

Revue de Droit et Société

PÉRIODIQUE ARBITRÉE SPÉCIALISÉE DANS LES
ÉTUDES JURIDIQUES



NUMÉRO : 03

JUIN 2014



Éditée par le Laboratoire de Droit et Société

UNIVERSITÉ D'ADRAR

DÉPÔT LÉGAL : 2013 - 6352

ISSN : 2335 - 1462

INDEX :

No	NOME	TITRE	PAGE
01	Lakli Nadia	L'application du droit des ententes aux contrats de distribution exclusive.	01-14

L'application du droit des ententes aux contrats de distribution exclusive

LAKLI Nadia
Université d'Oran - Algérie

Le résumé en langue française:

La concurrence est les exigences clés qui sous-tendent une économie libre, les règles de concurrence constituent également une nécessité au moment où celui-ci permet au système de maintenir un fonctionnement concurrentiel et ordonné des mécanismes de marché.

Mais le marché peut être exposé à certains des manœuvres qui font obstacle à la circulation Hassan pour la compétition et ces actions sont dans les pratiques restrictives de concurrence. Peut-être l'une de ces pratiques, on trouve des «accords» qui est sur les actions pratiquées par certains agents économiques afin de restreindre la concurrence sur le marché. Mais l'obligation d'interdire l'existence de ces accords sont soumis à plusieurs institutions en présence et la position concurrentielle sur le marché, qui excluent cette condition filiales de la société mère.

Cette restriction est soit en réduisant le nombre de concurrents tels que le recours à la commune ou le partage du marché, soit en limitant la liberté des prix des concurrents comme la sélection ou l'utilisation des clauses de non-concurrence arbitrairement ou à travers des réseaux de distribution.

Introduction:

L'étude de relation entre concurrence et contrat ne nécessite pas de tenir compte seulement de la dimension juridique, qui considère le contrat comme étant un acte conclu entre deux parties qui s'obligent l'une envers l'autre. Mais il faut prendre en considération aussi la

ملخص باللغة العربية:

تعتبر المنافسة من المتطلبات الرئيسية التي يرتكز عليها الاقتصاد الحر، كما تشكل قواعد المنافسة ضرورة في الوقت الراهن حيث تسمح هذه الأخيرة بالمحافظة على النظام التنافسي والسير المنتظم لآليات السوق.

ولكن قد يتعرض السوق لبعض المناورات التي من شأنها عرقلة السير الحسن للمنافسة وتتمثل هذه التصرفات في الممارسات المقيدة للمنافسة. ولعل من بين هذه الممارسات نجد "الاتفاقات" وهي عبارة عن تصرفات يلجأ إليها بعض العملاء الاقتصاديين بهدف تقييد المنافسة في السوق. ولكن يشترط لحظر هذه الاتفاقات وجود عدة مؤسسات قابلة للتواجد في وضعية تنافسية في السوق، مما يستبعد هذا الشرط المؤسسات التابعة للشركة الأم.

ويكمن هذا التقييد إما من خلال الحد من عدد المنافسين كاللجوء إلى المقاطعة أو اقتسام السوق، وإما من خلال الحد من حرية المتنافس كتحديد الأسعار أو استخدام بنود عدم المنافسة بشكل تعسفي أو من خلال شبكات التوزيع.

dimension économique qui prohibe le contrat lorsque ce dernier porte atteinte à la concurrence.

En tant qu'acte juridique pouvant engendrer des effets néfastes sur le marché, le contrat est soumis aux règles de concurrence.

Les règles de concurrence prohibent les accords qui restreignent le jeu de la libre concurrence, sans distinction entre les accords exprès ou tacites, écrits ou verbaux. Ces accords peuvent prendre la forme d'une entente.

Cette entente peut prendre diverses formes dont laquelle l'entente « verticale » qui intervient entre des opérateurs situés à différentes étapes du circuit économique, et correspond notamment aux contrats de distribution qui sont des accords passés entre un fournisseur et un distributeur, pour assurer aux utilisateurs la mise à la disposition des produits ou de services¹

Il existe, en pratique, deux catégories de contrat de distribution : ceux comportant une clause d'exclusivité et ceux qui ne la possèdent pas.

Mais notre étude se base sur la distribution exclusive, en raison de sa structure commerciale et les stratégies mises en place qui lui sont associées qui sont étroitement assimilées à des ententes anticoncurrentielles.

Les ententes ne sont prohibées que « *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser*

¹ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Dalloz 1994, p.436 .

le jeu de la libre concurrence»². Et étant donné que les contrats de distribution exclusive ne sont qu'une forme d'entente verticale, l'application de la prohibition résulte seulement de l'effet néfaste de ces contrats.

Alors pour apprécier le caractère restrictif des contrats de distribution exclusive, il faut tout d'abord citer les conditions de prohibition des ententes en droit de la concurrence.

I – Les conditions de prohibition des ententes:

Pour qu'il y ait entente illicite, il faut que les entreprises aient *«exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, afin de porter atteinte à la concurrence»*³.

La qualification d'entente suppose l'existence d'un concours de volontés émanant d'entreprises qui disposent d'une autonomie de décision relativement à leur comportement sur le marché, dans le but de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence. Les formes empruntées par ce concours de volontés sont indifférentes.

1 – La pluralité d'entreprises:

La première condition d'interdiction des ententes consiste dans la pluralité des parties, ce qui écarte les actes unilatéraux du champ de la prohibition. Car pour être prohibée, l'entente doit être conclue entre deux ou plusieurs entreprises. Cette condition nous emmène à

² V. art. 6 de l'ordonnance 03-03 du 19 juill. 2003 relative à la concurrence, J. O. du 20 juill. 2003, n° 43.

³ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J. 2008, p. 60.

s'interroger sur la notion d'entreprise d'une part, et sa nature d'autre part.

A – Notion d'entreprise:

En tant qu'élément fondamental, l'entreprise représente l'un des sujets les plus importants en droit de la concurrence. Elle permet de définir le champ d'application de ce dernier.

Pendant un certain temps, la notion d'entreprise a reposé sur un critère purement juridique dont l'entreprise devait être une personne physique ou morale. Mais assez rapidement, et grâce à son rôle essentiel dans l'économie, l'entreprise est considérée comme étant «...toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁴.

Et la doctrine française donne une définition plus large, car elle considère l'entreprise comme « *une entité exerçant une activité économique, dotée d'une autonomie suffisante de décision pour déterminer elle-même son comportement sur le marché et qui en assume le risque commercial, que cette entité soit une personne physique, une personne morale ou un ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique* »⁵.

B – Nature de l'entreprise:

⁴ C. J. C. E. du 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Hofner et Fritz Elser c/ Gmb H* ; Rec. C. J. C. E. 1997, p. 1739.

⁵ M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 22.

La qualification d'entreprise est subordonnée à la condition que l'entité exerce une activité économique d'une part, et qu'elle dispose d'une autonomie de décision suffisante dans la détermination de son comportement sur le marché.

On le constate, l'élément déterminant de la qualification d'entreprise est avant tout l'exercice d'une activité économique, c'est la nature économique de l'activité et non la qualité de l'opérateur ou la forme sous laquelle il intervient qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence⁶. Et aucun secteur ne semble exclu du champ d'application du droit de la concurrence, qu'il s'agisse des activités commerciales⁷ ou bien des activités civiles⁸.

La nature économique de l'activité ne pose pas un problème, car on entend par «activité économique » toute activité de production, de distribution et de service⁹. Par contre le problème se pose sur l'autonomie de l'entreprise, notamment lorsqu'il s'agit d'une société mère et ses filiales.

La liberté commerciale des opérateurs économiques paraît comme un principe fondamental en droit de la concurrence, et la doctrine affirme que « ...ne peut être qualifiée d'entreprise contrevenante que

⁶ M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 22.

⁷ Comme les activités bancaires ou celles relevant du secteur des assurances ou celles présentant un caractère culturel.

⁸ Comme les activités agricoles ou celles exercées par les professions libérales.

⁹ V. art. 2 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence complété par l'art. 2 de la loi 10-05 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, J.O. du 18 août 2010, n° 46.

celle disposant d'une liberté commerciale, appréciée en termes d'autonomie économique »¹⁰. Par exemple un accord conclu entre une filiale et sa société mère ne pourra relever du droit de la concurrence que si la filiale dispose d'une autonomie économique.

Mais comment prouver l'autonomie économique de la filiale ?

Il existe plusieurs présomptions par lesquelles l'autorité de la concurrence constate l'autonomie économique de l'entité. L'existence d'une communauté de dirigeants entre la société mère et sa filiale est un élément caractérisant l'absence d'autonomie de la première vis-à-vis de la seconde¹¹. Ainsi la détention totale ou quasi-totale du capital social de la filiale par la société mère représente une forte présomption d'absence d'autonomie économique de la filiale¹².

2 – L'atteinte à la concurrence:

Les accords entre entreprises ne sont pas prohibés, il faut établir une restriction à la concurrence qui sera démontrée à partir de certains critères économiques. Mais avant d'entamer ces critères, il est nécessaire tout d'abord de définir la concurrence.

On entend par « concurrence » la rivalité exercée entre les opérateurs économiques dans un marché déterminé. Elle suppose « *la présence de plusieurs opérateurs offrant des produits ou des services,*

¹⁰ L. ARCELIN, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, P.U.R. 2009, p. 44.

¹¹ V. en droit français : décision du cons. conc. n° 89-D-37, du 14 nov. 1989, *Sarl Publi-Cazal*, B.O.C.C.R.F. 1989, p. 317.

¹² L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 45.

disposant d'une totale indépendance de décision et suffisamment informés pour réagir immédiatement à leurs comportements respectifs »¹³.

Quant aux critères de l'atteinte à la concurrence, il s'agit de l'alternative objet et/ ou effet anticoncurrentiel. L'interprétation de l'article 6 de l'ordonnance 03-03 conduit à englober dans le champ de la prohibition les ententes qui ont un effet anticoncurrentiel, celles qui recèlent une potentialité d'effet anticoncurrentiel, ainsi que celles qui ont un objet anticoncurrentiel indépendamment de leur effet.

A – Objet anticoncurrentiel:

L'objet signifie l'objectif ou le « but poursuivi »¹⁴. L'existence d'objet anticoncurrentiel suffit à l'application de droit des ententes, car « *il n'est pas nécessaire que l'entente ait eu pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, il suffit simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à tel résultat* »¹⁵.

Certaines ententes sont considérées comme ayant, par nature, un objet anticoncurrentiel¹⁶, notamment les accords de boycott, de répartition de marché et ceux concernant la détermination des prix¹⁷.

¹³ J-B. BLAISE, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 2000, p. 404.

¹⁴ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵ L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶ V. sur ce point : Rapport d'activité du conseil de la concurrence français pour 2003, *Etude thématique portant sur « objet, effet et intention anticoncurrentiels »*, p. 60.

B – Effet anticoncurrentiel:

En l'absence d'objet anticoncurrentiel, il convient de vérifier les effets néfastes de l'entente en tenant compte des effets actuels et potentiels. Cette démarche consiste à démontrer que la pratique affecte la concurrence ou est susceptible de l'affecter. La prise en considération de l'effet « potentiel » permet aux autorités de la concurrence d'intervenir à titre préventif, avant toute constatation d'un dysfonctionnement du marché. Il faut signaler à la fin que la prohibition des ententes anticoncurrentielles n'est pas absolue, il existe en effet en droit de la concurrence des causes justificatives. Ces causes sont mentionnées à l'article 9 de l'ordonnance 03-03¹⁸, qui ne réserve la justification qu'aux ententes exemptées par un texte législatif ou réglementaire d'une part, et celles qui contribuent au progrès économique d'autre part.

¹⁷ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p.96.

¹⁸ Lequel énonce : « *Ne sont pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7, les accords et pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application. Sont autorisés, les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché. Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence* ».

¹⁸ L. RIEBEN, *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, L.D.G. 2000, p. 18.

II– L'application de la prohibition aux contrats de distribution exclusive:

Dans les contrats de distribution exclusive, « *le producteur s'engage à ne pas approvisionner dans une zone géographique donnée, d'autres distributeurs que celui avec lequel il conclut le contrat. Le distributeur s'engage, de son côté, à promouvoir la vente du produit contractuel dans sa zone* »¹⁹. Le distributeur est tributaire d'un arrangement commercial qui conduit à une éviction des éventuels concurrents sur le marché, dans ce cas, on peut se demandé si l'on ne se trouve pas en face d'un accord restrictif de la concurrence.

1– Les aspects présumés anticoncurrentiels de la distribution exclusive:

La distribution exclusive est parfois perçue comme une forme commerciale qui entrave la liberté de chacune des parties de contracter avec des personnes autres que leurs partenaires exclusifs. Elle permet d'établir des barrières à l'entrée, et exclure les producteurs concurrents du marché.

Cette restriction est le corolaire de certaines dispositions contractuelles qui obligent les parties à les respecter. Soit par l'obligation faite au producteur de ne fournir ses produits qu'aux distributeurs de son réseau, soit par l'obligation faite au distributeur de ne s'approvisionner qu'auprès le producteur partie à l'accord.

On peut ajouter, à propos de cette relation d'exclusivité entre producteur et distributeur, que « *les clauses d'exclusivité peuvent être*

dans la pratique réciproques, ce qui signifie que le producteur n'approvisionnera que son contractant, ce dernier s'engageant à ne se fournir qu'auprès de lui »²⁰.

Mais il faut signaler, que le législateur algérien énonce que « *Est considéré comme pratique ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence et interdit, tout acte et/ou contrat, quels que soient leur nature et leur objet, conférant à une entreprise une exclusivité dans l'exercice d'une activité qui entre dans le champ d'application de la présente ordonnance* »²¹. Le législateur dans cet article essaye d'élargir le champ d'application de l'interdiction afin d'écarter toute possibilité d'atteinte à la concurrence, car il prohibait seulement le contrat d'achat exclusif conférant à son titulaire un monopole sur le marché²².

A– L'exclusivité et la limitation de la concurrence inter marque:

La distribution exclusive peut produire une atteinte à la concurrence inter marque en conduisant à l'exclusion des autres producteurs du marché par la mise en place des barrières à l'entrée.

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

²⁰ L. RIEBEN, *op. cit.*, p. 18.

²¹ V. art. 6 de la loi 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, J. O. du 2 juill. 2008, n° 36.

²² V. art. 10 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence.

distribution efficace leur permettant de vendre leur produit surtout lorsqu'il s'agit d'entreprises de petite taille²³.

Cette barrière à l'entrée du marché se manifeste clairement à travers la clause d'approvisionnement exclusif. Les nouveaux producteurs qui voudraient accéder au marché, rencontrent une difficulté de trouver des distributeurs puisque les distributeurs existants sur le marché sont tous liés à leur producteur par des contrats à long terme²⁴.

B– L'exclusivité et la limitation de la concurrence intra marque:

L'un des principaux effets de la distribution exclusive est la réduction de la concurrence entre les distributeurs de la même marque, appelée concurrence intra marque. Et cela se fait par la clause d'approvisionnement exclusif par laquelle le producteur oblige les distributeurs de ne s'approvisionner qu'auprès de lui, ce qui restreint la concurrence entre eux²⁵.

Ainsi, 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 automobile, un constructeur de véhicules accorde une concession à un distributeur en

²³ L. RIEBEN, *op. cit.*, p. 23.

²⁴ J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

²⁵ Car un distributeur ne peut pas s'approvisionner auprès un autre distributeur.

lui garantissant un territoire de vente, à l'intérieur duquel il n'y aura pas de concurrents intra marque car l'octroi de l'exclusivité contraint aussi les distributeurs des produits d'une même marque à respecter leur marché. Cette limitation réduit ainsi la concurrence que les distributeurs pourraient se faire entre eux.

Il faut rappeler, concernant la distribution exclusive restrictive de concurrence, qu'il doit y avoir une appréciation de l'incidence de l'ensemble du réseau sur la concurrence, et non pas l'incidence de chaque contrat pris séparément. Car il est rare qu'un seul contrat de distribution exclusive engendre des effets néfastes sur le marché, en revanche l'ensemble de ces contrats peut avoir un effet anticoncurrentiel, en réduisant la concurrence entre les distributeurs à l'intérieur de la zone d'exclusivité²⁶.

2– Les effets pro concurrentiels de la 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.

Malgré les restrictions de la concurrence engendrées par les contrats de distribution exclusive, ces derniers peuvent contribuer au progrès économique grâce à leurs effets positifs sur le marché.

Cette exclusivité permet une simplification de la distribution d'une part, et une meilleure prévision de la production et des ventes d'autre

²⁶ J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

part. Elle peut également conduire à une réduction des coûts de fabrication et de commercialisation²⁷.

Ainsi, la distribution exclusive peut produire des gains d'efficacité, en particulier lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour protéger l'image de la marque²⁸. Car dans un réseau de distribution exclusive les distributeurs sont en concurrence avec d'autres distributeurs, cette concurrence s'exerce sur les services de distribution que les distributeurs offrent au producteur, afin de continuer à faire partie du réseau, et aussi sur le nombre de consommateurs.

On constate à la fin, que dans le but d'assurer le bon écoulement de la production sur le marché, et corrélativement la satisfaction constante des besoins des consommateurs, les opérations de distribution, d'une façon générale, tendent toujours à la régulation de l'offre et de la demande.

Conclusion:

Dans un premier temps, on est toujours tenté de croire que les contrats de distribution exclusive constituent une entente anticoncurrentielle en raison des restrictions qu'ils comportent. Car il

²⁷ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *op. cit.*, p. 438.

²⁸ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 168.

est clair que dans les accords de distribution exclusive la liberté des parties se trouve limitée, le distributeur ne peut pas s'approvisionner auprès d'un fournisseur concurrent de son contractant pour obtenir le même produit, et 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.

Mais le caractère souple des règles de concurrence suppose l'existence de certaines exceptions juridiques et économiques. Et l'examen approfondi de la distribution exclusive fait voir qu'elle présente des aspects positifs.

Ainsi, L'impact de la distribution exclusive sur la concurrence doit être apprécié conjointement au regard de la concurrence intra marque et inter marque. 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.

Donc, le réseau de distribution exclusive a un double effet: certes, il peut limiter la concurrence entre les distributeurs des produits de la même marque ou des produits similaires, mais il peut aussi renforcer la concurrence entre les producteurs²⁹.

Une petite critique, à la fin de cette étude, qui concerne le principe d'interdiction des ententes et son exception cité par le législateur algérien. On constate que ce dernier n'applique la justification visé par l'article 9 de l'ordonnance 03-03 que sur les pratiques

²⁹ J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

anticoncurrentielles autorisées par un texte législatif ou réglementaire pris pour son application, ou celles qui contribuent au progrès économique d'une part, et prohibe, d'autre part, tout accord quelque soit sa nature, conférant à une entreprise l'exclusivité dans l'exercice une activité économique, sans prendre en considération que cette exclusivité peut trouver sa source dans un contrat de distribution, qui n'est qu'une forme d'entente verticale.

Ouvrages utilisés :

- 1- B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, Droit commercial européen, 5^{ème} éd., Dalloz 1994.
- 2 – J-B. BLAISE, Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 2000.
- 3 – L. ARCELIN, Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, P.U.R. 2009.
- 4 – L. RIEBEN, L a validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence, L.D.G. 2000.
- 5 – M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL. V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J. 2008.