

Non classifié

COM/DAFFE/CLP/TD(99)54



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

OLIS : 19-Aug-1999

Dist. : 20-Aug-1999

PARIS

Or. Ang.

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES
DIRECTION DES ECHANGES

Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence

**EFFETS DES RESTRICTIONS VERTICALES SUR LA CONCURRENCE ET
LES ECHANGES**

La diffusion de ce document était limitée "à usage officiel". Le document est maintenant déclassifié.

80658

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

COM/DAFFE/CLP/TD(99)54
Non classifié

Or. Ang.

Cette note a été rédigée dans le cadre du programme de travail de l'OCDE sur les échanges et la concurrence. Elle est déclassifiée sous l'autorité du Secrétaire Général.

Le document est également disponible sur les sites Internet suivants:

<http://www.oecd.org/daf/clp>

<http://www.oecd.org/ech>

Les demandes d'autorisation de reproduction ou traduction de tout ou partie de ce document doivent être adressés à:

Chef des Publications, OCDE, 2 rue André Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France
par messagerie à Laurence.gerrer@oecd.org ou Luc.garcia@oecd.org
ou par fax (33 1) 45 24 13 91

TABLE DES MATIERES

I.	Introduction	4
II.	Principaux points mis en évidence par la synthèse des travaux menés par le Comité du droit et de la politique de la concurrence	5
III.	Conclusions communes.....	11
IV.	Autres thèmes de réflexion	13
	Notes et Références	14

EFFETS DES RESTRICTIONS VERTICALES SUR LA CONCURRENCE ET LES ECHANGES

I. Introduction

1. Les relations verticales vont des transactions réalisées entre entreprises totalement indépendantes à l'intégration de deux niveaux ou plus au sein d'une même entreprise. Entre ces deux extrêmes se situent les arrangements contractuels qui restreignent la liberté d'action de l'entreprise intervenant soit en amont (en général, un fabricant), soit en aval (normalement un distributeur), ou les deux à la fois. Les restrictions verticales comprennent des restrictions en matière de prix (par exemple les prix de revente imposés - PRI - avec un prix plancher ou à un prix plafond), et des restrictions hors prix (par exemple les accords d'exclusivité territoriale ou de clientèle, les dispositions relatives aux prestations de services annexes, les accords d'exclusivité, les ventes liées, les accords de distribution sélective, les quantités imposées et les barèmes en deux parties ou les remises globales). Ces "restrictions verticales" étant susceptibles d'avoir des répercussions importantes sur les échanges, différentes sessions conjointes ont été consacrées à l'examen de ces restrictions tant du point de vue de la théorie que de la pratique, en particulier en ce qui concerne le traitement qui leur est généralement appliqué au regard du droit de la concurrence.¹ Depuis juillet 1996, ce travail a été poursuivi dans le cadre des réunions du Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence (le Groupe conjoint).

2. Les travaux conjoints sur les restrictions verticales ont commencé en 1993 avec une table ronde consacrée essentiellement aux accords de distribution exclusive et d'exclusivité territoriale. Sur la base des résultats de cette table ronde, une déclaration sur les relations verticales et sur l'accès au marché a été incluse dans le rapport ministériel de 1994. En février 1996, le Groupe de travail conjoint a organisé une autre table ronde, centrée cette fois sur la distribution dans le secteur de l'automobile et des pièces détachées. Le Groupe conjoint a alors entrepris d'examiner une série de cas réels et de cas théoriques:

- a. Février 1997 - premier cas théorique d'accord de distribution exclusive présenté par la délégation américaine (Premier cas théorique EtatsUnis.);²
- b. Février 1997 - cas de ventes de produits blancs en Nouvelle-Zélande présenté par les délégations australienne et néo-zélandaise (Produits blancs de Nouvelle-Zélande);³
- c. Juin 1997 - accord de distribution exclusive concernant le marché de la marmelade présenté par le Secrétariat (Marmelade I);⁴
- d. Octobre 1997 - retour au cas de l'accord de distribution exclusive concernant la marmelade (Marmelade II);⁵
- e. Octobre 1997 - accord d'exclusivité territoriale concernant les puces électroniques présenté par le Secrétariat (Puces électroniques).⁶

f. Juin 1998 - cas théorique de restrictions verticales présenté par la délégation américaine (Deuxième cas théorique Etats Unis.)⁷

3. Outre ces études de cas, trois notes du Secrétariat aidaient à clarifier les questions liées aux répercussions possibles des restrictions verticales sur la concurrence et les échanges, à savoir : “Restrictions verticales et accès au marché”⁸; “Restrictions verticales- Synthèse des travaux du Comité du droit et de la politique de la concurrence”⁹ et “Note de synthèse sur les discussions fondées sur des études de cas”.¹⁰

4. Le présent document a pour but de faire avancer les travaux conjoints en faisant la synthèse de certaines conclusions auxquelles peuvent souscrire les délégués des échanges et de la concurrence. C’est l’objet des deux sections qui suivent : la Section II présente les principaux points mis en évidence par la synthèse des travaux menés par le Comité du droit et de la politique de la concurrence sur les restrictions verticales, une synthèse déjà examinée par le Groupe conjoint, tandis que la Section III, fondée sur les trois notes du Secrétariat précitées et sur les Aides-Mémoires des différentes discussions de cas, énumère les points sur lesquels un accord a pu se dégager au cours des travaux menés jusqu’à présent. La Section IV indique que d’autres thèmes de réflexion restent à étudier.

II. Principaux points mis en évidence par la synthèse des travaux menés par le Comité du droit et de la politique de la concurrence

5. L’analyse présentée ci-après est simplifiée dans la mesure où elle est centrée sur les biens destinés à la revente, les entreprises en amont produisant des “marques” et les distributeurs fournissant des services en revendant celles-ci. Les producteurs sont désignés comme la partie “en amont” du secteur et les distributeurs comme la partie “en aval”. En dépit de cette simplification, il est évident que le raisonnement général se répercute sur les aspects relatifs à la production intermédiaire, lorsque les éléments fournis par une entreprise en amont sont transformés par un producteur en aval, ainsi que dans les situations où les producteurs sont soumis à des restrictions verticales convenues avec les distributeurs.

6. C’est une pratique établie de longue date dans de nombreux pays que de faire une distinction entre les restrictions en matière de prix - les prix de revente imposés - PRI - et les restrictions verticales hors prix. Les PRI planchers sont généralement interdits en tant que tels (*per se*, sauf dans certains secteurs tels que celui de l’édition), c’est-à-dire considérés comme illégaux, quels que soient les effets positifs sur la concurrence qui puissent leur être reconnus. En revanche, les PRI plafonds et les restrictions verticales hors prix font de plus en plus l’objet d’une analyse fondée sur la règle de raison, c’est-à-dire une analyse au cas par cas de leurs effets favorables ou contraires sur la concurrence. Tous les exemples visés ci-après, sauf un, concernent les restrictions hors prix et il convient de préciser de prime abord que les remarques sur la structure de marché et autres indices de puissance sur le marché ne valent pas lorsqu’une restriction particulière est interdite *per se* ou lorsque des restrictions en matière de prix ou hors prix sont utilisées dans le cadre d’un dispositif d’entente visant à restreindre la concurrence.

7. Les effets économiques des restrictions verticales peuvent être regroupés en deux grandes catégories: effets sur la coordination verticale et effets sur la concurrence sur le marché. La première catégorie porte sur les avantages qui peuvent résulter de la solution de problèmes qui pourraient autrement se poser dans la distribution et l’approvisionnement et entamer les profits agrégés. La deuxième catégorie se rapporte aux effets que peuvent avoir les restrictions verticales sur la concurrence sur le marché. Comme nous le verrons plus loin, une mesure ou un ensemble de mesures de restrictions verticales peuvent avoir des effets à la fois favorables et contraires à la concurrence, de sorte que l’effet global sur la concurrence et sur l’efficacité économique n’est pas évident *a priori*. Les effets favorables à la

concurrence sont essentiellement le résultat d'une meilleure coordination entre les différents niveaux de la chaîne verticale qui va des matières premières et des composants aux produits finis et, au-delà, au travers des circuits de distribution, jusqu'au consommateur final. Des effets contraires à la concurrence sont en revanche susceptibles de se produire si les restrictions verticales facilitent les ententes ou excluent/évincent les concurrents actuels ou potentiels.

La coordination verticale et certains de ses effets sur la concurrence et l'efficience

8. Lorsque la fourniture des biens ou des services passe par des niveaux verticaux successifs, la nature complémentaire de ces liens verticaux fait que la coordination entre ceux-ci revêt une importance considérable. Les décisions intervenant dans cette structure, certaines prises par l'entreprise en amont, certaines par l'entreprise en aval, déterminent la nature et la qualité du produit ou du service fourni, son coût ainsi que son prix de vente et le lieu où il sera vendu; autrement dit, ces décisions déterminent l'efficience économique qui caractérisera la fourniture du produit ou du service. Les conditions d'un accord organisent la relation verticale et facilitent la coordination de ce qui autrement constituerait des décisions indépendantes et sub-optimales (en termes de profitabilité totale des entreprises concernées).

9. Il existe trois catégories de dispositions de coordination ou de restrictions verticales. Premièrement, les parties peuvent convenir de conférer au producteur un contrôle direct sur les décisions en matière de distribution (par exemple, en donnant au producteur le droit de spécifier les services destinés aux consommateurs ou les prix de détail), ou de conférer de la même manière au distributeur le contrôle des décisions relatives aux approvisionnements (par exemple, en donnant aux distributeurs le droit de spécifier les intrants et les méthodes devant être appliquées par le producteur). Deuxièmement, les restrictions verticales peuvent restructurer les mesures d'incitation; par exemple, en utilisant un tarif en deux parties combinant un montant forfaitaire et un prix unitaire fixé au coût marginal, le producteur peut répercuter sur le distributeur la totalité des effets de la disposition sur les profits agrégés. Troisièmement, lorsque des retombées touchent plusieurs distributeurs, les restrictions verticales peuvent réduire voire éliminer la concurrence à l'intérieur d'une même marque, réduisant ou éliminant par là même le phénomène des « passagers clandestins ». Considérons par exemple une situation dans laquelle les distributeurs ne souhaitent pas fournir d'importantes informations à l'intérieur du magasin parce que les clients peuvent obtenir cette information, évitant ainsi de payer pour l'obtenir, simplement en traversant la rue et en achetant les mêmes produits dans un commerce de discompte. Ce problème peut être largement atténué en accordant des clauses d'exclusivité territoriale élargie à chaque distributeur.¹¹ Le phénomène des « passagers clandestins » se manifeste aussi au niveau des producteurs, par exemple lorsqu'un producteur entreprend une vaste campagne d'information publicitaire et que d'autres producteurs choisissent en revanche de proposer des prix moins élevés aux distributeurs. Lorsque les consommateurs entrent dans un magasin pour acheter le produit ayant fait l'objet de la publicité, le propriétaire du magasin sera incité à orienter l'acheteur vers le produit concurrentiel au prix le plus bas (sur lequel il gagne une plus forte marge de profit). Ce type de pratique peut être éliminé par le recours à un accord de distribution exclusive (c'est-à-dire en exigeant des distributeurs qu'ils ne distribuent qu'un seul bien de production). Si les accords de distribution exclusive réduisent la concurrence entre marques à l'intérieur d'un même magasin, ils peuvent aussi améliorer la concurrence globale entre marques et accroître le surplus pour le consommateur (c'est-à-dire la différence entre le montant maximum que les consommateurs seraient prêts à payer pour la quantité habituellement consommée et le montant qu'ils paient réellement).

10. Outre les situations dans lesquelles les restrictions verticales réduisent la concurrence à l'intérieur d'une même marque ou la concurrence entre marques à l'intérieur d'un même magasin mais peuvent néanmoins accroître la concurrence et l'efficience globales, dans certaines circonstances ces restrictions peuvent contribuer à atténuer les problèmes liés à la puissance sur le marché. En particulier,

lorsque producteurs et distributeurs détiennent une puissance sur le marché et tirent des profits excessifs par rapport à ceux qu'ils obtiendraient dans des conditions de pleine concurrence, au moment de décider s'ils doivent relever ou non leurs prix les distributeurs confrontés à leurs propres mécanismes ne considèrent que les effets sur leurs bénéfices. Ils ne tiendront absolument pas compte du fait que du point de vue des producteurs, les hausses de prix de la distribution réduisent simplement le montant vendu, sans augmentation en contrepartie du prix à la production. En conséquence, lorsque ces distributeurs relèvent leurs prix, non seulement le surplus pour le consommateur se trouve réduit mais les bénéfices globaux du fabricant et du distributeur peuvent également baisser. Dans cette situation de "double marge", si les distributeurs perdaient leur pouvoir de fixer les prix, les fabricants, les distributeurs et les consommateurs ne pourraient que s'en trouver mieux.¹²

11. Tout en ne niant pas la capacité des restrictions verticales à améliorer le bien-être du consommateur, il faut également dire que le choix concernant la qualité du produit ou le service de distribution qui optimise les bénéfices globaux du fabricant et du distributeur n'est pas nécessairement le choix qui optimise l'efficacité économique, c'est-à-dire le surplus combiné pour le consommateur et le producteur (lorsque le surplus pour le producteur est égal aux bénéfices excédant un retour normal sur investissement). Par exemple, les dispositions qui permettent une discrimination de prix rentable peuvent accroître ou non l'efficacité. Plus la concurrence des autres fournisseurs à laquelle le système vertical est confronté est grande, toutefois, plus ses membres seront collectivement contraints de faire des choix allant dans le sens d'un accroissement de l'efficacité économique.

12. L'intensité de la concurrence des autres marques et des autres distributeurs peut toutefois être réduite par le recours aux accords verticaux. Par exemple, un PRI minimum peut contribuer à soutenir des prix élevés en permettant aux producteurs de contrôler plus facilement d'éventuelles tricheries concernant un accord d'entente, ce qui accroît en retour les incitations à passer de tels accords. Par ailleurs, un PRI minimum peut être utilisé pour soutenir une entente entre distributeurs, le producteur devenant alors l'instrument de fixation puis de surveillance du prix correspondant à une situation d'entente. Il en va de même pour l'exclusivité territoriale imposée par des distributeurs puissants, en particulier dans les situations où ces restrictions ne sont à l'évidence pas nécessaires pour protéger les investissements spécifiques de la marque desdits distributeurs.

13. Les restrictions verticales peuvent aussi être utilisées en tant que stratégie visant à freiner la concurrence. Par exemple, si les accords de distribution exclusive sont pratique courante, les consommateurs sont obligés de se rendre dans d'autres magasins pour trouver des produits concurrents et en comparer les caractéristiques et les prix, ce qu'ils peuvent hésiter à faire pour les articles de peu de valeur ou ceux dont ils ont un besoin urgent ou qu'ils achètent sur un coup de tête. Une hausse des coûts de recherche de clientèle pourrait par conséquent se traduire par un relèvement des prix moyens et une diminution du surplus pour le consommateur. Par ailleurs, les restrictions qui ont pour effet de diminuer la concurrence à l'intérieur d'une même marque entre les distributeurs, par exemple en prévoyant une exclusivité territoriale, peuvent également freiner la concurrence en amont en rendant moins attrayantes les baisses de prix de la part des producteurs. Ceci résulte du fait que la restriction de la concurrence entre distributeurs diminue la pression qui pousse à répercuter toute réduction des prix à la production sur le consommateur. Si les réductions de prix devaient se traduire par un accroissement pur et simple des bénéfices pour les distributeurs, les producteurs seraient moins enclins à pratiquer de telles réductions.

14. Les restrictions verticales sont également susceptibles de freiner la concurrence à long terme si elles servent à dresser des barrières importants à l'entrée et si la concurrence n'est pas déjà forte. En ce qui concerne la concurrence au niveau des producteurs, la plus grande attention a été portée au rôle que peuvent avoir les accords d'exclusivité territoriale à long terme (et aux dispositions qui sont susceptibles de produire les mêmes effets, par exemple les ventes forcées portant sur une gamme complète de produits

(« full-line forcing ») et les remises globales dans la mise en place de barrières à l'entrée qui peuvent avoir pour effet l'exclusion ou l'éviction des concurrents nationaux ou étrangers. Ces accords entre un producteur et ses distributeurs empêchent d'autres producteurs de distribuer leurs marques par l'intermédiaire de ces agents. Lorsque des accords d'exclusivité ou d'autres restrictions verticales ayant des effets analogues sont mis en oeuvre par une société occupant une position dominante ou sont utilisés par un nombre suffisamment important de producteurs, ils peuvent effectivement entraîner un relèvement des coûts de leurs concurrents en les obligeant à avoir recours à d'autres circuits de commercialisation moins efficaces. Le relèvement des coûts de distribution peut alors être suffisamment important pour dissuader l'entrée sur le marché.

15. Il n'est par ailleurs pas inconcevable que des restrictions verticales puissent favoriser l'entrée et la concurrence. Lorsque les restrictions entraînent une augmentation des bénéfices sans dresser des barrières à l'entrée, soit en améliorant l'efficacité soit en instaurant une meilleure coordination de type oligopole, elles favorisent l'entrée. En outre, lorsque les restrictions augmentent le retour sur investissement dans le domaine du savoir-faire, elles encouragent ce type d'investissement, qui peut à son tour favoriser l'entrée ainsi que les nouvelles marques et les nouveaux distributeurs.

16. Les effets dynamiques des restrictions verticales sur les marchés revêtent une importance particulière du point de vue des échanges lorsqu'une mesure de restriction telle qu'un accord de distribution exclusive peut soit empêcher soit faciliter l'accès au marché. Par exemple, une entreprise étrangère peut rencontrer beaucoup plus de difficultés à l'entrée lorsque des restrictions verticales hors prix lient les systèmes de distribution nationaux existants, particulièrement si ceux-ci s'appuient sur des lois et règlements ou d'autres barrières à l'entrée qui dissuadent les entreprises étrangères d'établir de nouveaux circuits de distribution. Cette difficulté s'accroît lorsque les restrictions durent pendant de nombreuses années mais elle diminue si le marché est en expansion ou si de nouveaux systèmes de distribution sont mis en place. Par ailleurs, l'entrée peut être facilitée par des restrictions verticales si un nouvel entrant doit proposer un accord d'exclusivité pour inciter un distributeur à promouvoir efficacement un nouveau produit. En conséquence, les effets des restrictions verticales sur les échanges ont tendance à dépendre, notamment, du type de restriction, de la part de marché collective des entreprises qui pratiquent cette restriction, de la nature du marché, de la durée de la restriction et du fait que les dates de reconduction/d'expiration des restrictions sont étalées dans le temps ou rapprochées.

Enseignements généraux à tirer de l'analyse économique

17. Nous avons vu que les restrictions verticales sont susceptibles d'apparaître dans des circonstances très diverses et de produire des effets différenciés sur la concurrence et l'efficacité économique. Ces effets dépendant en grande partie des événements et pouvant varier dans le temps, il est difficile de recommander *a priori* qu'une restriction verticale spécifique soit considérée comme légale ou illégale dans tous les cas. *Il convient plutôt d'adopter une approche au cas par cas, fondée sur la règle de raison, qui tente de mettre en balance les effets favorables et les effets contraires à la concurrence.* L'analyse économique fournit par ailleurs plusieurs autres éléments de réflexion pertinents aux responsables de la politique de la concurrence et des échanges.

1. L'intensité de la concurrence entre marques (y compris à l'intérieur d'un même magasin) ainsi que la concurrence à l'intérieur d'une même marque sont des facteurs déterminants dans l'analyse des effets des restrictions verticales

18. Lorsque la structure verticale se trouve confrontée à une forte concurrence tant de la part d'autres marques que de la part d'autres distributeurs, il est peu probable qu'une restriction verticale, quelle qu'elle soit, puisse réduire l'efficacité économique¹³.

2. Lorsque les conditions générales du marché laissent entière la question de savoir si une restriction verticale accroîtra ou diminuera l'efficacité, l'analyse économique permet d'identifier les circonstances spécifiques dans lesquelles une restriction particulière peut avoir une incidence sur la concurrence ou l'efficacité.

19. Par exemple, elle met en évidence les circonstances dans lesquelles les accords d'exclusivité, qu'ils soient le fait d'une entreprise dominante ou soient largement répandus sur le marché, peuvent être utilisés pour réduire la concurrence en dressant des barrières à l'entrée et d'autres circonstances dans lesquelles une diminution de la concurrence entre marques à l'intérieur d'un même magasin peut accroître la concurrence globale entre marques en empêchant le phénomène des « passagers clandestins ». Plus précisément, la concurrence est susceptible d'être freinée lorsqu'elle est déjà limitée tant au niveau du producteur que du distributeur et que les restrictions entraînent un accroissement significatif des coûts d'entrée d'éventuels concurrents. En revanche, une augmentation de la concurrence est prévisible dans le cadre des accords d'exclusivité nécessitant une publicité efficace de la part du producteur qui serait autrement compromise par un comportement de « passagers clandestins » de la part des autres producteurs. D'une manière plus générale, le phénomène des « passagers clandestins » semble poser plus de problèmes (et fournit ainsi un argument plus fort du point de vue de l'efficacité) dans le cas des produits complexes, techniques, coûteux, faisant l'objet d'achats exceptionnels et des produits distribués par l'intermédiaire de points de vente très spécialisés. Ceci est particulièrement vrai lorsque les consommateurs n'ont qu'une connaissance limitée du produit et ont du mal à en apprécier les qualités avant de l'avoir acheté et consommé, ce qui est davantage susceptible de se produire pour les nouveaux produits que pour les produits confirmés.

3. C'est le niveau de concurrence qui prévaut sur un marché qui est le facteur clé pour déterminer les effets des restrictions verticales sur l'efficacité économique

20. Plutôt que d'être centrée sur la concurrence à l'intérieur d'une même marque, l'analyse devrait porter sur l'intensité de la concurrence sur le marché d'autres marques et d'autres systèmes de distribution. Les restrictions verticales sont susceptibles de réduire la concurrence à l'intérieur d'une même marque sans porter atteinte à l'efficacité économique. En présence d'une concurrence suffisante de la part d'autres marques et d'autres distributeurs, un producteur ne pourra pas réduire l'efficacité économique en exerçant une puissance sur le marché sur la fixation des prix ou le choix de la qualité sur un marché déterminé de manière appropriée, même si la concurrence au sein d'une même marque est totalement éliminée. Toutefois, lorsque la concurrence entre marques est limitée, les restrictions à la concurrence à l'intérieur d'une même marque peuvent peser d'un certain poids dans la mesure où elles peuvent contribuer à freiner à l'avenir une concurrence entre marques.

4. Un marché pertinent défini de manière appropriée doit englober ce que les consommateurs considèrent comme de bonnes solutions de remplacement (tant en termes de produits qu'en termes de zones géographiques)

21. Une absence de concurrence dans le domaine des ventes de beurre dans le pays X a peu d'importance si une augmentation significative, non temporaire, des prix du beurre dans ledit pays X conduit simplement les consommateurs à remplacer le beurre par la margarine ou à s'approvisionner en beurre et margarine en provenance de producteurs implantés hors du pays.

5. Pour évaluer le niveau probable de concurrence, les autorités de la concurrence devraient examiner la structure du marché pour déterminer si une restriction verticale est acceptable

22. Si un marché défini de manière appropriée est caractérisé par une faible concentration, des barrières négligeables à l'entrée et un rythme rapide d'évolution technologique, les restrictions verticales sont peu susceptibles de porter atteinte à l'efficacité économique ou de réduire la concurrence.

6. L'analyse doit prendre en compte tant les effets à long terme (dynamiques) que les effets à court terme (statiques) des restrictions verticales

23. Même si une restriction verticale a un effet négatif ou ambigu à court terme, ses effets nets à long terme peuvent être positifs du fait que la restriction améliore les possibilités d'entrée ou d'investissement dans la propriété intellectuelle. Ses effets à long terme peuvent à l'inverse être négatifs si l'entrée est rendue plus difficile de sorte que la concurrence et les incitations à innover sont réduites..

7. L'analyse doit prendre en considération les situations les plus probables en l'absence de restriction verticale, par exemple l'absence de restriction, le recours à un autre type de restriction, la cessation des activités ou l'intégration verticale

24. Les restrictions verticales constituent l'un des moyens d'intégrer la prise de décisions. Lorsqu'une restriction particulière ne peut être appliquée, la solution peut être non pas une moindre intégration mais une méthode différente d'intégration verticale, par exemple le contrôle commun. Celui-ci peut se révéler ne pas être plus efficace ou plus susceptible de favoriser la concurrence entre marques ou à l'intérieur d'une même marque, même si l'on peut penser que des liens verticaux plus étroits impliquant davantage d'accords mutuels sont plus souhaitables que des restrictions verticales.

25. Outre les points énumérés ci-dessus, il est clair que toute politique envisagée doit prendre en compte les coûts de sa mise en oeuvre. L'un des moyens de réduire les coûts de mise en oeuvre de l'analyse au cas par cas est d'élaborer des principes directeurs de mise en oeuvre, comme l'ont déjà fait un certain nombre d'autorités de la concurrence. Ces principes directeurs permettent d'améliorer la prévisibilité des analyses, ce qui facilite en général le respect des dispositions, et de réduire le nombre de cas nécessitant un examen détaillé en adoptant des critères et des procédures d'identification des cas présentant un risque d'effet anticoncurrentiel et pour lesquels une analyse plus approfondie peut se révéler nécessaire.

26. Les coûts de mise en oeuvre peuvent en outre être réduits en édictant des règles ou des principes directeurs de mise en oeuvre différents en fonction des conditions de concurrence sur le marché. A cet égard, il peut être utile de suivre les approches générales suivantes :

- Les entreprises détenant de faibles parts sur des marchés non concentrés en amont et en aval, ainsi que les entreprises nouvelles ou établies qui cherchent à entrer sur un nouveau marché pourraient disposer d'une autorisation d'office de recourir à des restrictions verticales; l'analyse minimale nécessaire pour établir les conditions d'un marché concurrentiel suffit à déterminer les effets économiques.
- Les systèmes verticaux qui sont largement répandus sur leur marché pourraient être soumis à une enquête plus détaillée sur l'ampleur de la concurrence sur ce marché et, si nécessaire, sur les effets des restrictions verticales proposées.

- Les systèmes verticaux mis en oeuvre par une entreprise dominante pourraient justifier une analyse plus détaillée visant à démontrer que les restrictions ne présentent pas de risques substantiels pour la concurrence entre produits et sont susceptibles d'améliorer l'efficacité et que des avantages comparables ne pourraient pas être obtenus à moindre risque pour la concurrence entre produits.

III. Conclusions communes

27. Après avoir pris connaissance de l'examen des travaux du Comité du droit et de la politique de la concurrence sur les restrictions verticales, après avoir étudié les deux autres documents du Secrétariat et avoir discuté des différents cas d'espèce, les responsables de la politique de la concurrence et des échanges sont tombés d'accord sur un certain nombre de points concernant les effets des restrictions verticales dans leurs domaines respectifs. La liste qui suit tente de résumer brièvement ces points d'accord, notamment dans quelques domaines où les deux parties ont eu l'occasion d'apprécier les contraintes auxquelles elles devaient respectivement faire face au cours de leurs travaux.

- (1) Les restrictions verticales sont susceptibles d'avoir des effets complexes favorables et contraires à la concurrence. Elles peuvent également renforcer ou réduire l'accès au marché des concurrents établis à l'étranger. En conséquence, les restrictions verticales nécessitent une analyse précise au cas par cas et fondée sur la "règle de raison" (c'est-à-dire mettant en balance les différents effets). Sur les marchés caractérisés par un nombre suffisant d'entreprises concurrentes, les restrictions verticales ne peuvent être réputées porter atteinte à la concurrence pour le seul fait qu'elles entraînent un relèvement des coûts d'entrée des concurrents, même si elles devraient faire l'objet d'un examen plus approfondi dans la mesure où elles sont davantage susceptibles d'exclure de nouveaux entrants nationaux et étrangers.
- (2) Les effets des restrictions verticales favorables ou contraires à la concurrence doivent être appréciés dans le contexte de marchés pertinents définis de manière appropriée, regroupant des produits et des lieux de production que les consommateurs considèrent comme de bonnes solutions de remplacement. La dimension géographique de ces marchés peut s'étendre au-delà des frontières d'un pays, particulièrement si les barrières au commerce international sont faibles ou inexistantes.¹⁴ L'accent sur la substituabilité est fondamental dans la définition du marché aux fins de l'analyse de la concurrence car le but ultime de la définition est de proposer un cadre permettant d'estimer l'existence/l'étendue d'une puissance sur le marché. Il n'y a pas de telle puissance dans des situations permettant au consommateur d'échapper au préjudice que peut causer la fixation de prix anticoncurrentiels en remplaçant facilement les produits par d'autres ou en choisissant d'autres sources géographiques d'approvisionnement.¹⁵
- (3) A l'exception des restrictions verticales utilisées pour faciliter les ententes, il est plus qu'improbable que ces restrictions aient des effets nettement contraires à la concurrence, sauf en présence soit : (a) d'une puissance sur le marché à un niveau au moins d'un marché défini de manière appropriée; soit (b) d'une restriction ayant le pouvoir, soit en elle-même soit conjuguée à d'autres restrictions verticales, d'exclure ou de désavantager un nombre important de concurrents (ou un seul concurrent important ou une catégorie donnée de concurrents) du fait qu'elle est largement appliquée sur le (les) marché(s) subissant des effets négatifs. La démarche habituelle pour juger de la puissance sur le marché consiste à estimer

si les parts de marché établies sont assez importantes pour permettre une fixation unilatérale de prix anticoncurrentiels ou pour faciliter une entente. Lorsque c'est effectivement le cas, l'analyse se poursuit normalement par un examen des barrières à l'entrée, c'est-à-dire qu'elle examine s'il y a lieu de penser que les prix anticoncurrentiels ne seront pas rentables parce qu'ils encourageront rapidement les entreprises existantes ou nouvelles à accroître leur approvisionnement du marché.

- (4) Lorsqu'il est nécessaire d'examiner attentivement les barrières à l'entrée, les responsables de la concurrence et des échanges seront particulièrement intéressés de savoir si l'action (ou l'absence d'action) des pouvoirs publics contribue à ces barrières. De manière générale, les barrières à l'entrée créées ou renforcées par les pouvoirs publics sont des plus durables, ce qui entraîne de sérieuses contraintes sur la concurrence. L'existence de ces barrières à l'entrée pourrait ainsi accroître la probabilité de voir les responsables de la concurrence conclure à l'existence d'une forte puissance sur le marché et décider qu'une action contre les restrictions verticales affectant un marché particulier est justifiée. Les responsables de la concurrence et des échanges devraient oeuvrer ensemble pour réduire les restrictions injustifiées à la concurrence et à l'accès au marché introduites par les pouvoirs publics.¹⁶ Ils devraient aussi naturellement coopérer afin de limiter tous les types de restrictions anticoncurrentielles privées qui réduisent l'accès au marché.
- (5) L'objectif premier des autorités de la concurrence est de favoriser l'efficacité économique en renforçant ou en protégeant le processus de la concurrence plutôt que les concurrents pris individuellement. En conséquence, les autorités de la concurrence ne sont pas nécessairement disposées ou aptes à intervenir face à une mesure de restriction verticale au simple motif qu'elle porte préjudice à certains concurrents effectifs ou potentiels, quelle que soit leur nationalité. En outre, une analyse de marché approfondie pourrait s'avérer nécessaire pour évaluer les effets contraires à la concurrence¹⁷. Parallèlement, les dispositions sur la concurrence appliquées dans le but de promouvoir l'efficacité économique peuvent, dans certains cas, favoriser également l'accès au marché dans la mesure où elles couvrent en même temps, par exemple, les pratiques anticoncurrentielles d'exclusion ou d'éviction d'entreprises ou de produits étrangers.¹⁸
- (6) Les objectifs essentiels des responsables des échanges dans les cas mettant en cause des restrictions verticales sont de déterminer si les restrictions entravent l'accès au marché et, si c'est le cas, d'encourager le(s) gouvernement(s) concernés à remédier à la situation ou d'exiger de celui (ceux)-ci qu'il y soit remédié. Par rapport aux autorités de la concurrence, les responsables des échanges accordent davantage d'importance : (a) à l'action des pouvoirs publics pour ce qui touche au pouvoir des restrictions verticales d'exclure ou de désavantager des concurrents; (b) aux effets discriminatoires ou différentiels que peuvent avoir les restrictions verticales sur les concurrents étrangers par rapport aux concurrents nationaux; (c) à la possibilité pour les entreprises étrangères d'apporter un type de concurrence qualitativement différent de celui que l'on peut attendre des entreprises nationales; et (d) à l'éventualité qu'une analyse de la politique de la concurrence sous-estime les gains potentiels d'échange s'agissant d'évaluer s'il convient d'intervenir dans un cas donné de restrictions verticales, donc se situant sur le plan de l'absence d'intervention. Les responsables des échanges ont en général davantage de pouvoir que les autorités de la concurrence pour faire pression en faveur d'une modification de la politique des pouvoirs publics lorsqu'une telle politique soutient une restriction verticale limitant l'accès au marché ou faisant obstacle d'une manière ou d'une autre à la concurrence entre entreprises nationales

et étrangères. Ceci s'applique particulièrement lorsque l'analyse à laquelle ont habituellement recours les autorités de la concurrence de l'OCDE peut ne pas faire apparaître les effets contraires à la concurrence de la restriction verticale contestée. Dans ce cas, les autorités de la concurrence et les responsables des échanges devraient coopérer en vue de réduire ces restrictions injustifiées à la concurrence et à l'accès au marché imposées par les politiques gouvernementales, en ne perdant pas de vue que certaines de ces restrictions peuvent être pleinement compatibles avec les engagements pris dans le cadre de l'OMC.

- (7) Les restrictions verticales sont d'autant plus susceptibles de produire des effets contraires à la concurrence et d'avoir une incidence négative sur l'accès des producteurs étrangers que leur application est prolongée. Les effets favorables à la concurrence pourraient également se révéler être proportionnels à la durée d'application de ces restrictions. Les arguments censés démontrer que certaines restrictions verticales ont des effets favorables à la concurrence et à l'efficacité ainsi que la capacité de soutenir ou de restreindre l'accès au marché sont d'autant plus crédibles et significatifs qu'un produit est peu acheté, cher et repose sur des techniques sophistiquées.
- (8) Les autorités de la concurrence devraient continuer à améliorer la coopération en matière de partage des informations et d'assistance à la mise en oeuvre des mesures, de manière à traiter plus efficacement les cas de restrictions verticales qui dépassent le cadre des frontières nationales.

IV. Autres thèmes de réflexion

28. Les points évoqués ci-dessus constituent un ensemble de conclusions communes dégagées par le Groupe conjoint et les sessions conjointes qui l'ont précédé. Bien que d'importants progrès aient été réalisés, certaines questions importantes demeurent et devront continuer à être examinées.^{19,20,21}

NOTES ET REFERENCES

1. Les réunions périodiques entre le Groupe de travail du Comité des Echanges et le Groupe de travail N°1 du Comité du droit et de la politique de la concurrence sont désignées dans ce texte sous le terme de « Réunions conjointes ».
2. Voir COM/TD/DAFFE/CLP/RD(96)101.
3. Voir COM/DAFFE/CLP/TD(97)22.
4. Voir COM/DAFFE/CLP/TD(97)52.
5. Voir COM/DAFFE/CLP/TD(97)94.
6. Voir COM/TD/DAFFE/CLP(97)49.
7. Voir COM/DAFFE/CLP/TD(98)46
8. Voir COM/TD/DAFFE/CLP(97)48/REV1.
9. . COM/DAFFE/CLP/TD(97)50
10. . COM/DAFFE/CLP/TD(98)21
11. En fixant des prix de revente planchers autorisés, c'est-à-dire des PRI (minimums), l'autorisation légale étant une autre manière d'obtenir la même chose.
12. Ceci pourrait justifier, dans certains cas, le recours aux PRI (maximums) au moyen duquel un fabricant fixe le prix de revente maximum que peut appliquer un distributeur. Il serait possible d'obtenir pratiquement le même résultat en exigeant des distributeurs qu'ils atteignent et maintiennent des niveaux minimums de ventes unitaires.
13. Il est rappelé au lecteur que pratiquement tous les pays de l'OCDE font une distinction entre les restrictions verticales fondées sur les prix et les restrictions hors prix, et considèrent au moins les PRI planchers comme illégaux en tant que tels. En vertu des dispositions en vigueur, l'intensité de la concurrence entre marques et à l'intérieur d'une même marque n'a pas d'importance et il n'est donc pas nécessaire de la déterminer dans les cas envisagés.
14. Il n'y a pas de contradiction dans le fait qu'une autorité de la concurrence se déclare habilitée à ne protéger que les intérêts nationaux, tout en reconnaissant cependant que le marché d'un produit donné est de taille internationale. Les consommateurs pourraient être tout aussi bien protégés par la perspective d'un relèvement des prix nationaux qui attirerait davantage les importations ainsi que par la possibilité qu'une hausse des prix incite les producteurs nationaux à accroître leur production.
15. Les cas Marmelade I et II fournissent de larges possibilités d'examiner la question de la définition du marché et d'en relever l'importance dans les cas touchant aux échanges et à la concurrence. Voir les Aides-Mémoires sur les discussions -

COM/TD/DAFFE/CLP/M(97)82/ADD2, pages 4-6, et COM/TD/DAFFE/CLP/M(97)117/ADD2, pages 6-8.

16. La discussion sur les cas Marmelade I et Puces électroniques a mis en évidence les préoccupations que suscitent chez les responsables de la concurrence et des échanges le fait de savoir dans quelle mesure la réglementation pouvait avoir des effets sur le potentiel anticoncurrentiel des restrictions verticales. Voir les Aides-Mémoires sur les discussions - COM/TD/DAFFE/CLP/M(97)82/ADD2, et COM/TD/DAFFE/CLP/M(97)117/ADD2, pages 4-5. Une autre question qui a à maintes reprises fait l'objet de discussions dans le cadre des réunions conjointes est celle des importations parallèles. En vertu des législations en vigueur, les titulaires de copyright sont en mesure d'accorder des licences sur leurs droits de propriété intellectuelle, ce qui a pour effet de segmenter les marchés nationaux, de réduire les échanges et de maintenir en place une discrimination par les prix au niveau international qui pourrait se révéler préjudiciable à la concurrence.
17. Le cas des produits blancs de Nouvelle-Zélande illustre bien ces points importants. Le droit sur la concurrence néo-zélandais requiert bien davantage que la simple démonstration du fait que les fabricants de produits blancs australiens ont éprouvé des difficultés à entrer sur le marché néo-zélandais en raison d'un accord de distribution exclusive pratiqué par un producteur national assurant quelque 80% des ventes en Nouvelle-Zélande. Pour obtenir réparation en application du droit de la concurrence néo-zélandais, les entreprises australiennes auraient dû apporter la preuve que l'entreprise néo-zélandaise bénéficiant de l'accord de distribution exclusive occupait une position dominante sur un marché défini de manière appropriée et qu'elle utilisait son pouvoir de marché de manière déraisonnable. L'établissement de l'un de ces points nécessiterait un examen des conditions effectives du marché et une étude très approfondie des faits. Voir l'Aide-Mémoire sur la discussion - COM/TD/DAFFE/CLP/M(97)36/ADD1 , pages 8-10.
18. Par exemple, dans le premier cas théorique soumis par les Etats-Unis, le droit de la concurrence d'un pays Membre au moins aurait pu amener à conclure que les fabricants bénéficiaient d'une position dominante collective et pouvaient se voir interdire le recours aux menaces de refus de commercer et aux pratiques de remises progressives visant à maintenir en place un système de distribution exclusive qui s'avérait empêcher l'accès au marché. Voir l'Aide-Mémoire sur la discussion - COM/TD/DAFFE/CLP/M(97)36/ADD1, pages 8-9.
19. Prenons par exemple le cas où l'autorité de concurrence du pays A ne se préoccupe que du bien-être national ou local (le cas normal) et évalue également les restrictions verticales sous l'angle d'un surplus économique global et non sous l'angle plus courant du surplus pour le consommateur. Supposons qu'il existe une restriction particulière au titre d'un accord d'exclusivité qui provoque une augmentation des prix dans le pays A, et donc réduit le surplus pour le consommateur dans ce pays. Supposons ensuite que l'accord d'exclusivité accroît également le surplus pour le producteur/le distributeur dans une mesure qui suffit largement à compenser la réduction de surplus pour le consommateur. L'accord d'exclusivité pourrait par conséquent être autorisé, mais uniquement si l'accroissement des bénéfices du producteur/du distributeur profite aux entreprises détenues par des nationaux du pays, car l'augmentation des bénéfices au profit de propriétaires étrangers ne serait pas considérée comme compensant le dommage causé aux consommateurs du pays A. Une variante de cet exemple serait une situation dans laquelle les responsables de la concurrence accepteraient d'inclure le surplus de la production/de la distribution dans la balance, à condition que les producteurs/les distributeurs soient implantés dans leur ressort (c'est-à-dire que les autorités de la concurrence appliqueraient

un critère de bien-être national). Dans ce cas, il existe un risque de discrimination en fonction du lieu plutôt qu'en fonction du propriétaire des entreprises concernées.

20. Pour illustrer une situation possible, prenons un autre exemple théorique d'accord d'exclusivité. Supposons que ces restrictions sur un marché donné soient très largement répandues dans le pays A, mais que les producteurs les plus anciennement établis, essentiellement contrôlés ou implantés dans le pays, ne rencontrent aucun problème particulier pour distribuer leurs produits. Supposons en outre que les producteurs souhaitant entrer sur le marché aient convaincu les responsables de la concurrence du pays A que les accords d'exclusivité bénéficient aux consommateurs par le jeu d'une amélioration de la concurrence entre les marques grâce à une meilleure information de la part du fabricant et qu'en tout état de cause, il n'apparaît pas que les entreprises en place soient inefficaces ou tirent des bénéfices supérieurs à ceux attendus dans des conditions de concurrence normale.

En dépit de tous ces "faits" présumés, supposons que les producteurs du pays B établissent que tout ce qui les empêche de vendre aux consommateurs du pays A ce sont les accords d'exclusivité des vendeurs existants. Ils démontrent en particulier que:

- a. les barrières à l'entrée dans la distribution les empêchent d'établir de nouveaux systèmes parallèles de distribution dans le pays A;
- b. ils offrent un produit sensiblement différent (mais toujours sur le même marché de la concurrence) de ceux qui sont actuellement proposés dans le pays A; et
- c. ils vendent leurs produits avec profit dans d'autres pays ayant la même gamme de produits que ceux avec lesquels ils se trouveraient en concurrence dans le pays A, mais sans les accords d'exclusivité pratiqués sur le marché du pays A.

Confrontés à cette situation, les responsables des échanges du pays B pourraient très bien essayer de persuader les responsables de la concurrence du pays A d'interdire les accords d'exclusivité qui empêchent l'accès au marché. Ils pourraient aussi bénéficier de l'aide des responsables de la concurrence du pays B, en supposant qu'ils aient pour mission de défendre les intérêts des producteurs du pays B. Malgré ces interventions, les responsables de la concurrence du pays A éprouveraient naturellement une certaine réticence à interdire les accords d'exclusivité dont ils estiment qu'il bénéficient aux consommateurs du pays A. De plus, ils ne manqueraient sans doute pas de faire valoir qu'ils seraient tout aussi réticents s'il s'agissait d'aider des producteurs du pays A qui pourraient de la même manière se plaindre de leur incapacité de vendre aux consommateurs du pays A.

Il convient de noter que l'exemple ci-dessus présente quelque similitude avec le second cas théorique présenté par la délégation américaine lors de la 7^{ème} réunion du Groupe conjoint - voir COM/DAFFE/CLP/TD(98)46.

21. En présentant le second cas théorique, la délégation américaine commence par faire remarquer que:

Dans certains cas, les produits étrangers incorporent des optiques différentes sur les méthodes de production, des concepts différents sur la mise au point et le développement des produits, ainsi que d'autres facteurs matériels ou autres qui soit ne sont pas connus soit ne sont pas disponibles dans le pays importateur. Mettre les entreprises locales face à ces facteurs peut conduire à des avancées technologiques sur les produits qui n'auraient pas été envisageables à partir des seules perspectives locales (2).

Dans la présentation de ce cas, il est reconnu que ces gains d'échange ne peuvent pas toujours être facilement estimés au moment où une décision initiale doit être prise concernant l'autorisation ou non d'une ou plusieurs restrictions verticales. Il y est examiné ce que les responsables des échanges et les autorités de la concurrence pourraient et devraient faire dans le cas où un ensemble de restrictions verticales qui, concentrées uniquement sur les produits locaux existants, seraient susceptibles d'améliorer nettement le bien-être du consommateur en dépit du fort effet d'éviction qui leur est associé. Deux situations possibles sont envisagées. Dans la première, on ne dispose d'aucun élément sur la concurrence étrangère potentielle au moment où les restrictions verticales sont soumises à approbation. Dans la seconde, les entrants étrangers potentiels s'opposent à l'autorisation des restrictions. Dans le contexte de l'hypothèse initiale qui veut que les entreprises étrangères puissent être en mesure d'offrir une concurrence particulièrement appréciable, l'étude de cas cherche à examiner si les autorités de la concurrence pourraient ou non faire un effort particulier pour évaluer les effets d'éviction sur les entreprises étrangères et les obstacles qui devraient être surmontés au niveau de l'information pour rendre cette démarche possible. Dans ce cas hypothétique, on invite à une plus grande coopération entre les responsables des échanges et les autorités de la concurrence, tant entre les pays qu'à l'intérieur des pays eux-mêmes.