer quelques références : I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.1698; Anne-Lise SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique*

déterminés par la seule théorie économique, de sorte que ne reste en débat que le contenu de cette théorie. Ceux qui envisagent d'autres objectifs perdent toute crédibilité¹⁹⁸». Les fondements économiques du droit de la concurrence, nous devons le souligner, dans le contexte de la distribution exclusive, font l'objet d'un consensus parmi les autorités européenne et américaine de concurrence¹⁹⁹. Le concept de la concurrence a été au centre des confrontations entre les partisans d'une intervention plus active du droit de la concurrence et leurs opposants de l'École de Chicago. Pour cette raison, la détermination de la place qui lui est accordée en droit de la concurrence doit être expliquée par les structures économiques qui sont mises en place.

3.1.2) Les structures économiques contemporaines

Les considérations relatives à la concurrence développées aux deux précédents chapitres laissent entrevoir que la concurrence dans la distribution exclusive pose problème eu égard au droit classique de la concurrence²⁰⁰ et peut donner lieu, sous une forme ou sous une autre, à des interventions, d'ailleurs souvent tâtonnantes, des autorités de la concurrence. La raison c'est que cette forme organisationnelle qu'est la distribution exclusive répond beaucoup plus aux normes fondées sur la structure économique contemporaine du marché plutôt qu'à celles relatives à la structure traditionnelle. Pour bien comprendre le fonctionnement de la structure contemporaine du système économique nous devons remonter à l'hypothèse de la concurrence pure et parfaite.

en droit de la concurrence, Paris, L.G.D.J., 2008, p.883. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse Économique du Droit*, préc., note 23, No 294 et s., p.81-117.

¹⁹⁸ David J. GERBER, Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence, dans G. CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., note 118, p.111.

¹⁹⁹ Pour avoir une idée de ce consensus on peut lire: Bo VESTERDORF, « Economics in Court: Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », dans Martin JOHANSSON, Nils WAHL et Ulf BERNITZ, *Liber amicorum in honour of Sven Norberg. A European for all seasons*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p 511-530.

²⁰⁰ Eu égard à la position classique de la loi nous avons envisagé les aspects anticoncurrentiels de la distribution exclusive au premier chapitre et la pratique concurrentielle qui s'y dégage au 2^{ème} chapitre.

3.1.2.1) *La concurrence pure et parfaite*

La concurrence pure et parfaite est un modèle théorique simplifié auquel les économistes ont recouru pour procéder à l'étude de la notion de marché. Ce modèle résulte des théories classique et néoclassique, il correspond à la situation dans laquelle offre et demande concordent à la perfection²⁰¹. Mais ce modèle se rencontre très peu dans la réalité. Comme toujours avec les modèles, la question est de savoir s'il capte toujours certains traits essentiels. Il s'agit d'une situation de marché qui constitue une sorte d'idéal vers lequel les autorités de la concurrence cherchent à faire tendre le marché. En ce sens, la concurrence pure et parfaite suppose un réseau de conditions structurelles précises et rigoureuses telle l'atomicité du marché. Le marché est atomisé lorsque les acheteurs et les vendeurs sont en si grand nombre qu'aucun d'eux, pris individuellement, n'a de pouvoir ni d'influence sur le marché, en particulier sur le prix du marché. Le prix est alors, pour chaque entreprise, entièrement déterminé par le jeu de l'offre et de la demande, et sur lequel aucune de ces entreprises n'a d'influence. Si l'une d'elles décidait d'augmenter ses prix, les demandeurs se tourneraient vers un autre vendeur. C'est donc l'ensemble des comportements des agents économiques qui détermine le prix du marché²⁰².

La condition d'atomicité du marché rend très difficile tout rapprochement entre entreprises, toute organisation contractuelle, et, partant, écarte toute exclusivité contractuelle. Aujourd'hui, la doctrine économique est unanime à trouver ce modèle «théorique et presque caricatural, surdéterminé et ne laissant pas de place à la stratégie propre des agents²⁰³». Différentes théories sont alors proposées pour répondre à la défaillance de ce système, notamment la théorie de la concurrence contestable qui récuse la condition d'atomicité du marché. La théorie de la concurrence contestable et donc de la possibilité effective d'entrer dans un marché est uniquement fondée sur la liberté d'entrée et de sortie du marché. La condition d'atomicité disparaît ; l'intensité de la concurrence

²⁰¹ Pierre DELFAUD, *Les théories économiques*, Paris, PUF, 1986, p.38.

²⁰² Emmanuel COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, p.30-34.

²⁰³ Yves MORVAN, *Fondements d'Économie Industrielle*, Paris, Économica, 1985, p 117.

ne dépend plus du grand nombre d'opérateurs, ni de l'homogénéité du produit²⁰⁴. Il ne s'agit donc plus, désormais, de promouvoir une concurrence pure et parfaite, mais de privilégier l'efficacité économique, c'est-à-dire une plus grande satisfaction des consommateurs²⁰⁵ ; la concurrence devient un moyen d'y contribuer. L'ordre juridique, il faut le mentionner, s'est montré sensible à cette évolution en admettant par l'analyse économique l'apport des rapports verticaux à la promotion de l'efficacité²⁰⁶. Afin de bien différencier l'aspect économique de l'aspect juridique, il convient d'envisager la conception économique et juridique du marché qui anime, à l'évidence, la structure économique contemporaine.

3.1.2.2) Le marché vu sous l'angle économique

Sur le plan économique la définition classique du marché s'articule autour de trois éléments :

1-l'existence d'une procédure d'échange des biens et services et des droits de propriété afférents,

2-l'offre de moyens d'information de la clientèle potentielle quant à la disponibilité à la vente de certains biens, dans une certaine quantité pour un certain niveau de qualité et de prix, ainsi que

3- la possibilité d'informer les offreurs de l'éventuelle existence d'une demande potentielle pour leurs produits²⁰⁷.

²⁰⁴ Voir à cet effet : William J. BAUMOL, John PANZAR, et Robert WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Toronto, Harcourt Brace Jovanovich, 1982, p 510.

²⁰⁵ Michel GLAIS, «Intervention sur la finalité économique de la réglementation de la concurrence», (1985), no 85, *Revue Conc. Cons.*, p 72.

²⁰⁶ Valentine KORAH et Warwick ROTHNIE, *Exclusive distribution and the EEC Competition Rules: Regulations 1983/83 & 1984/83*, London, Sweet and Maxwell, 1992, p 377.

²⁰⁷ A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, préc., note 8, p194-202.

Dans la pensée économique contemporaine, cette définition du marché a été largement reprise pour admettre que le marché est le moteur du système économique; il permet de répondre à la question de savoir quelle est la destination des ressources, comment elles sont affectées au système productif et comment sont alloués les gains générés. En ce sens, nous devons parler d'une économie décentralisée, caractérisée par le libre jeu de l'offre et de la demande. Tandis que l'économie centralisée ou planifiée est une économie où c'est le pouvoir qui décide de la quantité de biens à produire et du prix du bien, «une économie décentralisée, caractérisée par le libre jeu de l'offre et de la demande, est une économie dans laquelle, d'un côté chacun des consommateurs poursuit son intérêt en allouant son budget de la façon qui lui convient entre les différents biens et services offerts et dans laquelle, de l'autre côté, chacun des producteurs poursuit son propre intérêt en décidant ce qu'il va produire, comment il va produire, combien il va produire et à quel prix il va offrir ses biens sur le marché»²⁰⁸. Il nous faut souligner que c'est cette liberté d'agir des acteurs économiques qui produit la concurrence laquelle est la source des bienfaits de l'économie de marché. Cette liberté influence la demande et, par conséquent, elle agit aussi sur l'offre dont le but est de répondre à la demande. Chaque entreprise peut modifier sa stratégie en vue d'accroître sa part de marché.

En application de cette définition, il nous faut évaluer l'incidence de l'exclusivité sur la structure du marché. Or, pour déterminer si l'exclusivité contrôlée renforce ou réduit substantiellement la concurrence, il faut isoler le marché sur lequel interviennent l'exclusivité et l'éventuel renforcement ou réduction de la concurrence, c'est-à-dire le marché pertinent. La concurrence, que ce soit en affaires ou en tout autre domaine, n'existe qu'entre des acteurs qui poursuivent un même but, qu'entre des joueurs qui se partagent un même terrain. Ainsi, il n'est possible d'apprécier la concurrence et de mesurer ses variations qu'en regard d'une zone d'action bien définie²⁰⁹. Ce qui revient à dire, «les possibilités de concurrence ne [peuvent] être appréciées qu'en fonction des

²⁰⁸Frédéric JENNY, «Pratiques verticales, restrictives, concurrence et efficience», (1989), no 4, *Cahiers de droit de l'entreprise*, p.5.

²⁰⁹ C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise. Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, préc., note 28, p.275.

caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits²¹⁰».

Il faut admettre que bon nombre de travaux des économistes relatifs au marché offrent un cadre d'analyse particulièrement utile à la compréhension de la notion de l'efficacité économique. C'est pourquoi avant d'examiner la notion de marché pertinent nous allons considérer la conception de l'efficacité économique et les différents aspects qu'elle présente.

3.1.3) La notion de l'efficacité économique

«L'efficacité économique peut être définie, en un sens général, comme la propriété d'un processus (de production ou de répartition) qui tire le meilleur parti de chaque ressource disponible. L'efficacité est donc une propriété qui concerne le choix et l'utilisation de moyens en vue d'une fin déterminée»²¹¹.

L'efficacité économique est un des objectifs fondamentaux de la *Loi sur la concurrence* au Canada²¹². L'origine de cet objectif d'efficacité se trouve dans le rapport du Conseil économique du Canada qui préconisait que l'objectif de la politique relative à la concurrence devrait être d'obtenir le rendement le plus efficace possible de l'économie et d'éviter le gaspillage économique²¹³. Le concept d'efficacité économique est, en ce sens, assimilé à la notion de la maximisation de la richesse, qui elle-même est jugée par la

²¹⁰ *Europemballage Continental Can c. Commission*, C.J.C.E., 6/72, 21 février 1973, Rec. p.215.

²¹¹ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc, note 197, p.91.

²¹² Article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2 : «La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits».

²¹³ CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p11.

science économique «plus opérationnelle qu'une définition plus large de la notion d'efficience²¹⁴

3.1.4) Les différents aspects de la notion d'efficience économique

L'efficience économique²¹⁵ revêt trois aspects: l'efficience d'allocation, l'efficience de production et l'efficience d'innovation. Il y a efficience d'allocation lorsque les biens ou les services correspondent en quantité et en qualité à ceux que les consommateurs désirent le plus, ce qui est reflété par le prix qu'ils sont disposés à payer sur le marché. L'efficience de production désigne la capacité de produire (et de distribuer) aux coûts les plus bas, en utilisant le moins de ressources possible. L'efficience d'innovation correspond à la faculté de répondre aux changements des préférences chez le consommateur et de tirer profit du progrès et du développement technologique. Nous devons maintenant considérer la conception adoptée par le Bureau de la concurrence en matière d'efficience qui ne retient, en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*²¹⁶, que deux grandes catégories de gains en efficience: les gains de productivité et les gains en efficience dynamique²¹⁷.

3.1.4.1) Les gains de productivité

«Les gains de productivité sont la somme des économies qui permettent de réduire le coût unitaire de production²¹⁸». Ces gains en efficience peuvent être mesurés de manière quantifiable, vérifiés objectivement et corroborés par des données techniques, comptables

²¹⁴ I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.6.

²¹⁵ Pour une bonne compréhension de la notion d'efficience économique voir: A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., note 197, no 114 et s.

²¹⁶ Cet article porte sur les fusions mais une approche comparative peut nous aider à mieux appréhender la position des autorités législatives de la concurrence vis-à-vis de la notion d'efficience.

²¹⁷ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Fusions, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 2004, par. 2.1- 2.2.

²¹⁸ Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc, note 4, p.355.

ou autres. Les gains de productivité peuvent notamment résulter d'économies de coûts variables et de coûts fixes à l'échelle des produits.

Lorsque le Bureau de la concurrence évalue les économies de coûts²¹⁹, qu'ils soient variables ou fixes, il examine les allégations concernant :

- a) Les économies d'échelle, soit les réductions du coût unitaire moyen à l'échelle des produits et de l'usine grâce à un accroissement de la production. (Les économies d'échelle ont été définies dans l'affaire *Hillsdown*²²⁰)
- b) Les économies liées à la rationalisation des diverses fonctions administratives et de gestion (ventes, commercialisation, comptabilité etc...)
- c) Les économies liées à la distribution, à la publicité et aux activités de financement.

Cette liste étant très longue à citer, elle n'est pas exhaustive²²¹ ; de façon générale quand il s'agit de gains, toutes les dépenses engagées par les parties pour réaliser les économies escomptées doivent être déduites du total de la valeur des gains en efficience afin de rendre ces économies de coût réelles²²².

²¹⁹ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Fusions, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, préc., note 217, par. 2.13.

²²⁰ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289, (21 février 1991), no CT-9101/8 (Trib. Conc).

²²¹ Pour une liste de gains en efficience considérés admissible par le Commissaire de la concurrence voir : Paul S. CRAMPTON, *Mergers and the Competition Act*, Toronto, Carswell, 1990, p. 510-514.

²²² Voir par exemple *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, (2002) C.C.T.D. no 10; (2001) 3 C.F. 185; (2000) D.T.C.C. no 15. Dans cette affaire le tribunal a déduit certains frais de gestion parce qu'ils représentaient des paiements de rémunération se rapportant à l'exécution de services de gestion supplémentaires.

3.1.4.2) Les gains en efficacité dynamique

«Les gains touchant l'efficacité dynamique sont ceux qui découlent à long terme de l'élaboration de meilleurs procédés de production²²³». L'efficacité dynamique est imputable à la création de nouveaux produits ou de technologies plus performantes. Elle est atteinte lorsque sont développés, grâce à l'innovation, des produits moins chers ou de meilleure qualité, qui offrent aux consommateurs la même ou une plus grande satisfaction que celle qu'ils tiraient auparavant des anciens produits. Il s'agit, en pratique, de mettre à jour de nouveaux procédés pour accroître la productivité et réduire les coûts.

Le Bureau de la concurrence examine les allégations relatives à des gains touchant l'efficacité dynamique, y compris les gains découlant d'un lancement optimal de nouveaux produits, de l'élaboration de procédés de production plus efficaces et de l'amélioration de la qualité des produits et du service²²⁴. Étant donné que les gains en efficacité dynamique sont difficiles à quantifier, le Bureau de la concurrence se base surtout sur les documents préparés dans le cours normal des affaires pour évaluer la concurrence vu que c'est «l'aspect qualitatif qui est généralement pris en compte dans l'examen des gains touchant l'efficacité dynamique²²⁵». Il me semble qu'à lui seul cet aspect ne justifie pas l'efficacité et que c'est peut être dans cet ordre d'idées que la doctrine a retenu l'efficacité allocative.

3.1.4.3) L'efficacité allocative

L'efficacité allocative est atteinte lorsque chaque ressource est orientée, grâce au mécanisme des prix, vers son usage le plus valorisé²²⁶. Dire que chaque ressource est attribuée à celui qui la valorise au plus haut signifie qu'elle l'est à celui qui peut et veut en donner le prix le plus élevé. L'efficacité allocative porte ainsi sur le résultat auquel

²²³ Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc, note 4, p.356.

²²⁴ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Fusions, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, préc., note 217, par. 2.10.

²²⁵ Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc, note 4, p.356.

²²⁶ Voir en ce sens : D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *Économie industrielle*, préc., note 100, p.117.

aboutit le processus économique dans la distribution exclusive. Ce processus s'identifie au principe de la maximisation de la richesse²²⁷. Vue sous cet angle l'atteinte du seuil d'efficience allocative est matérialisée par le point de rencontre du prix du marché et du coût marginal réel du produit²²⁸. Ce point de rencontre exerce, certes, une influence déterminante dans l'analyse de la concurrence mais n'explique pas à lui seul la fonction économique de concurrence fondée sur la structure du marché. Pour cette raison, le concept de marché pertinent doit être envisagé, car il est le point de départ de toute analyse en droit de la concurrence.

3.2) La notion de marché pertinent au regard de l'analyse économique

Le concept de marché pertinent désigne le territoire à l'intérieur duquel les entreprises vendent leurs produits. Sa principale fonction est de déterminer le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises²²⁹. «Le marché pertinent (dans sa dimension de marché du produit) est un concept distinct de celui de secteur qui regroupe l'ensemble des entreprises ayant la même activité principale (mais) [...] ne permet pas de dresser le tableau complet d'offreurs, puisque le secteur, de par sa définition même, ne prend pas en considération les entreprises qui n'exercent pas à titre principal l'activité en cause²³⁰».

Comme le fait remarquer la Commission européenne, «le concept de marché en cause est étroitement lié aux objectifs poursuivis dans le cadre de la politique de concurrence communautaire²³¹». Sa définition en droit de la concurrence constitue un instrument

²²⁷ I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.6-7.

²²⁸ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, préc., note 202, p.30-34.

²²⁹ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOUE no C 372 du 9 décembre 1997, point 3, p.5.

²³⁰ Laila BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001, p 146-147.

²³¹ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, préc, note 229, point 11, p.5.

permettant d'examiner l'existence d'une atteinte à la concurrence²³². Ainsi, «la délimitation du marché n'est pas une opération préalable au contrôle mais fait partie intégrante de celui-ci ; elle n'a pas de fin en soi mais tend à vérifier si un pouvoir de monopole peut être exercé dans le secteur concerné; tel le secteur de la distribution exclusive. Dans cette perspective, l'adaptation des contours du marché constitue le moyen de mieux rendre compte de la réalité économique²³³». Cette considération de la notion semble indiquer une différence d'approche entre le droit et l'économie, voyons si l'introduction de l'analyse économique dans la définition du marché pertinent respecte la spécificité de l'approche juridique.

3.2.1) Évolution de la définition économique du marché pertinent

Le marché pertinent a d'abord été un concept économique²³⁴, avant de devenir un concept du droit de la concurrence. La notion de marché pertinent est apparue en 1948 dans l'arrêt *Columbia Steel*²³⁵ de la Cour Suprême américaine. Depuis, la notion a été transposée en droit étranger, notamment en droit européen²³⁶. Cependant, en raison de la méthodologie différente des deux disciplines, la réception d'un concept économique en droit peut créer des difficultés. Pour reprendre l'expression de Frédéric Jenny, l'économiste utilise une méthode «hypothético-déductive» pour définir le marché pertinent²³⁷. Cette approche s'appuie sur la loi de l'offre et de la demande en vertu de

²³² *Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques*, JOUE no C 165 du 11 juillet 2002, p6.

²³³ Louis VOGEL, «Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence», (1994), no 6, 3737, *J.C.P.*, 1994, p73.

²³⁴ Pour une analyse et les critiques à la notion de marché pertinent, voir : Michel GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'Économie et de Droit de la Concurrence*, Paris, PUF, 1983, p267-278.

²³⁵ *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, (1948).

²³⁶ L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, préc., note 230, p.1-700.

²³⁷ Frédéric JENNY, «Préface de la thèse» de L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, préc., note 230, p.II.

laquelle les consommateurs, lorsqu'ils sont confrontés à l'augmentation du prix d'un produit, portent leur choix sur un produit moins cher²³⁸. Ils recourent, dans ce cas, à un produit substitut c'est-à-dire qui est capable de satisfaire leurs besoins en lieu et place du produit initial. Ce comportement du consommateur a pour effet de stimuler la concurrence car il fait déplacer la demande du produit initial vers un bien substitut. Cette méthode est cependant difficile à faire accepter à des juristes qui doivent étayer leur définition du marché à partir de preuves solides²³⁹.

Toutefois, selon la Commission européenne, le marché pertinent permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce, et doit être jugée, la concurrence entre entreprises. L'objet principal du marché pertinent est donc de percevoir de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises²⁴⁰. Ainsi l'approche des autorités européennes²⁴¹ et américaines²⁴² consiste à s'appuyer sur une analyse concrète et approfondie des produits et des zones géographiques à étudier. C'est avec ce concept qu'on va déterminer s'il y a entrave à la concurrence.

3.2.1.1) La notion de marché pertinent dans le droit américain

La définition du marché pertinent est une étape essentielle de l'analyse en droit américain de la concurrence. Une des premières affaires dans laquelle le marché pertinent a été minutieusement étudié est celle de *Du Pont de Nemours*²⁴³ (dit affaire de la

²³⁸ M. GLAIS, *Intervention sur la finalité économique de la réglementation de la concurrence*, préc., note 205, p 72.

²³⁹ F. JENNY, préface de la thèse de Laila BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, préc , note 230, p.II.

²⁴⁰ *Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, préc., note 229, p.5.

²⁴¹ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, préc., note 229.

²⁴² Michael DINGER, *The 1992 horizontal merger guidelines*, Chicago, American Bar Association, 1992, p. 1-58.

²⁴³ *United States v. El Du Pont de Nemours & Co*, 351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994, 100L.Ed.1264 (1956).

cellophane) qui est à l'origine de l'introduction d'instruments sophistiqués pour procéder à la délimitation du marché pertinent.

Dans l'affaire *Du Pont de Nemours*, la question centrale était de savoir si Du Pont de Nemours détenait un monopole sur le marché de la cellophane. Le problème sous-jacent résidait dans l'identification du marché des produits sur lequel Du Pont de Nemours était actif. Le gouvernement américain, qui devait établir l'existence d'un monopole au profit de Du Pont de Nemours, avançait que la détention de 75% du total de la production américaine de cellophane par Du Pont de Nemours constituait, de prime abord, une preuve de son pouvoir de monopole. L'argumentaire de Du Pont de Nemours consistait, au contraire, à affirmer que la cellophane ne constituait pas à elle seule un marché pertinent de produit puisque ce matériel était en concurrence directe avec d'autres matériaux d'emballage, comme le papier aluminium, le papier sulfurisé, le film alimentaire et le polyéthylène et que, par conséquent, le marché pertinent de produit devait les englober tous. Du Pont de Nemours concluait qu'il ne détenait pas de monopole sur un tel marché.

La Cour Suprême, en se prononçant sur le pouvoir de monopole de l'entreprise Du Pont de Nemours dans la fixation du prix de la cellophane, a considéré que cette compagnie n'avait pas de pouvoir de monopole car le prix pratiqué offrait aux utilisateurs la possibilité d'acheter de nombreux substituts, comme le papier d'emballage. La Cour a ainsi consacré la substituabilité comme notion clé de la définition du marché pertinent et a adopté une conception large de l'identité matérielle des produits interchangeables en recherchant si les différents produits pouvaient raisonnablement, pour la même utilisation, être substitués les uns aux autres aux yeux des consommateurs.

En procédant à la définition du marché pertinent, La Cour Suprême a donc utilisé la notion d'élasticité croisée de la demande pour déterminer le degré de substituabilité entre les deux produits. «What is called for is an appraisal of the cross-elasticity of demand in the trade. The varying circumstances of each case determine the result. In considering what is the relevant market for determining the control of price and competition, no more definite rule can be declared than that commodities reasonably interchangeable by

consumers for the same purposes make up that part of the trade or commerce, monopolization of which may be illegal [...] An element for consideration as to cross-elasticity of demand between products is the responsiveness of the sales of one product to price changes of the other»²⁴⁴.

3.2.1.2) La notion d'élasticité croisée de la demande

La notion d'élasticité croisée est un concept distinct de celui de l'élasticité-prix directe, consiste à mesurer le pourcentage de variation de la quantité de produit offerte en réponse à une variation du prix du même produit²⁴⁵. Cette notion sert à déterminer l'existence d'un pouvoir de marché au profit de l'entreprise en question. Comme l'entreprise fonctionne dans le cadre d'un marché il est nécessaire de connaître l'élasticité croisée de la demande pour déterminer les effets d'une augmentation de ses prix sur la quantité des produits vendue par une entreprise. L'élasticité croisée est, en ce sens, un indicateur du degré de substitution de deux produits du point de vue des consommateurs. Elle permet de mesurer le pourcentage de variation de la quantité demandée d'un produit en réaction à une variation du prix d'un produit différent.

La logique de l'utilisation de ce critère a été clairement justifiée par la Cour Suprême américaine dans l'arrêt *Du Pont de Nemours*: «If a slight decrease in the price of cellophane causes a considerable number of customers of other flexible wrappings to switch the cellophane, it would be an indicate that a high cross-elasticity of demand exists between them; that the products compete in the same market²⁴⁶».

En d'autres termes, si, à la suite d'une augmentation des prix de la cellophane, un acheteur de cellophane transfère son achat vers une autre catégorie d'emballage, cela signifie que les deux produits font partie du même marché. En l'espèce, la Cour a estimé qu'en cas d'augmentation du prix de la cellophane, les consommateurs de celle-ci se

²⁴⁴ *United States v. El Du Pont de Nemours & Co*, préc., note 243.

²⁴⁵ Voir à ce sujet: Pierre PICARD, *Éléments de microéconomie, Théorie et applications*, 2^e éd, Paris, Montchrestien, 1990, p 253-307.

²⁴⁶ *United States v. El Du Pont de Nemours & Co*, préc., note 243.

seraient tournés vers le papier sulfurisé ou le film alimentaire ; le marché pertinent devait donc s'étendre au-delà de la seule cellophane. A notre avis, l'argument selon lequel une forte élasticité croisée permet d'établir si deux produits sont substituables exige que les deux produits en cause soient, tous deux, vendus à des prix abordables sinon le consommateur peut différer son achat ou y renoncer dépendamment du besoin.

Nous devons quand même ajouter que la Cour a, par la suite, modifié les critères de substituabilité auxquels elle faisait appel dans la jurisprudence *Du Pont de Nemours*. Elle juge désormais l'interchangeabilité des produits à partir des critères centraux que sont l'utilisation du produit et ses caractéristiques²⁴⁷. Quant à l'instrument de l'élasticité croisée, il ne doit être utilisé que si les produits sont raisonnablement interchangeables, c'est-à-dire capables de satisfaire un même besoin et ont tous deux des prix abordables. Pour éviter toute difficulté, les Merger Guidelines ont adopté le test «Small but Significant Non Transitory Increase in Price» (SSNIP) afin de définir le marché²⁴⁸.

Selon ce test il faut procéder par tâtonnements, en partant d'un périmètre de produit initial défini le plus étroitement possible, en fonction du type de bien que chaque entreprise partie à l'opération commercialise, pour envisager l'existence d'un monopoleur hypothétique qui procède à une augmentation faible mais significative et non temporaire des prix dans une proportion de 5% à 10%. Tout comme en droit américain, la substituabilité des produits est, en droit de l'Union européenne, l'élément fondamental de la définition du marché pertinent.

3.2.1.3) La notion de marché pertinent dans le droit européen de la concurrence

La définition du marché pertinent, compte tenu de l'objectif de l'efficacité économique, embrasse toutes les sources d'approvisionnements susceptibles de faire obstacle à l'exercice du pouvoir de marché et ainsi à l'augmentation du prix du produit²⁴⁹.

²⁴⁷ Voir à ce sujet: *United States v. Grinnel Corp*, 384 U.S. 563, 86 S.Ct. 1698, 16 L.Ed 778 (1966)

²⁴⁸ Pour une meilleure compréhension consulter : OXERA, The SSNIP Test: Some Common Misconceptions, disponible sur le site <http://www.oxera.com>

²⁴⁹ J. XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, préc., note 3, p 110-111.

Elle doit non seulement spécifier le produit concerné, c'est-à-dire le marché du produit mais aussi la zone géographique à prendre en compte pour évaluer le degré de concurrence dans la détermination du prix du produit (marché géographique).

«Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingués de zones géographiques voisines parce que, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable²⁵⁰». Et «le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés²⁵¹».

La méthode d'appréciation du marché pertinent dans le droit de la concurrence de l'union européenne est très proche de celle de la Cour Suprême américaine, si deux produits sont physiquement très différents et ne peuvent pas être utilisés pour servir les mêmes fins, ils ne peuvent pas être considérés comme des substituts. La Cour de justice européenne a pleinement consacré la notion de produit de substitution dans l'affaire *Continental Can*²⁵². En l'espèce, la Commission européenne avait estimé que le marché en cause couvrait les emballages légers pour conserves de viande et de poissons ainsi que les bouchages métalliques pour bocaux de verre. La Cour infirma cette décision car la Commission n'avait pas étayé sa décision par rapport au critère fondamental de la définition du marché pertinent, à savoir que : «la détermination du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient peu interchangeables avec d'autres produits»²⁵³.

²⁵⁰ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, préc., note 229, point 10.

²⁵¹ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, préc., note 229, point 8.

²⁵² *Europemballage Continental Can c. Commission*, C.J.C.E., préc., note 210.

²⁵³ *Europemballage Continental Can c. Commission*, C.J.C.E., préc., note 210.

L'examen concurrentiel s'opère ainsi en fonction de la situation du marché et non des buts poursuivis par l'entreprise. Il ne s'agit pas de sanctionner une action préjudiciable à un agent économique mais de sanctionner un abus de structure, c'est-à-dire une action préjudiciable à la structure de la concurrence²⁵⁴.

Ce perfectionnement de la notion de marché pertinent dans le droit de l'Union européenne doit beaucoup à la jurisprudence américaine, qui accorde une place majeure à la question de la substituabilité des produits et à celle des territoires. Cependant, une différence tenant au type de substituabilité mis en exergue marque les deux droits.

Il nous faut d'abord préciser que la substituabilité peut exister du côté de la demande comme du côté de l'offre. Dans le premier cas, elle implique la possibilité pour des produits ou zones autres que ceux en cause d'être exploités de façon équivalente par les consommateurs dans une aire géographique donnée. Dans le cas de l'offre, elle signifie que d'autres entreprises sont en mesure, à court terme, de réorienter leur production vers le bien ou le territoire en cause. En droit européen, ces deux substituabilités ainsi que la concurrence potentielle sont prises en compte aux fins de la définition du marché pertinent. Au contraire, en droit américain, l'article 1.0 des *Horizontal Merger Guidelines* pose le principe selon lequel la définition du marché pertinent de produit s'intéresse aux seuls facteurs relatifs à la substitution de la demande, à savoir les facteurs concernant la possible réponse des consommateurs.

«A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and non transitory” increase in price, assuming the terms of sale all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test. The “small but significant and non transitory” increase

²⁵⁴ Sur cette distinction, voir sujet : Louis VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique, Étude comparative*, Paris, Économica, 1988, p.133-145.

in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of merger: it is not a tolerance level for price increases²⁵⁵».

Même si le droit de l'Union européenne précise que la substituabilité de l'offre et la concurrence potentielle trouvent essentiellement leur place dans la phase d'analyse complémentaire à la définition du marché, la Commission prévoit que «les contraintes au niveau de la concurrence qui découlent de la substituabilité de l'offre [...] et de la concurrence potentielle sont, en règle générale, moins immédiates et, du reste, commandent l'analyse de facteurs supplémentaires. En conséquence, de telles contraintes sont prises en compte lors de l'évaluation de l'analyse concurrentielle²⁵⁶».

Il ne fait aucun doute que la définition du marché pertinent est nécessaire pour déterminer les effets concurrentiels de l'opération commerciale. Après avoir mis en exergue la substituabilité ou l'interchangeabilité des produits ou territoires pour apprécier le marché pertinent, nous devons déterminer si ce critère fondamental en droit américain et européen est identique en droit canadien.

3.2.1.4) La notion de marché pertinent dans le droit canadien de la concurrence

Comme dans les droits américain et européen de la concurrence, la définition du marché pertinent au Canada a pour but de délimiter l'environnement concurrentiel des parties en compétition²⁵⁷. Les autorités canadiennes ont retenu des critères identiques à ceux des États-Unis et de l'Union européenne en adoptant une vision large de la notion de marché pertinent. Selon la doctrine au Canada, la définition du marché pertinent en tant que point de départ de toute analyse en droit de la concurrence peut s'avérer d'une grande complexité. C'est une définition qui comporte, comme les modèles étrangers, deux

²⁵⁵ Pour une étude comparative des facteurs retenus par le droit américain voir: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines*, issued April 2, 1992 and revised April 8, 1997, article 1.0.

²⁵⁶ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, préc., note 229, point 14.

²⁵⁷ Voir à ce sujet la décision de la Cour Suprême : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, (1992), 2R.C.S. 606.

aspects fondamentaux: le marché du produit et le marché géographique²⁵⁸. Pour l'application des dispositions de la *Loi sur la concurrence*, ces deux notions combinées servent à identifier «l'aire de jeu d'une entreprise²⁵⁹». La définition du marché pertinent revêt ainsi une importance capitale, puisqu'elle a un effet direct sur l'évaluation de la concurrence. Cependant, déterminer les composantes de la notion constitue un exercice complexe. Une définition trop étroite du marché pertinent sous-estime la concurrence réelle, alors qu'une définition trop large a l'effet contraire ; toute erreur dans la définition du marché pertinent peut entraîner une erreur dans l'appréciation du pouvoir de marché²⁶⁰ des acteurs commerciaux.

Tenant compte de la complexité de cette question²⁶¹, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*²⁶², reconnaît que la définition du marché pertinent peut «exiger une longue analyse»²⁶³. Ce raisonnement est, à notre avis, justifié car, si par exemple, «l'on retient une conception large du marché des loisirs, en arguant que le théâtre, le cinéma et la télévision partagent le temps limité des publics en quête d'un genre caractérisé de distractions, on peut isoler un marché des loisirs qui rassemblerait indifféremment ces trois loisirs. Au contraire, si l'on retient, en matière de médicaments, une approche étroite du marché pertinent, on pourrait considérer que l'industrie se ramifie en plusieurs milliers de marchés possibles, si l'on combine les

²⁵⁸ Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.122.

²⁵⁹ C. BOUCHARd, *Droit et pratique de l'entreprise, Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, préc., note 28, p.276.

²⁶⁰ Pour une bonne compréhension du «pouvoir de marché», voir: Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.284.

²⁶¹ A titre d'exemple de la controverse que peut susciter la définition du marché pertinent, voir les décisions du Tribunal de la concurrence et de la Cour d'Appel fédérale dans l'affaire *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam* (1992), 43 C.P.R. (3d) 161 (Trib.conc.) ; (1995) 3 C.F. 557 (C.A.F.) (1997) 1 R.C.S. 748.

²⁶² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 257.

²⁶³ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 257.

critères thérapeutiques et chimiques des médicaments avec leur mode d'administration, sans qu'aucune substitution ne soit possible»²⁶⁴.

Peu importe la complexité de cette question, il reste que la démarche utilisée par le Tribunal de la concurrence pour identifier le marché pertinent repose le plus souvent sur le critère de «l'élasticité croisée de la demande»²⁶⁵. Comme dans le droit américain et celui de l'Union européenne, ce critère est dans le droit canadien²⁶⁶ un indicateur économique classique du caractère substitutif des produits²⁶⁷. L'élasticité de la demande varie avec le nombre de produits alternatifs vers lesquels peuvent se tourner les consommateurs.

Pour le marché des produits en droit canadien, il faut inclure dans le marché pertinent les produits qui sont considérés comme des substituts proches du produit de l'entreprise en cause. Le critère de substituabilité des produits importe plus que celui relatif à des produits identiques. Dans l'affaire *Scott Paper/E.B. Eddy Forest Products*²⁶⁸, le Commissaire a conclu que le papier hygiénique, le papier mouchoir, les serviettes de table et le papier essuie-tout font partie du même marché de produit parce que leurs procédés de fabrication sont similaires et peuvent être rapidement ajustés selon le produit

²⁶⁴ A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, Préc, note 8, p.358.

²⁶⁵ Voir à cet effet les commentaires de C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, préc, note 28, p.277 qui a cité des décisions telles : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hilldown Holdings (Canada) Ltd*, préc., note 220; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*; préc., note 261; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, préc., note 98; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, préc., note 20; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada*, préc., note 53.

²⁶⁶ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, préc., note 261.

²⁶⁷ Pour une meilleure compréhension de cette notion économique au Canada voir : P.S. CRAMPTON, *Mergers and the Competition Act*, préc., note 221, p.271-280.

²⁶⁸ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Communiqué de presse no 10191* du 10 février 1989. Cette affaire est commentée par: Paul S. CRAMPTON, « Relevant Market Analysis in Recent Merger Branch Decisions» (1991), *Canadian Competition Law and policy at the Centenary*, Halifax, Institute for Research on Public Policy, p.267.

désiré. Ceci dit, en définissant le marché, on ajoute au produit initial ses substituts proches, qui sont aptes à diluer le pouvoir de marché.

Le Tribunal de la concurrence a, toutefois, tendance à tenir compte du critère de substituabilité des produits, non pas au stade de la définition du marché pertinent, mais dans le cadre de l'analyse de l'impact de l'opération commerciale sur la concurrence²⁶⁹. Par conséquent, plus le produit en question répond à un besoin spécifique ou possède des caractéristiques fonctionnelles précises, moins il y aura de substituts acceptables et moins le marché pertinent sera étendu. Le passage suivant de Roberts illustre bien ce principe :

«To simplify matters, it is convenient to think of the market for a product as a pool surrounded by a wall. The height of the wall is determined by consumer resistance to changing to another product. Each price increase raises the height of the water in the pool. If consumer resistance to change is low (and hence the wall is low), there will soon be a spillover toward substituting other products. But even if consumer resistance to change is high, and as a result the defendant has monopoly power, the same spillover will occur once the price is driven high enough²⁷⁰».

Si le principe posé en droit américain et européen paraît simple: au cœur de l'appréciation du marché pertinent se trouve un critère fondamental, celui de la substituabilité ou de l'interchangeabilité des produits ou territoires, dans le droit canadien, cette simplicité n'est, cependant, qu'apparente. En réalité, l'application de ce critère se révèle délicate. Déterminer si des produits sont suffisamment proches pour être inclus dans le même marché de produits dépend entièrement du type de substituabilité que l'on prend en compte.

²⁶⁹ Voir l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, Préc., note 261; où le Tribunal a indiqué que les entreprises qui peuvent rapidement et à peu de frais convertir leurs installations pour fabriquer le produit pertinent peuvent être incluses dans le marché pertinent.

²⁷⁰ R. Jack ROBERTS, *Roberts on Competition/Antitrust. Canada and the United States*, 2^e éd, Toronto, Butterworths, 1992, p 110.

La question la plus délicate à ce stade consiste à identifier tous les produits qui sont des substituts proches des produits vendus par les parties, ce qui permet de les inclure dans le même marché²⁷¹. La réponse est quand même entièrement aléatoire²⁷²: elle diffère selon que l'interchangeabilité concerne les caractéristiques propres aux produits, leur prix et leur évolution ou encore leur commercialisation.

Une telle question nécessite, à notre avis l'élaboration d'une méthodologie précise et détaillée de définition, reposant, entre autres, sur des tests économiques permettant d'échapper à toute définition arbitraire du marché. Ceci dit, le marché pertinent une fois défini en tant qu'instrument qui permet d'évaluer la concurrence, il serait intéressant de considérer l'apport de cette notion dans le marché de la distribution exclusive.

3.3) Le raisonnement économique intégré dans la structure concurrentielle du marché de la distribution exclusive

Les pratiques commerciales issues de la distribution exclusive semblent contrevenir aux règles de la concurrence vu qu'elles portent atteinte à la liberté contractuelle. Le distributeur exclusif ne peut vendre les produits fabriqués par le concurrent de son cocontractant et celui-ci s'engage à ne pas utiliser d'autres distributeurs sur le territoire accordé au distributeur exclusif. Cette restriction de la liberté est condamnée par l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*. La clause d'exclusivité de l'entente crée un monopole territorial en faveur de son bénéficiaire, du moins en ce qui concerne la marque en question. Or la *Loi sur la concurrence* interdit le monopole. Ce quasi monopole peut contribuer à augmenter le pouvoir de marché du producteur jusqu'à le placer en situation dominante en empêchant les producteurs concurrents ou potentiels de trouver des distributeurs expérimentés pour écouler leurs produits. Cette situation est ainsi susceptible de créer des barrières à l'entrée car le producteur en position dominante

²⁷¹ Pour une liste détaillée des différentes méthodes qui sont envisageables voir: P. S. CRAMPTON, *Mergers and the Competition Act*, préc., note 221, p.264-270.

²⁷² L'interchangeabilité fonctionnelle est une fonction caractéristique essentielle, mais non exclusive, du caractère substituable des produits. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, préc., note 261.

détient le pouvoir de modifier les prix dans des propres intérêts. La distribution exclusive nuit ainsi et à la concurrence intramarque et à la concurrence intermarques.

Dans la distribution exclusive, la définition du marché pertinent exige une approche plus méthodique qui consiste à examiner une série de facteurs permettant de tracer avec plus de certitude les frontières du marché en cause. D'un point de vue juridique, l'identification des critères pertinents pour définir ce marché est une question de droit mais il semble que la démarche adoptée par les autorités législatives de la concurrence soit empreinte du raisonnement économique relatif à l'existence de structures d'offre ou de demande²⁷³.

3.3.1) L'organisation de la structure de l'offre dans le marché de la distribution exclusive

L'économie industrielle nous enseigne que la pratique de prix supra concurrentiels est susceptible de découler de deux facteurs: un fort degré de concentration du marché et des barrières élevées à l'entrée du marché²⁷⁴. Ainsi, l'intensité concurrentielle du marché de la distribution exclusive peut être appréhendée sous ces deux angles distincts qui ont fait chacun l'objet de développements économiques issus d'écoles de pensée différentes : on rencontre, d'une part, le modèle de concurrence pure et parfaite et les conditions qu'il pose²⁷⁵, notamment celle de l'atomicité du marché. L'atomicité du marché incite à s'intéresser à la structure de ce marché et aux problèmes posés par sa délimitation. Il y a, d'autre part, la théorie des marchés contestables orientée vers une autre façon quelque peu différente de concevoir le marché²⁷⁶; cette théorie consiste à affirmer que les

²⁷³ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, préc., note 261.

²⁷⁴ Frederic M. SCHERER et David ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Dallas, Houghton Mifflin, 3rd edition, 1990, p.713.

²⁷⁵ Adam SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations (1776)*, Paris, Economica, 2000; Anne Robert Jacques TURGOT, *La formation et la distribution des richesses (1766)*, Paris, Flammarion, 1997, p.393; David RICARDO, *Des principes de l'économie politique*, Paris, Flammarion, 1992, p.508.

²⁷⁶ Pour une bonne compréhension de cette notion voir: W. J. BAUMOL, J. C. PANZAR et R. D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of industry Structure*, préc., note 204, p.510.

situations de marchés qui s'éloignent de la condition d'atomicité²⁷⁷ ne doivent pas être à priori considérées comme suspectes dès lors que la menace représentée par les entreprises absentes du marché²⁷⁸, mais susceptibles d'y faire leur entrée, est de nature à influencer la position de l'entreprise en situation de domination²⁷⁹.

Dans un tel cadre d'analyse, il convient d'évaluer la situation concurrentielle du marché de la distribution exclusive à partir des conditions d'entrée et de sortie de ce marché. Cette faculté pour les entreprises d'entrer librement sur un marché est, en conséquence de la théorie des marchés contestables, devenue un paramètre fondamental pris en compte par les autorités de concurrence dans le cadre de l'appréciation de la distribution exclusive²⁸⁰. Dans l'affaire *Bombardier*²⁸¹, par exemple, la Commission a conclu que compte tenu de sa part du marché de la production de motoneiges, de son importance historique au sein de l'industrie, de ses activités soutenues en matière d'innovation et de la grande notoriété de sa marque, l'intimée était un fournisseur important dans ce marché. Il en va de même dans l'affaire *Nutra Sweet*²⁸², qui portait sur une série d'ententes exclusives que l'intimée, de loin le plus important producteur et fournisseur d'aspartame au Canada, avait conclues avec presque tous les acheteurs de ce produit. Le Tribunal a examiné ces ententes au regard des articles 77 et 79 de la Loi sur la concurrence.

Quel que soit le cadre théorique dans lequel on se place, il apparaît nettement que les conditions relatives à l'entrée et à la sortie du marché sont essentielles pour juger du caractère concurrentiel d'un marché et des pratiques qui y ont lieu. La possibilité pour les

²⁷⁷ On peut citer les situations de monopole et d'oligopole.

²⁷⁸ Nous faisons référence aux différents types d'obstacles susceptibles d'être considérés comme des barrières à l'entrée.

²⁷⁹ Voir à ce sujet notre développement au premier chapitre. Nous avons démontré que l'exclusivité est susceptible de favoriser la position dominante.

²⁸⁰ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, préc., note 20.

²⁸¹ *Director of investigation and Research v. Bombardier Ltd.*, préc., note 41.

²⁸² *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra Sweet Co*, préc., note 20.

acteurs commerciaux d'entrer ou de sortir librement du marché permet en effet de déterminer s'il existe une concurrence, et, le cas échéant, quelle est son ampleur. Il apparaît que la phase de définition du marché pertinent sur lequel a lieu l'opération d'exclusivité, en aménageant une place primordiale à l'étude de la demande et des paramètres qui l'affectent, met généralement de côté la question de la substituabilité de l'offre quant à la potentialité de l'arrivée de nouveaux concurrents. Face à cette préoccupation, le droit de la concurrence de l'Union Européenne, à travers la Commission, a posé un critère de division d'un marché en sous-marché à travers le principe suivant:

«Au sein d'un large marché de produits, des sous-marchés peuvent exister qui constituent des marchés en cause aux fins de l'application des règles communautaires de la concurrence. La question essentielle est celle de savoir si le sous-marché est suffisamment distinct dans la réalité commerciale pour permettre à un fournisseur qui le domine d'exclure la concurrence ou de contrôler les prix²⁸³». La Commission semble avoir la volonté d'affirmer un critère gouvernant la division en sous-marché, mais il n'en demeure pas moins qu'il manque de clarté. Il en va de même dans le droit américain où la notion de sous-marché n'est pas tellement plus claire. Elle a été, cependant, pour la première fois, utilisée en matière de concentrations dans l'arrêt *Brown Shoe*²⁸⁴. La Cour Suprême y a jugé que si les frontières du marché pertinent devaient être déterminées à partir de l'interchangeabilité des produits et de l'élasticité croisée de la demande, le marché ainsi largement défini pouvait, cependant, donner lieu à la constitution de sous-marchés, qui devaient être considérés par les autorités en charge du contrôle comme autant de marchés pertinents. Cette préoccupation explique la tendance, au moins au premier abord, à envisager l'exclusivité dans une perspective concurrentielle qui se situe du côté de l'offre ; et la demande n'en est pas moins le paramètre complémentaire de

²⁸³ Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1994, no 546, p.835.

²⁸⁴ *Brown Shoe Co v. United States*, 370 U.S. 294, (1962).

l'offre, seule leur confrontation est à même d'expliquer le fonctionnement concurrentiel du marché de la distribution exclusive.

3.3.2) L'organisation de la structure de la demande dans le marché de la distribution exclusive

Selon le modèle classique de la mécanique des marchés²⁸⁵, offre et demande se rencontrent pour aboutir à la formation du prix. Puisqu'elle a une conséquence directe sur la formation des prix, la fonction de la demande constitue un élément essentiel dans le fonctionnement du marché de la distribution exclusive. Ses attributs doivent être envisagés afin d'évaluer le pouvoir de marché favorisé par l'exclusivité et son impact sur la concurrence. L'exercice d'un pouvoir de marché dans la distribution exclusive est conditionné par les caractéristiques propres à la fonction de la demande.

Le pouvoir de marché étant la capacité d'augmenter les prix à des niveaux supra concurrentiels, on peut en vérifier directement l'existence en évaluant le comportement commercial et la performance économique de l'exclusivité. Ces indices directs du pouvoir de marché, tels le niveau des prix, les politiques de prix et la marge de profits²⁸⁶, permettent d'apprécier dans quelle mesure la distribution exclusive peut stimuler des contraintes caractéristiques d'un environnement concurrentiel²⁸⁷.

Ces indices directs du pouvoir de marché ne sont pas toujours présents, ni concluants dans le marché de la distribution exclusive. L'examen du pouvoir de marché dans la distribution exclusive doit de ce fait s'appuyer sur d'autres sortes d'indices, que l'on qualifie d'indirects. Ce sont les parts de marchés et les barrières à l'entrée qui permettent

²⁸⁵ Emmanuel COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, préc., note 202, no 155, p.340.

²⁸⁶ *Polaroid Canada inc. c. Continent-Wide Enterprises Ltd.*, préc., note 107. Dans cette affaire le Tribunal de la concurrence relève qu'il est possible de mettre en place une politique de prix qui sert à protéger une structure de distribution.

²⁸⁷ Ces indices ont été considérés par le Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct Publications Inc.*, préc., note 63.

d'analyser les conditions structurelles et dynamiques de la concurrence du marché. En obiter dans l'affaire *Laidlaw*²⁸⁸, le Tribunal indique qu'à défaut de preuve convaincante de l'absence de barrières à l'entrée, une part de marché inférieure à 50% ne permet pas d'inférer le contrôle au sens de l'article 79 de la Loi sur la concurrence²⁸⁹.

Dans cette perspective, la détermination des parts de marchés, l'existence ou l'absence de barrières à l'entrée sur le marché de la distribution exclusive sont des facteurs déterminants de l'analyse concurrentielle. De façon plus explicite, disons que la démarche pour expliquer la concurrence dans la distribution exclusive consiste d'abord à déterminer si les acteurs commerciaux qui pratiquent l'exclusivité détiennent un pouvoir de marché qui les place en position dominante sur le marché pertinent. Délimiter le marché pertinent constitue, en ce sens, une phase essentielle de l'analyse de la concurrence.

3.3.3) La réalité concurrentielle de la distribution exclusive

Nous avons, jusqu'ici, tenté de faire ressortir l'apport, dans le cadre du droit de la concurrence, de la notion de marché pertinent pour analyser la concurrence dans la distribution exclusive. Cependant, son intégration au raisonnement fondant l'appréciation économique de l'exclusivité doit être rapprochée des gains en efficacité. Dans nos précédents développements, nous avons montré que la prise en considération des gains en efficacité relève de la théorie. Il ne s'agit plus seulement d'affirmer l'existence de ces gains mais de pouvoir les quantifier correctement en vue d'apprécier l'opération d'exclusivité. Ce calcul doit s'effectuer au cas par cas et se révèle fort complexe.

A ce niveau il est nécessaire de rappeler que les parties à l'opération commerciale peuvent utiliser l'exclusivité pour augmenter leur puissance sur le marché²⁹⁰. Il est également certain que les partenaires commerciaux qui ont l'espoir de créer une

²⁸⁸ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, préc., note 98.

²⁸⁹ L'article 79 de la *Loi sur la concurrence* est relatif à l'ordonnance d'interdiction dans les cas d'abus de position dominante.

²⁹⁰ Voir à cet effet le premier chapitre de notre travail.

puissance commerciale ne voudront pas l'admettre; il n'est donc guère utile de leur poser directement la question. Cependant, les parties peuvent prouver que l'opération générera de réels gains d'efficience, ce qui sera un élément de preuve crédible que les gains d'efficacité étaient le motif profond de l'opération, même si l'exclusivité produit des conséquences en termes de pouvoir de marché.

Par conséquent, il convient de mettre dans la balance les effets anticoncurrentiels, d'une part, et les gains en efficience découlant de cette pratique commerciale, d'autre part. Cette question fait, d'ailleurs, l'objet de débats au moins depuis la publication du *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* par le Conseil économique du Canada en 1969²⁹¹. Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence de l'affaire *Supérieure Propane*²⁹² du Tribunal de la concurrence a établi que la méthode des «coefficients pondérateurs»²⁹³ convient pour effectuer l'analyse comparative, mais qu'il ne s'agit pas nécessairement du seul critère approprié. La raison c'est que ces deux critères: surplus du consommateur et surplus total²⁹⁴ sont les deux critères les plus courants pour expliquer l'efficience économique dans la distribution exclusive. Le Tribunal a ainsi mis en œuvre dans ce cas d'espèce ce que la doctrine européenne a appelé le «bon sens économique»²⁹⁵.

Il va sans dire que la situation qui est, à notre sens, la plus révélatrice est celle où les acteurs commerciaux qui sont parties à l'exclusivité ne peuvent pas démontrer qu'il y aura des gains d'efficience, ce qui laisse apparaître la recherche d'un pouvoir de marché accru comme motif fondamental de l'opération. Il convient de noter que dans le cadre de

²⁹¹ CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, préc., note 213, p.269.

²⁹² *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieure Propane Inc.*, préc., note 222.

²⁹³ Dans le Mémoire du Commissaire de la Concurrence présenté au Groupe d'Études sur les Politiques en matière de Concurrence le 11 janvier 2008, p 23, on peut lire ce qui suit : «la méthode des coefficients pondérateurs est la façon de faire le pont entre le surplus du consommateur et le surplus total ».

²⁹⁴ Nous n'allons pas développer ces critères dans le cadre de ce travail.

²⁹⁵ La référence au bon sens économique revient régulièrement dans les chroniques de Catherine PRIETO. Voir en exemple: *J.D.I.*, 2003, no 2, p.637; *J.D.I.*, 2002, no 2, p.594.

cette approche, les gains d'efficience ne sont qu'un indice montrant que les acteurs commerciaux ne cherchent pas à réduire la concurrence. Tant dans le droit de l'Union européenne et des États-Unis que dans celui du Canada, les autorités de concurrence s'appuient fréquemment sur les gains d'efficience pour identifier les motifs présidant à la structure concurrentielle de toute opération d'exclusivité²⁹⁶. Pour illustrer ce principe Crampton écrit:

« To the extent that the impersonal process of competition is normally able to cultivate the economic environment that is most conducive to the pursuit of efficiency, the dual goals of encouraging competition and promoting efficiency can be harmoniously advanced. However, to the extent that in some circumstances efficiency can only be attained at the expense of competition, it makes sense to subordinate the concern with maintaining the means by which the ultimate objective is realized to the attainment of this objective itself²⁹⁷ ».

Conclusion

L'examen des gains en efficience facilite l'appréciation de la concurrence dans la distribution exclusive. Cette appréciation doit se fonder sur l'élaboration d'un bilan économique de l'exclusivité. Ce bilan doit dépasser l'analyse de la structure du marché et du pouvoir détenu par les entreprises qui y sont présentes. L'un des objectifs du droit canadien de la concurrence est la recherche de l'efficience qui se traduit par une réduction du coût unitaire du produit et, par conséquent, par une baisse du prix du produit. Elle se manifeste également par l'amélioration de la qualité du produit aussi bien que par une plus grande variété de biens. Les règles de concurrence prescrites par le législateur visent la protection des intérêts du consommateur. Elles ne vont donc pas à l'encontre de la recherche de l'efficience. En d'autres termes, la concurrence doit être

²⁹⁶ Cet aspect particulier de la prise en compte des gains d'efficience par les autorités de concurrence sera approfondi au quatrième chapitre de notre travail.

²⁹⁷ P. S. CRAMPTON, *Mergers and the Competition Act*, préc., note 221, p.496.

considérée comme un moyen pour obtenir l'efficacité. Aussi, un agissement même restrictif de concurrence devrait-il être admis, en principe, à condition de prouver qu'il en résulte un gain net d'efficacité.

Le bilan économique est basé sur une appréciation de l'importance de l'effet de compensation de la perte d'efficacité allocative par les gains d'efficacité productrice et dynamique²⁹⁸. Dès lors, la recherche de la concurrence dans le marché de la distribution exclusive ne doit pas être mise en œuvre à l'aide de l'unique critère structurel et notamment de la délimitation du marché pertinent. Au contraire, elle exige une analyse globale de l'ensemble des circonstances pertinentes qui entourent le marché de la distribution exclusive.

Le droit de la concurrence tient compte de cette analyse globale. Par exemple, dans le droit de l'Union européenne, la Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence accorde une place aux facteurs de la substituabilité de l'offre et de la concurrence potentielle dans le cadre de la détermination des contours du marché en cause, tout en précisant que leur intégration à l'analyse concurrentielle de fond est plus probable²⁹⁹. Dans le droit américain, les Guidelines de 1982 ont permis de trancher dans le sens du recours à la substituabilité de l'offre au service de l'analyse concurrentielle dans son ensemble et non dans celui de la seule définition du marché pertinent. Quant au droit canadien, il organise l'exception d'efficacité, qui appliquée dans les affaires portées à la connaissance du tribunal de la concurrence, combine la prise en compte des gains en efficacité et la réduction de la concurrence³⁰⁰. En dépit des dispositions de l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*, le seul fait que les acteurs commerciaux parties à l'exclusivité détiennent une forte part de

²⁹⁸ Michel GLAIS, «Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration», *Revue Concurrence Consommation*, (2003), no 133, p 37.

²⁹⁹ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, préc., note 229, p.5.

³⁰⁰ L'application de l'exception d'efficacité qui est faite par le tribunal de la concurrence est développée à la section 4.1.3.2 du chapitre 4, p.105-110.

marché n'est pas un facteur suffisant pour conclure à une pratique anticoncurrentielle dès lors que d'autres critères structurels permettent d'empêcher l'exercice effectif d'un pouvoir de marché susceptible de dresser des barrières à l'entrée. Même en pareil cas, selon les nouvelles approches, la concurrence, prise dans sa conception classique, peut être sacrifiée théoriquement au profit de l'efficacité. L'on voit bien que la position classique de la concurrence a évolué vers une conception moderne. Il convient, en conséquence, de s'intéresser à cette évolution du droit de la concurrence.

CHAPITRE 4 : L'évolution du droit de la concurrence dans la distribution exclusive sous l'influence des nouvelles théories économiques

La théorie économique, en vue d'arriver à une meilleure explication de la concurrence dans la distribution exclusive, a cheminé vers une définition plus opératoire du marché pertinent. L'examen de la concurrence par la délimitation du marché pertinent confirme que le droit est influencé par des facteurs économiques. Le raisonnement économique est désormais accueilli par le droit de la concurrence. La mise en œuvre de la méthode d'appréciation de la concurrence dans la distribution exclusive a ainsi subi l'influence grandissante de l'analyse économique. Cette approche économique du droit de la concurrence conduit à une appréciation plus souple des pratiques restrictives de commerce³⁰¹. Cette méthode d'appréciation des pratiques restrictives prônée par l'analyse économique consiste à comparer les effets anticoncurrentiels de la distribution exclusive aux gains d'efficacité qu'elle permet aux entreprises qui y recourent d'obtenir. Elle consiste aussi à tenir compte des facteurs économiques tels que les parts de marché et les barrières à l'entrée.

³⁰¹ Sur la nouvelle approche à l'égard des restrictions verticales voir : J. XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, préc., note 3, p.439 ; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., note 16, p.1698.

L'approche économique utilisée par le droit de la concurrence de l'Union européenne et celui des États-Unis pour examiner la concurrence des opérations commerciales laisse augurer une méthode plus équilibrée dominée par les critères économiques. Cependant, la pauvreté jurisprudentielle du Tribunal de la concurrence en matière de distribution exclusive ne permet pas de constater cette souplesse au Canada. Pour la déterminer nous devons transposer dans la distribution exclusive le régime juridique de la fusion, concept voisin de l'exclusivité, dont les modalités d'application font l'objet de considérations expresses de la part des autorités canadiennes de la concurrence³⁰².

Ce chapitre comprend deux parties. La première sera consacrée à l'étude des gains en efficacité au regard des législations européenne, américaine et canadienne de la concurrence. Dans la seconde, nous analyserons les facteurs économiques que sont les parts de marché et barrières à l'entrée, critères retenus par les droits européen, américain et canadien pour apprécier la concurrence dans la distribution exclusive.

4.1) L'ouverture réelle des autorités législatives de la concurrence au raisonnement économique en matière de distribution exclusive par la prise en compte des gains d'efficacité

La considération des gains en efficacité est une des évolutions les plus importantes du droit de la concurrence applicable aux pratiques dites restrictives et une des manifestations les plus éclatantes de l'emprise de l'approche économique en droit de la concurrence³⁰³. Cette évolution est commune en droit de l'Union européenne et en droit américain. Elle semble marquer la tendance vers une convergence entre deux systèmes juridiques, sous l'influence de l'analyse économique.

³⁰² Canada, Bureau de la concurrence, *Fusions - Lignes directrices pour l'application de la Loi*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 2004.

³⁰³ Frédéric JENNY, «Pratiques verticales, restrictives, concurrence et efficacité», (1989), no 4, *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, p5.

4.1.1) La prise en compte des gains d'efficience en droit de l'Union européenne

L'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne³⁰⁴ pose les règles relatives à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles entre entreprises et aux exemptions individuelles ou collectives. Dans son paragraphe 3, l'article 81 prévoit la mise en équilibre des effets pro concurrentiels et des effets anti concurrentiels de l'accord en cause afin de déterminer s'il doit ou non être interdit. En d'autres termes, une entente doit remplir certaines conditions cumulatives pour pouvoir être exemptée de l'interdiction de l'article 81(1). Parmi les effets pro concurrentiels que peut générer une entente, le Traité cite notamment les améliorations de la production ou de la distribution des biens ou la promotion du progrès technique ou économique.

En vertu de cet article, la Commission européenne peut seulement autoriser les accords s'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution des biens ou à promouvoir le progrès économique et technique et si une part des bénéfices générés

³⁰⁴ *Traité instituant la Communauté européenne*, préc., note 80. L'article 81 du Traité dispose:

«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)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'association d'entreprise 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 des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence».

revient aux consommateurs. Ainsi, dans le cadre de l'article 81 du Traité, les gains d'efficience ne constituent pas une défense³⁰⁵ mais une condition à remplir en vue d'obtenir l'exemption de l'entente. Il apparaît qu'en regard de ce bilan économique³⁰⁶, les gains d'efficience sont réellement pris en compte dans le cadre de cet article ; ils peuvent même être qualifiés d'axe central de la réflexion relative à l'attribution d'une exemption.

On distingue traditionnellement, d'une part, les conditions positives selon lesquelles: (a) l'entente doit améliorer la production et la distribution des biens, ou promouvoir le progrès technique ou économique et (b) l'entente doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit réalisé et, d'autre part, les conditions négatives d'après lesquelles : (c) les restrictions imposées aux entreprises ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire à la réalisation des conditions positives et (d) ne doivent pas permettre à leurs auteurs d'éliminer la concurrence.

La première condition fixée par les Lignes directrices revient à donner la possibilité aux parties d'invoquer le caractère efficient de leur comportement³⁰⁷. L'amélioration de la production ou de la distribution ou la promotion du progrès technique doivent présenter «des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients en résultant sur le plan de la concurrence³⁰⁸».

L'examen de cette condition implique la considération du contexte économique et juridique du marché de référence. Le tribunal a estimé dans l'affaire *Van den Bergh Foods* que les obstacles à l'accès au marché de référence qu'entraîne une clause

³⁰⁵ Comme c'est le cas dans la législation canadienne.

³⁰⁶ Le bilan économique, rappelons-le, doit dépasser l'analyse de la structure du marché et du pouvoir détenu par les entreprises présentes.

³⁰⁷ Sur cette condition voir : *Lignes Directrices concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, JOCE no L 336 du 29 décembre 1999, point 48-72. Dans le cas où une exemption est recherchée en vertu de l'article 81 (3) du Traité, il appartient en premier lieu aux entreprises de présenter à la Commission européenne les éléments de preuve de nature à établir que l'accord remplit les conditions posées par cette disposition.

³⁰⁸ *Van den Bergh Foods c. Commission*, aff. T-65/98, 23 octobre 2003, point 139, Rec. P. II-4653.

d'exclusivité, et l'affaiblissement de la concurrence qui en découle, peuvent être évalués à la lumière de l'article 81(3) CE³⁰⁹. Il ne s'agit donc plus d'identifier les gains d'efficacité aux avantages que les partenaires tirent de l'accord³¹⁰ ni même de présumer, comme cela semble être le cas aux États-Unis, que les intérêts des producteurs et consommateurs coïncident³¹¹. Ce critère vise le type de gains d'efficacité des restrictions verticales énoncés aux Lignes directrices³¹². Ces gains d'efficacité doivent être démontrés et doivent produire un effet positif net³¹³.

La deuxième condition des Lignes directrices précise la portée de la première³¹⁴. Dans le cadre de l'examen de ce critère la Commission européenne tient compte de la structure du marché. Ainsi «d'une manière générale, la répercussion des avantages sur l'utilisation dépend de l'intensité de la concurrence sur le marché pertinent. Les pressions concurrentielles poussent normalement à répercuter les économies réalisées par le biais d'une diminution des prix et incitent les entreprises à lancer de nouveaux produits sur le marché dans les délais aussi courts que possible. Par conséquent, s'il subsiste sur le marché une concurrence suffisante pour exercer des pressions effectives sur les parties à l'accord, le jeu de la concurrence permet normalement de réserver à l'utilisateur une

³⁰⁹ *Van den Bergh Foods c. Commission*, préc., note 308, point 141«[...] la Commission étant obligée en application d'une jurisprudence constante en la matière, de vérifier l'existence d'avantages objectifs sensibles de nature à compenser les inconvénients que comporte un accord sur le plan de la concurrence».

³¹⁰ *Van den Bergh Foods c. Commission*, préc., note 308 ; Selon le Tribunal, «une telle méthode subjective, qui fait dépendre le contenu de la notion d'amélioration des particularités des rapports contractuels en cause, ne correspondrait pas aux fins de l'article 81.

³¹¹ *Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Incorporated*, 433 U.S. 36, (1977) « as a result of statutory and common-law developments, society increasingly demands that manufacturers assume direct responsibility for the safety and quality of their products».

Même si elle reconnaît que «the view that the manufacturer's interest necessarily corresponds with that of the public is not universally shared».

³¹² JOUE no C 291, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2000, point 115-118.

³¹³ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 136.

³¹⁴ *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3)*, préc., note 307, points 83-104.

partie équitable des avantages économiques³¹⁵». Les avantages doivent également concerner la plus grande partie des consommateurs et pas seulement une minorité d'entre eux. La notion même d'utilisateur ne se limite pas au consommateur final, mais englobe les partenaires commerciaux des membres de l'entente, les transformateurs industriels, grossistes et détaillants³¹⁶.

La troisième condition est l'expression du principe de proportionnalité. Selon la Commission européenne, ce principe joue un «rôle en ce qu'il garantit que la restriction la moins préjudiciable à la concurrence sera choisie de manière à obtenir certains effets positifs³¹⁷». L'entente verticale ne doit pas donner aux entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence, quatrième condition de l'article 81(3)³¹⁸. Ce critère est, selon les lignes directrices sur les restrictions verticales, «lié à la question de l'existence d'une position dominante³¹⁹».

«Dans le cas d'une entreprise qui, à la suite de l'application d'un accord vertical, occupe ou est en passe d'occuper une position dominante, une restriction verticale ne peut pas en principe bénéficier d'une exemption lorsqu'elle produit des effets anticoncurrentiels sensibles³²⁰». Les dispositions de l'article 81(3) reflètent ainsi la nécessité d'effectuer une mise en balance des deux conditions positives et des deux conditions négatives. La Commission reconnaît donc que l'accord vertical peut néanmoins sortir du champ d'application de l'article 81(1), s'il est objectivement justifié. Aussi, organise-t-elle le contrôle de la distribution exclusive par le règlement (CE) no

³¹⁵ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 136.

³¹⁶ Richard BLASSELLE, *Traité de Droit européen de la Concurrence*, Tome I, Paris, Publisud, 2002, p.206.

³¹⁷ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 136.

³¹⁸ *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3)*, préc., note 307, points 105-116.

³¹⁹ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 135.

³²⁰ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 135.

2790/1999 concernant l'application de l'article 81 alinéa 3 du traité à des catégories d'accord verticaux et de pratiques concertées³²¹.

En application de ce règlement, le juge ou l'autorité administrative de contrôle peut exempter de l'interdiction de l'article 81(1) une entente dont le bilan concurrentiel est négatif et donc contraire à l'efficacité économique, pour la simple raison qu'elle produit des effets positifs³²². Cette ouverture réelle du droit de l'Union européenne au raisonnement économique invite à se demander si elle se manifeste de la même façon dans le droit américain.

4.1.2) La prise en compte des gains d'efficacité en droit américain

Le droit américain de la concurrence, né avec l'adoption du Sherman Act en 1890³²³ a évolué. Il a adopté une position diamétralement opposée à la vision négative qu'il avait initialement consacrée à l'égard des pratiques restrictives de commerce³²⁴. Selon l'ancienne approche, ces opérations commerciales étaient essentiellement motivées par la volonté d'étendre le pouvoir de marché. L'évolution de la théorie économique a fini par assouplir cette position. Les décisions *Sylvania*³²⁵ et *BMI*³²⁶ de la Cour Suprême ont ainsi emboîté le pas vers une plus grande reconnaissance des gains d'efficacité lors de l'appréciation concurrentielle des opérations commerciales. La Cour a, de ce fait, relativisé la portée de sa jurisprudence *Procter & Gamble* en affirmant le droit pour les entreprises en position dominante d'améliorer leur efficacité et de participer ainsi

³²¹ JOUE no L. 336 du 29 décembre 1999, p21.

³²² Voir à ce sujet l'affaire: *Van den Bergh Foods c. Commission*, préc., note 308.

³²³ Le *Sherman Antitrust Act*, préparé par le sénateur John Sherman et signé en juillet 1890 par le président Harrison est le texte fondateur. Il cherchait à lutter contre les abus des géants industriels qui façonnent l'industrie mondiale au XXème siècle : Standard Oil, Ford, General Motors, Chrysler, American Tobacco.

³²⁴ L'adoption du *Celler-Kefauver Act* en 1950 qui a étendu la portée de l'article 7 du *Clayton Act* constitue une explication de cette tendance.

³²⁵ *Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Incorporated*, préc., note 182.

³²⁶ *Broadcast Music Inc v. Columbia Broadcasting System Inc*, 441, U.S. 1, (1979).

pleinement au processus de concurrence³²⁷. La décision de l'affaire Procter & Gamble expliquait le refus de la Cour Suprême de prendre en compte les gains d'efficience invoqués par les parties à l'opération³²⁸.

Au début des années 1980 un consensus s'est installé sur la nécessité de prendre en compte les gains d'efficience. Considérés de manière implicite par *les Lignes directrices sur les concentrations* de 1982³²⁹ et timidement inscrits dans celles de 1984³³⁰ et 1992³³¹, les gains d'efficience ont été pleinement intégrés dans le contrôle concurrentiel, par la révision, en 1997, de la section 4 des *Lignes directrices sur les concentrations horizontales* de 1992³³².

La section 4 des *Lignes directrices* de 1997 inspire également la politique applicable aux concentrations verticales car elle reprend les lignes directrices de 1992 qui avaient maintenu la section 4 des *lignes directrices* de 1984. Selon ce texte, les parties à une concentration verticale ont la possibilité d'invoquer des gains d'efficience afin de justifier les effets restrictifs de l'opération à la concurrence. La mise en balance de l'effet anticoncurrentiel des opérations de concentration avec les gains d'efficience est prévue pas la section 4.24 des *Lignes directrices* de 1984 qui se lit comme suit :

³²⁷ *Cargill, Inc v. Montfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 492 (1986), « it is in the interest of competition to permit dominant firms to engage in vigorous price competition, including price competition».

³²⁸ *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, 580 (1967). «an otherwise anticompetitive merger is not saved because, on some ultimate reckoning of social or economic debits and credits, it may be deemed beneficial» La raison avancée pour avoir refusé de considérer des gains d'efficience est que «a value choice of this magnitude is beyond the ordinary limits of judicial competence, and in any event has been made for us already, by Congress».

³²⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, *Merger Guidelines (1982)*, 4 Trade Regulation Report (CCH), alinéa 13,102.

³³⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, *Merger Guidelines (1984)*, 4 Trade Regulation Report (CCH), alinéa 13,103.

³³¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines (1992)*, 4 Trade Regulation Report (CCH), alinéa 13,104.

³³² U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines (1997)*, 4 Trade Regulation Report (CCH), alinéa 4.

«As in the case of horizontal mergers, the Department will consider expected efficiencies in determining whether to challenge a vertical merger [...] an extensive pattern of vertical integration may constitute evidence that substantial economics are afforded by vertical integration. Therefore, the Department will give relatively more weight to expected efficiencies in determining whether to challenge a vertical merger than in determining whether to challenge a horizontal merger».

La possibilité d'invoquer des gains d'efficience comme moyen de défense contre la présomption de l'existence d'un effet anticoncurrentiel en raison de la concentration du marché a été confirmée par la jurisprudence pendant la même période³³³. L'on constate bien que le contrôle des pratiques restrictives de commerce tant en droit de l'Union européenne qu'en celui des États-Unis est influencé par les théories économiques et par la place, de plus en plus importante, accordée par leurs législations respectives à l'examen des gains d'efficience des pratiques commerciales. Il est intéressant maintenant de savoir si l'application qui est faite de cette question par nos modèles étrangers est similaire dans la législation canadienne.

4.1.3) L'évolution du droit de la concurrence au Canada vers une position plus favorable au raisonnement économique

Afin de préciser les contours du contrôle de l'exclusivité³³⁴ en droit canadien de la concurrence, il paraît opportun de faire appel à un concept voisin, la fusion. Elle fait l'objet d'une considération expresse dans la législation canadienne en matière de gains d'efficience. Celle-ci en donne une définition très large³³⁵ qui englobe toutes les

³³³ *Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 720 (D.C. Cir 2001).

³³⁴ L'exclusivité est considérée dans la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* sous le titre de Pratiques restrictives de commerce.

³³⁵ Article 91 de la *Loi sur la concurrence* définit le fusionnement en ces termes : «...l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client ou d'une personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise».

opérations commerciales permettant à une ou plusieurs personnes d'exercer une influence déterminante sur une autre. Les développements qui suivent n'ont pas pour objet de traiter de la fusion dans son ensemble, mais bien de montrer que la position des autorités canadiennes de la concurrence témoigne d'une grande ouverture au raisonnement économique dans le contrôle des pratiques restrictives de commerce, par application du traitement de la notion de gains d'efficacité en matière de fusion.

La *Loi sur la concurrence* en exemptant expressément certaines opérations commerciales qui ont eu ou auront vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité³³⁶ reconnaît qu'elles sont profitables à l'économie. Dans le cadre de l'article 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, le droit canadien a aménagé une place à ces gains. Selon cette disposition législative, les gains d'efficacité peuvent justifier une fusion dont on sait qu'elle va empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence : une telle fusion peut être autorisée lorsque les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels³³⁷. Les gains qui donnent ouverture à cette défense sont ceux qui résultent d'économies réelles de ressources, comme la réduction des coûts de production ou l'amélioration du produit ou des moyens de production. La défense fondée sur les gains en efficacité est basée sur une analyse comparative de la réduction de la concurrence et des gains en efficacité.

4.1.3.1) La défense fondée sur les gains en efficacité

L'article 96 de la *Loi sur la concurrence* explique comme suit la défense fondée sur les gains en efficacité :

- (1) **Exception dans les cas de gains en efficacité** - «Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour

³³⁶ Article 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2.

³³⁷ Selon la Cour Suprême dans l'affaire *R c. K.C. Irving Ltd*, (1978), 1 R.C.S. 408, la mesure de l'intérêt public doit s'apprécier en tenant compte d'une multitude d'intérêts sociaux, souvent contradictoires, et étrangers aux strictes questions de concurrence.

effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue».

(2) **Facteurs pris en considération** -«Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront :

- a) Soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations ;
- b) Soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers».

(3) **Restriction** – «Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains efficacité».

A la lumière de cet article, il ressort que la défense fondée sur les gains en efficacité ne peut être invoquée que lorsqu'on constate qu'une fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou que cela va probablement se produire. Il faut donc que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, mais la loi n'a pas précisé de quelle façon cet effet de neutralisation devrait se manifester. Cette omission n'aide pas le Tribunal quand il doit prononcer un jugement en vertu de cet article car le législateur ne lui a donné aucune directive quant aux priorités à respecter et à l'importance qu'il faut accorder à la limitation de la concurrence et aux gains en efficacité. Ce qui sous-entend que la nature

et le fonctionnement précis de cette option sont laissés à l'appréciation du Tribunal de la concurrence.

4.1.3.2) Le Tribunal de la concurrence et les gains en efficience

La première affaire dans laquelle on a invoqué la défense fondée sur les gains en efficience était l'affaire *Hillsdown* en 1992, mais cette défense s'est révélée sans objet, étant donné que le Tribunal a conclu que la fusion n'empêchait ni ne diminuait sensiblement la concurrence. Cette défense a également été mentionnée mais non appliquée dans d'autres affaires entendues par le Tribunal³³⁸. Ces affaires contiennent de brefs renvois ou commentaires concernant la défense fondée sur les gains en efficience prévue à l'article 96. Entre autres, dans l'affaire *Air Canada*³³⁹, le Tribunal a fait remarquer que l'article 96 doit être interprété à la lumière de l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*. Ensuite, dans l'affaire *Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*³⁴⁰, le Tribunal a formulé des commentaires sur la quantité des gains en efficience allégués. L'affaire *Canadian Pacific Ltd*³⁴¹ quant à elle renvoie à une demande de précisions au sujet des gains en efficience. Pour ce qui est de l'affaire *Canadian Waste Services Holdings Inc*³⁴² le Tribunal a rejeté les arguments fondés sur les gains en efficience parce qu'ils sont conjoncturels.

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur la concurrence en 1986, le Tribunal n'a autorisé qu'une seule fusion en s'appuyant sur la défense fondée sur les gains en

³³⁸ Voir : CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Le traitement des gains en efficience dans la Loi sur la concurrence: Document de consultation*, en ligne : «<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02982.html> », (site consulté le 20 novembre 2009).

³³⁹ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada*, (2003) Trib conc.13; (2001) 1 C.F. 219, 78 C.R.R. (2d) 134.

³⁴⁰ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Cie Pétrolière Impériale Ltée*, no CT8903/90, Trib conc, 26, 1990.

³⁴¹ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Canadian Pacific Ltd*, (1997), 74 C.P.R., (3d) Trib conc.

³⁴² *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc*. (2001), 11 C.P.R. (4th) 425.

efficience: la fusion entre Supérieure Propane et ICG Propane³⁴³. Dans la décision initiale qu'il a rendue dans cette affaire, le Tribunal a dégagé un certain nombre de constatations:

- «La fusion de Supérieur Propane Inc. et d'ICG Propane Inc., deux des principaux fournisseurs de gaz propane au Canada, entraînerait une diminution importante de la concurrence sur 66 marchés locaux à l'échelle du Canada
- La part de marché de la nouvelle société serait proche du monopole, plus de 95% sur 16 de ces marchés
- La fusion entraînerait probablement une augmentation d'au moins 8% du prix de détail moyen du propane
- La fusion entraînerait une importante diminution de la concurrence sur le marché des services de coordination destinés aux clients nationaux, et nuirait fortement à la concurrence au Canada atlantique»

Le Tribunal a rejeté la contestation de la fusion qu'a présentée le Commissaire de la Concurrence en basant sa décision sur la défense fondée sur les gains en efficience. Le Tribunal a évalué l'importance des gains en efficience par rapport à l'affectation non efficiente des ressources c'est-à-dire «une perte sèche³⁴⁴» qui entraîne une perte de ressources pour l'ensemble de l'économie et il a conclu que ces gains surpassaient et neutralisaient les effets néfastes de la fusion sur la concurrence. Le Commissaire a fait appel de la décision devant la Cour d'appel fédérale.

En appel, la question fondamentale reposait sur l'analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels de la fusion. La Cour a jugé que le Tribunal avait commis une erreur de droit lorsqu'il a appliqué le critère du surplus total pour

³⁴³ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, préc., note 222.

³⁴⁴ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, préc., note 222.

évaluer les effets de la fusion. En invoquant ce critère, le Tribunal a seulement tenu compte de l'affectation non efficiente des ressources (le critère de la perte sèche), et non du transfert possible de richesses des consommateurs aux producteurs lorsque la nouvelle société augmenterait ses prix. La Cour a rejeté cette analyse et a conclu que le Tribunal devait prendre en considération tous les effets anticoncurrentiels qu'entraîne une fusion, y compris tout ou partie du transfert de richesses, à la lumière de la disposition de déclaration d'objet de la *Loi sur la concurrence*³⁴⁵. Les extraits qui suivent sont très explicites:

«Malgré l'existence des objectifs multiples et finalement incompatibles énumérés à l'article 1.1, dans certains cas la Loi privilégie manifestement un objectif par rapport à l'autre. Ainsi, l'article 96 donne la primauté à l'objectif législatif de l'efficience économique, parce qu'il dispose que, si les gains en efficience surpassent et neutralisent les effets d'un fusionnement anticoncurrentiel, il faut permettre le fusionnement, malgré le fait qu'il serait autrement interdit par l'article 92. Dans ce sens, le Tribunal avait raison de dire que l'article 96 accorde la primauté à l'objectif législatif de l'efficience économique.

Toutefois, il ne s'ensuit pas que les seuls effets à comparer aux gains en efficience se limitent aux pertes potentielles pour l'économie dans son ensemble. En effet, dans le discours à la Chambre des communes cité ci-dessus, le ministre a indiqué que la question posée au Tribunal était la suivante :

Un fusionnement en particulier permettrait-il des gains d'efficience qui compenseraient les effets négatifs sur la concurrence?

³⁴⁵ L'objectif de la *Loi sur la concurrence* est défini en son article 1.1. «La présente Loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits».

Aussi, bien que l'article 96 prescrive l'approbation d'un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficience en découlant surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels, la préférence ultime accordée à l'objectif de l'efficience ne restreint d'aucune façon les «effets» à prendre en compte à la seule perte sèche. Il faut plutôt interpréter le terme effet de manière à comprendre tous les effets anticoncurrentiels qu'entraîne effectivement un fusionnement auquel s'applique l'article 92, compte tenu de tous les objectifs de la Loi énumérés à l'article 1.1»³⁴⁶.

Par cette décision la Cour a précisé qu'elle n'avait pas «à prescrire la méthode correcte pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels d'un fusionnement»³⁴⁷. Elle lui préférait la «méthode des coefficients pondérateurs»³⁴⁸, qui satisfait aux exigences générales énoncées dans la décision de la Cour, même s'il «faudra sans doute élaborer et raffiner considérablement cette méthode pour l'appliquer aux faits d'espèces particulières»³⁴⁹.

S'il adopte la méthode des coefficients pondérateurs, le Tribunal de la concurrence doit, dans le cadre de l'analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels, prendre en considération la redistribution des richesses et, en particulier, des effets néfastes de cette redistribution sur le plan social. Il doit examiner l'importance de ce facteur au même titre que celle des autres effets par rapport aux gains en efficience, notamment la perte de l'efficience de l'affectation des ressources ou perte sèche. La nature des effets néfastes sur le plan social étant différente dans chaque affaire, l'importance relative accordée aux gains en efficience et aux effets sur la concurrence varie, elle aussi, d'un cas à l'autre.

³⁴⁶ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, préc., note 222, paragraphe 90-92.

³⁴⁷ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, préc., note 222, paragraphe 139.

³⁴⁸ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, préc., note 222, paragraphe 140.

³⁴⁹ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, préc., note 222, paragraphe 141.

Lorsque le Tribunal de la concurrence s'est de nouveau penché sur l'affaire *Supérieur Propane* après l'appel de la Cour, il a conclu que les gains en efficacité surpassaient et neutralisent les effets anticoncurrentiels de la fusion, en appliquant cette fois la méthode des coefficients pondérateurs³⁵⁰. Pour en arriver à cette conclusion, il a examiné les éléments de preuve relatifs à l'ampleur du transfert de richesses par rapport aux revenus des consommateurs de propane, ainsi qu'à l'usage essentiel ou non essentiel du propane. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de cette deuxième décision du Tribunal, décision au terme du réexamen, interjeté par le Commissaire. En fin de compte, dans l'affaire *Supérieur Propane*, le Tribunal a eu recours à la défense fondée sur les gains en efficacité pour justifier une fusion qui instaurait un monopole local sur de nombreux marchés et qui empêchait ou diminuait sensiblement la concurrence sur de nombreux autres.

En raison du précédent établi dans l'affaire *Supérieur Propane* et, en particulier, de la méthode complexe approuvée par la Cour d'appel fédérale, qui consiste à effectuer une analyse comparative des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels de la fusion, la doctrine affirme que la défense fondée sur les gains en efficacité s'avère délicate et complexe³⁵¹. Somme toute, les politiques du Bureau de la concurrence quant à la mise en application de la Loi sur la concurrence suivent actuellement les indications données par le Tribunal de la concurrence dans la décision consécutive au réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*³⁵².

³⁵⁰ Dans l'affaire *Supérieur Propane*, le Tribunal définit les coefficients pondérateurs comme les coefficients à attribuer afin d'égaliser les gains du producteur et les pertes des consommateurs. Le bureau examine cette pondération et, dans le cadre de cet examen, il examine la partie du transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qui pourrait être socialement défavorable.

³⁵¹ Voir en ce sens : C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, préc, note 28, p.318.

³⁵² CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Fusions, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, préc., note 217.

L'on peut, à ce stade, présumer que la politique du Bureau de la concurrence en matière de distribution exclusive n'est pas différente³⁵³ car d'une part, tout comme la fusion, l'exclusivité est une stratégie commerciale de mise en commun ; dans la distribution exclusive, cette mise en commun comme nous l'avons démontré plus haut combine le savoir faire du producteur et l'expertise de vente du distributeur afin d'améliorer non seulement la distribution du produit mais et surtout de permettre au fabricant de réaliser des gains en efficience, telles des économies d'échelle, pour ainsi produire davantage, à moindre coût et être plus concurrentiel. D'autre part, la définition du fusionnement donnée par la *Loi sur la concurrence* englobe, à notre avis, la définition de la distribution exclusive. L'article 91 de cette Loi donne de la notion de «fusionnement» une définition très large qui s'applique à toute situation où une entreprise établit un contrôle sur une autre ou acquiert un «intérêt relativement important» dans cette dernière. La Loi ne contient pas, toutefois, d'indication quant au sens de l'expression: «intérêt relativement important» laquelle a été interprétée de telle manière qu'elle désigne tout un éventail de relations d'affaires dans le cadre desquelles l'une des parties a la capacité d'influencer sensiblement le comportement économique de l'autre³⁵⁴. Parfois, une simple relation contractuelle entre partenaires commerciaux peut être considérée comme une fusion aux fins de l'application de la *Loi sur la concurrence*³⁵⁵. Nous devons souligner que cette position administrative du Bureau de la concurrence n'est pas entérinée par la jurisprudence. La décision rendue dans l'affaire *Supérieur Propane* laisse l'état du droit bien incertain quant au sens à donner au concept « intérêt relativement important ».

³⁵³ Le Bureau de la concurrence par l'entremise du Commissaire a en vertu de la *Loi sur la concurrence* le pouvoir de mettre en œuvre la politique réglementaire relative à toutes les pratiques commerciales au Canada.

³⁵⁴ Voir à cet effet : CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Fusions, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, partie VIII, paragraphe 1.5 : «<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01958.html>», (site consulté le 20 novembre 2009).

³⁵⁵ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Fusions, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, partie VIII, préc., note 354, paragraphe 1.12 - 1.13.

Cependant, il est à remarquer qu'une fusion verticale (entre un fournisseur et son client) peut, à l'instar de la distribution exclusive, faire obstacle à la concurrence en privant certaines entreprises de fournisseurs indépendants ou de débouchés pour leurs produits. Toutefois, elle pourra aussi, tout comme la distribution exclusive, réduire les coûts d'exploitation des entreprises ou assurer une meilleure coordination dans la production et la distribution, et ainsi, produire des gains en efficacité souhaitables³⁵⁶.

Vu sous cet angle, il serait donc possible que la distribution exclusive donne lieu à l'examen prévu par les dispositions de la *Loi* visant les fusionnements. Comme nous l'avons souligné, la définition de la fusion énoncée dans la législation canadienne est large et englobe toutes les opérations commerciales qui permettent à une ou plusieurs personnes d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise ou sur une partie de l'entreprise d'une autre personne. Dans cet ordre d'idées, la doctrine canadienne admet que le terme «entreprise» ne désigne pas nécessairement une personne morale, il comprend toute entité économique qui exerce une activité commerciale. Il pourrait s'agir, dans le cas qui nous concerne, des installations de distribution ou d'un point de vente³⁵⁷.

Tenant compte de cette similitude susmentionnée, si l'on devait adopter, en matière de distribution exclusive, des dispositions relatives à l'exception d'efficacité, il faudrait, à notre avis, qu'elles établissent un cadre identique à celui qui s'applique aux fusions. Dans la distribution exclusive, on peut facilement montrer que les décisions prises par le distributeur, partie au contrat d'exclusivité, en matière d'achat, de distribution ou de commercialisation sont concrètement influencées par le producteur³⁵⁸. Il peut donc ainsi être présumé que ce dernier a acquis ou établi un intérêt relativement important. Cette approche nous permet de transposer les susdites considérations relatives aux gains d'efficacité de la fusion à la distribution exclusive.

³⁵⁶ C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Fonds d'entreprise concurrence et distribution*, préc., note 28, p.311.

³⁵⁷ Y. BÉRIAULT, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.329.

³⁵⁸ Voir la première partie de notre travail.

4.1.3.3) Extension des gains d'efficience de la fusion dans la distribution exclusive au Canada

La législation canadienne prévoit une exception fondée sur l'efficience, laquelle contraste avec ce que l'on appelle l'analyse intégrée effectuée dans d'autres pays (par exemple les États-Unis et l'Union européenne), où les gains en efficience sont un des facteurs pris en compte lors de l'examen visant à déterminer si la transaction commerciale risque de réduire sensiblement la concurrence. En ajoutant une exception explicite relative aux gains en efficience, l'intention du législateur est d'indiquer que l'évaluation des effets de la fusion sur la concurrence doit être distincte de l'évaluation des gains en efficience. Ainsi, conformément à la décision *Supérieur Propane*, le Bureau examine si les économies que devraient procurer les gains en efficience neutralisent les effets anticoncurrentiels d'une transaction en vertu de l'article 96 de la Loi, qui prévoit l'exception fondée sur l'efficience.

Cela dit, il est évident que la législation canadienne tient compte des économies que procurent les gains en efficience lorsqu'il s'agit d'analyser, en vertu de l'article 92 de la Loi sur la concurrence³⁵⁹, si l'opération commerciale aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Ainsi, le Bureau et le Tribunal peuvent prendre en considération les gains en efficience lors de leur analyse, dans la mesure où ces gains sont pertinents au regard de la concurrence sur le marché en question.

En définitive, le droit canadien de la concurrence semble être animé par les principes similaires au droit de l'Union européenne et de celui des États-Unis. A première vue, il n'existe pas de différence essentielle entre eux sur la prise en compte des gains d'efficience. S'il existe quelquefois des divergences d'analyse, celles-ci peuvent être justifiées par la vision élargie des États-Unis du concept d'efficience économique.

³⁵⁹ L'article 92 dresse la liste des cas dans lesquels le Tribunal peut rendre une ordonnance en cas de diminution de la concurrence.

Seule, la prise en compte des gains en efficience n'explique pas l'existence de la concurrence au sein de la distribution exclusive. D'autres facteurs tels que les parts de marché et les barrières à l'entrée doivent être considérés également.

4.2) Les autres facteurs économiques déterminants pour apprécier la concurrence dans la distribution exclusive

Outre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels stimulés par la distribution exclusive, plusieurs indices peuvent permettre aux autorités en charge du contrôle de l'exclusivité d'identifier l'existence d'une pression concurrentielle exercée par les compétiteurs participant au marché pertinent. Nous allons dans les développements qui suivent analyser les deux facteurs clés : la part de marché et les barrières à l'entrée qui sont retenus tant en droit européen et américain qu'en droit canadien pour apprécier l'existence ou l'absence de la concurrence dans les pratiques commerciales.

4.2.1) Analyse des parts de marché dans la distribution exclusive

Il nous paraît utile, avant d'examiner la part de marché au regard des législations européenne, américaine et canadienne de voir de façon brève le concept même de part de marché.

4.2.1.1) Concept : part de marché

La part de marché est un indice qui permet d'analyser les conditions structurelles et dynamiques du marché et de conclure avec une certitude raisonnable que l'entreprise détenant la plus grande part de marché a la capacité d'augmenter ses prix au-dessus de niveaux concurrentiels. La part de marché est un élément d'appréciation utile permettant de moduler la solution juridique en fonction du pouvoir économique des entreprises concernées. La part de marché est calculée fondamentalement en comparant les ventes de

chaque entreprise à la valeur totale des ventes sur le marché. «Plus la part de marché de l'entreprise est élevée, plus son pouvoir de marché est susceptible d'être important»³⁶⁰.

4.2.1.2) Part de marché au regard du droit européen

Dans l'Union européenne, la Commission utilise les seuils de part de marché dans le règlement no 2790/99 portant exemption par catégorie des certaines restrictions verticales à la concurrence. Ce règlement contient des informations intéressantes sur le calcul de la part de marché des entreprises. Selon l'article 11 du règlement, dans la part de marché doit être également évaluée la production des entreprises liées au fournisseur, dans lesquelles ils disposent d'un pouvoir de contrôle³⁶¹. C'est la part de marché de l'ensemble du groupe qui est déterminante au regard de la limite du seuil de 30%.

La part de marché de 30% est calculée sur la base de la valeur des ventes ou des achats sur le marché des biens ou des services contractuels, ainsi que sur la valeur des autres biens ou services vendus par le fournisseur et faisant partie du marché pertinent. En l'absence de données relatives à la valeur des ventes ou des achats sur le marché, la détermination de la part de marché de l'entreprise concernée s'effectue sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, comme par exemple des données en volume des ventes sur le marché pertinent³⁶².

4.2.1.3) Part de marché au regard du droit américain

La jurisprudence américaine relative à l'application de l'article 1 du Sherman Act aux restrictions verticales examine également la part de marché des entreprises dans le but de prouver l'existence d'un pouvoir de marché. Même s'il n'existe pas un seuil fixe de part de marché permettant d'inférer l'existence d'un pouvoir de marché³⁶³, la Cour Suprême a jugé dans l'affaire *Jefferson Parish* qu'une part de marché de 30% n'est pas suffisante

³⁶⁰ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 123.

³⁶¹ Voir l'article 11 du Règlement 2790/99, préc., note 321 : «Pour l'application du présent règlement, les termes entreprise, fournisseur et acheteur comprennent leurs entreprises liées respectives».

³⁶² Article 9 du Règlement 2790/99, préc., note 321.

³⁶³ George A. HAY, « Market power in antitrust », (1992), 60, *Antitrust L.J.*, p 826-827.

pour établir l'existence d'un pouvoir de marché³⁶⁴. Les juridictions américaines se sont appuyées sur cette décision pour refuser l'existence d'un pouvoir de marché lorsque la part de marché est inférieure à 30%³⁶⁵.

4.2.1.4) Part de marché au regard du droit canadien

Tout d'abord, les autorités de la concurrence s'intéressent au facteur que constituent les parts de marché et dressent une comparaison relative du niveau détenu par chaque acteur commercial actif sur le marché concerné, ce qui fournit un indice quant à la puissance de chacun. Les écarts de part de marché entre les différents acteurs d'un marché et la répartition effective des parts restantes, une fois retranchés celle des parties au réseau de distribution exclusive, offrent, en effet, aux autorités en charge du contrôle de l'exclusivité une indication pertinente de la capacité des concurrents à offrir des alternatives aux produits commercialisés par le réseau dans l'hypothèse où celui-ci déciderait d'utiliser son pouvoir de marché pour augmenter ses prix ou diminuer le volume de production mis sur le marché. Cette étape est le préalable nécessaire pour déterminer s'il existe une concurrence significative sur le marché, condition indispensable pour qu'il y ait une compensation effective du pouvoir de marché.

Ensuite, les autorités doivent dépasser la simple comparaison entre le niveau des parts de marché des différents acteurs pour tenir compte des ressources et de la réputation dont jouissent ces entreprises. Il s'agit alors d'envisager les avantages concurrentiels dont peuvent jouir les concurrents des parties à la distribution exclusive de manière à évaluer leurs capacités à exercer une contrainte concurrentielle et à les empêcher d'entraver la concurrence effective sur le marché en cause.

Dans l'affaire *Laidlaw*³⁶⁶ le Tribunal a jugé que ce calcul peut donner une image erronée du pouvoir de marché de l'entreprise lorsque ses concurrents ont un excès de

³⁶⁴ *Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v Hyde*, 466 U.S. 2, 1984.

³⁶⁵ Voir à cet effet les commentaires de: Kervin J. ARQUIT, «Market power in vertical cases», (1992), 60, *Antitrust L.J.*, p.925.

³⁶⁶ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, préc, note 98.

capacité, ce qui leur permet d'accroître facilement leur part de marché en augmentant leur production. Il faut alors relativiser la part de chacun en tenant compte de l'excès de capacité dans le marché. Le Tribunal doit ainsi prendre en considération les capacités de production des autres concurrents sur le marché. Autrement dit, il convient de se demander si les concurrents déjà actifs sur le marché peuvent réagir rapidement à une hausse des prix. Cette distinction est importante d'un point de vue procédural, car le Tribunal s'appuie sur ce que, à notre avis, la doctrine européenne appelle des «règles d'expérience économiques»³⁶⁷. Ces règles peuvent être le support de présomptions; elles énoncent une présupposition à partir de laquelle un fait est inféré, cette inférence constitue la présomption proprement dite. Il s'y dégage ainsi une normalité économique; «de même que, en matière de responsabilité civile, le juge peut avoir besoin de se référer aux enchainements causaux normaux, il peut avoir besoin, pour trancher une affaire de concurrence, de connaître les relations qui régissent, en général, certaines grandeurs économiques entre elles»³⁶⁸.

Dans l'affaire *Tele-Direct*, ce sont les indices du pouvoir de marché tels : le niveau des prix, les politiques de prix et la marge de profits³⁶⁹ qui ont permis au Tribunal de conclure que l'intimée occupait effectivement une position dominante en se fondant non seulement sur l'importance des profits réalisés par l'entreprise qui étaient supérieurs à 40% du chiffre d'affaires mais aussi sur sa capacité à faire de la discrimination par les prix au détriment de ses principaux clients.

Le Tribunal de la concurrence au Canada en matière de contrat de distribution exclusive juge qu'à défaut de preuve convaincante de l'absence de barrières à l'entrée, une part de marché de l'ordre de 80% constitue une preuve *prima facie* de contrôle du

³⁶⁷ Cette expression est de : A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., note 197, p. 530.

³⁶⁸ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., note 197, p.531.

³⁶⁹ Dans l'affaire *Tele-Direct* ces indices permettent d'apprécier dans quelle mesure une entreprise peut se dégager des contraintes caractéristiques d'un environnement concurrentiel.

marché au sens de l'article (79)³⁷⁰. Ce qui nous amène à considérer les barrières à l'entrée.

4.2.2) Analyse des barrières à l'entrée dans la distribution exclusive

La contribution de l'analyse économique à l'évaluation de la concurrence dans la distribution exclusive ne se limite pas au concept de part de marché, elle s'étend aussi à l'examen des barrières à l'entrée. La raison c'est que même si une entreprise détient une part de marché considérable, elle pourra difficilement maintenir une augmentation de prix si de nouvelles entreprises peuvent facilement pénétrer le marché pour attirer sa clientèle en coupant les prix³⁷¹. L'examen des barrières à l'entrée dans la distribution exclusive à la lumière des législations européenne, américaine et canadienne requiert une analyse préalable du concept barrières à l'entrée.

4.2.2.1) Considération conceptuelle

Une barrière à l'entrée peut être définie comme «tout obstacle qui empêche un entrepreneur d'installer une nouvelle entreprise sur le marché³⁷²». Cette définition recouvre plusieurs autres définitions. On peut, en effet, de façon étroite, la limiter aux seuls obstacles érigés à l'entrée du marché par la législation sur la concurrence. On peut aussi dans une vision maximaliste du phénomène, la considérer comme tout investissement important nécessaire pour entrer sur un marché. En essayant de combiner ces deux approches on peut dégager que les barrières à l'entrée sont des obstacles légaux, institutionnels ou pratiques qui restreignent l'accès au marché³⁷³. Il ne fait aucun doute

³⁷⁰ Voir l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Tele-Direct Publications Inc.*, préc., note 63, p.85.

³⁷¹ Voir à cet effet l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Tele-Direct Publications Inc.*, préc., note 63.

³⁷² D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *Économie industrielle*, préc., note 100, p.124.

³⁷³ Oxford Dictionary of Economics, Oxford University Press, 3rd éd., 2003 les définit comme: «Laws, institutions, or practices which make it difficult or impossible for new firms to enter some markets».

que la définition des barrières à l'entrée comporte un jugement difficile à effectuer pour l'autorité de contrôle. Pour définir leur existence, la doctrine canadienne dresse l'inventaire des barrières à l'entrée qui caractérisent un marché donné afin de déterminer si de nouveaux concurrents peuvent neutraliser la puissance commerciale d'une entreprise dominante³⁷⁴. On rencontre différents types de barrières structurelles à l'entrée du marché tels les avantages absolus en matière de coût de production, les économies d'échelle, le niveau élevé d'investissements requis pour entamer l'activité en cause et le fort degré de différenciation des produits.

L'origine de ces barrières à l'entrée peut être diversifiée. Elles peuvent relever de la structure du marché, c'est-à-dire être indépendantes de l'action des entreprises présentes sur le marché et découler des conditions inhérentes à son fonctionnement. Il s'agit dans ce cas de barrières naturelles ou structurelles. Elles peuvent aussi naître des stratégies des entreprises, comme c'est le cas dans la distribution exclusive. Elles ne dépendent dès lors que des décisions et politiques adoptées par les acteurs du marché qui, le plus souvent, visent à empêcher de nouveaux acteurs non membres du réseau de pénétrer le marché, il s'agit alors de barrières stratégiques.

La distinction entre les barrières structurelles et stratégiques est quelque peu artificielle mais pas sans importance. Elle permet de combiner l'examen de la structure du marché avec celui de ses performances, car plus un marché est profitable, en raison de la capacité pour les entreprises installées de charger des prix supérieurs au niveau concurrentiel, plus il y aura d'entreprises souhaitant entrer sur le marché et donc de concurrence potentielle³⁷⁵. Pour le juge de la concurrence, l'analyse des barrières à l'entrée complète l'appréciation de la part de marché de l'entreprise dans l'examen de la situation concurrentielle d'un marché de distribution exclusive.

³⁷⁴ Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, préc., note 4, p.287.

³⁷⁵ Alexis JACQUEMIN, *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Paris, Economica, 1985, p.92.

Cette importance accordée aux barrières à l'entrée dans l'appréciation du pouvoir de marché se retrouve tant en droit de l'Union européenne qu'en ceux des États-Unis et du Canada.

4.2.2.2) Barrières à l'entrée en droit de l'Union européenne

La Commission européenne affirme que «les barrières à l'entrée sont mesurées en fonction de la capacité des entreprises en place de relever leurs prix au-delà du niveau qui résulterait du jeu de la concurrence, c'est-à-dire au-delà du coût total moyen minimal, et de réaliser des bénéfices supérieurs à la normale sans attirer de nouveaux concurrents»³⁷⁶, car, «sans barrières, les possibilités d'entrée facile et rapide rendraient de tels bénéfices impossibles³⁷⁷».

La Commission européenne envisage la possibilité réelle des entreprises postulantes de pénétrer sur le marché en examinant un certain nombre d'indices comme le cadre réglementaire du secteur, le montant des coûts irrécouvrables, l'importance de l'échelle efficace minimale au sein du secteur en cause, la compétitivité des nouveaux arrivants potentiels mesurée par leur accès à des technologies ou autres avantages concurrentiels au moins aussi performants que ceux des opérateurs historiques, la position des acheteurs et leur capacité d'introduire sur le marché de nouvelles sources de concurrence en ouvrant la voie à de nouvelles entrées réussies, la réaction probable des opérateurs historiques aux tentatives d'entrée sur le marché, les perspectives économiques du secteur à long terme, l'historique d'entrée sur une échelle significative. Les conditions d'entrée sur le marché doivent être telles qu'elles permettent aux entreprises postulantes d'y entrer effectivement. À ce sujet, la Cour de justice européenne, en répondant à l'argument d'une partie qui soutenait que les avantages commerciaux dont elle bénéficiait pouvaient aussi être acquis par ses concurrents, a remarqué que «s'il est exact [...] que les concurrents

³⁷⁶ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 126.

³⁷⁷ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., note 312, point 126.

ont la possibilité d'utiliser les mêmes méthodes de production et de distribution que la requérante, ils se heurtent à des obstacles pratiques et financiers quasi insurmontables³⁷⁸».

4.2.2.3) *Barrières à l'entrée en droit américain*

Au début, dans les premières affaires dont elles furent saisies, les juridictions américaines de jugement ont intégré l'analyse de la concurrence potentielle dans l'opération de définition du marché pertinent³⁷⁹, elles ont ensuite considéré que l'analyse des conditions d'entrée sur le marché constituait une opération distincte qui complétait le critère de la part de marché dans l'appréciation de la puissance économique. Dans l'affaire *Microsoft*³⁸⁰, la cour d'appel du district de Columbia a examiné les conditions d'entrée sur le marché dans le but de déterminer le pouvoir de monopole de Microsoft, même si elle a considéré que cette entreprise disposait d'une part d'au moins 80% sur le marché pertinent. Dans cette affaire, la Cour admet que la nature du marché des logiciels de système d'exploitation des ordinateurs peut, en raison du caractère souvent volatile des parts de marché des entreprises qui sont présentes, être la justification principale de l'importance accordée au facteur des conditions d'entrée³⁸¹. En définitive, ce n'est pas la simple existence des barrières à l'entrée qui est prise en compte, mais leur effet sur les conditions d'entrée sur le marché.

Il est important de noter que la décision de la Cour dans l'affaire *Microsoft* a été influencée par la théorie de l'École de Chicago. Pour l'École de Chicago³⁸², à l'exception des barrières légales à l'entrée, c'est-à-dire celles qui ont été édictées par les pouvoirs

³⁷⁸ CJCE, 14 février 1978, *United Brands Co et United Brands Continental BV c Commission*, aff. 27-76, Rec p.207, point 123.

³⁷⁹ Voir notre développement au troisième chapitre relatif au marché pertinent.

³⁸⁰ *United States v. Microsoft Corp*, préc., note 70.

³⁸¹ *United States v. Microsoft Corp.*, préc., note 70: « although the existence of (monopoly) power ordinarily may be inferred from the predominant share of the market, we agree with Microsoft that because of the possibility of competition from new entrants, looking to current market share alone can be misleading».

³⁸² Voir notre développement relatif à ce courant de pensée au troisième chapitre.

publics, les obstacles à l'entrée sont la manifestation de la plus grande efficacité des entreprises déjà implantées. Selon cette théorie, on ne devrait pas juger de l'existence ou de l'absence de concurrence d'après la situation d'un marché à un moment donné, mais d'après la liberté pour de nouveaux concurrents d'apparaître sur ledit marché, et seuls les marchés ouverts seraient concurrents. En conséquence, l'existence d'un monopole de fait n'exclut pas la concurrence. Si une seule entreprise est présente sur le marché, alors que d'autres peuvent, si elles le souhaitent, y entrer, c'est simplement parce qu'elle est la seule capable de satisfaire la demande aux conditions requises³⁸³.

4.2.2.4) Barrières à l'entrée en droit canadien

Dans le droit canadien, la situation n'est pas différente de celles des États-Unis et de l'Union européenne. L'examen des barrières à l'entrée doit non seulement révéler que l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché est possible, mais aussi que celles-ci pourront survivre et prendre de l'expansion³⁸⁴. De ce fait, d'autres facteurs sont à considérer, telle l'importance des économies d'échelle et la mesure dans laquelle une entreprise plus petite pourrait empêcher l'entreprise dominante d'augmenter ses prix. Une question connexe consiste à évaluer le potentiel concurrentiel des entreprises déjà présentes sur le marché. On s'interrogera notamment sur leur capacité à servir efficacement, outre leur clientèle actuelle, les clients de l'entreprise dominante qui s'en détourneraient en cas d'augmentation des prix, en examinant, entre autres, la solidité de leur réseau de distribution et leur excès de capacité. Dans l'affaire *Laidlaw*³⁸⁵, le Tribunal a constaté que le marché au sein duquel évoluait l'intimée présentait, a priori, des barrières à l'entrée très basses. Il en est de même dans l'affaire *Bombardier*³⁸⁶, où la Commission a conclu que l'exclusivité peut parfois ériger des barrières à l'entrée.

³⁸³ Voir à cet effet : William J. BAUMOL, John PANZAR, et Robert WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, préc., note 204, p 510.

³⁸⁴ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada*, préc., note 53.

³⁸⁵ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, préc., note 98.

³⁸⁶ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Bombardier Ltd*, préc., note 41.

L'analyse des obstacles à l'entrée sur le marché appelle une remarque importante. Il est, en effet, aisé de comprendre quelle place ils occupent dans l'analyse concurrentielle de la distribution exclusive. Si, sur le marché en cause, l'absence de pression concurrentielle sur les membres du réseau permet la réalisation de bénéfices élevés, de nouvelles entreprises vont logiquement souhaiter faire leur entrée sur ce marché afin de profiter des marges ainsi offertes. Si l'entrée sur ce marché est particulièrement facile, la menace de l'arrivée de concurrents potentiels suffit à dissuader les membres du réseau d'exclusivité d'exercer leur pouvoir de marché car toute augmentation de leurs prix ou toute baisse de leur niveau de production peut inciter des concurrents à entrer sur le marché. Dans un tel cadre de fonctionnement du marché, la question de la méthode d'évaluation de la concurrence devient centrale.

L'approche du Tribunal de la concurrence à ce sujet est très intéressante, dans l'affaire *Tuyauteries Canada*³⁸⁷, il a décidé en ces termes: «Le test relatif à la réduction de la concurrence est un test de comparaison et non un test absolu. Le Tribunal ne doit pas examiner s'il demeure une concurrence substantielle même en présence de la pratique visée, mais plutôt examiner si la pratique visée a diminué ou aurait vraisemblablement diminué, sensiblement la concurrence dans un marché donné en comparant avec la situation où la pratique visée n'aurait pas existée. Le "But For test" est donc un test approprié et nécessaire à cet examen³⁸⁸». En conséquence, un marché doit être jugé en fonction de son efficacité et non de sa seule structure; une structure de distribution exclusive est, ou, du moins, peut être le résultat d'un comportement efficace. Cette analyse économique réfute l'idée qui fait croire que la seule existence des barrières à l'entrée suffit pour justifier une restriction de concurrence car c'est l'efficacité qui reste le critère clef pour évaluer la concurrence dans la distribution exclusive.

³⁸⁷ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauterie Canada*, 2005 Trib. conc. 15, infirmée par 2006 CarswellNat 1763, 2006 CAF 233, 168 D.L.R. (4th) 193, 49 C.P.R. (4th) 241 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée.

³⁸⁸ *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauterie Canada*, préc., note 387.

Conclusion

L'appréciation du contexte concurrentiel dans la distribution exclusive est relativement souple et permet une plus grande flexibilité dans le raisonnement du juge de la concurrence. Cette souplesse rend possible l'aménagement d'une place particulière pour le raisonnement économique. Les développements qui précèdent montrent assez clairement comment le droit de la concurrence est influencé par les théories économiques et par la place, de plus en plus importante, accordée à la délimitation du marché pertinent. Aussi procède-t-il à une analyse détaillée de tous les facteurs économiques pertinents, tels les gains en efficience, la part de marché et les barrières à l'entrée pour évaluer la concurrence dans la distribution exclusive.

L'appréciation de la part de marché détenue par les parties au contrat de distribution exclusive ne fournit qu'une approximation de la situation commerciale en cause en ce sens qu'elle ne rend pas compte de l'ensemble du contexte concurrentiel entourant l'opération commerciale. Elle ne présente qu'une vue partielle de la situation commerciale. La part de marché véhicule le poids que les parties à l'exclusivité peuvent avoir sur les territoires qui leur sont concédés. Or, il convient de prendre en compte l'ensemble du marché de la distribution et des forces qui y sont présentes. Le niveau de la part de marché peut revêtir une signification différente une fois mis en perspective par rapport à celui des barrières à l'entrée. C'est pourquoi le juge doit mener une analyse dynamique de l'opération commerciale et non une analyse statique qui ne tient compte que de la structure du marché. Cette approche met en lumière les difficultés d'application importantes de la défense d'efficience³⁸⁹ : elle se heurte souvent à des problèmes de preuve et fait appel à des notions d'économie complexes car l'article 96(3) de la *Loi sur la concurrence* précise que l'efficience ne résulte pas d'une simple redistribution de revenus entre plusieurs personnes³⁹⁰. La méthode proposée par les lignes directrices du

³⁸⁹ Il faut le plus souvent comparer des phénomènes qui ne sont pas toujours quantifiables ou, lorsqu'ils le sont, ne peuvent pas toujours être exprimés en unités de mesure comparables. L'exercice peut en ce sens s'avérer très complexe.

³⁹⁰ Article 96(3) :

Bureau de la concurrence consiste en une approche prenant en compte les facteurs énoncés à l'article 93 de la *Loi*³⁹¹ et le progrès technique. Ces lignes posent aussi, un préalable à l'analyse des gains, à savoir la nécessité pour le Bureau de la concurrence de disposer de preuves suffisantes relatives à l'existence des gains d'efficience afin de pouvoir juger de leur consistance. Ensuite, elles énoncent les conditions cumulatives que ces gains doivent présenter afin d'être pris en compte pour contrebalancer les effets anticoncurrentiels parallèlement générés.

Cette approche pose le principe d'un examen bien plus approfondi et insiste sur les effets que la distribution exclusive est susceptible de produire sur le marché pertinent. Ce facteur est pris en considération par le Tribunal de la concurrence dans l'évaluation de la concurrence. Il fait appel à la définition du marché pertinent afin de déterminer si les parties au contrat détiennent un pouvoir de marché. Si tel est le cas, il doit se demander si la pratique en question est justifiée par le fait qu'elle favorise l'efficacité économique. Si oui, elle doit faire l'objet d'un examen approfondi relatif à ses effets proconcurrentiels.

Selon la jurisprudence canadienne, «pour appliquer l'article 77³⁹², il faut d'abord identifier le marché visé par le produit en tenant compte des produits comparables et interchangeables. Il faut aussi se demander si le défendeur a un contrôle sur le marché, c'est-à-dire s'il a la possibilité de fixer les prix du produit au-delà de ceux de la concurrence pour une période de temps significative sans que sa part du marché soit touchée par l'expansion d'un concurrent préexistant ou par l'arrivée d'un nouveau³⁹³». Il

«Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entrainera vraisemblablement des gains en efficience».

³⁹¹ L'article 93 propose, aux alinéas (a) à (g), une série de critères d'appréciation. Cette liste n'est pas exhaustive: l'alinéa (h) précise que l'on peut tenir compte de «tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché».

³⁹² L'article 77 de la *Loi sur la concurrence* est relatif à l'exclusivité.

³⁹³ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Tele-Direct Publications Inc.*, préc., note 63.

ressort bien des analyses précédentes que le droit de la concurrence à l'égard de la distribution exclusive a sensiblement évolué en lien avec les nouveaux développements survenus dans les théories économiques y relatives. De la position classique du droit de la concurrence, caractérisée par le respect strict des règles de droit, à sa conception moderne inspirée du raisonnement économique nous pouvons affirmer qu'un grand pas a été franchi.

Il est satisfaisant de constater la nouvelle direction que prend le droit de la concurrence. Elle rejoint tous les efforts déployés pour placer le consommateur au centre des préoccupations de la société. Le droit, l'économie et les développements technologiques doivent converger vers un but ultime qui est le bien-être du consommateur.

Conclusion générale

Notre étude nous a permis de mettre en évidence la complexité du contrat de distribution contenant des clauses d'exclusivité. Son analyse a dû être minutieuse, approfondie. Aussi, afin d'atteindre notre propos qui est de montrer la présence de la concurrence dans la distribution exclusive, avons-nous choisi, dans nos démarches, de présenter d'abord ses aspects présumés anticoncurrentiels, puis ses aspects positifs ou proconcurrentiels et enfin de recourir à l'analyse économique et au droit comparé.

Dans un premier temps, en effet, on est toujours tenté de croire que l'exclusivité contractuelle ne peut donner lieu qu'à des pratiques anticoncurrentielles. Il faut, certes, reconnaître, comme nous l'avons montré au premier chapitre de la première partie de notre travail, qu'on y rencontre certains agissements qui semblent violer les dispositions de la *Loi sur la concurrence* au Canada dont le but est de contrer les pratiques restrictives de commerce. Il est clair que, dans l'entente exclusive, la liberté du distributeur se trouve limitée car il ne peut pas s'approvisionner auprès d'un fournisseur concurrent de son cocontractant pour obtenir le même produit. Le producteur, de son côté, est tenu de respecter ses engagements contractuels et de ne pas utiliser, en conséquence, un distributeur autre que son distributeur exclusif à l'intérieur du territoire circonscrit. Nous avons fait aussi ressortir le risque que fait courir à la concurrence inter-marques le pouvoir de marché que peut favoriser l'exclusivité contractuelle.

L'examen plus approfondi de la distribution exclusive fait voir qu'elle présente aussi des aspects positifs ou pro-concurrentiels. Nous avons mis en évidence, tout au long du second chapitre, les avantages qu'elle procure et montré comment elle renforce même la concurrence. Nous devons rappeler que si, dans le monde des affaires, la maximisation du profit est le but poursuivi par les entrepreneurs, celle-ci passe par la lutte obligatoire pour accroître leur part de marché. Or, la distribution exclusive reste une stratégie utilisée par les acteurs commerciaux pour se tailler une bonne part de marché. Elle n'est pas conçue pour nuire à la concurrence ; au contraire, elle l'alimente en obligeant ces acteurs à recourir aux stratégies les plus efficaces : c'est le réseau de distribution exclusive dans son ensemble qui est en concurrence avec d'autres réseaux semblables. Le réseau de

distribution est renforcé, en effet, par l'exclusivité grâce à la collaboration qu'elle stimule entre ses membres. Il devient ainsi un outil efficace pour le producteur dans la concurrence intermarques sans utiliser pour autant des pratiques qui vont à l'encontre de toute éthique. Nous avons, de ce point de vue, mis l'accent sur cette caractéristique de l'économie moderne qui n'est pas fondée uniquement sur un processus de rivalité mais également sur la nécessaire coopération entre les entreprises.

Il nous faut ajouter qu'outre son apport per se au processus concurrentiel, il y a, comme nous l'avons vu, l'importation parallèle qui, à côté de la distribution exclusive, peut renforcer en quelque sorte la concurrence. Au cas où la position dominante favorisée par l'exclusivité contractuelle créerait chez le producteur la tentation d'augmenter ses prix, l'importation parallèle aiderait à faire revenir le prix au prix d'équilibre, c'est-à-dire le prix déterminé par la rencontre de l'offre et de la demande car elle permettrait d'accroître l'offre. Il est vrai que l'importation parallèle constitue des opérations hors réseau qui font l'objet de critiques acerbes en ce sens qu'elle représente une violation d'exclusivité perpétrée contre les ententes exclusives convenues entre les membres du réseau. Cette activité parallèle condamnée par la jurisprudence fait l'objet de débats doctrinaux au motif que son auteur exerce son droit de concurrence.

Il est temps maintenant, après ce rappel des aspects anti- et proconcurrentiels des accords de distribution incluant l'exclusivité, d'apprécier leur licéité. Cet examen a nécessité le recours à l'analyse économique du droit qui a apporté un nouveau critère d'évaluation de la concurrence dans la distribution exclusive qui est l'efficacité économique.

Le juridisme étroit est maintenant dépassé en matière de concurrence et on est obligé de faire appel à des disciplines connexes et en particulier à l'économie pour évaluer la manifestation de la concurrence dans les opérations commerciales. De nos jours, la nouvelle tendance des autorités de la concurrence n'est plus la recherche de la concurrence pure, parfaite mais plutôt la poursuite de l'intérêt général. Comme nous l'avons fait remarquer dans nos précédents développements, à la lumière des décisions jurisprudentielles, le pouvoir de marché ou la position dominante n'est plus sanctionnée

automatiquement; seul est condamné maintenant l'abus qui en est fait. L'affaire *TeleDirect* est un exemple patent de cette nouvelle approche d'appréciation de la concurrence par les autorités basée sur l'efficacité économique, c'est-à-dire sur la contribution de la pratique suspecte à l'accroissement du bien-être général par une baisse des prix ou la fourniture de nouveaux services ou l'amélioration sensible de ceux existants, par exemple. En d'autres termes, le producteur doit, par ses pratiques commerciales, faciliter une plus grande satisfaction des consommateurs compte tenu de la rareté des ressources globales de la collectivité³⁹⁴.

Cette approche nous a permis d'approfondir notre compréhension de la notion de concurrence pour dépasser celle, plus simple, de la libre concurrence. Celle-ci supprime, certes, les situations monopolistiques mais la concurrence, laissée à elle-même, peut tuer la concurrence et risque d'appauvrir les consommateurs³⁹⁵. C'est le rôle assigné au droit de la concurrence de sauvegarder la concurrence en posant un certain nombre de règles. Les modèles que l'on cite souvent en exemples pour illustrer la nouvelle prise en compte de l'efficacité: Du Pont de Nemours³⁹⁶, autrefois et Microsoft³⁹⁷, aujourd'hui, pour ne citer que ces deux, ne sont pas transposables dans la distribution exclusive en raison de la coordination des efforts de production et de distribution, retrouvée dans ce mode commercial.

L'impact de la distribution exclusive sur la concurrence doit être apprécié conjointement au regard de la concurrence intramarque et intermarques. La restriction retrouvée dans la distribution exclusive n'a pas la même incidence selon l'intensité de la concurrence entre produits de marques différentes et entre les distributeurs d'un même réseau. La littérature économique alimentée par cette question est abondante. Les tenants de l'École de Chicago mettent l'accent sur les gains d'efficacité de la distribution

³⁹⁴ Yves MORVAN, *Fondements d'Économie Industrielle*, préc., note 24, p.117.

³⁹⁵ Nous faisons ici référence à la situation de position dominante.

³⁹⁶ Cette affaire est considérée au troisième chapitre de notre travail.

³⁹⁷ L'affaire *Microsoft* est abordée au premier et au quatrième chapitres.

exclusive, avantageux à la fois pour les parties et les consommateurs. Avec l'apport des théories économiques, nous avons démontré que la concurrence dans un marché de distribution exclusive doit viser la promotion de l'efficacité économique.

Au Canada, conformément à l'objectif d'efficacité économique³⁹⁸ de la *Loi sur la concurrence*, la démarche du Tribunal de la concurrence consiste à apprécier toutes les pratiques considérées comme étant restrictives de commerce³⁹⁹ sur la base de leurs effets sur l'efficacité économique. Il s'agit de mettre en balance la restriction de concurrence et les gains d'efficacité. Dans ce contexte, pour dégager les gains d'efficacité de la distribution exclusive, nous avons dû lui transposer le traitement des gains en efficacité développé dans le contexte de la fusion qui est le seul domaine dans lequel les modalités d'application font l'objet de considération expresse de la part de la législation⁴⁰⁰ et de la jurisprudence canadiennes⁴⁰¹.

L'explication de la notion économique de gains d'efficacité et le résultat de l'examen du critère d'appréciation substantiel de ces gains dans la distribution exclusive en vigueur en Europe, aux États-Unis et au Canada ont fait ressortir de notre étude une convergence notable dans le traitement de cette opération commerciale par les trois traditions de droit. Il ne fait aucun doute que cette similarité constatée trouve ses origines dans l'influence exercée par les théories économiques sur l'appréciation de fond des pratiques dites restrictives de commerce. L'École structuraliste, dans un premier temps, puis celle de Chicago ont profondément marqué la portée du droit de la concurrence sur les opérations commerciales d'exclusivité, tant en ce qui concerne l'approche retenue de la structure du marché qu'en celle des effets générés sur la concurrence. De plus, au Canada, le Bureau de la concurrence sait, par expérience, que les contrats de distribution exclusive sont, pour la plupart, favorables à la concurrence. Souvent, ils ont pour but

³⁹⁸ Article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2.

³⁹⁹ Article 77 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2. Selon cet article, l'exclusivité est une pratique restrictive de commerce.

⁴⁰⁰ Article 96 de la *Loi sur la concurrence*, préc., note 2.

⁴⁰¹ Voir par exemple *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, préc., note 222.

d'exploiter les compétences particulières des distributeurs ou de réaliser des gains en efficacité pouvant accroître leur compétitivité sur le marché.

A titre d'exemple il importe de souligner, qu'en novembre 2003, le Bureau de la concurrence a décidé de ne pas intervenir dans l'affaire *HMV Canada Inc (HMV)* puisque, dans les circonstances, il a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une pratique anticoncurrentielle⁴⁰². En l'espèce, HMV Canada Inc (HMV) a déposé une plainte auprès du Bureau de la concurrence, relative à une entente d'exclusivité intervenue entre Best Buy Canada Ltd /Magasins Best Buy Ltée (Best Buy) et TGA Entertainment Ltd (TGA), pour la distribution du coffret de DVD *Four Flicks* des Rolling Stones. HMV a allégué que l'entente d'exclusivité entre Best Buy et TGA contrevenait à la *Loi sur la concurrence* en empêchant l'accès au produit et en réduisant ainsi la concurrence au niveau du marché au détail. Le Bureau a examiné ces allégations en vertu des dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant sur l'exclusivité et a conclu que l'entente en question ne portait pas atteinte à la *Loi*. A notre avis, la position adoptée par le Bureau était justifiée par des considérations portant sur l'efficacité économique pour ne pas considérer cette pratique comme étant anticoncurrentielle au sens de l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*.

En 2001, à la suite de plaintes de certains microbrasseurs québécois concernant des pratiques commerciales des grands brasseurs québécois Labatt et Molson⁴⁰³, le Bureau a entamé une enquête approfondie sur l'industrie québécoise de la bière. Après en être venu à la conclusion que certaines pratiques commerciales des grands brasseurs comportaient des obligations d'exclusivité, le Bureau a néanmoins jugé qu'il n'y avait pas matière à entreprendre des procédures puisque l'enquête avait démontré que ces

⁴⁰² HMV Canada, disponible sur le site du Bureau de la concurrence au «<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01958.html> », (site consulté le 29 janvier 2009).

⁴⁰³ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Enquête sur le marché de la bière au Québec*, 29 avril 2003, disponible au «<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02982.html> », (site consulté le 20 novembre 2009).

pratiques n'avaient pas eu pour effet d'affecter sensiblement la concurrence et pouvaient augmenter l'efficacité.

Il est facile de constater que le droit canadien par le biais du Bureau de la concurrence se dirige de plus en plus vers l'élaboration d'un bilan économique et non plus seulement juridique de la distribution exclusive, prenant ainsi exemple sur le droit américain. Il a été démontré dans notre développement que la concurrence dans la distribution exclusive a été finalement identifiée grâce à une incontestable prise en compte de la théorie économique. Quoique notre droit soit moins développé jurisprudentiellement que nos modèles européen et américain, le Tribunal de la concurrence au Canada a fait sienne l'idée prônée par l'analyse économique. D'où la nécessité d'une réécriture économique de l'exclusivité en droit canadien⁴⁰⁴. Repenser le contrôle de l'exclusivité au Canada implique qu'il faut substituer, à une conception d'une législation de la concurrence dépassée et même condamnée par les circonstances, une approche moderne d'une concurrence qui répondra par l'affirmative à la question de Marc Deschamps et Frédéric Marty : «les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée ?»⁴⁰⁵

Il nous faut, au terme de cette étude, apporter une appréciation globale sur le contrat de distribution exclusive face au principe de la concurrence au Canada. Nos développements nous permettent de confirmer qu'une juste évaluation de la concurrence de ces ententes et des pratiques qu'elles engendrent requiert la mise en balance des restrictions à la concurrence et des gains en efficacité qu'elles permettent. Leur licéité devra être mesurée à l'aune du résultat positif ou négatif ainsi déterminé.

Il convient d'ajouter que la norme canadienne du contrôle de l'exclusivité n'est pas si déphasée, en dépit du fait que la *Loi sur la concurrence* au Canada semble, de prime abord, être moins explicite et ne présente pas les mêmes spécificités que les

⁴⁰⁴ La pratique d'exclusivité est organisée en droit canadien par l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*.

⁴⁰⁵ Marc DESCHAMPS et Frédéric MARTY, «Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée?» (2008), no 22, *R.R.J.*, p.2571-2593.

législations de l'Union européenne et des États-Unis. Toutefois, le Tribunal de la concurrence, en tranchant les différends qui sont portés à sa connaissance, apporte sa contribution à l'évolution et la prise en compte des théories économiques intégrées dans la pratique du droit canadien de la concurrence. Cette évolution s'explique, à notre avis, d'une part, par la mondialisation qui crée une interdépendance des États au niveau commercial, économique et d'autre part, par l'interpénétration nécessaire des disciplines droit, économie et gestion.

Tables bibliographiques finales

Table de la législation

Textes canadiens

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c.64.

Textes étrangers

Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée), JOCE C 325 du 24 décembre 2002.

Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. (1890).

Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. (1914).

Table des jugements

Jurisprudence canadienne

BBM Bureau of Measurement c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches), [1985] 1C.F. 173, (1984), 82 C.P.R. (2d) 60, 12C.C.C. (3d) 560, 9 D.L.R. (4th) 600, 52 N.R. 137 (C.A.F.).

Bic Inc c. Bélanger, (1989) R.J.Q. 1421 (CA).

Cameron c. Canadian Factors Corp, [1971] R.C.S. 148.

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada, [2001] 1 C.F. 219, 78 C.R.R. (2d) 134, 2000 CarswellNat 1533, 186 F.T.R. 48, 8 C.P.R. (4th) 372 (1^{re} inst.).

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., [2003] 3 C.F. 529, 2003 CAF 53; [2002] C.C.T.D. no 10; [2001] 3 C.F. 185; [2000] D.T.C.C. no 15.

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada, 2005 Trib. conc. 15, infirmée par 2006 CarswellNat 1763, 2006 CAF 233, 168 D.L.R. (4th) 193, 49 C.P.R. (4th) 241 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la Cour Suprême du Canada refusée.

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Bombardier ltée, (1980) 53 C.P.R. (2d) 47 (C.P.R.C.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltée, (1989) 27 C.P.R. (3d) 1 Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Co. of Canada, (1995) 64 C.P.R. (3d) 216, 24 B.L.R. (2d) 20 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillstown Holdings (Canada) Ltd., (1992) 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd., (1992) 40 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co, (1990) 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., (1992) 43 C.P.R. (3d) 161; [1995] 3 C.F. 557; (1992), 47 C.P.R. (3d) 240; (1995) 127 D.L.R. (4th) 329; [1997] 1 R.C.S. 748.

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Tele-Direct, (1997) 73 C.P.R. (3d) 1 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Warner Music Canada Ltd., (1997) 78 C.P.R. (3d) 321 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Xerox Canada Inc., (1990) 33 C.P.R. (3d) 83 (Trib. conc.).

Ceminchuk c. IBM Canada Ltd., (1995) 62 C.P.R. (3d) 546, 101 F.T.R. 38 (1^{re} inst.).

Church & Dwight Ltd. c. Sifto Canada Inc., (1994) 20 O.R. (3d) 483 (Div. gén.).

Consumers Distributing Co c. Seiko Time Canada Ltd, (1984) 1 R.C.S. 583.

Harbord Insurance Services Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia, (1993) 13 C.C.L.I. (2d) 262, 9 B.L.R. (2d) 81 (C.S.C.-B).

Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc., (2007) 3 R.C.S. 37.

Polaroid Canada Inc. c. Continent-Wide Enterprises Ltd., (1994) 18 B.L.R. (2d) 294, 59 C.P.R. (3d) 257 (Div. gén.Ont.).

Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc., [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

R. c. K.C. Irving Ltd., (1978) 1 R.C.S. 408.

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, (1992) 2 R.C.S. 606.

Smith & Nephew Inc. c. Glen Oak Inc., (1996) 68 C.P.R. (3d) 153 (C.A.F.).

Trudel c. Clairol, [1975] 2 R.C.S. 236.

Jurisprudence étrangère

Continental T.C. Inc. v. GTE Sylvania Incorporated, 433 U.S. 36 (1977).

Europemballage et Continental Can c. Commission, CJCE C- 6 /72 du 21 février 1973.

Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Co., 246 F.3d 708, 720 (D.C. Cir. 2001).

Hasselblad Limited c. Commission, CJCE C- 86/82 du 21 février 1984.

SA ETA Fabriques d'Ebauches c. SA DK Investment, CJCE C- 31/85 du 10 décembre 1985.

United States v. El Du Pont de Nemours & Co, 351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994 (1956) (USSC).

United States v. Microsoft, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

Van den Bergh c. Commission, TPICE T-65/98 du 23 octobre 2003.

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

AMIEL-COSME, L., *Les réseaux de distribution*, Paris, L.G.D.J., 1995.

ANTAKI, N.N. et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, 2^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

ANTOMARCHI, P., *Les barrières à l'entrée en économie industrielle*, Paris, L'Harmattan, 1999.

BAUMOL, W.J., PANZAR J.C. & WILLIG R.D., *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure*, San Diego, Harcourt Brace Jovanovich, 1988.

BEAUCHARD, J., *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, P.U.F., 1996.

BEHAR-TOUCHAIS, M. et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, Paris, L.G.D.J., 1999.

BELLEY, J.G., *Le contrat entre droit, économie et société. Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

BÉRIAULT, Y., M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Carswell, 1999.

BIDAUD, L., *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001.

BIENAYME, A., *Principes de concurrence*, Paris, Economica, 1998.

BLAISE, J.-B., *Droit des affaires. Commerçants. Concurrence. Distribution*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2007.

BLAISE, J.-B., *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1964.

BLASSELLE, R., *Traité de droit européen de la concurrence*, t.1, Paris, Publisud, 2002.

BLAUG, M., *La méthodologie économique*, 2^e éd., Paris, Economica, 1994.

BLAUG, M., *La pensée économique*, 5^e éd., Paris, Economica, 1999.

BOUCHARD, C., *Droit et pratique de l'entreprise. Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, t.2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

BOURQUE, S., *La nouvelle loi sur la concurrence. Analyses et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

BOURQUE, S., P. BUCHHOLZ et L. MARKOWITZ, *Loi sur la concurrence annotée*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

BOUTARD-LABARDE, M.-C. et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 1994.

BRAULT, D., *Droit de la concurrence comparé. Vers un ordre concurrentiel mondial*, Paris, Economica, 1995.

BRAULT, D., *Droit et politique de la concurrence*, Paris, Economica, 1997.

BURST, J.-J. et R. KOVAR, *Droit de la concurrence*, Paris, Economica, 1981.

CANIVET, G., *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2005.

CARLTON, W. D. et J.M. PERLOFF, *Économie industrielle. Traduction de la 2^e édition américaine par Fabrice MOZEROLLE*, Bruxelles, De Boeck, 2008.

- CARTY, H., *An analysis of the economic torts*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- CATHIARD, A., *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels. L'apport de l'analyse économique du contrat*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- CHAPUT, Y., *Clientèle et concurrence. Une approche juridique du marché*, Paris, Litec, 2000.
- CHAPUT, Y., *Le droit de la concurrence*, Paris, P.U.F., 1988.
- CHARLAND, R., *La distribution commerciale et le droit européen de la concurrence*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1999.
- CHEROT, Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002.
- COASE, R., *Le coût du droit*, Paris, P.U.F., 2000.
- COMBE, E., *Cartels et ententes*, Paris, P.U.F., 2004.
- COMBE, E., *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Précis Dalloz, 2005.
- COTÉ, M., *Réforme de la législation sur la concurrence. Guide*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1985.
- CRAMPTON, P.S., *Mergers and the competition act*, Toronto, Carswell, 1990.
- DARMON, R. Y., M. LAROCHE, et J. PETROF, *Le marketing, fondements et applications*, 4^e éd., Montréal, Macgraw-Hill, 1990.
- DECOCQ, A. et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008.
- DEFFAINS, B. et E. LANGLAIS, *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009.
- DE LEYSSAC, C.L. et G. PARLEANI, *Droit du Marché*, Paris, P.U.F., 2002.
- DELFAUD, P., *Les théories économiques*, Paris, P.U.F., 1986.
- DE ROUX, X., et D. VOILLEMOT, *Le droit de la concurrence de la C.C.E.*, Paris, Gide Loyrette novel Éditeurs, 1982.
- DUNLOP, B., D. MCQUEEN et M. TREBILCOCK, *Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis*, Toronto, Canada Law Book, 1987.

- FABRE, G., *Concurrence. Distribution. Consommation*, Paris, Dalloz, 1983.
- FASQUELLE, D., *Droit américain et droit communautaire des ententes. Étude de la règle de raison*, Paris, Joly Éditions, 1992.
- FEREY.S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- FERRIER, D., *Droit de la distribution*, 5^e éd., Paris, Litec, 2008.
- FLAVELL, C.J. & C.J. KENT, *The Canadian competition law handbook*, Scarborough, Carswell, 1997.
- FRISON-ROCHE, M.-A. et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Précis Dalloz, 2006.
- GAGNON, J.H., *La franchise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, feuilles mobiles, à jour au 8 novembre 2007.
- GAVALDA, C. et G. PARLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires*, 1^e éd., Paris, Litec, 1992.
- GILBERT, T. & D. JUNG, *Franchising in Canada. A guide for franchisers and franchisees. Business, taxation and accounting issues*, Don Mills, CCH Canadian, 1992.
- GILL, A.K. & J.R. SCOTT, *Fox on Canadian law of trade-marks and unfair competition*, 4^e éd., vol.1, Toronto, Carswell, 2001, feuilles mobiles, à jour au 12 février 2009.
- GLAIS, M., *Économie industrielle. Les stratégies concurrentielles des firmes*, Paris, Litec, 1992.
- GLAIS, M. et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, P.U.F., 1983.
- GOLDMAN, B., A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1994.
- GRYNFONCEL, C., *Droit communautaire de la concurrence*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2000.
- HARNAY, S. et A. MARCIANO, *Richard A. Posner. L'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, 2003.
- IDOT, L., *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

- JOBIN, P.-G., *La vente*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.
- JOBIN, P.-G., *Les contrats de distribution de biens techniques*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1975.
- KOVAR, R., *Code européen de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1996.
- LACASE, N., L. PERRET et J.-É. DENIS, *Les contrats internationaux de distribution*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992.
- LAMONTAGNE, D.-C., *Droit spécialisé des contrats. Les contrats relatifs à l'entreprise*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.
- LAURENT, P., *La politique communautaire de la concurrence*, Paris, Sirey, 1993.
- LAVERY, DE BILLY, *Manuel de droit de la concurrence. Lois annotées. Analyse. Commentaires*, 2 vol., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, feuilles mobiles, à jour au 3 juin 2009.
- LEBRETON S., *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Paris, Litec, 2002.
- LEFEBVRE, B., *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution de biens et de services*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988.
- LIANOS, I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- LICARI, F.-X., *La protection des distributeurs intégrés en droit français et allemand*, Paris, Litec, 2002.
- MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2008.
- MACKAAY, E., *L'analyse économique du droit. Fondements*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000.
- MAITRE, G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, L.G.D.J., 2005.
- MALAUURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2003.
- MALAUURIE-VIGNAL, M., *L'abus de position dominante*, Paris, L.G.D.J., 2002.

MOREAU, F., et P. SERGANT, *Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles*, Paris, Dalloz, 2002.

MORVAN, Y., *Fondements d'économie industrielle*, Paris, Economica, 1985.

MOUSSERON, J.-M., *Producteurs, distributeurs, quelle concurrence? Leçons sur la société de distribution*, Paris, Librairies techniques, 1986.

MOUSSERON, J.-M., J.-B. SEUBE, P. MOUSSERON et J. RAYNARD, *Technique contractuelle*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2005.

MUSGROVE, J.B., J. MACNEIL & M. OSBORNE, *Fundamentals of Canadian Competition Law*, Toronto, Thomson Carswell, 2007.

OGUS, O. et M. FAURE, *Économie du droit. Le cas français*, Paris, L.G.D.J., 2002.

PAYET, M.S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001.

PEDAMON, M., *Droit commercial*, Paris, Dalloz, 2000.

PHILIPS, L., *Competition policy: a game-theoretic perspective*, New York, Cambridge University Press, 1995.

PICARD, P., *Éléments de microéconomie. Théorie et applications*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1998.

POILLOT-PERUZZETTO, S. et M. LUBY, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998.

POSNER, R., *Antitrust Law*, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 2001.

ROBERTS, R.J., *Roberts on competition/ Antitrust: Canada and the United States*, 2^e éd., Markham, Butterworths, 1992.

ROYER, G., *L'efficience en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, L.G.D.J., 2009.

SANSON-HERMITTE, M.A., *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique et sécurité juridique*, Paris, Librairies Techniques, 1981.

SCHERER, F.M. & D. ROSS, *Industrial market structure and economic performance*, 3^e éd., Dallas, Houghton Mifflin, 1990.

SOUTY, F., *La politique de la concurrence aux États-Unis*, Paris, P.U.F., 1995.

SOUTY, F., *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2003.

SIBONY, A.-L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008.

TARONDEAU, J.-C. et D. XARDEL, *La distribution*, Paris, P.U.F., 1995.

TELSER, L.G., *A theory of efficient cooperation and competition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

TORRE-SCHAUB, M., *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, L.G.D.J., 2002.

TREBILCOCK, M.J., *Competition policy and trade policy. Mediating the interface*, Toronto, The Canadian Law and Economics Association, 1995.

TREBILCOCK, M.J., *The common law of restraint of trade. A legal and economic analysis*, Toronto, Carswell, 1986.

TREBILCOCK, M.J., *The law and economics of Canadian competition policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

VOGEL, L., *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988.

VOGEL, L. et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile*, Paris, Dalloz, 1996.

XOUDIS, J., *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Articles de revue

ADDY, G.N., «The Bureau of Competition Policy's Compliance Approach», (1993) 38 *McGill L.J.* 867.

AFFLECK, D.S., «The Competition Act. A risk for Canadian Businesses», (1989) 6 *Bus. & L.* 57.

ARQUIT, K.J., «Market power in vertical cases», (1992) 60 *Antitrust L.J.* 925.

BAHR, E.L. et M.E. MACDONALD, «A comparative overview of the unbundling of gas distribution services in North America. Lessons for Nova Scotia and New Brunswick», (2000), 38 *Alta. L. Rev.* 1.

BALDANZA, A. et A. DI PADOVA, «Recent Developments in Canadian Competition Law», (1999) 32:2 *Can. Bus. L.J.* 241.

BEAUDOIN, L.I., «Affaires Microsoft. Rendez-vous en Cour Suprême des États-Unis», (2000) 32:13 *J. du Bar.* 8.

BEAUDOIN, L.I., «Contrats de vente et de distribution», (1999) 31:5 *J. du Bar.* 15.

BELLEY, J.-G., «Théories et pratiques du contrat relationnel. Les obligations de collaboration et d'harmonisation normative», (1998-1999) *Meredith Mem. Lect.* 137.

BELLEMARE, D., «Aperçu général de la réforme des dispositions sur les fusions et les monopoles», (1988) 48 *R. du B.* 505.

BELLEMARE, D., «La Loi sur la concurrence», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès Annuel du Barreau du Québec* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.243.

BELLEMARE, D., «Les récents développements concernant les recours privés en droit de la concurrence au Canada et aux États-Unis», dans *Développements récents en droit commercial* (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.35.

BÉRIAULT, Y. et J. PICARD, «L'accord de libre-échange et la loi sur la concurrence», (1991) 25 *R.J.T.* 377.

BOODMAN, M., «The Market for Realization of Secured Rights», (1994) 23 *Can. Bus. L.J.* 78.

BOURQUE, S., «Les interventions du directeur de la Loi sur la concurrence. Une protection ou une entrave au commerce» dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Droit commercial. Orientations nouvelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p.69.

CAMPBELL, N., «Thesis Survey. The Review of Anti-Competitive Mergers», (1994) 39 *R.D. McGill* 953.

CASSIUS DE LINVAL, R., «L'affaire Microsoft. Une nécessaire redéfinition du droit de la concurrence», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1999), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.61.

CASSIUS DE LINVAL, R., «Microsoft n'est pas au bout de ses peines», (2000) 32 *J. du Bar.* 8.

- CHANDLER, H., «Competition Law in the Upstream Oil and Gas Industry», (1993) 31 *Alta L. Rev.* 72.
- COLEMAN, J. L., « Efficiency, Exchange and Auction. Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law», (1980) 68 *Cal. L. Rev.* 221.
- COLLIN, T.J., «State Franchise Laws and the Small Business Franchise Act of 1999: Barriers to Efficient Distribution», (2000) 55 *Bus. L.* 1699.
- COLLINS, P., «The Law and Economics of Abuse of Dominant Position. An analysis of NutraSweet», (1991) 49 *U.T.Fac.L.Rev.* 275.
- COURET, A., «Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés», (1984) *Rev.soc.* 243.
- CRAMPTON, P. S., «The Efficiency Exception for Mergers. An assessment of Early Signals from the Competition Tribunal», (1993) 21 *Can. Bus .L.J.* 371.
- CRAMPTON, P. et J KISSACK, «Recent Developments in Conspiracy Law and Enforcement. New Risks and Opportunities», (1993) 38 *McGill L.J.* 569.
- DANIELS, R., «Breaking the Logjam. Proposals for Moving beyond the Equals Approach», (1993) 22 *Can. Bus L.J.* 132.
- DANIELS, R., «Should Provinces Compete. The Case for a Competitive Corporate Law Market», (1991) 36 *McGill L.J.* 130.
- DE GASPÉ BEAUBIEN, L., «Faire affaires aux USA et en Europe en matière de distribution de produits», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (2000), Montréal, p.261.
- DELORME, P. F., «Le contrat de distribution. Éléments de droit interne» (1996) 1 *C.P. du N.* 17.
- DESCHAMPS, M. et F. MARTY, «Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée?», (2008) 22 *R.R.J.* 2571.
- DIDIER, E., «Book Reviews», (1990) 69 *R. du B. can.* 190.
- DUBOIS, P.A. et B. CLERMONT, «Sur une prospective du droit canadien de la concurrence déloyale. Contradictions et tolérance», (1997) 10 *C.P.I.* 295.
- DUFRESNE, E., «Distribution, Franchise et Concurrence. Faire des affaires à l'étranger», (1998) 30:9 *J. du Bar.* 16.

DUFRESNE, E., «Gérer l'imprévisible. Contrats internationaux de concession», (1999) 31:17 *J. du Bar.* 14.

ERUTKU, C., «The quick-Look Approach in Antitrust Analysis», (2008) 46:1 *Can. Bus. L.J.* 50.

FELTHAM, A., et J. PRATT, «Competition (Antitrust) and antidumping Laws in the Context of the Canada-United States Free Trade Agreement», (1991) 17 *Can.-U.S. L.J.* 71.

FRANKLYN, P., «Competition Tribunal Issues Orders Against Xerox and NutraSweet», (1990) 7 *Bus. & L.* 91.

FRANKLYN, P., «Merger Enforcement Guidelines are Final», (1991) 8 *Bus. & L.* 36.

FRANKLYN, P.H.G., «Observations in the Merger Review process under the Competition Act», (1989) 6 *Bus. & L.* 21.

FRISSON-ROCHE, M.-A., «Le contrat de distribution. Création de la pratique et de la jurisprudence, mode de gestion des rapports de force dans les réseaux», (1997) 3-4 *Cah.dr.ent.* 13.

GAGNON, J.H., «La portée territoriale des engagements de non-concurrence», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.69.

GAL, M.S., «The Nielsen Case. Was Competition Restored? On the Anti-Competitive Effects of a Partial Enforcement of Competition Laws», (1997) 29 *Can. Bus. L.J.* 17.

GLAIS, M., «Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration», (2003) 133 *Rev.conc.cons.* 37.

GLAIS, M., «Intervention sur la finalité économique de la réglementation de la concurrence», (1985) 85 *Rev.conc.cons.* 72.

GOLDMAN, C., et J. BODRUG «The Hillsdown and Southam Decisions; the First Round of Contested Mergers under the Competition Act », (1993) 38 *McGill L.J.* 724.

GOLDMAN, C. et J. KISSACK, «The Role of Competition Policy in Canada's Industrial Policy», (1993) 19 *Can.-U.S. L.J.* 105.

GOLDMAN, C.S., «A perspective on Merger Review and on the Current topics Under the Competition Act», (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 171.

GOLDMAN, C.S., «The Merger Resolution Process under the Competition Act. A Critical Time in its Development», (1990), 22 *Ottawa L. Rev.* 1.

GOLDSTEIN, G., «La distribution et la franchise internationales en droit international privé québécois», (1998) 77 *R. du B. can.* 219.

GOULET, J., «La complexité, les biens techniques et leur distribution», (1976), 17 *C. de D.* 576.

GRAHAM, B., «Abuse of Dominance. Recent Case Law: NutraSweet and Laidlaw», (1993) 38 *McGill L.J.* 800.

GRIMES, W.S., «The antitrust law schism. A critique of Microsoft III and a response to Hylton and Salinger», (2002) 70 *Antitrust L.J.* 199.

GUYON, Y., «Développer la concurrence» (1995) 2 *Cah.dr.ent.* 19.

HAY, G.A., «Market power in antitrust», (1992) 60 *Antitrust L.J.* 826.

HYLTON, K.N. et M. SALINGER, «Reply to Grimes. Illusory distinctions and schisms in tying law», (2002) 70 *Antitrust L.J.* 231.

IDOT, L., «Le droit communautaire de la concurrence. Orientations actuelles», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *L'accès au marché de l'Union européenne et le droit européen des affaires* (1995), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p.137.

JANDA, R., et D. BELLEMARE, «Canada's Prohibition against Anti-Competitive Collusion. The New Rapprochement with U.S. law», (1993) 38 *McGill L.J.* 620.

JENNY, F., «Pratiques verticales, restrictive, concurrence et efficience», (1989) 4 *Cah.dr.ent.* 5.

KARIM, V., «L'ordre public en droit économique. Contrats, concurrence, consommation», (1999) 40 *C. de D.* 403.

KENNISH, T. et T. ROSS, «Toward a New Canadian Approach to Agreements between Competitors», (1997) 28 *Can. Bus. L.J.* 22.

KLIGMAN, R.B., «Termination of franchises and exclusive sale and distribution agreements of indefinite duration», (1985) 6 *Advocates'Q.* 331.

LAGARDE, P., «La loi applicable au contrat de distribution commerciale», (1990) 21 *R.G.D.* 669.

LANDRY, J.N., «Les importations parallèles et la protection d'un réseau de distribution», (1992-93) 5 *C.P.I.* 227.

LEAVY, J. et A. PIQUEMAL, «La réglementation de la distribution dans les pays de la C.E.E.», (1990) 21 *R.G.D.* 687.

LEFEBVRE, B., «Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage», dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.120.

LOWMAN, J., S. BOUGHS, J. STREKAF et B. RILEY, «a Practical Guide to Competition Act Compliance in the Oil and Gas Industry», (2008) 45 *Alta. L. Rev.* 691.

MACCRIMMON, M. et A. SADANAND, «Models of Market Behaviour and Competition Law. Exclusive Dealing», (1989) 27 *Osgoode Hall L.J.* 709.

MCCRACKEN, K., «Abuse of Dominant Position and the Competition Act», (1986) 3 *Bus. & L.* 84.

MCFETRIDGE, D., «The Prospects for the Efficiency Defence», (1996) 26 *Can. Bus. L. J.* 321.

MICHELL, P., «Litigation and the Competition Act. Procuring Anti-Competitive Effects through Public Processes», (1996) 26 *Can. Bus. L. J.* 244.

MOULY, C. «L'analyse économique du droit», (1987) *R.R.J.* 887.

MUSGROVE, J., «Challenging Distribution Arrangements under the Competition Act», (1997) 19 *Advocates'Q.* 257.

OPPETIT, B. «Droit et économie», (1992) 37 *Arch.phil.dr.* 26.

PICARD, J., «Des effets sur la concurrence du fusionnement d'entreprises» dans LAZAR SARNA (éd.), *Corporate Structure, Finance and Operations*, vol. 8, Scarborough, Carswell, 1995, p.203.

POSNER, R. A., «Antitrust Policy and the Supreme Court. An analysis of the Restricted Distribution, horizontal Merger and Potential Competition Decisions», (1975) 75 *Colum. L. Rev.* 282.

PRIETO, C., «Influence du droit communautaire et originalité du droit français de la concurrence», (1998) 1 *R.R.J.* 69.

ROSS, T., «Sunk Costs as a Barrier to Entry in Merger Cases», (1993) 27 *U.B.C.L.Rev.* 75.

- SÉRIAUX, A., «Droit et économie. Sur l'unité de deux disciplines», (2000) 2 *R.R.J.* 887.
- SCHWINTOWSKI, H.P., «Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit. Conceptions et limites», (1993) *R.R.J.* 763.
- SHORTHILL, C., et J. JONES, «Ends, Means and utility Functions. The Efficiency Criterion and Enforcement Activity in Canadian Antitrust 1970-1981», 28 *Osgoode hall L. J.* 449.
- TAKACH, G.S., «Exclusive dealing after Bombardier. The law is not a great deal clearer than before», (1983) 8 *Can. Bus. L.J.* 226.
- THOMPSON, D., «NutraSweet: the Evolution of Law on Abuse of Dominant Position», 18 *Can. Bus. L.J.* 17.
- TREBILCOCK, M.J., «The Supreme Court and Strengthening the Conditions for Effective Competition in the Canadian Economy», (2001) 80 *R. du B. can.* 542.
- VOGEL, L., «Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence», (1994) 6 *J.C.P.* 3737.
- WESTON, H.I., «The Investigation Process under the Competition Act», (1992) *Spec. Lect. L.S.U.C.* 243.
- YATES, C. et P. KEELEY, «Alberta Gas in United States Markets. Canadian and American Perspectives on Competition, Constitutional and Contract Enforcement Issues», (1992) 30 *Alta L. Rev.* 219.
- ZIEGEL, J., «The Quick-Look Approach in Antitrust Analysis», (2008) 46 *Can. Bus. L.J.* 50.

Documents d'organismes publics

- CANADA, Bureau de la concurrence, *Lignes directrices pour l'application de la Loi, Fusions*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 2004.
- CANADA, Bureau de la concurrence, *Lignes directrices pour l'application de la Loi. Prix d'éviction*, en ligne : «<http://cb-bc.ca>», (site consulté le 25 janvier 2009).
- CANADA, Bureau de la concurrence, *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante : articles 78 et 79 de la Loi sur la concurrence*, Hull, Industrie Canada, 2001.

CANADA, Bureau de la concurrence, *Bulletin d'interprétation de l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 2002.

CANADA, Bureau de la concurrence, *Le traitement des gains en efficience dans la Loi sur la concurrence. Document de consultation*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 2004.

CANADA, Bureau de la concurrence, *Enquête sur le marché de la bière au Québec*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 2003.

CANADA, Bureau de la politique de la concurrence, *Discrimination par les prix, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, Ottawa, Consommation et affaires commerciales Canada, 1992.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOUE no C 372, 1997.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) CE*, JOCE C 325, 2002.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JOUE no C-291, 2000.