

DOCUMENT DU GROUPE DES POLITIQUES

Department of Foreign Affairs
and International Trade



CANADA

Ministère des Affaires étrangères
et du Commerce international

Les relations fabricant - détaillant : Incidence sur les politiques en matière de commerce extérieur et de concurrence

I. Prakash Sharrma
(Groupe des politiques, CPE)

et

Prue Thomson

(Direction générale de la politique commerciale et
économique - États-Unis, UEP)

avec

Keith H. Christie
(Groupe des politiques, CPE)

DÉCEMBRE 1994

94/11

SP45F

Les documents du Groupe des politiques ont pour objet d'encourager, parmi les responsables de la politique étrangère, les échanges sur les tendances et les questions internationales. Les opinions exprimées dans ces documents ne sont pas nécessairement celles du gouvernement du Canada.

Prière d'adresser vos observations et vos questions concernant le présent document au Groupe des politiques (CPB), Affaires étrangères et Commerce international, 125, promenade Sussex, Ottawa (Ontario) K1A 0G2 [Tél. : (613) 944-0367; télécopieur : (613) 944-0375]. On peut obtenir des copies de ce document en faisant la demande à InfoCentre (SKIO) du Ministère [1-800-267-8376; région outaouaise tel: (613) 944-4000; télécopieur : (613) 996-9709], en mentionnant le code SP45F.

An english version of the Paper is also available.

Remerciements

Une version préliminaire de ce document a été présentée lors de la réunion annuelle des sociétés savantes, qui s'est tenue à l'Université de Calgary en juin 1994. Les nombreux commentaires et suggestions présentés par écrit par les personnes suivantes nous ont été d'une aide extrêmement précieuse : Doug Rosenthal et Alan Silberman, de Sonnenschein Nath & Rosenthal, de Washington, D.C.; Mitsuo Matsushita, de l'Université Seikei de Tokyo (Japon); Margaret Sanderson, Haldor Palsson et Art Kaell, du Bureau de la politique de concurrence. De même, les personnes suivantes nous ont fourni de judicieux commentaires sur l'ébauche que nous avons fait circuler en vue d'une rencontre interministérielle en octobre 1994 : Bill Crosbie, Cherise Valles, Paul Robertson, Phil Holton, Dan Roseman et Steve Lavergne, du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international; Mark Royanne et Don Partridge, du Bureau de la politique de concurrence; Louis Beauséjour, du ministère des Finances; Michael Martin, de l'ambassade du Canada à Tokyo. Nous avons également tiré parti des discussions que nous avons eues sur certains aspects du document avec Jagdish Bhagwati, de l'Université Columbia de New York; Don McFetridge et Ehsan Choudhri, de l'Université Carleton; Frank Mathewson et Ted Safarian, de l'Université de Toronto; Bill Ehrlich, Jamal Khokhar et Chris MacLean, du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. Joanne Berger nous a fourni une aide précieuse en matière de recherche. Mike Newcombe s'est chargé des illustrations et de la mise en page de l'annexe. Marjorie Bull et Réjean Tremblay ont répondu avec gentillesse à nos nombreuses demandes de recherche documentaire de dernière minute. Nous tenons à remercier chacun d'entre eux. Nous sommes également reconnaissants envers Chuck Stark et Stuart Chemtob, du département de la Justice, Washington, D.C., qui ont mis à notre disposition de la documentation pertinente, de même qu'envers plusieurs agents de la commission des pratiques commerciales loyales du Japon, qui ont fourni à Michael Martin, à Tokyo, les documents (en japonais) utilisés pour la rédaction de l'annexe.

Dept. of External Affairs
Min. des Affaires extérieures

JUL 17 1995

RETURN TO DEPARTMENTAL LIBRARY
RETOURNER A LA BIBLIOTHEQUE DU MINISTERE

**Les relations fabricant - détaillant :
Incidence sur les politiques en matière de commerce
extérieur et de concurrence**

| | |
|---|----|
| Résumé | 4 |
| Executive Summary | 8 |
| 1. Introduction | 12 |
| 1.1 Les relations verticales, la mondialisation de l'économie et l'âge de l'information | 15 |
| 2. Opérations entre fabricant et vendeur | 18 |
| 2.1 Concepts et définitions | 18 |
| 2.2 Développement de la question | 21 |
| 2.3 Efficience, bien-être et traitement juridique des restrictions verticales | 26 |
| 3. Fondement rationnel des restrictions verticales | 29 |
| 3.1 Les restrictions verticales et la concurrence intramarque | 30 |
| 3.2 Les restrictions verticales et la concurrence intermarques | 36 |
| 4. Les principales restrictions verticales et leur traitement dans le cadre de certains régimes juridiques nationaux | 43 |
| 4.1 Vente à prix imposés (VPI) | 46 |
| 4.1.1 La VPI au Canada | 49 |
| 4.1.2 La VPI aux États-Unis | 54 |
| 4.1.3 La VPI au Japon | 60 |
| 4.2 Contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle (CETC) | 65 |
| 4.2.1 Les CETC au Canada | 67 |
| 4.2.2 Les CETC aux États-Unis | 68 |
| 4.2.3 Les CETC au Japon | 74 |
| 4.3 Vente exclusive (VE) | 76 |
| 4.3.1 La VE au Canada | 78 |
| 4.3.2 La VE aux États-Unis | 82 |
| 4.3.3 La VE au Japon | 87 |

| | | |
|------------|---|-----|
| 4.4 | Ventes liées (VL) | 88 |
| 4.4.1 | Les VL au Canada | 90 |
| 4.4.2 | Les VL aux États-Unis | 92 |
| 4.4.3 | Les VL au Japon | 100 |
| 4.5 | Ententes de franchisage vertical (EFV) | 102 |
| 5. | Sommaire des dispositions législatives applicables aux restrictions verticales | 105 |
| 5.1 | Sommaire des exemptions des lois sur la concurrence | 109 |
| 6. | Incidence sur les politiques | 110 |
| 6.1. | Recommandations relatives au traitement des pratiques verticales .. | 111 |
| 6.2 | Argument en faveur de l'application de la règle du bon sens aux restrictions verticales imposées dans les marchés internationaux dynamiques | 113 |
| 6.3 | Cadre multilatéral aux fins de l'application de la règle du bon sens aux relations verticales | 117 |
| 6.4 | Les pratiques verticales et l'accès aux systèmes nationaux de distribution | 119 |
| 6.5 | Les marchés internationaux, les exemptions et le débat sur la politique | 121 |
| 6.6 | Les pratiques verticales au Japon : comment laisser le système de distribution fermé | 122 |
| ANNEXE I : | Exemptions aux lois antitrust | 124 |
| A1. | Canada | 124 |
| A2. | États-Unis | 125 |
| A2.1 | Principes et problèmes | 125 |
| A2.2 | Exemptions prévues par les lois antitrust et certaines lois régissant le commerce | 128 |
| A3. | Japon | 137 |
| A3.1 | Produits soustraits à l'application des dispositions sur la vente à prix imposé | 137 |
| A3.2 | Exemptions sectorielles à la Loi antitrust | 138 |

Résumé

Ce document a les objectifs suivants : a) préciser les conséquences pour le commerce et les marchés internationaux de diverses pratiques de restriction verticales; b) fournir une analyse comparative du traitement des pratiques commerciales verticales qui est prévu dans les lois du Canada, des États-Unis et du Japon; c) examiner certaines des conséquences sur la coordination des politiques en matière de commerce extérieur et de concurrence. Nous analysons en détail cinq restrictions verticales précises : la vente à prix imposé (VPI), les contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle (CETC), la vente exclusive (VE), les ventes liées (VL) et les ententes de franchisage vertical (EFV).

Un rapport vertical est une entente entre le fabricant et les grossistes ou les détaillants (les distributeurs) dans la chaîne qui va de l'approvisionnement à la production puis à la vente au détail aux consommateurs. Les distributeurs cherchent, par de tels contrats, à assurer leur efficacité et leur compétitivité sur le marché. Un réseau de distribution bien au point permet de livrer de manière efficace les marchandises et les services à leur destination. Ainsi, il améliore le fonctionnement de l'économie et contribue au bien-être économique.

Un contrat vertical peut permettre l'établissement de liens efficaces entre entreprises de niveaux différents et, par le fait même, la diminution des coûts de production et l'augmentation de la qualité des produits. Dans ce cas, l'efficacité et le bien-être économiques sont accrus. Un tel résultat peut laisser croire que les restrictions verticales ne devraient pas forcément être illégales en vertu des lois sur la concurrence.

Cette opinion positive est tempérée par les inquiétudes sur les dommages économiques que pourraient causer à la concurrence des restrictions verticales portant sur le prix ou sur un autre aspect. Selon les principales inquiétudes, les restrictions verticales pourraient faire augmenter les prix à la consommation et pourraient être utilisées pour faciliter la collusion horizontale, au niveau du fabricant ou du vendeur. Des entreprises qui ont conclu un accord vertical peuvent fixer ensemble des modalités et des conditions qui les placent en position de force sur le marché, position qu'elles peuvent exploiter pour accroître leurs bénéfices. Les restrictions verticales peuvent occasionner des distorsions dans la consommation et dans la répartition des ressources. Selon ce point de vue, les restrictions verticales devraient être interdites car elles diminuent le bien-être économique.

On peut remarquer qu'il existe, entre la politique nationale de concurrence sur les réseaux de distribution et la politique en matière de commerce extérieur, des rapports réciproques intéressants. Par exemple, les nouveaux arrivants éventuels pourraient se

heurter à un importateur et à un distributeur unique indélogeable. Dans un tel marché, le prix monopolistique des importations est analogue, sur le plan analytique, à un tarif douanier. Il est peu vraisemblable que l'élimination des tarifs douaniers explicites puisse engendrer une concurrence véritable et des marchés libéralisés si elle est combinée à la tolérance de distributeurs en situation de monopole. La politique de concurrence doit soutenir l'élan donné par le régime de libre-échange.

Les lois sur la concurrence établissent une différence entre le critère juridique qu'il faut respecter dans une cause jugée en vertu de la norme intrinsèque ou de la règle du bon sens. En vertu de la norme intrinsèque, si le tribunal détermine que tous les éléments d'une pratique prohibée sont présents, aucune autre preuve d'effet anticoncurrentiel n'est requise. Par contre, d'après la règle du bon sens, le plaignant ou le demandeur doit prouver que la pratique contestée a eu des effets négatifs sur la concurrence.

Il est intéressant de noter que notre examen de la documentation économique indique que les contrats entre fabricant et vendeur peuvent avoir recours à plusieurs types de restrictions verticales pour une situation particulière d'arrangement vertical. Les restrictions verticales qui peuvent être utilisées à l'égard des problèmes que rencontre une structure verticale fabricant - détaillant (ou fournisseur) dépendent des circonstances précises. Tous les arrangements verticaux n'accroissent pas l'efficacité économique d'ensemble. En général, selon les circonstances, un contrat vertical peut accroître ou diminuer l'efficacité économique, ou encore n'avoir aucune incidence en ce domaine. Ainsi, la conclusion que l'on peut tirer sur le caractère acceptable d'une restriction verticale donnée dépend des particularités de chaque cas. Cela plaide en faveur de l'adoption de la règle du bon sens plutôt que pour l'interdiction pure et simple (l'illégalité intrinsèque) quand il s'agit de juger des restrictions verticales en vertu de la politique de concurrence.

Nous nous penchons ensuite sur chacun des types de pratique. Les ententes de VPI cherchent à supprimer le pouvoir discrétionnaire que possède le revendeur dans la fixation du prix du produit. La VPI est illégale dans la plupart des pays. Aux États-Unis, les mécanismes de fixation de plafonds de prix (et de planchers de prix) sont intrinsèquement illégaux, comme tous les autres genres de restriction sur les prix. Au Canada, les lois sur la concurrence n'interdisent que les restrictions qui empêchent les prix de diminuer ou les font augmenter. Au Japon, une règle similaire à la règle du bon sens semble prévaloir. Parmi les trois pays examinés pour le présent document, le Japon est le seul où plusieurs produits ont été expressément exonérés de l'application des dispositions sur la VPI.

Les contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle (CETC) sont souvent acceptables aux termes des lois sur la concurrence que nous avons examinées, à condition de ne pas avoir d'effets négatifs sur la concurrence. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a déterminé qu'il fallait juger les CETC selon la règle du bon sens au lieu de les considérer intrinsèquement illégales. Habituellement, les pratiques de vente exclusive (VE) sont aussi jugées selon la règle du bon sens aux États-Unis. Bien que la jurisprudence américaine sur la VE suive d'assez près la méthode de l'illégalité intrinsèque, une solution de rechange fondée sur la règle du bon sens a pris une importance croissante au cours des dernières décennies. Au Japon, les cas pertinents de VE sont considérés sur une base individuelle, ce qui correspond au traitement en vigueur au Canada. Enfin, les lois sur la concurrence de la plupart des pays appliquent avec souplesse la règle du bon sens aux ventes liées (VL). Les États-Unis constituent une exception importante car, dans certaines circonstances, les pratiques de ventes liées y sont considérées intrinsèquement illégales. Néanmoins, des analyses de marché très poussées sont nécessaires et un certain nombre de conditions doivent être remplies pour que la règle de l'illégalité intrinsèque puisse être appliquée.

Les exemptions prévues par la loi ont aussi une incidence sur l'analyse de la jurisprudence liée aux restrictions verticales. Toutefois, le meilleur moyen d'évaluer les exemptions accordées aux arrangements verticaux dans les différents pays est de considérer toutes les autres pratiques importantes touchant la concurrence qui sont aussi exemptées des lois sur la concurrence. L'annexe du présent document donne l'inventaire de ces exemptions aux États-Unis, au Japon et au Canada.

Au Canada comme aux États-Unis, les activités qui contreviennent aux lois sur la concurrence mais résultent de l'observation de règlements imposés par le gouvernement peuvent bénéficier d'une défense. Les États-Unis comme le Japon exemptent parfois des secteurs entiers de l'application des lois sur la concurrence. Par contre, de telles exemptions sectorielles n'existent que dans trois cas au Canada. Au Canada, les exceptions concernent plus souvent des activités bien précises. Elles semblent fondées sur des considérations de maintien de l'efficacité et d'accroissement de la concurrence plutôt que par des principes catégoriques. La comparaison avec les exemptions accordées aux États-Unis et au Japon est frappante. Aux États-Unis, les exemptions sont nombreuses, voire plus nombreuses encore qu'au Japon.

Ainsi, après avoir examiné, au sujet des restrictions verticales, les facteurs économiques et la jurisprudence, le présent document recommande que les pays adoptent le traitement de la règle du bon sens pour toutes les pratiques verticales détaillant - fabricant, notamment les ententes de vente à prix imposé et de ventes liées, et ne prévoient

aucune exemption, sectorielle ou autre. Il faudrait pour cela que les trois pays étudiés dans le présent document, surtout les États-Unis et le Japon, apportent certaines modifications à leurs stratégies.

Dans un tel contexte, il est à noter que le processus de déréglementation (c.-à-d. l'élimination des exemptions à la concurrence) ne signifie pas qu'il faut accorder à une ou à quelques entreprises étrangères une part numérique donnée du marché intérieur (réglementé). L'une des idées maîtresses du présent document est que les entreprises devraient conclure entre elles des accords verticaux de manière naturelle dans le but de pouvoir être concurrentielles au sein du marché. Si un gouvernement étranger utilise son pouvoir pour exiger que les entreprises nationales confient leur distribution à des sociétés étrangères précises, le processus de déréglementation recule et les marchés concurrentiels disparaissent dans le lointain. Cet aspect est particulièrement pertinent à la lumière des discussions bilatérales en cours entre les États-Unis et le Japon, notamment en ce qui a trait à la déréglementation et au système de distribution japonais.

En outre, pour proposer que tous les pays adoptent la voie légale de la règle du bon sens, sans aucune exemption, pour toutes les restrictions verticales, liées au prix ou non, il faut porter une attention supplémentaire à certains aspects importants :

- Comment élaborer un ensemble commun de règles ou de principes fondés sur un consensus international pour la mise en oeuvre de la règle du bon sens? La section 6 établit une liste de principes provisoire afin de susciter la poursuite de la discussion.
- Le rôle d'accords de coopération officiels de mise en vigueur fondés sur le principe du comité positif.

Au sujet du dernier point, il serait utile de se demander s'il serait possible de négocier un accord positif de courtoisie quadrilatéral (Canada, États-Unis, UE et Japon), en partie pour accroître la transparence des pratiques de mise en vigueur du Japon.

Enfin, des principes internationaux nécessiteraient, en fin de compte, l'instauration de mécanismes de contrôle et de règlement des litiges. Certains observateurs ont proposé la création d'un nouveau tribunal international de la concurrence, mais cela semble un peu ambitieux à l'heure actuelle. La nouvelle Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) pourraient être des tribunes plus appropriées. Ils vont vraisemblablement commencer à se pencher sur les liens entre la

politique de concurrence et la politique en matière de commerce extérieur (notamment la possibilité d'instaurer des normes communes) au cours des prochaines années.

Une autre possibilité, peut-être davantage provisoire, pourrait être d'établir au sein d'un petit groupe de pays (dans le contexte quadrilatéral? dans l'ALENA?) un mécanisme de règlement des litiges semblable à celui de l'accord parallèle de l'ALENA et qui serait axé sur la mise en vigueur des normes sur la concurrence de chaque pays (et non sur l'harmonisation ou le rapprochement de celles-ci). Le mécanisme de règlement des litiges pourrait être déclenché en cas de prétendu défaut continu par un pays de mettre en vigueur ses propres lois.

Executive Summary

The purpose of this Paper is: (a) to identify the implications for international business and markets of various vertical restraint practices; (b) to provide a comparative analysis of the treatment vertical business practices are accorded in the law of Canada, the U.S. and Japan; and (c) to examine some of the implications for the coordination of trade and competition policies. In particular, the Paper analyses five specific vertical restraints in detail: resale price maintenance (RPM), exclusive territorial and customer restrictions (ETCR), exclusive dealing (ED), tied sales (TS) and vertical franchising agreements (FA).

Vertical relationships refer to agreements among the manufacturer and wholesalers or retailers (i.e., distributors) in the chain running from input sourcing to production to retail marketing to consumers. The purpose of these contracts is to enable the distributors to become efficient and compete in the marketplace. A well-tuned distribution network efficiently delivers goods and services to their destination, makes the economy function better and contributes to economic well-being.

Vertical contracts can lead to efficient links among firms at various stages, which may lower production costs and improve product quality. Economic efficiency and welfare, in this case, will be enhanced. Such a result suggests that vertical restraints should not be automatically illegal under competition law.

This positive view is tempered by concern over the economic harm that vertical price and non-price restraints might have on competition. The principal concerns are that vertical restraints raise prices to consumers and can be used to facilitate horizontal collusion at either the manufacturer or dealer level. Firms in a vertical relationship can agree to terms and conditions that give them market power that can be used to extract

higher profits. Vertical restraints can result in distortions in consumption and in the allocation of resources. In this view, vertical restraints should be prohibited because they reduce economic welfare.

National competition policy with regard to distribution networks can interact with trade policy through interesting channels. For example, potential entrants could bump up against an entrenched sole importer and distributor. In such a market, the monopoly price of imports is analytically similar to a tariff. Sweeping away the explicit tariffs while allowing monopoly distributors is not likely to result in genuine competition and liberalized markets. Competition policy must underpin the momentum built by a free trade regime.

There is a distinction drawn in competition law between the legal test to be met in a case tried under the *per se* and rule of reason standards. Under the *per se* standard, once a court determines that all the elements of a proscribed practice are found, no further proof of anti-competitive effect is required. In contrast, according to the rule of reason approach, the plaintiff/applicant must show that the impugned practice has had an adverse impact on competition.

Interestingly, our survey of the economics literature points out that more than one type of vertical restraint can be used in manufacturer-dealer contracts to deal with a particular vertical arrangement situation. Which vertical restraints may be used to deal with the problems faced by a manufacturer-retailer/supplier vertical structure will depend on the particular circumstances of the situation. Not all vertical arrangements will increase overall economic efficiency. In general, depending upon the facts, vertical contracts may increase, reduce or leave unchanged economic efficiency. The conclusion one ultimately reaches regarding the overall acceptability of a given vertical restraint will depend on the facts of each specific case. This argues for a rule of reason approach rather than outright prohibition (the *per se* illegality approach) when judging vertical restraints under competition policy.

With regard to specific practices, RPM agreements attempt to take away the reseller's discretion in product pricing. RPM is unlawful in most jurisdictions. The U.S. treats price ceiling schemes (as well as price floors) as *per se* illegal, like any other kind of price restriction. In Canada, competition law only prohibits restrictions that prevent reductions in price or influence prices upward. In Japan, an approach analogous to the rule of reason appears to exist. Among the three jurisdictions examined in this Paper, Japan is the only country where there are several products that have been specifically exempted from the application of RPM provisions.

Exclusive territorial and customer restrictions (ETCR) are often acceptable under the competition laws examined in this Paper where they do not have an adverse effect on competition. The U.S. Supreme Court, for example, has determined that ETCR should be judged under the rule of reason, rather than be regarded as *per se* illegal. Exclusive dealing (ED) practices in the U.S. normally are also tested by the rule of reason standard. Although U.S. jurisprudence on ED still retains an element akin to a *per se* illegality approach, an alternative based on the rule of reason has gathered considerable strength over the last few decades. In Japan, relevant ED cases are considered on a case-by-case basis, echoing similar treatment in the Canadian system. Finally, competition laws in most countries apply a flexible rule of reason treatment to TS. One important exception has been the U.S., where tying practices in some circumstances have been considered *per se* illegal. However, considerable market analysis is required and a number of conditions must be satisfied before the *per se* rule is applied.

Analysis of the jurisprudence related to vertical restraints is also affected by exemptions provided for in law. However, an assessment of exemptions for vertical arrangements in any one country is best done by considering all other significant competition-related practices that are also exempt from competition law. The annex to this Paper provides an inventory of such U.S., Japanese and Canadian exemptions.

In both Canada and the U.S., there is a defence available for activities that run afoul of competition laws but flow from compliance with government-imposed regulations. In both the U.S. and Japan, exemptions from the application of competition law are sometimes accorded to entire sectors. In contrast, such sectoral exemptions exist for only three situations in Canada. In Canada, exceptions are provided more usually for specified activities and appear to be based on preserving efficiency and competition enhancing considerations rather than outright carveouts. A comparison with the exemptions in the U.S. and Japan is striking. Exemptions in the U.S. are numerous, if not more numerous than in Japan.

In sum, after reviewing the economics and jurisprudence of vertical restraints, this Paper recommends that countries should adopt the rule of reason treatment for all vertical manufacturer-retailer practices, including resale price maintenance agreements and tied sales, and *without any sectoral or other exemptions*. This would require some adjustments in the approach taken by the three countries reviewed in this Paper, especially the U.S. and Japan.

In this context, it should be noted that the deregulation process (i.e., the elimination of exemptions to competition) does not imply that one or a few foreign firms should be

accorded some numerical share of the domestic (regulated) market. A major thrust of this Paper is that vertical business arrangements should develop among firms as a natural process as determined in a competitive marketplace. If the power of a foreign government is used to dictate that domestic firms have to do their distribution business with specific foreign corporations, the process of deregulation is pushed back and competitive markets recede further on the horizon. This point is particularly relevant in light of the on-going bilateral discussions between the U.S. and Japan, including in the area of deregulation and the Japanese distribution system.

Moreover, suggesting that all countries take an exemption-free, rule of reason legal approach to both price and non-price vertical restraints requires further thinking in a number of important directions. These include:

- How to develop a common set of rules or guidelines based on international consensus by which the rule of reason approach will be implemented. Several guidelines are tentatively identified in section 6 to encourage further discussion.
- The role of formal enforcement cooperation agreements based on positive comity principles.

With regard to the latter point, it would be useful to explore whether a Quadrilateral (Canada, the U.S., the EU and Japan) positive comity agreement might be negotiable, in part to encourage greater transparency in Japanese enforcement practices.

Finally, international guidelines would ultimately require monitoring and dispute settlement mechanisms of some sort. A few observers have pointed to the creation of a new international competition tribunal, although this may seem exceedingly ambitious at this time. In any event, the more appropriate fora might be the newly established World Trade Organization (WTO) and the North American Free Trade Agreement (NAFTA) which will likely begin to address the competition and trade policy connection (including the prospects for some common standards) over the next several years.

Another, perhaps more interim option, might be to develop, among a limited set of countries (in the Quadrilateral context? in NAFTA?), a NAFTA-like side agreement dispute settlement mechanism that would focus on the enforcement of domestic competition standards (not the harmonization or convergence thereof). The dispute settlement mechanism could be triggered if there were an alleged "persistent pattern of failure to effectively enforce" a country's own law.

1. Introduction

Soit indolence, soit insouciance, ou parce qu'on trouve beau de payer sans discussion, les trois quarts de ceux qui en ont les moyens paient plus cher qu'il n'est nécessaire les articles de leur consommation personnelle. Les pauvres en font souvent autant, par ignorance et défaut de jugement, faute de temps pour aller aux informations et souvent aussi sous l'empire d'une coercition patente ou déguisée. Pour tous ces motifs, les prix de détail ne subissent pas autant qu'on pourrait le penser l'influence des causes qui fixent les prix dans les achats et ventes en gros.

John S. Mill¹

Un rapport vertical est une entente entre le fabricant et les grossistes ou les détaillants (les distributeurs) dans la chaîne qui va de l'approvisionnement à la production puis à la vente au détail aux consommateurs. Les distributeurs cherchent, par de tels contrats, à assurer leur efficacité et leur compétitivité sur le marché. Un réseau de distribution bien au point permet de livrer de manière efficace les marchandises et les services à leur destination. Ainsi, il améliore le fonctionnement de l'économie et contribue au bien-être économique.

On a souvent recours à un sablier (figure 1) pour illustrer les deux segments de la chaîne verticale. Premièrement, les conditions des contrats verticaux conclus en aval entre le fabricant et les détaillants peuvent influencer sur les décisions relatives à diverses questions, par exemple quant aux prix de gros ou de détail, aux droits de franchisage, à l'achat d'autres produits qui sont liés à la vente d'un autre produit ainsi qu'à la répartition des territoires entre les vendeurs. Deuxièmement, en amont, le producteur et les fournisseurs peuvent, en vertu d'un contrat vertical, conclure un accord d'exclusivité, établir une formule de fixation de prix multiples, etc.

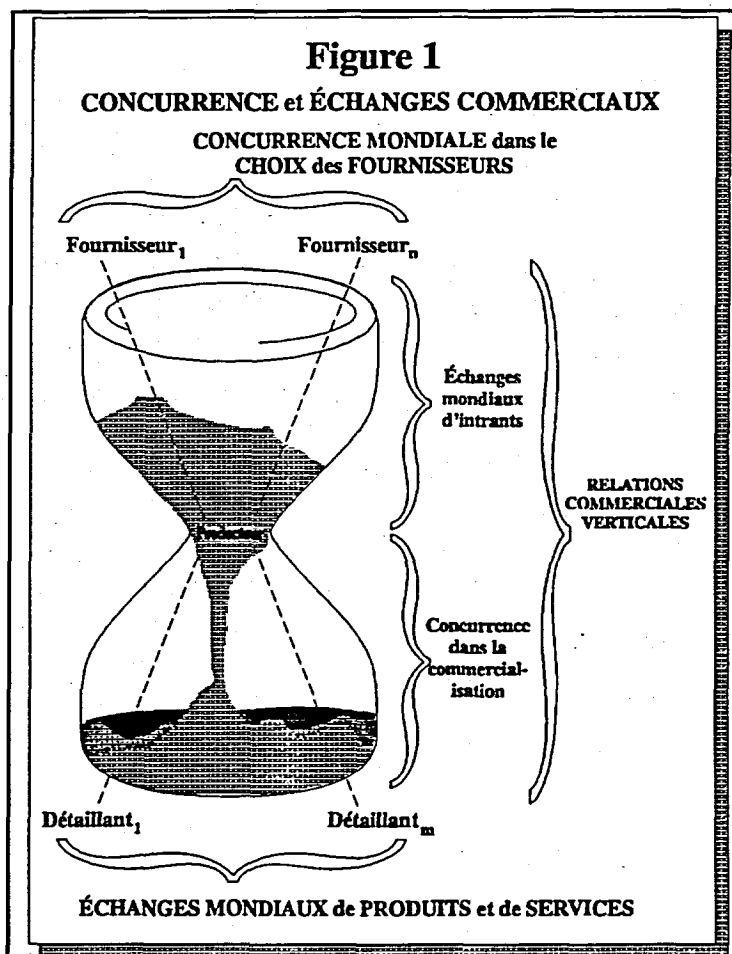
La structure verticale de l'industrie automobile correspond tout à fait à celle de la figure 1. Ford, par exemple, fait appel à des fournisseurs indépendants pour bon nombre de ses pièces. Ces fournisseurs de produits intermédiaires exercent leurs activités en amont du processus de fabrication de voitures. Ford produit des voitures et les vend par l'entremise de ses concessionnaires, qui sont en aval. Dans une structure verticale, le fabricant ne conçoit pas tous les intrants. De même, il ne distribue pas le produit à l'utilisateur final. Par contraste, une entreprise à intégration verticale se charge de toutes les étapes du processus.

¹ John Stuart Mill, *Principes d'économie politique avec quelques-unes de leurs applications à l'économie sociale*, tome premier, 3^e édition, Paris, Guillaumin et Cie, 1873, p. 508.

Les clauses de restriction verticale sont essentielles afin que les distributeurs puissent remplir leur fonction. Les restrictions verticales² peuvent régir le comportement des différents distributeurs; cependant, elles peuvent favoriser la concurrence en permettant à chaque participant au processus de distribution de jouer son rôle de manière à réduire les coûts au minimum.

Cette opinion positive est tempérée par les inquiétudes sur les dommages économiques que pourraient causer à la concurrence des restrictions verticales portant sur le prix ou sur un autre aspect. Or, les pays ont recours à la politique de concurrence et aux régimes de réglementation afin que l'économie ne souffre pas des restrictions verticales à la concurrence. Toutefois, de telles restrictions ne procurent pas toujours un avantage net aux consommateurs. Selon les principales inquiétudes, les restrictions verticales pourraient faire augmenter les prix à la consommation et pourraient être utilisées pour faciliter la collusion horizontale, au niveau du fabricant ou du vendeur. Dans la plupart des pays, la fixation

verticale des prix (p. ex. la vente à prix imposé) est illégale. En revanche, les effets sur la concurrence des restrictions verticales qui ne portent pas sur les prix (p. ex. les contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle) sont analysés au coup par coup, à la lumière des faits. Par conséquent, on constate des différences entre les pays quant aux restrictions verticales jugées illégales ainsi qu'aux critères et aux arguments que les entreprises doivent respecter pour que l'accord vertical soit légal.



² Les expressions « restriction verticale » et « contrat vertical » sont souvent employées à titre de synonymes.

Il s'avère important d'analyser les restrictions verticales car elles influent sur les réseaux nationaux de distribution. Le rôle des réseaux de distribution pourrait bien être litigieux; par exemple, les États-Unis soutiennent que le réseau de distribution du Japon ferme la porte aux importations.

On peut remarquer qu'il existe, entre la politique nationale de concurrence sur les réseaux de distribution et la politique en matière de commerce extérieur, des rapports réciproques intéressants. Par exemple, les nouveaux arrivants éventuels pourraient se heurter à un importateur et à un distributeur unique indélogeable. Dans un tel marché, le prix monopolistique des importations est analogue, sur le plan analytique, à un tarif douanier. Il est peu vraisemblable que l'élimination des tarifs douaniers explicites puisse engendrer une concurrence véritable et des marchés libéralisés si elle est combinée à la tolérance de distributeurs en situation de monopole. La politique de concurrence doit soutenir l'élan donné par le régime de libre-échange.

Voici certaines des questions relatives aux pratiques commerciales verticales qui revêtent de l'importance à l'échelle internationale :

- Nos partenaires commerciaux ont-ils adopté une loi nationale sur la concurrence ou mis en place des mécanismes d'exécution autorisant l'application de restrictions verticales qui, autrement, seraient jugées illégales? De telles restrictions (qui visent également des entreprises nationales éventuelles) sont-elles jugées souhaitables à titre d'éléments d'une politique nationale destinée à interdire l'accès au marché aux entreprises étrangères?
- En matière de restrictions verticales, un changement d'orientation permettrait-il une augmentation des investissements étrangers dans les nouvelles entreprises nationales (qui, actuellement, n'ont pas accès au marché intérieur), ce qui accroîtrait la concurrence et favoriserait les consommateurs dans ces marchés?

Ce document a les objectifs suivants : a) analyser diverses pratiques de restriction verticales, notamment dans l'optique des conséquences sur le commerce et les marchés internationaux; b) fournir une analyse comparative du traitement des pratiques commerciales verticales qui est prévu dans les lois du Canada, des États-Unis et du Japon; c) examiner certaines des conséquences sur la coordination des politiques en matière de commerce extérieur et de concurrence.

Dans le domaine de l'économie industrielle, rares sont les questions qui ont suscité des débats aussi passionnés que les restrictions verticales depuis les années 1960. En 1985,

sous la présidence de Reagan, la division antitrust du département américain de la Justice a émis des lignes directrices sur les restrictions verticales applicables à trois domaines litigieux. En août 1993, donc sous le gouvernement Clinton, la division antitrust, avec à sa tête l'Assistant Attorney General Anne K. Bingaman, a relancé le débat en abrogeant les lignes directrices de 1985. La division a invoqué leur manque de sévérité³. Elle a également émis des lignes directrices provisoires sur la relation entre les droits de propriété intellectuelle et les lois antitrust.

1.1 Les relations verticales, la mondialisation de l'économie et l'âge de l'information

i) *Transformation des relations fabricant - sous-traitant*

Suivant le modèle de fabrication classique, le fabricant remet au responsable des achats des plans et des instructions détaillés relativement à la conception des pièces et le charge d'aller rencontrer les sous-traitants. Les pièces livrées sont ensuite vérifiées aux fins de l'assurance de la qualité. Ce modèle passera bientôt à l'histoire, car une nouvelle technologie a donné naissance à l'économie « informationnelle ».

La technologie numérique a ouvert la voie à une méthode d'approvisionnement améliorée qui assure une plus grande efficacité. Le fabricant pourra sous peu transmettre par modem des dessins en trois dimensions aux sous-traitants. Comme la conception assistée par ordinateur (CAO) devient de plus en plus perfectionnée, l'aspect pratique du concept de la plupart des pièces pourra être vérifié à l'aide de l'ordinateur avec davantage d'exactitude avant la livraison. Dans le cadre de la fabrication assistée par ordinateur (FAO), des appareils peuvent vérifier la qualité grâce à d'excellents logiciels.

Grâce à la télématique, on peut faire parvenir, avec la même rapidité et la même facilité, une commande de pièces à 25 comme à cinq sous-traitants éventuels, qu'ils soient à Chicago, à Tokyo, à Singapour ou à Toronto. Après avoir placé sa commande en direct, l'entreprise peut attendre et voir quel fournisseur est en mesure d'exécuter la commande avec la plus grande efficacité. Ainsi, elle a accès aux fournisseurs du monde entier en vue d'obtenir la meilleure offre. Ces liaisons directes aident les fabricants à obtenir rapidement des pièces irréprochables. Avec le temps, les relations fabricant - fournisseur de pièces

³ Rebecca P. Dick, « Antitrust Enforcement and Vertical Restraints », Department of Justice, Washington, D.C.. Discours prononcé devant la section du droit antitrust de la American Bar Association et la Corporate Bar Association of Westchester and Fairfield, Plaza Hotel, New York, 4 novembre 1994.

telles qu'on les connaît ne seront plus concurrentielles et seront remplacées par ces nouvelles liaisons directes qui font appel à des techniques de l'information nettement améliorées.

ii) *Transformation des relations fabricant - détaillant*

Les premières restrictions verticales reposaient sur une hypothèse fondamentale : étant au point de vente, le détaillant était le mieux informé et réagissait le plus à l'action des forces du marché, car son investissement était en jeu. Le fabricant, qui avait acheminé sa production à l'autre extrémité de la chaîne de distribution, était censé être indifférent à la suite des événements et insensible aux signaux immédiats du marché. À l'âge de l'information, il sera de plus en plus difficile de soutenir cette hypothèse.

Suivant le modèle fabricant - détaillant classique, chaque détaillant devait s'approvisionner auprès d'un certain nombre de producteurs et conserver des stocks suffisants pour satisfaire à la demande lorsqu'elle est à son niveau maximal. Comme les réseaux informatiques sont de plus en plus vastes et abordables, il suffira aux fabricants et aux vendeurs de cliquer la souris à quelques reprises pour échanger de l'information par courrier électronique ou à l'aide de la vidéocommunication. À mesure que le « réseautage » industriel prend de l'ampleur, les détaillants qui doivent composer avec différentes courbes de demande peuvent s'échanger des produits, de sorte qu'ils n'ont plus à conserver des stocks imposants. Par exemple, les concessionnaires automobiles et les agents immobiliers ont accès en direct à des bases de données régionales sur les stocks de voitures ou les maisons à vendre.

Grâce à de nouveaux services de réseau, les fabricants pourront livrer bataille partout, à tout moment. Déjà, il est possible d'organiser, de surveiller et de coordonner la production de nombreuses usines situées dans un certain nombre de pays à partir du même centre. La mise en réseau au moyen de la technologie de l'information permet aux entreprises de réduire l'intégration verticale au sens classique, c'est-à-dire en fonction de la propriété, et de donner plus d'importance aux relations verticales qui ne sont pas fondées sur la propriété. La capacité de production devient un bien qui est accessible presque partout dans le monde grâce à la technologie réseau⁴. La technologie offre les mêmes possibilités avec les points de vente et d'autres segments de la chaîne.

⁴ R. Jaikumar et D.M. Upton, « The Coordination of Global Manufacturing », in *Globalization, Technology and Competition: The Fusion of Computers and Telecommunications in the 1990s*, sous la direction de S.P. Bradley, J.A. Hausman et R.L. Nolan, Boston, MA : Harvard Business School Press, 1993, p.169-83.

Les détaillants de l'avenir auront recours aux systèmes de télécommunications et d'information afin de saisir des microdonnées qui seront ensuite agrégées et traitées par les fabricants. Dans l'optique des relations fabricant - détaillant, la mise en réseau entraînera d'importantes modifications au chapitre du partage des responsabilités et des tâches.

Les fabricants exécutent des fonctions qui, par le passé, incombaient aux détaillants : par exemple, l'étiquetage, les prévisions des ventes, la publicité et les services assurés au point de vente. Pour certains fabricants forts des progrès réalisés au chapitre de l'accès à l'information et des services, le détaillant de l'avenir se contentera de mettre à leur disposition de l'espace pour la présentation de leurs produits. En revanche, de puissants détaillants incitent les fabricants à leur fournir, outre les produits, une gamme de services d'une ampleur inégalée. Des sociétés telles que Wal-Mart ont décidé de se passer des distributeurs et autres intermédiaires⁵. Enfin, à la suite de l'avènement de canaux de télévision spécialisés permettant au consommateur de faire ses achats à domicile, de nouvelles relations se sont établies en matière de commercialisation.

En définitive, à l'âge de l'information, les fabricants sont susceptibles d'être mieux informés sur l'élasticité par rapport au prix, les tendances du marché et d'autres facteurs qui sont moins évidents pour le détaillant. Cependant, pour qu'un tel renversement se produise à l'égard de la distribution, il se peut que le fabricant doive investir davantage et assumer une plus grande part de risque que par le passé.

En général, la créativité et la souplesse dans les méthodes de production et de commercialisation devraient revêtir une plus grande importance au cours des années à venir. À cette fin, il se peut que les fabricants et les vendeurs aient à assurer une plus grande coordination verticale et à former davantage de coentreprises. Les décideurs doivent savoir quels arrangements verticaux favorisent l'efficacité et la concurrence. Cependant, il ne fait aucun doute que l'hypothèse selon laquelle, intrinsèquement, toutes les nouvelles restrictions verticales sont une entrave à la concurrence n'est pas réaliste. En matière de commerce et de concurrence, il conviendra d'adopter des politiques prospectives susceptibles de faciliter l'application des restrictions verticales qui sont propices à une telle créativité et à une telle souplesse sur la scène économique.

Le présent document est divisé comme suit. À la section 2, nous examinerons en détail la question des restrictions verticales ainsi que certains des concepts qui s'y

⁵ Janice H. Hammond, « Quick Response in Retail/Manufacturing Channels », in *op. cit.*, sous la direction de S.P. Bradley, J.A. Hausman et R.L. Nolan, 1993, p. 185-214.

rattachent. À la section 3, nous nous pencherons sur les raisons théoriques qui expliquent pourquoi les restrictions verticales reçoivent l'aval des fabricants et des vendeurs. Une analyse économique et juridique de cinq restrictions verticales d'importance mises en application dans plusieurs grands marchés suivra à la section 4. La section 5 renferme un sommaire des dispositions législatives régissant les restrictions verticales, ainsi que des exemptions prévues à cet égard, en vigueur au Canada, aux États-Unis et au Japon. Enfin, à la section 6, nous traiterons des conséquences de ces restrictions sur les politiques.

2. Opérations entre fabricant et vendeur

2.1 Concepts et définitions

Certaines des pratiques contractuelles verticales couramment observées sont définies ci-après.

Vente à prix imposé

En vertu d'une entente de vente à prix imposé (VPI), qui constitue un accord vertical, un fabricant ou un fournisseur cherche à supprimer, en tout ou en partie, le pouvoir discrétionnaire du revendeur dans la fixation du prix du produit. Il se peut que les détaillants qui vendent les produits à un prix inférieur au plancher de prix du fabricant doivent renoncer à certains des privilèges qui leur sont accordés en leur qualité de distributeur. La VPI peut également prendre la forme d'un prix maximal ou fixe. En général, on emploie l'expression «vente à prix imposé» uniquement lorsque l'on a l'impression que l'entente vise à soustraire la décision en matière de prix à l'action des forces du marché concurrentiel⁶. Intuitivement, certains analystes voient avec une grande appréhension la stipulation d'un prix minimal.

Franchisage exclusif

Aux termes d'une entente de franchisage exclusif, le fabricant garantit au vendeur que la concurrence livrée par les autres établissements qui distribuent ses produits sera restreinte. De nombreux franchisés s'attendent à ce que, dans son propre intérêt, le fabricant voit à ce que le nombre de points de vente autorisés soit adéquat dans l'optique d'une commercialisation efficace et de la maximisation du bénéfice à long terme. En

⁶ Pour obtenir une analyse de la jurisprudence sur cette question, voir Alan H. Silberman, « Antitrust and the Distribution Process », Sonnenschein Nath & Rosenthal, Chicago, Illinois, polycopie, juin 1994: 35-40.

général, au moment de l'établissement de la relation, le fabricant ou le franchiseur peut choisir un éventail de pratiques verticales ou horizontales liées au prix ou non. Par exemple, chaque vendeur peut acheter le produit en fonction d'un tarif à deux volets⁷. Pour le vendeur, l'exclusivité est avantageuse, car, comme la concurrence est réduite, la marge sur coût de revient est plus élevée que dans le cadre d'une politique de libre accès.

Vente exclusive

La vente exclusive oblige le vendeur à offrir les produits d'un seul fabricant. Cette pratique vise à rendre le vendeur économiquement dépendant de la promotion du produit du fabricant. La vente exclusive est souvent utilisée de concert avec le franchisage exclusif. Par exemple, un franchisé Midas est censé vendre uniquement des systèmes d'échappement et des freins Midas. Toutefois, le vendeur peut être autorisé à commercialiser les produits de plusieurs fabricants qui ne sont pas en concurrence directe (p. ex. un marché d'alimentation pourrait être tenu de ne vendre qu'une seule marque d'ampoule électrique tout en étant autorisé à offrir des centaines d'autres produits).

Contraintes d'exclusivité de territoire ou de marché géographique

En vertu d'une entente d'exclusivité de territoire, le fabricant confère à un seul distributeur le droit de servir la clientèle dans une région donnée. Il peut voir à ce que cette exclusivité géographique soit respectée en assignant à chaque vendeur autorisé un territoire déterminé, tout en lui permettant de servir tous les clients qui entrent dans son établissement. À l'opposé, le fabricant peut interdire formellement à un détaillant de servir des clients qui vivent dans un territoire attribué à un autre vendeur.

Ventes liées

Aux termes d'une entente de ventes liées, la personne qui achète un produit est obligée d'acheter au vendeur un autre produit; il s'agit là d'une condition d'achat (ou de location). En fait, l'entente interdit aux fournisseurs concurrents de vendre le produit *secondaire* (le produit qui accompagne le produit clef) à l'acheteur.

⁷ Comme il est expliqué plus loin, le premier volet est constitué de droits de franchisage fixes, et le deuxième volet est déterminé en fonction du nombre d'intrants achetés par le franchisé au franchiseur.

Ventes groupées

Cette pratique suppose que le vendeur insiste pour que l'acheteur prenne un ensemble de produits moyennant un prix global. Les ventes groupées diffèrent des ventes liées en cela que les produits ainsi regroupés sont généralement connexes et que, s'ils étaient vendus séparément, leur prix serait susceptible d'être plus élevé.

Vente forcée

En vertu d'une entente de vente forcée, le vendeur est tenu d'acheter une certaine quantité d'intrants.

Contrat d'approvisionnement exclusif

Aux termes d'une telle entente, le fabricant oblige les vendeurs à vendre le produit uniquement au public, et non à d'autres vendeurs. Cette entente n'est en fait que l'expression de la décision du fabricant et n'est pas forcément une restriction collusoire destinée à amoindrir les forces du marché intermarques.

Discrimination par le prix

En termes simples, disons que la discrimination par le prix est exercée chaque fois que des clients obtiennent le même produit moyennant un prix différent. Les restrictions légales sont cependant plus détaillées, car la loi peut invoquer la concurrence entre les consommateurs et le préjudice à la concurrence. La discrimination par le prix peut être avantageuse, car elle permet au vendeur de hausser les prix ou d'obtenir un surplus plus élevé lorsque les clients sont disposés à déboursier davantage. On peut recourir à d'autres techniques afin de puiser dans le surplus du consommateur, soit les ventes liées, les ventes groupées et la vente forcée.

Restriction de l'accès au marché

Cette pratique commerciale consiste à restreindre l'accès de l'acheteur à un fournisseur (en amont) ou l'accès du fournisseur à un acheteur (en aval). De nombreux outils (notamment la fusion) peuvent être employés aux fins de la restriction de l'accès au marché. Un acheteur peut acheter un fournisseur ou se doter d'un centre de production afin de fabriquer lui-même le produit intermédiaire, ou encore à tout le moins répondre à certains de ses besoins. La division qui se trouve en amont peut alors refuser de conclure des marchés avec les acheteurs de l'extérieur ou encore procéder à un « resserrement des

marges » (c.-à-d. leur imposer un prix exorbitant). Un fournisseur peut conclure une entente de vente exclusive ou une entente d'exclusivité de territoire avec ses acheteurs. Un fabricant de deux produits complémentaires peut imposer une entente de ventes liées ou voir à ce que ses produits de base soient incompatibles avec les produits complémentaires d'autres fabricants.

Refus de vendre

Cette pratique suppose que le fabricant refuse qu'un détaillant vende ses produits aux mêmes conditions que les autres détaillants. En d'autres termes, il y a refus de vendre lorsque quelqu'un ne peut conclure aucun marché. Le refus de vendre aux mêmes conditions peut être considéré comme une discrimination par le prix. De même, cette pratique peut être tout à fait légale. Le refus peut être unilatéral ou découler d'une entente d'exclusivité. Dans chaque cas, l'effet est le même; cependant, au plan juridique, la situation peut être fort différente.

Fixation du prix en fonction de la quantité

Le prix unitaire du produit intermédiaire peut varier selon la quantité totale achetée. Par exemple, en vertu d'un tarif à deux volets, le vendeur qui se porte acquéreur de l'intrant acquitte des frais forfaitaires fixes (les *droits de franchisage*), ainsi que des frais unitaires constants. En d'autres termes, le prix total imputé au vendeur est constitué d'un élément fixe et d'un élément lié à la quantité. Par conséquent, plus l'intrant est acheté en grande quantité, plus le prix unitaire global acquitté par le vendeur diminue. Les ventes groupées et la vente forcée sont des méthodes bien connues de fixation du prix en fonction de la quantité.

Efforts ou services promotionnels

Les détaillants assurent souvent des services qui rendent le produit du fabricant plus attrayant aux yeux du consommateur : coupons rabais, retouches gratuites, livraison gratuite, crédit, communication de renseignements préalable à la vente, publicité, décor soigné, avantages supplémentaires qui accélèrent le paiement des articles à la caisse, etc.

2.2 Développement de la question

Les questions à l'étude relativement à la structure verticale peuvent être analysées en fonction a) de la répartition fonctionnelle des responsabilités entre le fabricant, les

fournisseurs et les détaillants; b) du contrôle des instruments de pratique verticale afin que le mandataire remplisse sa fonction comme prévu, c'est-à-dire que l'on obtienne les résultats escomptés. Dans chaque cas, c'est la structure du système de rétribution qui détermine dans quelle mesure on est incité à exécuter une fonction donnée ou à obtenir les résultats souhaités. Avant d'examiner plus à fond ces deux points de vue, nous allons analyser la structure du système de rétribution dans le cadre d'un arrangement vertical, par opposition à l'intégration verticale.

Il convient de distinguer les restrictions verticales des restrictions horizontales (p. ex. la fixation de prix). Les restrictions horizontales constituent des ententes qui permettent aux entreprises qui se font concurrence d'avoir une meilleure emprise sur le marché. Ces restrictions influent sur la concurrence en créant un « gouvernement privé ». Par contre, une certaine forme d'entente de gré à gré s'avère nécessaire afin que les participants à la chaîne verticale puissent être efficaces et rivaliser sur le marché. Un fabricant se doit de conclure des ententes avec les fournisseurs et les détaillants. Les restrictions verticales ne comportent guère de risque de concentration du pouvoir. Autrement dit, les restrictions horizontales et les restrictions verticales ne sont pas de la même étoffe.

● *Structure du système de rétribution*

En théorie, les entreprises peuvent conclure des opérations dans des conditions de pleine concurrence à chaque niveau de la structure verticale. En pratique, des fournisseurs au fabricant et du fabricant aux détaillants, les participants à la chaîne verticale s'efforcent d'entretenir entre eux des relations d'affaires dans l'optique de la maximisation des bénéfices.

Le prix des intrants achetés aux fournisseurs et aux sous-traitants entre dans les coûts de fabrication, qui sont à leur tour inclus dans le prix de gros que le fabricant impose aux détaillants. Les fournisseurs réalisent un bénéfice lorsque le montant qu'ils obtiennent est supérieur au coût des ressources. En raison de la concurrence, leur bénéfice ne peut excéder un niveau normal; ainsi, le fabricant obtient des intrants à un prix concurrentiel, ce qui se traduit par une affectation efficace des ressources en amont de la chaîne verticale.

Le prix de gros exigé par le fabricant se répercute sur le prix à la consommation et le bénéfice du détaillant. De même, les efforts que les détaillants déploient ou omettent de déployer au chapitre de la promotion du produit ainsi que du service préalable à la vente et après-vente influent sur le bénéfice du fabricant. En d'autres termes, le fabricant

et le détaillant sont constamment en interaction dans une boucle dotée d'un mécanisme de rétroaction.

Les décisions d'orientation prises dans chaque segment de la structure verticale peuvent être classées en deux grandes catégories, selon qu'elles sont liées au prix ou non (à titre d'exemples de décisions qui ne sont pas liées au prix, mentionnons celles qui ont trait à la qualité, au service et à la publicité). Les accords verticaux qui portent sur le prix prennent surtout la forme d'instruments de fixation verticale du prix tels que la VPI. Quant aux restrictions verticales qui ne sont pas liées au prix, elles se divisent généralement en deux catégories : a) les restrictions telles que les contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle ainsi que les ententes de transfert des bénéfices, qui limitent la concurrence *intramarque*⁸ entre les vendeurs qui distribuent les produits d'un seul fournisseur; b) les restrictions telles que les ventes liées, qui limitent la concurrence *intermarques*⁹ en empêchant les fournisseurs concurrents d'accéder aux circuits de distribution ou en obligeant les acheteurs à faire l'acquisition de produits contre leur gré. En général, les restrictions verticales réduisent la concurrence intramarque, mais peuvent accroître la concurrence intermarques.

● *Relation verticale ou intégration verticale*

Lorsqu'il est question des préoccupations suscitées par les restrictions verticales dans le cadre de la politique de concurrence, on établit souvent un parallèle avec *l'intégration verticale*. Une entreprise à intégration verticale se chargerait de toutes les étapes de la fabrication du produit et en assurerait la commercialisation. En théorie, des structures à intégration verticale et à contrôle vertical pourraient être la solution au même problème de production. En vertu des lois sur la concurrence, les entreprises intégrées peuvent exécuter pratiquement n'importe quel contrat interne.

Par ailleurs, il est notoire que, dans certains cas, l'intégration verticale peut se traduire par des coûts de production et de distribution supérieurs du fait que la structure

⁸ La concurrence intramarque s'exerce entre les détaillants qui commercialisent la même marque de produits. Par exemple, les six concessionnaires General Motors d'une ville (qui sont les seuls concessionnaires de la ville) se font concurrence sous la bannière GM. Ce type de concurrence met en lumière les questions de fond liées à la relation verticale fournisseur - acheteur.

⁹ La concurrence intermarques s'exerce entre des détaillants qui commercialisent plusieurs marques. Par exemple, dans une ville qui compte six concessionnaires General Motors et quatre concessionnaires Ford, les détaillants font la lutte non seulement à ceux qui arborent la même bannière, mais également à ceux qui vendent les voitures d'un autre fabricant. On peut également parler de concurrence intermarques dans le cas d'un établissement d'appareils électroniques qui vend des produits Sony, Toshiba, Sanyo, RCA, etc.

de l'entreprise est inefficace. À l'opposé, d'un point de vue économique, les coûts par opération qui sont engagés aux fins de la coordination et de l'organisation de la production sont généralement plus faibles lorsque les biens sont produits au sein d'une seule entreprise. Cependant, en s'approvisionnant auprès d'un fournisseur de l'extérieur qui réalise une économie d'échelle grâce à la spécialisation, l'entreprise peut habituellement réduire les coûts de production. Quoi qu'il en soit, dans bien des pays, la loi sur la concurrence restreint la passation de contrats verticaux par des entreprises indépendantes dans une situation de pleine concurrence. Par exemple, la VPI est intrinsèquement illégale dans la plupart des pays.

Les dispositions des lois sur la concurrence régissant les restrictions verticales peuvent avoir une répercussion non voulue : en fait, elles peuvent favoriser l'intégration verticale classique (p. ex. au moyen d'acquisitions ou de fusions), même lorsque cette structure organisationnelle ne constitue pas la solution la plus efficace. Au sein du système de distribution, les relations entre les participants devraient être fondées sur la minimisation des coûts. Par conséquent, en ce qui a trait aux restrictions verticales, la capacité du système juridique de déterminer comment doivent être analysés les changements effectués au chapitre de la répartition des fonctions au fil des ans s'avère déterminante.

● *Analyse du système de distribution dans une perspective fonctionnelle*

Les décisions se rapportant à la distribution, qui sont au coeur de toute relation verticale, reposent sur une répartition des fonctions entre les différents participants de la chaîne de distribution. De nombreuses fonctions sont exécutées à chaque niveau de la chaîne verticale, jusqu'à ce que le consommateur prenne livraison du produit. Ces fonctions comprennent entre autres l'approvisionnement en matières premières, composants, outils technologiques et autres intrants; la fabrication, l'emballage et le transport du produit; la promotion dans le cadre de campagnes publicitaires, etc.; la gestion des stocks; la présentation du produit dans les étalages; la formation du personnel chargé de la distribution ou de la vente; l'organisation d'activités d'information préalables à la vente; le service après-vente, par exemple le service de réparation et de vente de pièces détachées; etc.

Un réseau de distribution bien au point permet de livrer de manière efficace les marchandises et les services à leur destination. À cet égard, voici les principales questions qui doivent être prises en considération :

- Quel participant (le fabricant, le grossiste ou le détaillant) est le plus en mesure de remplir la fonction?
- Dans quelle mesure l'obligation d'exécuter (ou de ne pas exécuter) une fonction souhaitée peut-elle être exprimée clairement?
- Au-delà de quel seuil le coût inhérent à l'affectation d'une fonction à un niveau donné justifie-t-il une nouvelle répartition des fonctions ou le fabricant juge-t-il que les coûts (y compris les coûts inhérents au risque juridique) sont si élevés qu'il est plus efficient de s'en charger lui-même?

Dans une relation verticale, le fabricant et les grossistes ou les détaillants (généralement désignés sous le nom de distributeurs) concluent une entente de gré à gré; il peut s'agir d'un contrat en bonne et due forme ou d'une entente consensuelle. En vertu de tels contrats verticaux, les parties peuvent restreindre leurs activités respectives sur le marché en répartissant les fonctions. Bon nombre de ces contrats découlent d'ententes intervenues relativement aux décisions prises par les distributeurs à l'égard du prix ou d'autres questions.

● *Choix des restrictions verticales en fonction des objectifs*

Le mandant (c.-à-d. le fabricant) peut utiliser certaines pratiques verticales, par exemple la VPI, les ventes liées ou la vente exclusive, afin que la prestation du mandataire (c.-à-d. le détaillant) à l'égard de la promotion du produit, du service, des stocks, etc. soit acceptable.

Le fabricant peut fixer le prix que le détaillant facturera au consommateur. De même, il peut délimiter le territoire de chaque détaillant ou encore lier la vente du produit à celle d'autres produits. La politique de prix et les autres politiques adoptées par le fabricant à l'endroit des détaillants peuvent, selon le cas, inciter ces derniers à tout mettre en oeuvre afin d'accroître les ventes, ou encore les dissuader de déployer le maximum d'efforts. Par conséquent, le montant des bénéfices et leur partage entre le fabricant et les vendeurs sont hautement tributaires du type de clause prévue au contrat vertical aux fins de la restriction de la concurrence.

Lorsque l'on analyse les relations verticales dans le contexte de l'utilisation des pratiques et des restrictions, qu'elles soient liées au prix ou non, il s'avère essentiel de distinguer la concurrence intramarque de la concurrence intermarques. Nous y reviendrons

lorsque nous nous pencherons sur l'aspect économique des contrats verticaux, à la section 3, et sur la jurisprudence, à la section 4.

2.3 Efficience, bien-être et traitement juridique des restrictions verticales

De l'avis de certains analystes, la politique de concurrence devrait interdire les restrictions verticales qui réduisent l'efficience et le bien-être et autoriser celles qui, au contraire, contribuent à accroître l'efficience et favorisent la concurrence. Nous analyserons la question dans une perspective économique et dans une perspective juridique.

● *Perspective économique*

Dans la documentation économique, l'appréhension suscitée par les restrictions verticales est liée aux effets que le pouvoir exercé par le fabricant sur les décisions prises par le détaillant pourrait avoir sur la concurrence en général¹⁰. Toutefois, selon un courant de pensée parfois associé à l'Université de Chicago, cette question revêt une importance négligeable lorsque des fabricants de plusieurs marques de produits sont en concurrence¹¹. Par ailleurs, cette argumentation suppose que, même lorsque l'on ne peut établir avec certitude que les restrictions verticales seront anticoncurrentielles, l'intervention de l'État occasionnerait un coût qui, du point de vue de l'efficience sociale, serait trop élevé. Par conséquent, les tenants de ce courant de pensée s'opposent à une telle intervention.

En général, selon les circonstances, un contrat vertical peut accroître ou diminuer l'efficience économique, ou encore n'avoir aucune incidence en ce domaine. Pour des raisons d'ordre économique, certains soutiennent que les restrictions verticales occasionnent des distorsions dans la consommation et dans la répartition des ressources. Les arrangements verticaux peuvent être utilisés afin d'empêcher les concurrents d'accéder au marché et peuvent même créer des monopoles. Les entreprises qui ont conclu un tel accord peuvent fixer ensemble des modalités et des conditions qui les placent en position

¹⁰ L'appréhension suscitée par les restrictions verticales, qui déborde le champ du présent document, cache un sentiment plus profond : dans une large mesure, la centralisation de la prise de décision inspire de la méfiance. Les marchés concurrentiels donnent beaucoup de latitude aux fins de la décentralisation de la prise de décision, même si cela peut donner lieu à un résultat unique, par exemple un prix du marché dans les environs du prix médian. Au plan social, une telle décentralisation comporte des avantages.

¹¹ L'École de Chicago surveillerait de près les pratiques utilisées afin de faciliter la collusion horizontale au niveau du fabricant ou du détaillant, la fixation de prix par exemple, car elles sont susceptibles d'être anticoncurrentielles.

de force sur le marché, position qu'elles peuvent exploiter pour accroître leurs bénéfices. Selon ce point de vue, les restrictions verticales devraient être interdites, car elles diminuent le bien-être économique.

À l'opposé, d'autres estiment, ici encore pour des raisons économiques, qu'un contrat vertical peut permettre l'établissement de liens efficaces entre entreprises de niveaux différents et, par le fait même, la diminution des coûts de production et l'augmentation de la qualité des produits. Dans ce cas, l'efficacité et le bien-être économiques sont accrus et, par conséquent, les restrictions verticales ne devraient pas être illégales.

Dans notre exemple de la section 1, le fabricant automobile a passé des contrats avec des sous-traitants et des vendeurs. Ces contrats renferment des clauses qui peuvent restreindre les activités des différents fournisseurs et détaillants. Intrinsèquement, ces contrats devraient-ils être illégaux? S'il se peut qu'ils restreignent les agissements des personnes, les contrats verticaux peuvent toutefois favoriser la concurrence plutôt qu'y mettre un frein.

Dans cet exemple, il s'avère extrêmement important de connaître la véritable nature de la relation qui existe entre Ford, ses fournisseurs et ses détaillants. D'après notre examen de la question, l'entreprise (Ford) peut, si elle le désire, imposer des pratiques inefficaces ou refuser l'accès au marché à d'éventuels nouveaux arrivants. En pratique, dans le cadre de la politique de concurrence, il faut se demander si l'on peut isoler les cas où les restrictions verticales semblent causer des dommages économiques.

En théorie, comme nous l'avons vu ci-dessus, Ford pourrait se charger de la conception des pièces et de la prestation des services nécessaires aux fins de la fabrication de la voiture. En optant pour la fabrication intégrée, Ford dissiperait les inquiétudes soulevées au regard de la politique de concurrence. Toutefois, l'intégration verticale peut rendre le producteur moins efficace. Un arrangement vertical qui ne repose pas sur la propriété et qui accroît l'efficacité ne devrait donc pas être proscrit d'emblée.

Lorsque l'on analyse l'avantage global de l'arrangement d'un point de vue social, l'effet d'une pratique verticale donnée sur la concurrence *intramarque* par opposition à la concurrence *intermarques* s'avère fondamental.

Les analystes de la politique de concurrence tentent souvent de déterminer si un arrangement commercial donné favorise ou entrave la concurrence et, par conséquent, si une pratique commerciale devrait être interdite ou non. Pour évaluer l'efficacité

économique d'une pratique commerciale, certains analystes font uniquement ressortir les effets sur le surplus du consommateur. Cependant, dans une perspective sociale, la somme du surplus du consommateur et du surplus du producteur¹² constitue une mesure plus juste de l'efficacité économique. Or, les restrictions verticales qui augmentent le surplus du producteur et annulent toute réduction du surplus du consommateur se traduiraient tout de même par une plus grande efficacité économique.

De nos jours, la plupart des économistes reconnaissent que, au nom de l'efficacité, le recours aux restrictions verticales est justifié dans bien des cas. Par conséquent, avant d'évaluer les dommages économiques, il convient de procéder à une analyse approfondie des faits connexes.

● *Perspective juridique*

Selon une opinion, qui est toutefois moins répandue que par le passé, les restrictions verticales sont, d'un point de vue juridique, préjudiciables, car elles ont préséance sur le droit du détaillant de décider, au cas par cas, comment et quand il fera concurrence à ses rivaux. Cette opinion sous-entend que le droit de propriété sur le produit revendu constitue l'enjeu à cet égard et que le fabricant a transféré au détaillant ce droit de propriété au moment de la vente. Toujours dans une perspective juridique, une autre opinion soutient le contraire : le fabricant devrait avoir le droit de proposer au détaillant tous les contrats qu'il désire. Le détaillant est libre de repousser les contrats inintéressants. Dans cette optique, les contrats verticaux librement conclus ne doivent pas être interdits.

L'opinion voulant que les restrictions verticales visent principalement à répartir les fonctions fait ressortir deux critères aux fins de l'évaluation de ces restrictions. Premièrement, les restrictions horizontales que l'on fait passer pour des restrictions verticales devraient être éliminées. Deuxièmement, les dispositions législatives sur les restrictions verticales devraient permettre tout particulièrement de déterminer quand et pourquoi il faut intervenir dans les ententes conclues de gré à gré par les participants au système de distribution afin de structurer leurs relations. En d'autres termes, nous devons cerner les risques économiques d'importance inhérents aux ententes de gré à gré en l'absence de l'intervention de l'État.

En général, il peut être extrêmement difficile d'évaluer les effets nets des pratiques verticales sur le bien-être. Toute restriction peut accroître ou réduire l'efficacité. Par exemple, les activités promotionnelles visent-elles à communiquer de l'information (ce qui

¹² Le surplus du producteur correspond approximativement aux bénéfices du producteur.

est censé être bénéfique) ou à créer une fausse image à des fins de différenciation (ce qui est censé être néfaste)? En pratique, on se préoccupe surtout des effets des restrictions verticales sur la concurrence et des éventuels dommages économiques qu'elles pourraient causer.

Dans le présent document, nous considérons l'efficacité économique comme l'objectif de la politique de concurrence (et de la politique en matière de commerce extérieur).

3. Fondement rationnel des restrictions verticales

L'entreprise passe un contrat vertical afin de convenir avec l'autre partie d'un certain nombre de questions, par exemple le prix de gros, les droits de franchise, la quantité achetée par le détaillant, le prix à la consommation, les efforts promotionnels, l'emplacement du détaillant, etc. Ces arrangements verticaux constituent des instruments qui permettent aux parties contractantes de réaliser certains objectifs, notamment en ce qui a trait au prix de détail, au surplus du consommateur et aux efforts promotionnels déployés par le détaillant. Chaque partie ratifie le contrat uniquement si elle estime qu'il est à son avantage. En général, les relations verticales ne représentent qu'un cas particulier parmi toute une gamme d'ententes contractuelles qui peuvent être conclues entre le fabricant et les détaillants.

Au moment de déterminer quelles restrictions verticales, liées au prix ou non, devront être imposées aux fournisseurs et aux détaillants, le fabricant doit soupeser la part qui doit lui revenir en fonction de la marge bénéficiaire des vendeurs. Lorsque la fixation d'un prix à deux volets ne suffit pas pour augmenter ses bénéfices, le fabricant peut ajouter des clauses plus complexes aux contrats verticaux passés avec les vendeurs. Par exemple, le fabricant peut recourir à une ou à plusieurs restrictions verticales afin d'assurer aux détaillants une marge bénéficiaire élevée, c'est-à-dire une différence marquée entre le prix à la consommation et le prix de gros acquitté par le détaillant.

Par ailleurs, un certain nombre de restrictions verticales s'offrent au fabricant qui est confronté à une situation donnée, par exemple s'il désire amener les détaillants à fournir les efforts promotionnels escomptés ou protéger l'image de marque et la réputation

du produit, assurer aux détaillants une certaine stabilité des bénéfices à long terme, ou encore empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents éventuels¹³.

Dans la présente section, nous présentons un bref survol de la documentation portant sur certaines restrictions verticales. Par la suite, nous nous pencherons sur l'incidence des restrictions verticales sur la concurrence *intramarque* ainsi que sur la concurrence *intermarques*.

3.1 Les restrictions verticales et la concurrence intramarque¹⁴

Prenons l'exemple d'un fabricant qui est en relation avec de nombreux détaillants. En pareil cas, on peut soutenir qu'un régime de concurrence pure entre les vendeurs se traduit par une maximisation des bénéfices du fabricant. Ce dernier peut fixer un prix de gros supérieur au coût marginal de production. En raison de la concurrence que se livrent les détaillants, le prix du marché payé par le consommateur est égal au coût marginal du détaillant (qui correspond au prix de gros). Ce mécanisme permet au fabricant de s'approprier en totalité les bénéfices tirés de la vente du produit; ainsi, l'efficacité économique est assurée. Il importe toutefois que l'intrant acheté du fabricant ne puisse être remplacé.

En revanche, lorsque la substitution de l'intrant est possible, un prix de gros supérieur au coût marginal de production peut non seulement diminuer la marge bénéficiaire du vendeur, mais également inciter ce dernier à chercher des solutions de rechange. Les possibilités de remplacement du produit augmentent la concurrence intramarque sur le marché à la consommation, ce qui peut se traduire par une réduction des bénéfices en amont.

Nous allons maintenant examiner le rôle des restrictions verticales dans certaines situations types.

Scénario : obtention du surplus

Prenons l'exemple d'un détaillant qui n'obtient pas la totalité du surplus du consommateur ou ne remet pas au fabricant une part acceptable des bénéfices. Le fabricant

¹³ Michael L. Katz, « Vertical Contractual Relations », in *Handbook of Industrial Organization*, Volume 1, sous la direction de R. Schmalensee et R.D. Willig, North-Holland, 1989, chapitre 11, p. 712-3.

¹⁴ Voir la note 8.

peut utiliser les restrictions verticales décrites ci-après afin de puiser dans le surplus du consommateur ou du détaillant.

1) Le fabricant peut imposer un *plancher de prix de revente*; ainsi, le prix de gros équivaut au coût marginal de production et des droits de franchisage sont exigés aux fins de l'obtention du surplus du détaillant.

2) Pour s'approprier le surplus du consommateur dans différents marchés géographiques, le fabricant peut également éliminer la concurrence intramarque en concédant des *territoires exclusifs*. En imposant aux vendeurs des contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle, le fabricant peut faciliter la discrimination par le prix sur une base géographique. Si des contraintes d'exclusivité de territoire peuvent être exercées, il est alors possible d'empêcher que des produits provenant d'un secteur de vente à prix élevé soient acheminés dans un secteur de vente à prix moindre; ainsi, la discrimination par le prix peut être avantageuse. En veillant à ce que tous les prix de gros correspondent au coût marginal, le fabricant peut assurer une discrimination par le prix optimale.

3) De même, le recours à un système de *VPI* qui permet de varier le prix selon la région assurerait, en aval, la discrimination souhaitée sur une base géographique.

Scénario : marge bénéficiaire du détaillant et intensification des efforts promotionnels

Il est largement reconnu que la promotion permet d'accroître la demande du consommateur et les ventes. Le détaillant est souvent considéré comme le mandataire le plus apte à assurer les services promotionnels aux clients¹⁵. Par conséquent, le fabricant a intérêt à assurer au détaillant une marge bénéficiaire suffisante (c.-à-d. que le prix de détail doit excéder le prix de gros) afin qu'il fournisse les services promotionnels nécessaires.

Lorsque le fabricant croit que les vendeurs n'assurent pas une promotion optimale du produit, il peut structurer le système de rétribution de manière à aiguiller les détaillants sur la bonne voie relativement aux services promotionnels, au service après-vente, au prix de détail, etc. Il peut également ajouter d'autres restrictions verticales aux contrats passés avec les vendeurs.

¹⁵ Dans le cas contraire, le fabricant pourrait tout simplement se charger de cette fonction; ainsi, la restriction verticale ne serait plus nécessaire.

1) Il peut recourir à la *VPI* afin que le détaillant ait droit à une plus grande marge bénéficiaire, ce qui l'incitera à réaliser en aval des activités promotionnelles. En outre, si la concurrence par le prix est restreinte (c.-à-d. si un plancher de prix est établi), le vendeur qui assure peu de services peut difficilement resquiller aux dépens du vendeur qui offre beaucoup de services, car les moyens dont il dispose pour attirer la clientèle de ses rivaux sont limités (p. ex. une baisse de prix). Ainsi, la *VPI* protège les vendeurs qui assurent beaucoup de services et incite les autres à en offrir davantage¹⁶.

2) Une autre formule, qui, pour le fabricant, n'est pas sans prix, consiste à attribuer des *territoires exclusifs*. En pareil cas, le marché à la consommation est divisé en secteurs géographiques distincts, chaque vendeur ayant son propre secteur. D'autre part, grâce à cette exclusivité, le vendeur peut entièrement tirer parti des investissements additionnels effectués afin de conquérir le territoire, car il est assuré de récolter directement le fruit de ses efforts.

3) Par ailleurs, le fabricant peut miser sur les *contraintes d'exclusivité de clientèle* afin de prévenir directement le resquillage. Ces restrictions, qui font abstraction des secteurs géographiques, ont sensiblement le même effet que les contraintes d'exclusivité de territoire sur le resquillage. En effet, elles empêchent le vendeur de soutirer un client à un rival qui a investi temps et argent afin de le convaincre, ou encore de promouvoir par d'autres moyens la marque du fabricant auprès de la clientèle.

Scénario : préservation de la réputation de la marque

Le vendeur peut souvent influencer le consommateur dans son évaluation de la qualité et de l'image de marque d'un produit. Les produits et les marques vendus dans des établissements qui soignent la présentation et l'accueil et qui sont situés dans un emplacement de choix sont souvent synonymes de qualité supérieure pour le client. Un vendeur peut rehausser la réputation d'une marque, ce qui, vraisemblablement, fidélisera la clientèle. De plus, les autres vendeurs qui commercialisent cette marque bien connue peuvent également tirer parti de l'augmentation de la demande. Toutefois, au chapitre de la qualité, les vendeurs ont tendance à déployer trop peu d'efforts, la quantité d'intrants employée n'étant pas optimale.

¹⁶ Frank Mathewson et Ralph Winter, « The Law and Economics of Vertical Restraints », in *The Law and Economics of Competition Policy*, sous la direction de Frank Mathewson, Michael Trebilcock et Michael Walker, Vancouver (Colombie-Britannique) : The Fraser Institute, 1990.

1) Afin d'amener les vendeurs à déployer le plus d'efforts possibles en vue de rehausser la réputation, le fabricant peut, en plus de recourir à la *VPI*, imposer des normes de qualité au vendeur. Par exemple, de nombreux contrats de franchisage sont assortis de normes de qualité minimale.

Scénario : choix des vendeurs

En général, les bénéfices du fabricant varient en fonction du nombre de vendeurs. Un nombre important de vendeurs peut être néfaste, car la concurrence qu'ils se livrent pourrait se traduire par une réduction de prix et de service. Par contre, le fabricant qui peut compter sur un vaste réseau de détaillants peut également être favorisé.

Premièrement, lorsque les vendeurs sont nombreux, la concurrence intramarque est accrue, ce qui restreint la majoration du prix à la consommation par rapport au coût marginal. Par conséquent, le fabricant peut alors exercer un certain contrôle vertical. Deuxièmement, lorsque les vendeurs n'assurent pas la même qualité de service, l'augmentation de leur nombre a tendance à stimuler la demande du produit du fabricant. Troisièmement, il se peut que les consommateurs ne forment pas un bloc homogène. Lorsque les détaillants sont répartis dans de nombreux secteurs géographiques ou n'offrent pas la même qualité, le fabricant peut s'approprier une plus grande part de leur surplus. Quatrièmement, le fabricant est ainsi en mesure de comparer les résultats obtenus par un vendeur avec ceux de l'ensemble des détaillants.

Afin d'obtenir le nombre désiré de détaillants, le fabricant peut recourir à un large éventail de restrictions verticales.

- 1) Il peut déterminer le nombre de vendeurs simplement en exerçant son *refus de vendre* au-delà d'un certain nombre d'entreprises en aval.
- 2) Il peut choisir le nombre de détaillants directement ou indirectement, en exigeant des droits de *franchisage* (lorsque le dernier franchisé fait à peine ses frais, le nombre maximal de détaillants est atteint). Plus les droits de franchisage sont élevés, moins les détaillants sont nombreux à pouvoir faire leur entrée sur le marché.
- 3) En limitant le nombre de *territoires exclusifs*, le fabricant peut également restreindre le nombre de détaillants. De plus, l'attribution de territoires exclusifs permet

d'accroître les bénéfices de chaque vendeur ainsi que le nombre de vendeurs que le marché peut supporter en aval¹⁷.

4) Lorsque les consommateurs aiment pouvoir choisir entre plusieurs vendeurs, le fabricant serait incité à avoir recours à une forme de *VPI* (p. ex. un plancher de prix de revente), ce qui permet de préserver la marge bénéficiaire, afin d'augmenter le nombre de vendeurs¹⁸.

5) Enfin, une autre méthode pouvant être employée afin sélectionner les vendeurs consiste à définir le style du vendeur au chapitre de la commercialisation (c.-à-d. l'envergure de l'établissement, les types de produits et de services supplémentaires qui doivent être offerts, etc.). Il se peut que cette méthode aille au-delà de la préservation de la réputation de la marque. On peut l'utiliser afin que le produit (ou le groupe de produits) du fabricant soit commercialisé d'une certaine façon, par exemple, afin de créer des centres multi-services ou dans le cadre d'une stratégie de commercialisation qui met l'accent sur l'importance des stocks ou l'emplacement du point de vente.

Scénario : formation d'un cartel de vendeurs

Des détaillants rivaux peuvent faire pression sur le fabricant afin qu'il impose des restrictions verticales destinées à réduire la concurrence. Prenons l'exemple d'un groupe de détaillants qui achètent un produit intermédiaire à un prix concurrentiel : le prix de gros équivaut au coût marginal. Ces détaillants se font la lutte sur le prix au consommateur, qui est égal au coût marginal. Par conséquent, leur profit économique est nul¹⁹.

1) Supposons qu'ils ont la brillante idée de créer une marque de commerce. Ils mettent sur pied une institution afin d'attester que le produit répond à certaines normes arbitraires.

2) Cette institution créée à des fins d'homologation « impose » une *VPI* ou des *territoires exclusifs* au cartel formé par les titulaires de la marque de commerce.

¹⁷ L.E. Preston, « Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards », *Law and Contemporary Problems*, (30) 1965 : 506-29, cité dans M.L. Katz, 1989, *op. cit.*

¹⁸ J.R. Gould et L.E. Preston, « Resale Price Maintenance and Retail Outlets », *Economica*, (32) 1965 : p. 302-12.

¹⁹ Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Massachusetts : 1988, p. 184-5.

Quelle que soit la restriction verticale imposée, la création de l'institution factice permet aux détaillants de réduire la concurrence et, par conséquent, de réaliser des bénéfices.

Scénario : donner des garanties et des incitatifs au vendeur

Dans un contexte marqué par l'incertitude, les marchés de détail sont constamment secoués par les fluctuations de la demande et des coûts. Ainsi, les détaillants ne sont pas assurés de réaliser un bénéfice. Le fabricant doit proposer des mécanismes, par exemple la VPI, la concurrence entre les détaillants ou les territoires exclusifs, afin de fournir certaines garanties aux détaillants sans les dissuader de déployer des efforts promotionnels. Examinons maintenant ces trois mécanismes (concurrence, VPI et territoires exclusifs) dans un contexte caractérisé par une demande et des coûts incertains²⁰.

1) Dans un régime de *concurrence entre les détaillants* instauré par le fabricant, chaque vendeur doit composer avec la courbe de la demande résiduelle (c.-à-d. la demande du marché qu'il doit partager avec ses rivaux). Dans un tel contexte, les vendeurs sont à l'abri des fluctuations des coûts et de la demande. Pourquoi? Chaque fois qu'un vendeur est confronté à une variation de la demande ou des coûts, les autres sont indirectement touchés de la même façon. Ainsi, tous les détaillants réagissent à l'unisson (p. ex. ils majorent le prix au terme d'une hausse de coûts). Les détaillants sont protégés en cas de fluctuations de la demande et des coûts. En outre, la concurrence comporte des avantages, car on peut considérer que ce mécanisme va dans le même sens que les mesures visant à inciter les vendeurs à se livrer à des activités professionnelles.

2) En vertu d'une entente de *VPI*, le prix ne varie pas en fonction des coûts ou de la demande. Lorsque le vendeur doit composer avec une demande incertaine, la VPI et la concurrence entre les détaillants sont tout aussi avantageuses pour le fabricant. Toutefois, en cas de perturbations au chapitre des coûts, la VPI produit des résultats médiocres, car elle se traduit par une rigidité des prix. À cet égard, la VPI s'avère moins efficace que les deux autres mécanismes.

3) Comparons maintenant la VPI et les territoires exclusifs. Du point de vue du fabricant, l'exclusivité du territoire donne de meilleurs résultats que la VPI lorsque les coûts sont incertains, car elle n'exclut pas une variation du prix en fonction des coûts. Cependant, si la demande est incertaine et si les détaillants redoutent le risque et se soucient de leur marge bénéficiaire, alors la VPI est plus efficace. Lorsque la demande

²⁰ P. Rey et J. Tirole, « The Logic of Vertical Restraints », *American Economic Review*, (76) décembre 1986 : 921-39.

fluctue, le fabricant peut rajuster le prix de gros et le détaillant peut maintenir le prix de détail affiché; par conséquent, son bénéfice demeure intact. La VPI ne dissuade donc pas le détaillant de mettre l'accent sur la promotion du produit et le service. Ainsi, ce mécanisme peut assurer une certaine stabilité du revenu face aux fluctuations du marché²¹.

3.2 Les restrictions verticales et la concurrence intermarques²²

Sur les marchés internationaux, la concurrence s'exerce souvent entre de nombreux fabricants. Chacun peut approvisionner un certain nombre de fournisseurs. Dans ce contexte, il peut y avoir un effet de débordement non seulement entre les vendeurs, mais également entre les fabricants; de plus, ces derniers peuvent adopter un comportement stratégique. À cet égard, on peut distinguer trois cas. Dans le premier cas, on peut contrer un éventuel débordement entre les marques au chapitre des services grâce à des restrictions verticales qui augmentent l'efficacité en incitant le fabricant à assurer des services. Dans le deuxième cas, les effets des contrats verticaux sur la concurrence intermarques se font sentir. Enfin, dans le troisième cas, les effets des restrictions verticales sur les conditions imposées aux nouveaux fabricants sont importants.

Scénario : comportement opportuniste adopté par le détaillant et le fabricant

Premièrement, mentionnons le problème des vendeurs qui s'adonnent au resquillage au détriment de certaines marques. Supposons que chaque fabricant ne produit qu'une seule marque et mise uniquement sur la fixation d'un prix unique, et qu'un des fabricants lance une campagne de publicité massive qui amène les consommateurs chez le vendeur. Une fois que les consommateurs sont dans son établissement, le vendeur a avantage à les persuader à acheter la marque qui lui assure la marge bénéficiaire la plus élevée. Or, cette marque n'est pas forcément celle que vantait la publicité du fabricant, c'est-à-dire celle qui a attiré les consommateurs. En raison du resquillage pratiqué aux dépens de certains fabricants, il se peut que les activités promotionnelles ne suffisent pas à assurer la maximisation des bénéfices. On peut recourir à plusieurs arrangements verticaux afin de remédier au problème du resquillage.

1) Le fabricant qui est à l'origine de la campagne de publicité peut réduire le prix de gros et compenser cette baisse par une augmentation des droits de *franchisage*. Si le prix

²¹ *Ibid.*

²² Voir la note 9.

de gros fixé par chaque fabricant équivaut au coût marginal, la motivation du vendeur est alors la même. Toutefois, en raison de la concurrence que se livrent les vendeurs, un prix de gros peu élevé peut se traduire par un prix de détail trop bas pour que les détaillants réalisent un bénéfice.

2) Si tous les fabricants imposent la VPI, un *plancher de prix de revente* pourrait être la solution au problème. Cependant, la VPI ne réglerait pas le problème posé par les fabricants rivaux qui réduisent leur prix de gros de façon à ce qu'il soit inférieur à celui du fabricant à l'origine de la campagne de publicité, ou encore le problème lié au fait que, à l'égard du risque qu'ils assument, les vendeurs n'agissent pas avec efficacité.

3) Le fabricant qui a financé la publicité pourrait également exiger des *redevances* dont le montant serait calculé en fonction du total des revenus du vendeur ou du nombre de produits vendus pour l'ensemble des marques. À bien des égards, ce mode de fixation du prix en lot ressemble à un contrat de publicité à frais partagés.

4) Pour remédier au problème de la substitution de marque au point de vente, le fabricant peut imposer une entente de *vente exclusive*. Toutefois, le détaillant qui ne vend qu'une seule marque pourrait essuyer une baisse des ventes.

Deuxièmement, le comportement opportuniste occasionne un problème particulier lorsque l'une des parties au contrat entre le fabricant et le vendeur a engagé des dépenses relativement à des avoirs dont la valeur est tributaire du maintien de la relation. Une fois que les frais inhérents à la relation qui ont été engagés par une des parties (le fabricant) sont irrécupérables, l'autre partie (le détaillant) peut rouvrir les négociations avant la fin du contrat. Le fabricant est en quelque sorte prisonnier de la relation. Pour que le maintien de la relation soit plus avantageux pour chaque partie, on peut notamment faire en sorte que le vendeur soit pris en otage. Dans certains cas, certaines clauses de restriction verticale du contrat passé entre le fabricant et le vendeur peuvent être utilisées à cette fin.

1) Par exemple, pour prendre le vendeur en otage, on peut assortir un faible prix de gros de droits de *franchisage* élevés. Le droit au faible prix de gros devient un avoir qui appartient au vendeur dans le cadre de la relation.

2) La réputation du vendeur peut également devenir un avoir inhérent à la relation. Le vendeur qui commercialise de nombreuses marques peut acquérir une bonne réputation en sa qualité de détaillant. Par conséquent, aux termes d'une entente de *vente exclusive*, la réputation du vendeur peut devenir un avoir dans le cadre de la relation.

3) Pour prévenir la renégociation opportuniste du contrat, on peut également limiter les menaces que pourrait proférer le vendeur. Par exemple, en vertu d'un *contrat d'approvisionnement exclusif*, l'acheteur ne peut pas s'approvisionner auprès d'un autre fabricant.

Scénario : possibilité de collusion entre les fabricants

Les fabricants peuvent s'entendre afin que les contrats passés avec les distributeurs renferment des clauses, liées au prix ou non, qui réduisent la concurrence intermarques sur le marché à la consommation. Collectivement, les fabricants tireraient parti d'une collusion qui porte fruit.

1) Aux termes d'une entente de *vente exclusive*, les consommateurs qui veulent comparer les produits doivent se rendre à plusieurs points de vente. En général, les consommateurs sont rebutés par les coûts supplémentaires qui découlent de ces recherches, ce qui restreint la concurrence intermarques et augmente les bénéfices dans la branche d'activité. Par ailleurs, si tous ses concurrents exigent une entente de vente exclusive, le fabricant n'a pas vraiment le choix. Par conséquent, la vente exclusive sera généralisée à l'échelle de la branche d'activité.

2) Certains analystes soutiennent également que la *VPI* atténue la concurrence intermarques sur le marché à la consommation. En vertu d'une entente de *VPI*, chaque marque se voit assignée un seul prix à la consommation; ainsi, il est facile d'exercer une surveillance à cet égard. Les détaillants qui ne respectent pas une telle entente collusoire peuvent être ramenés à l'ordre. Les dispositions contractuelles qui améliorent la surveillance peuvent donc faciliter la collusion.

Scénario : stratégies visant à mettre en échec les concurrents

1) Selon une thèse répandue dans la documentation sur les restrictions verticales, l'interdiction de l'accès au marché au moyen d'une entente de *vente exclusive* permet d'augmenter les coûts du concurrent. Supposons que des économies d'échelle et de diversification sont réalisées au chapitre de la distribution. Le régime de vente exclusive se traduit alors par une augmentation des coûts de distribution; cependant, la hausse est plus marquée dans le cas des plus petites entreprises que pour les plus grandes. Par conséquent, les vendeurs de moindre envergure sont désavantagés par l'entente de vente exclusive. En définitive, il se peut que les bénéfices des grandes entreprises augmentent, même si leurs coûts de distribution sont aussi majorés.

D'autre part, en exigeant une entente de vente exclusive, le fabricant qui détient une importante part du marché peut retenir les vendeurs de premier ordre (p. ex. ceux qui sont avantagés par leur emplacement ou qui bénéficient des plus grandes économies de diversification)²³.

2) S'il est au fait des contrats de vente ou des ententes de franchisage conclus par les vendeurs qui commercialisent d'autres marques, le fabricant peut en tirer parti. Si le fabricant se distingue de ses rivaux en établissant un prix de gros inférieur au coût marginal, le vendeur sera un compétiteur acharné sur le marché à la consommation. Confrontés à une opposition plus farouche, ses rivaux voient leurs ventes diminuer; par conséquent, les bénéfices du vendeur plus dynamique sont en hausse. Le fabricant s'approprie ensuite ses bénéfices au moyen de *droits de franchisage fixes*²⁴.

Scénario : comportement stratégique adopté par les fabricants

On a affirmé que les fabricants utilisaient certaines restrictions verticales afin de réduire la concurrence en amont.

● *Obstacles à l'accès au marché :*

D'après l'une des thèses les plus connues, les *contrats d'exclusivité* (tels que l'entente de vente exclusive et les contrats à long terme conclus avec les détaillants) constituent une entrave à l'accès au marché. De tels contrats obligent les nouveaux fabricants à mettre en place leur propre réseau de distribution (ce qui s'avère coûteux, même si les nouveaux distributeurs peuvent rapidement compenser leurs désavantages au chapitre de l'achalandage et de l'expérience). L'arrivée de nouveaux fabricants n'est donc pas favorisée.

1) Les fabricants qui sont déjà sur le marché sont avantagés du fait qu'ils « jouent en premier ». Supposons qu'un vendeur a besoin d'unités de deux produits intermédiaires

²³ Lorsque deux fabricants de produits remplaçables se disputent le même vendeur et qu'un des produits est plus en demande que l'autre, alors le fabricant de ce produit peut exiger que le détaillant passe une entente de vente exclusive. Voir G. Frank Mathewson et Ralph A. Winter, « The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment », *American Economic Review*, (77) 1987 : p. 1057-68.

²⁴ C. Fershtman et K.L. Judd, « Equilibrium Incentives in Oligopoly », *American Economic Review*, (77) 1987 : p. 927-40; et Thomas W. Ross, « When Sales Maximization is Profit-Maximizing: A Two-Stage Game », document de travail CIROU 87-01, Université Carleton, 1987.

pour vendre le produit final et qu'un nouvel arrivant envisage de faire concurrence au fabricant déjà en place.

- Si le fabricant déjà sur le marché lie les ventes des deux produits, le nouvel arrivant éventuel sera forcé d'accéder aux deux marchés.

Si les coûts fixes liés à l'accès simultané aux deux marchés sont élevés, le risque inhérent à une telle initiative augmente. Or, certains croient plutôt qu'il diminue.

- Bork a soutenu qu'il n'était pas plus difficile d'accéder simultanément à deux marchés du fait qu'il faut amasser les capitaux nécessaires à cette fin, car les bénéfices éventuels réalisés par le nouvel arrivant seront proportionnellement plus élevés²⁵.
- Williamson a rétorqué que, lorsqu'il faut posséder des connaissances ou des compétences spécialisées qui ne sont pas immédiatement observables pour que l'initiative soit rentable, le nouvel arrivant qui manque d'expérience sur un marché donné devra peut-être déboursier davantage pour obtenir des capitaux. Par conséquent, si, pour accéder au marché cible, le nouvel arrivant doit également pénétrer un marché méconnu, la menace qu'il représente est réduite²⁶.

2) Des effets similaires peuvent être observés lorsque les ventes sont liées progressivement. Supposons qu'une entreprise détient actuellement un monopole ou un quasi-monopole, mais qu'elle craint l'arrivée de nouveaux concurrents. Elle peut être incitée à conclure des *contrats d'approvisionnement exclusif* à long terme avec les détaillants afin d'interdire l'accès au marché aux nouveaux arrivants éventuels. Lorsque les échéances des contrats sont échelonnées et que les coûts fixes inhérents à l'accès au marché sont élevés, les contrats d'approvisionnement exclusif peuvent entraver l'accès au marché pour toujours. Si des contrats verticaux sont décalés, le nouvel arrivant peut uniquement essayer de se tailler une petite part du marché à chacune de ses tentatives. Compte tenu des coûts fixes importants qu'il devra engager pour faire son entrée, il ne sera peut-être pas rentable de s'attaquer à des parcelles de marché.

²⁵ R.H. Bork, « Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception », *University of Chicago Law Review*, (22) 1954 : p. 157-201.

²⁶ Oliver E. Williamson, « Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transactions Cost Approach », *University of Pennsylvania Law Review*, (127) 1979 : p. 953-93.

3) D'autre part, il se peut que l'entente de *vente exclusive* vise à interdire l'accès au marché. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le fabricant déjà en place peut tirer parti de sa position et retenir tous les détaillants de premier plan. En faisant en sorte que l'accès à un petit segment de marché ne soit pas rentable, il :

- accroît le risque financier (c.-à-d. les coûts irrécupérables) inhérent à l'accès au marché;
- confirme qu'il ne facilitera pas la tâche au nouvel arrivant éventuel (celui-ci doit s'approprier une grande part de marché pour survivre, ce qui constituerait une menace plus sérieuse pour le fabricant);
- augmente les coûts inhérents à l'accès au marché, car, en général, la croissance de l'entreprise s'étale sur une longue période.

Nombre d'analystes ont relevé une importante faille dans ce raisonnement : pourquoi un vendeur passerait-il un contrat qui rend moins probable l'arrivée de nouveaux participants et diminue la concurrence entre les fournisseurs²⁷? Par conséquent, il ne s'ensuit pas forcément que l'accès au marché est entravé. Or, si les détaillants sont nombreux, chacun peut croire que sa décision n'influe pas sur la probabilité de l'accès au marché de nouveaux arrivants. Chaque vendeur fait abstraction de l'incidence collective et paraphe le contrat; ainsi, le marché est complètement fermé.

(4) En plus d'entraver l'accès à un marché qu'il monopolise déjà, le fabricant peut utiliser l'emprise qu'il exerce sur un marché de produit intermédiaire pour interdire l'accès à un autre marché. En effet, dans la documentation sur les restrictions verticales, on se demande depuis longtemps si le fabricant pourrait se servir du *contrat de ventes liées* comme d'un levier afin que sa position monopolistique sur un marché de produit intermédiaire lui permette de monopoliser un autre marché de produit intermédiaire.

Selon l'opinion répandue par l'École de Chicago, qui s'est intéressée à l'application de la législation antitrust, il ne serait pas avantageux pour le monopoleur de tirer parti de son emprise sur un marché pour en monopoliser un autre. Certains ont réfuté ce point de vue, estimant que le fabricant déjà en place aurait avantage à lier la vente de deux produits intermédiaires dans le cadre d'une stratégie visant à entraver l'accès au marché.

²⁷ R.H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York : Basic Books, 1978; et R.A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago : University of Chicago Press, 1976.

Cette capacité de lier les ventes des produits constitue un instrument de dissuasion efficace qu'il pourra utiliser auprès des nouveaux arrivants éventuels²⁸.

● *Restriction stratégique de la concurrence en amont :*

La deuxième thèse relative à la concurrence en amont renvoie à la discipline du marché. On a soutenu que la VPI pouvait aider les fabricants qui se font concurrence à exécuter une entente collusoire en réduisant l'efficacité des réductions secrètes du prix de gros²⁹. De même, il se peut que les restrictions qui réduisent la concurrence en aval (p. ex. les territoires exclusifs) atténuent la concurrence en amont. Par conséquent, les fabricants peuvent également exercer des restrictions verticales dans le cadre d'une stratégie visant les activités réalisées en amont³⁰.

En résumé, l'examen de la documentation économique présenté dans cette section indique que les contrats conclus de gré à gré entre fabricant et vendeur peuvent avoir recours à plusieurs types de restrictions verticales pour une situation particulière d'arrangement vertical. Les restrictions verticales qui peuvent être utilisées à l'égard des problèmes que rencontre une structure verticale fabricant - détaillant (ou fournisseur) dépendent des circonstances précises. La plupart des arrangements verticaux prévoient des restrictions destinées à maximiser les bénéfices des participants. Cependant, tous les arrangements verticaux n'accroissent pas l'efficacité économique d'ensemble. Ainsi, la conclusion que l'on peut tirer sur le caractère acceptable d'une restriction verticale donnée dépend des particularités de chaque cas. Cela plaide en faveur de l'adoption de la règle du bon sens plutôt que pour l'interdiction pure et simple (l'illégalité intrinsèque) quand il s'agit de juger des restrictions verticales en vertu de la politique de concurrence.

Dans le cadre de la concurrence intramarque ou intermarques, on a souvent recours au tarif à deux volets (p. ex. le prix de gros et des droits de franchisage) et à la VPI afin de contrôler le prix. Par contre, les contraintes d'exclusivité de territoire, la vente exclusive et les contrats d'approvisionnement exclusif arrivent en tête de liste des restrictions verticales qui ne sont pas liées au prix.

²⁸ M.L. Katz, *op. cit.*, 1989, p. 709.

²⁹ L. Telser, « Why Should Manufacturers Want Fair Trade? », *Journal of Law and Economics*, (3) 1960 : p. 86-105.

³⁰ Jean Tirole, *op. cit.*, 1988, p.186.

D'après l'analyse économique, le producteur ne devrait pas automatiquement être considéré comme le seul responsable de la restriction de la concurrence. En effet, dans certains cas, les fournisseurs ou les détaillants pourraient accroître leurs bénéfices en imposant de concert des restrictions verticales au producteur.

Il ressort de l'analyse des arrangements verticaux entre les producteurs de nombreuses marques, leurs fournisseurs et leurs détaillants que les restrictions verticales soulèvent la question de l'interdiction de l'accès au marché. Lorsque les parties sont en position de force sur le marché, les restrictions verticales peuvent en interdire l'accès. Le recours à des restrictions verticales et horizontales inspire souvent des craintes quant au maintien du régime de libre concurrence. Par conséquent, il convient d'évaluer toute la gamme des pratiques commerciales restrictives afin d'être plus en mesure de distinguer celles qui occasionnent des dommages économiques.

4. Les principales restrictions verticales et leur traitement dans le cadre de certains régimes juridiques nationaux

Nous analyserons dans la présente section cinq grandes catégories de restriction verticale. Pour chaque pratique, nous discuterons de l'efficacité économique et décrirons les règles juridiques de fond qui sont suivies au Canada, aux États-Unis et au Japon. Toutefois, des observations préliminaires s'imposent en raison des similitudes et des différences que présentent ces trois pays au chapitre du cadre de la politique de concurrence établi par la loi.

Premièrement, les lois sur la concurrence établissent une différence entre le critère juridique qu'il faut respecter dans une cause jugée en vertu de la norme intrinsèque ou de la règle du bon sens. Bien que la terminologie employée ne soit pas la même, ce concept est présent dans les lois américaines et canadiennes. Si, en apparence, les lois japonaises sur la concurrence font également cette distinction, un examen plus approfondi révèle que, en réalité, la règle du bon sens est habituellement appliquée. Dans les pays qui établissent une telle différence, aucune autre preuve d'effet anticoncurrentiel n'est requise si le tribunal détermine que l'accusé ou le défendeur est responsable en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque. Par contre, d'après la règle du bon sens, le plaignant ou le demandeur doit prouver que la pratique contestée a eu des effets négatifs sur la concurrence. Pour conclure que la pratique a eu un effet anticoncurrentiel ou a considérablement réduit la concurrence, le tribunal doit se fonder sur une analyse du pouvoir de l'accusé ou du défendeur sur le marché. Le « pouvoir sur le marché » est parfois défini comme étant « la capacité d'imposer un prix supérieur à celui qui serait fixé

dans un marché de concurrence ». Or, l'évaluation du pouvoir sur le marché repose sur une analyse encore plus fondamentale, soit la délimitation des marchés géographiques et des marchés des produits en cause. Plus loin dans la section, nous examinerons plus en détail les solutions retenues par chaque pays à l'égard de ces questions.

Un autre élément influe sur les affaires de droit de la concurrence, à savoir si l'on tente des poursuites au criminel ou au civil pour assurer l'application de la loi. Au Canada, c'est la *Loi sur la concurrence* qui détermine si la pratique anticoncurrentielle relève du droit pénal ou du droit civil. Toutefois, aux États-Unis, cette question est, en général, passée sous silence dans la législation antitrust. Par conséquent, la division antitrust du département de la Justice a un certain pouvoir discrétionnaire, pouvant entamer des procédures criminelles ou civiles à la lumière d'éléments relatifs à la procédure et à la politique gouvernementale. Il va de soi que les procédures d'exécution engagées par la Federal Trade Commission ainsi que les poursuites privées intentées en vertu de la législation antitrust sont tranchées dans le cadre d'instances civiles et administratives. Au Japon, la commission des pratiques commerciales loyales (CPCL) tente principalement des procédures civiles et administratives. Bien que des poursuites criminelles puissent être intentées à l'égard des monopoles privés et des restrictions abusives du commerce (en effet, les amendes maximales ont été augmentées récemment, passant de 5 à 100 millions de yens), cet organisme semble considérer la mise en accusation au criminel comme une solution de dernier recours. Par ailleurs, cette différence au chapitre de l'instance n'est pas sans influencer sur la décision judiciaire, car, dans les affaires criminelles, la norme de preuve que le ministère public doit respecter est beaucoup plus élevée que celle qui est imposée au plaignant ou au demandeur. Même si, dans l'analyse qui suit, nous n'insisterons pas particulièrement sur le sujet, il faut garder en mémoire les répercussions de cette différence entre les procédures civiles et criminelles.

Bien que la comparaison des procédures d'exécution déborde le cadre du présent document, il convient de souligner une caractéristique du droit japonais de la concurrence que ne partagent pas les autres régimes étudiés. L'article 6 de la *Loi sur l'interdiction des monopoles privés et le respect des pratiques commerciales loyales* (la « Loi antitrust ») prévoit explicitement la réglementation des contrats internationaux. Les associations d'entrepreneurs et de fabricants ne peuvent être partie à un contrat international « dont les clauses constituent une restriction abusive du commerce ou des pratiques commerciales déloyales ». En outre, les entrepreneurs qui ont conclu une entente internationale correspondant à celles qui sont prescrites par la CPCL doivent déposer auprès de cet organisme un avis ainsi qu'une copie de l'entente dans un délai de 30 jours. Bien que l'expression « contrat international » ne soit pas définie, la CPCL prescrit le traitement des contrats internationaux devant faire l'objet d'un avis. Le 30 mars 1992, cette

prescription a été modifiée, ce qui a eu pour effet de réduire considérablement le nombre de contrats qui ont dû être déclarés.

Il convient d'insister sur le fait que les auteurs n'ont rien contre une politique de fond proscrivant les ententes nationales et internationales qui violent les lois sur la concurrence. Toutefois, l'exigence de déclaration asymétrique susmentionnée signifie que, dans le cadre de l'exécution de la loi, certains contrats internationaux seront automatiquement soumis à l'examen de la CPCL et, en cas de doute, seront réglés par la voie administrative, contrairement aux contrats nationaux. L'appréhension suscitée par cette politique d'application est exacerbée par la position de la CPCL sur le lien entre la politique de concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle. En 1989, la CPCL a émis des lignes directrices sur la réglementation des pratiques commerciales déloyales dans les contrats de licence de brevet et de savoir-faire. Ces lignes directrices font état des pratiques anticoncurrentielles inhérentes à l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui, en principe, seraient légales, de celles qui peuvent être jugées illégales ainsi que de celles qui sont susceptibles de l'être. Par exemple, si certaines des pratiques verticales étudiées dans le présent document appartiennent à la première ou à la deuxième catégorie, il ne fait aucun doute que la VPI doit être classée dans la troisième. Pourtant, en raison de l'exigence de déclaration prévue à l'article 6 de la Loi antitrust, la CPCL passe en revue les contrats internationaux qui sont liés aux droits de propriété intellectuelle afin de s'assurer que leur exécution n'entrave pas la concurrence sur le marché intérieur; or, les contrats nationaux sont soustraits à cet examen automatique. Cette observation vaut pour l'ensemble des mesures d'exécution des lois japonaises sur la concurrence.

Avant d'aller plus loin, nous tenons également à apporter des précisions relativement à l'analyse des lois américaines. Aux États-Unis, les pouvoirs conférés par la Constitution en matière de loi antitrust ont été exercés par l'administration fédérale et les États. Cependant, en raison de contraintes d'espace, nous avons dû exclure les lois antitrust des États du présent document et analyser uniquement la législation fédérale. Par conséquent, il convient de souligner que tous les types de pratique examinés en vertu des lois fédérales américaines doivent posséder certaines caractéristiques fondamentales; ils doivent notamment avoir une incidence sur le commerce entre les États. Il faut utiliser différents critères afin de déterminer si l'affaire portée devant le tribunal doit être jugée en vertu des lois fédérales ou de la législation de l'État. Bien qu'elle déborde également le cadre du présent document, cette question n'en constitue pas moins le fondement implicite de notre analyse des lois américaines.

Enfin, il convient de remarquer que les trois pays ont prévu de nombreuses exemptions aux lois sur la concurrence. Ces exemptions peuvent prendre une multitude

de formes, depuis le moyen de défense détaillé pouvant être invoqué à l'égard d'une infraction donnée jusqu'à l'exemption pure et simple d'un secteur. En raison de cette grande diversité, il est difficile de présenter la matière avec cohésion, à défaut de la rendre facilement assimilable. Quoiqu'il en soit, nous nous sommes efforcés de disposer les renseignements sous forme de tableaux à l'annexe I.

4.1 Vente à prix imposés (VPI)

Dans notre analyse économique des restrictions verticales, le recours à la VPI a souvent été envisagé dans le cadre des arrangements verticaux de gré à gré. Y-a-t-il suffisamment d'avantages qui compensent les effets sociaux néfastes? Pourquoi la VPI est-elle jugée intrinsèquement illégale dans la plupart des pays? Trois principaux cas d'arrangement privé sont propices à la VPI : un cartel de fabricants qui vendent des produits similaires; un cartel de détaillants qui commercialisent des produits similaires; un fabricant qui a recours à une entente de VPI et mise sur la qualité de son produit et le service pour dominer le marché.

Premièrement, si l'on considère que la VPI est intrinsèquement illégale, c'est généralement parce que l'on présume qu'elle facilite la fixation horizontale du prix et, par conséquent, la formation d'un cartel. Les cartels sont souvent démantelés lorsque les membres trichent sur le prix. Or, la VPI peut assurer au cartel une certaine stabilité en lui permettant de fixer le prix sur le marché de détail. Pour le cartel de fabricants, il importe que les produits soient vendus au même prix sur le marché. La VPI peut lui faciliter la tâche. En pareil cas, l'élimination de la VPI ou de tout autre instrument utile à cette fin augmentera l'efficacité. En pratique, de tels cas peuvent facilement être décelés. Toutefois, ils sont l'exception plutôt que la règle³¹.

Deuxièmement, la possibilité que des détaillants obligent un fabricant à étayer leur cartel au moyen d'une VPI constitue une question litigieuse. Aux termes d'un tel arrangement, les détaillants se servent du fabricant pour coordonner le prix du cartel sur le marché à la consommation. Les détaillants assurent le maintien du cartel en boycottant les fabricants qui refusent d'exiger une entente de VPI. Si la cartellisation porte fruit, l'arrivée de magasins de rabais sur le marché est retardée ou empêchée. Cependant,

³¹ G. Frank Mathewson et Ralph A. Winter, *La politique en matière de concurrence et les échanges verticaux*, vol. 7. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa. Relativement à l'instabilité des cartels, voir également William Ehrlich et I. Prakash Sharma, « Convergence de la politique de concurrence : les cartels d'exportation », *Document du Groupe des politiques*, n° 94/3, MAECI, Ottawa, avril 1994.

l'hypothèse du cartel de détaillants est moins pertinente que par le passé, car les magasins de rabais sont solidement implantés dans la plupart des marchés de détail significatifs³².

Il semble donc, dans les deux cas que nous venons de voir, que l'hypothèse du cartel ne suffit pas pour justifier l'illégalité intrinsèque de la VPI dans la plupart des pays. Dans la majorité des cas de VPI, l'hypothèse du cartel n'est pas valable.

Troisièmement, dans la plupart des cas de VPI, il semble qu'un seul fabricant ou un groupe de fabricants agit unilatéralement. Toutefois, comme il fixe le prix de gros du produit, la VPI ne confère aucun avantage au fabricant. Pourquoi prendrait-il le risque de voir son produit demeurer sur les tablettes des détaillants en imposant un prix plus élevé? Outre le prix, d'autres facteurs qui influent sur la demande du produit doivent inciter le fabricant à recourir à la VPI.

On peut avancer trois principales explications. Premièrement, la VPI accroît le bien-être en réglant le problème du resquillage, ce qui encourage les détaillants à assurer un service préalable à la vente à l'égard de certains types de produits. Deuxièmement, la VPI peut accroître le nombre de détaillants axés sur le service qui seront disposés à offrir le produit, ce qui stimulera la demande du marché. Troisièmement, lorsque la demande du produit est en partie tributaire de sa commercialisation par certains détaillants hautement réputés, ces vendeurs qui mettent l'accent sur le service pourraient fournir une « attestation de la qualité »³³. La VPI est nécessaire afin de couvrir les coûts (irré récupérables) engagés antérieurement par le détaillant afin de se tailler une réputation.

L'existence même d'un système de distribution suppose que les détaillants ajoutent de la valeur au produit en assurant des services aux consommateurs. Dans le cas contraire, le produit pourrait être vendu par correspondance. Cependant, en l'absence d'une entente de VPI, la prestation de services par les détaillants occasionne un problème de resquillage. Lorsque les services englobent la communication de renseignements sur le produit, certains détaillants peuvent choisir d'accorder des rabais afin d'attirer les clients qui se sont renseignés auprès d'autres vendeurs. Il est beaucoup plus facile d'exécuter un contrat qui proscrie les réductions de prix que de faire respecter des normes de service. En d'autres termes, une entente sur le prix garantit indirectement que des services seront assurés.

³² Frank Mathewson et Ralph Winter, « The Law and Economics of Vertical Restraints », in *The Law and Economics of Competition Policy*, sous la direction de Frank Mathewson, Michael Trebilcock et Michael Walker, Vancouver (C.-B.) : The Fraser Institute, 1990, p. 110.

³³ Voir H. Marvel et S. McCafferty, « Resale Price Maintenance and Quality Certification », *Rand Journal of Economics*, vol. 15, n° 3, automne 1984 : p. 340-59.

Certains auteurs, par exemple Scherer³⁴ et Comanor³⁵, ont critiqué la thèse qui justifie le recours aux restrictions verticales au nom de l'efficience, et d'autres ont soutenu que le recours à la VPI, exercé afin que la concurrence soit fondée sur la qualité du service, est beaucoup plus répandu que le resquillage³⁶. Il en coûte beaucoup moins au fabricant de voir à l'exécution d'une entente de VPI que d'assurer le suivi de la promotion des ventes au détail, de l'espace réservé à son produit sur les étalages, de la qualité des conseils fournis par le détaillant, etc. Si les effets indirects de l'accroissement de la disponibilité du produit et de l'amélioration du service l'emportent sur les effets directs néfastes d'une hausse de prix, le fabricant a avantage à établir un plancher de prix au moyen d'une entente de VPI.

Enfin, pourquoi serait-il souhaitable, au nom du bien-être, de transférer aux fournisseurs le pouvoir monopolistique de conclure une entente de VPI? De même, dans l'optique du consommateur, pourquoi ne devrait-on pas encourager la concurrence entre les détaillants en interdisant la VPI et les autres types de restriction verticale?

En général, l'analyse économique démontre que la présence ou l'absence de restrictions verticales n'influe pas sur les consommateurs³⁷. Rey et Tirole ont tenté de mettre en doute ce résultat dans un contexte qui fait abstraction de l'effet de la VPI sur l'amélioration de la qualité du produit et des renseignements fournis par le détaillant, ainsi que sur le nombre de détaillants³⁸. Toutefois, tout compte fait, il est plus juste de dire que la VPI permet d'atténuer l'effet externe lié à l'information, que l'on peut observer lorsque la différenciation, le style ou la complexité du produit crée une demande de service ou de

³⁴ F.M. Scherer, « The Economics of Vertical Restraints », *Antitrust Law Journal*, vol. 52 (3), 1983.

³⁵ William S. Comanor, « Vertical Price Fixing and Market Restrictions and the New Antitrust Policy », *Harvard Law Review*, vol. 98, mars 1985 : p.990-8.

³⁶ Il importe que les consommateurs plus avertis (c.-à-d. qui sont sensibles aux écarts de prix entre les détaillants) soient en général moins influencés par les services de promotion pour qu'il soit avantageux de recourir à la VPI. Voir G. Frank Mathewson et Ralph A. Winter, « An Economic Theory of Vertical Restraints », *Rand Journal of Economics*, (15) 1984 : p. 27-38.

³⁷ Dans les modèles où la situation du marché est connue avec certitude et où l'on ne tient pas compte de l'amélioration de la qualité ou de l'information attribuable à la VPI, l'absence ou la présence de restrictions verticales se répercute uniquement sur la répartition des bénéfices entre le fabricant et le détaillant. De plus, dans un certain nombre de modèles, les restrictions verticales entraînent un accroissement du surplus économique global. Voir Jean Tirole, *op. cit.*, 1988.

³⁸ Les auteurs ont conclu que, lorsque la situation du marché est connue avec certitude, les consommateurs seraient plus avantagés dans un régime de concurrence que dans le cadre d'une entente de VPI ou d'exclusivité du territoire. Rey et Jean Tirole, *op. cit.*, 1986.

renseignements. Les thèses soutenues par Rey et Tirole n'influent pas sur ces conclusions. On ne peut soutenir que la VPI soit intrinsèquement répréhensible.

Dans bien des pays, la VPI est intrinsèquement illégale, bien que quelques exceptions ou exemptions applicables à certains produits aient été prévues. Cependant, de nombreux économistes privilégient maintenant un assouplissement des dispositions des lois sur la concurrence qui s'appliquent à la VPI et aux autres restrictions verticales. Même les ardents défenseurs des thèses de l'École de Harvard, par exemple Scherer et Ross, auraient du mal à ne pas modifier la présomption de l'illégalité intrinsèque de la VPI :

D'une part, certaines ententes de VPI favorisent l'arrivée de nouveaux participants ou la prestation de services; exception faite des contrats qui couvrent le gros de la production dans une branche d'activité, ce qui empêche les consommateurs de faire un choix rationnel entre les établissements axés sur les services et les magasins de rabais, la plupart des ententes de VPI sont sans doute inoffensives. D'autre part, l'École de Chicago fait carrément fausse route lorsqu'elle soutient qu'une entente de VPI strictement verticale ne peut réduire l'efficacité économique; de plus, elle surestime d'autant les avantages de cette restriction. Les avantages et les coûts sont sans doute sensiblement équivalents³⁹.

Toutefois, en vertu des lois américaines et canadiennes, la VPI est intrinsèquement illégale. Par contre, au Japon, il semble que la légalité de cette pratique soit déterminée au terme d'une évaluation du pouvoir sur le marché.

4.1.1 La VPI au Canada

En 1951, le Canada est devenu le premier pays au monde à légiférer afin d'interdire la VPI; cependant, dans d'autres pays, aux États-Unis notamment, cette pratique était frappée d'une interdiction de common law. Aux termes de la loi de 1951, les fabricants ou les fournisseurs d'articles et de marchandises ne pouvaient obliger ni inciter une autre personne à revendre les produits à un prix donné ou à un prix supérieur ou inférieur à ce prix, ni tenter de le faire; de plus, ils ne pouvaient refuser d'approvisionner la personne qui refusait de se plier à leurs exigences relativement au prix de revente ou au rabais. Cependant, la norme législative actuelle découle des importantes modifications adoptées en 1976. La VPI est interdite en vertu de l'article 61 de la *Loi sur la concurrence* :

61. (1) Quiconque exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit, offre du crédit, au moyen de cartes de crédit, ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de

³⁹ Fredrick M. Scherer et David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3^e édition, Boston : Houghton Mifflin, 1990, p. 558.

crédit, ou détient les droits et privilèges exclusifs que confère un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur ou un dessin industriel enregistré ne peut, directement ou indirectement :

- a) par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise au Canada fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada;
- b) refuser de fournir un produit à une autre personne exploitant une entreprise au Canada, ou prendre quelque autre mesure discriminatoire à l'endroit de celle-ci, en raison du régime de bas prix de celle-ci.

Une disposition connexe est prévue au paragraphe (6) :

Nul ne peut, par menace, promesse, ou quelque autre moyen semblable, tenter de persuader un fournisseur, au Canada ou à l'étranger, en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes en raison du régime de bas prix de cette personne ou catégorie.

La Loi passe sous silence les répercussions de la pratique contestée sur la concurrence. S'il est convaincu que tous les éléments requis de la pratique interdite sont réunis et qu'aucun des moyens de défense possibles ne peut être invoqué, le tribunal juge qu'il y a eu infraction, peu importe si elle a entraîné ou est susceptible d'entraîner une réduction considérable de la concurrence. Par conséquent, le Canada applique à la VPI l'équivalent de la norme intrinsèque en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Une infraction au paragraphe (1) ou (6) constitue un acte criminel; la personne reconnue coupable d'une telle infraction est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, ou d'une amende et d'une peine d'emprisonnement, à la discrétion du tribunal.

L'interdiction vise toute personne qui exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit, qui offre du crédit au moyen de cartes de crédit ou qui est titulaire de droits de propriété intellectuelle. Il convient également de souligner que le terme « produit », au sens que lui confère la Loi, englobe les services comme les articles. De même, par définition, le mot « article » désigne les biens meubles et immeubles « de toute nature » et le « service » peut être « industriel, commercial, professionnel ou autre ». Le paragraphe 61 (2) prévoit que le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque la personne qui tente d'exercer une influence et celle qui est soumise à cette influence sont des personnes morales affiliées ou des administrateurs, des mandataires, des dirigeants ou des employés de la personne morale ou d'entités affiliées. En outre, la relation juridique mandant - mandataire, qui suppose que le mandant conserve le droit de propriété sur les biens, par exemple dans le cadre d'une convention authentique de consignation de marchandises, déborde le champ d'application de l'article 61.

Comme la Loi interdit uniquement de tenter d'influer sur le prix de revente affiché par les personnes « exploitant une entreprise », une personne peut, en toute impunité,

chercher à modifier le prix de revente d'une personne qui n'exploite pas une entreprise. Dans *R. v. Camrost*, jugement non publié de la Cour de district de l'Ontario daté du 10 mai 1985, le contrat d'achat et de vente utilisé par un promoteur-constructeur de copropriétés exigeait l'approbation de ce dernier en cas de revente; or, le promoteur-constructeur donnait son accord uniquement si le prix de revente n'était pas inférieur à celui d'unités comparables qui étaient alors en vente. Si l'accusé a été reconnu coupable d'avoir tenté d'influer sur le prix de revente exigé par un propriétaire, en l'occurrence une société immobilière, il a été acquitté relativement à l'accusation d'avoir cherché à influencer les personnes qui avaient acheté des copropriétés à des fins de spéculation. Le tribunal a jugé qu'il s'agissait là d'achats isolés, et qu'ils avaient été effectués en marge des activités habituelles de ces acheteurs. Le tribunal a donc conclu que ces derniers n'étaient pas des personnes « exploitant une entreprise » au sens de la Loi.

Il est interdit uniquement de chercher à faire monter le prix. Aux États-Unis, la législation donne un sens plus large à la VPI; en général, il est interdit de tenter de conclure une entente afin de soustraire le prix à l'action des forces libres du marché, que cela se traduise par une hausse ou une diminution. En revanche, au Canada, la personne qui tente de faire baisser le prix n'enfreindrait pas la disposition susmentionnée; cependant, les discussions menées par des entreprises aux fins de la création d'un cartel monopsonistique, qui fixerait un prix plus faible, seraient assujetties aux dispositions générales de la Loi en matière de complot (article 45).

Seules les tentatives faites « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable » sont proscrites; il n'est pas illégal de recourir à la discussion, de faire preuve de persuasion, de formuler des propositions, de se plaindre, de présenter une demande ou de fournir des conseils. Il appartient au tribunal de première instance de déterminer si les faits en cause démontrent que la tentative a été faite « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable » ou s'il s'agissait simplement d'une tentative de discussion, de persuasion, etc. Dans *R. v. Brown Shoe Co of Can. Ltd.*, jugement non publié daté du 9 juillet 1982, la Cour provinciale de l'Ontario a conclu que la plainte formulée par le représentant à l'endroit d'un concurrent, ainsi que la proposition visant à amener ce dernier à facturer le prix de détail proposé, étant donné que le représentant savait que cela n'aurait aucune incidence sur la politique de prix, ne constituaient pas un « moyen semblable » à une entente, à une menace ou à une promesse. Le tribunal est arrivé à une conclusion différente dans *R. v. Moffats Limited (1957)*⁴⁰. Cette affaire portait sur une entente de publicité à frais partagés visant à inciter les vendeurs à annoncer des prix équivalents ou supérieurs à ceux qu'indiquait le fabricant. Aux termes de cette

⁴⁰ 25 C.R. 201 (C.A. Ont.), (1957).

entente, la société Moffats acquittait 50 % des frais de publicité des vendeurs, sous réserve que les prix annoncés ne soient pas inférieurs à ceux qu'elle avait fixés. Outre cette incitation, l'accusé n'a fait aucune autre tentative d'influer sur les prix; de plus, il n'était pas inhabituel que les vendeurs cèdent la marchandise à un prix inférieur à celui qui était annoncé. Quoi qu'il en soit, l'accusé a été reconnu coupable. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel, qui alléguait que le ministère public n'avait pas démontré l'intention de contrôler les prix de détail; dans sa décision, le tribunal a souligné que l'entente de publicité à frais partagés constituait une preuve suffisante de l'intention et qu'une telle entente était interdite.

Cela nous amène à aborder un autre aspect du droit canadien qui, à première vue du moins, n'a pas d'équivalent aux États-Unis. En vertu des lois américaines, un fabricant peut agir unilatéralement afin de modifier les prix; c'est l'action concertée ou l'« entente » qui est le fondement de la responsabilité en vertu de la législation antitrust. En revanche, au Canada, ce n'est pas l'« entente » ou l'absence d'entente, mais plutôt la tentative, unilatérale ou non, visant à faire monter les prix, qui constitue le critère déterminant. Toutefois, cette différence entre l'action unilatérale et l'action concertée est plus apparente que réelle. On peut soutenir que, aux États-Unis comme au Canada, le fabricant qui, agissant seul, cherche à fixer le prix de revente par la menace ou une autre mesure coercitive, est responsable en vertu de la législation antitrust. Pour les tribunaux américains, l'« entente », qu'elle soit coercitive ou non est le fondement de la responsabilité. Pour rendre la même décision, leurs homologues canadiens doivent conclure que l'accusé a tenté unilatéralement, « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable », d'influer sur les prix. Bien que le fondement juridique de la responsabilité diffère quelque peu, il s'agit en fait de la même conclusion.

Le paragraphe (3) soulève une présomption réfutable : le fait qu'un producteur ou un fournisseur propose un prix de revente ou un prix de revente minimal, lorsqu'il n'est pas prouvé qu'il a précisé que sa proposition ne devait pas obligatoirement être acceptée, constitue la preuve de la tentative d'influence. De même, aux termes du paragraphe (4), la publication, par le fournisseur d'un produit qui n'est pas un détaillant, d'une réclame mentionnant le prix de revente du produit, est censée constituer une tentative de faire monter le prix, à moins qu'il ne soit précisé que le produit peut être vendu à un prix inférieur. Ces paragraphes ont été adoptés en 1976 du fait que les revendeurs avaient tendance à croire qu'ils devaient s'en tenir au prix de détail proposé; ainsi, le prix proposé pouvait difficilement tenir lieu de prix de revente minimal. On pourrait souligner que, selon une interprétation restrictive de ces deux paragraphes, une proposition ou une réclame est présumée être une « tentative », mais qu'elle n'est pas présumée avoir été faite « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable ».

Cette interprétation du paragraphe (4) a été mise à l'épreuve dans *R. v. Phillips Electronics*⁴¹. L'accusé avait diffusé des réclames afin de promouvoir des câblosélecteurs; ces réclames faisaient mention du prix de revente sans préciser que les articles pouvaient être vendus à un prix moindre. Le ministère public soutenait que, malgré l'absence de preuve d'entente, de menace ou de promesse, la réclame constituait en soi un « autre moyen semblable » aux termes de l'alinéa 61(1)a). La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'argument voulant que le simple fait de ne pas préciser un autre prix dans une réclame devait être considéré comme un « autre moyen semblable ». Selon l'opinion majoritaire (p. 134) :

... en soi, les réclames contestées ne ressemblent aucunement à une entente, à une menace, ou à une promesse; par conséquent, l'expression « quelque autre moyen semblable » ne peut s'y appliquer.

Le tribunal a fait remarquer que le paragraphe 61(4) a uniquement pour effet de soustraire le ministère public à la nécessité de prouver l'intention ou la *mens rea* de l'accusé quant aux agissements visés par le paragraphe. En revanche, certains commentateurs ont soutenu que, au terme de cette décision, le paragraphe était devenu inopérant.

La personne accusée de « refus de vendre » un produit en vertu de l'alinéa 61(1)b) peut avoir gain de cause si l'on peut prouver qu'elle avait des motifs raisonnables de croire que l'autre personne avait l'habitude de sacrifier les produits à des fins de publicité ou pour attirer les clients dans l'espoir de leur vendre d'autres produits; de faire de la publicité trompeuse à l'égard du produit; de ne pas assurer une qualité de service raisonnable. Pour établir le fondement de ces moyens de défense, l'accusé n'a pas à prouver que l'autre personne a bel et bien agi de la sorte, mais doit plutôt démontrer que, selon la prépondérance des probabilités, il avait des motifs raisonnables de le croire. La cause du refus de vendre le produit constitue une question de fait devant être tranchée par le tribunal de première instance.

Toutefois, les moyens de défense que prévoit le paragraphe 61(10) sont restreints et ne peuvent être invoqués à l'égard des tentatives de faire monter le prix, qui sont décrites à l'alinéa 61(1)a), ou aux autres types de discriminations interdites en vertu de l'alinéa (1)b). L'application asymétrique des dispositions relatives à ces moyens de défense pourrait avoir une conséquence néfaste, car un fournisseur pourrait, sans faire part de ses doutes à l'acheteur ou au vendeur, mettre fin à la relation s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il sacrifie le produit à des fins de publicité. Par contre, le même

⁴¹ 30 O.R. (2d) (139), (1981).

fournisseur pourrait être responsable en vertu de l'article 61 s'il fait part de ses doutes au client et « menace » de mettre un terme à la relation si ce dernier ne cesse pas d'agir ainsi.

Le moyen de défense fondé sur la vente à un prix sacrifié à des fins de publicité a été mis à l'épreuve pour la première fois dans *R. v. Sunbeam*⁴². L'accusé avait mis en oeuvre une politique de prix de revente rentable minimal afin de fixer le prix des rasoirs électriques. Ce prix de revente reposait sur le « coût » estimatif établi par Sunbeam à partir de la moyenne des coûts d'exploitation de ses détaillants. Le prix de revente équivalant à ces coûts était ensuite majoré d'un « profit raisonnable ». Le fabricant communiquait le prix de revente aux détaillants, en précisant que le produit serait considéré comme étant sacrifié à des fins de publicité s'il était vendu à un prix inférieur et que, en pareil cas, il pourrait refuser d'approvisionner le détaillant visé. Des membres du personnel des ventes ont ensuite rencontré les détaillants afin de les persuader de se conformer à la politique de prix. Rien ne prouvait que les détaillants avaient déjà sacrifié le produit à des fins de publicité. Sunbeam a soutenu que sa politique de prix visait précisément à prévenir une telle pratique. Toutefois, le tribunal a conclu qu'elle n'était pas justifiée à des fins de prévention et que le fournisseur pouvait recourir à ce moyen de défense uniquement si le produit avait été sacrifié et que, en pareil cas, il pouvait refuser de vendre le produit aux détaillants.

Les parties qui ont invoqué le moyen de défense fondé sur la qualité du service, en vertu de l'alinéa 61(10)d), ont rarement eu gain de cause. Dans le jugement *R. v. H.D. Lee of Canada*⁴³, le tribunal a rejeté l'argument de la défense, qui invoquait la qualité insatisfaisante du service à la clientèle dans la vente de jeans. Cette décision reposait sur deux facteurs. Premièrement, le tribunal a tenu compte d'une interprétation de la version française de la Loi voulant que le moyen de défense s'applique uniquement au service préalable à la vente, par opposition au service après-vente. Deuxièmement, les clients du magasin de rabais réputé ne se sont pas plaints de la qualité du service.

4.1.2 La VPI aux États-Unis

Aux États-Unis, la jurisprudence antitrust constitue un ensemble unique de règles juridiques qui, en gros, a évolué en parallèle avec la théorie micro-économique. À

⁴² 1 O.R. 661 (C.A. Ont.) (1967).

⁴³ (57 C.P.R. 186), (1980).

quelques exceptions près, la définition de la pratique anticoncurrentielle que donne la loi est incontestablement minimaliste. Par exemple, l'article 1 de la *Sherman Act* (SA), qui énonce l'une des interdictions fondamentales de la législation antitrust, la définit comme suit :

Tout contrat, association sous forme de trust ou sous une autre forme, ou complot visant à restreindre le commerce entre les États ou avec d'autres pays sont déclarés illégaux...

L'article 5 de la *Federal Trade Commission Act* (FTCA) en donne une définition tout aussi restreinte :

Les méthodes déloyales de concurrence qui influent sur le commerce et les actions ou pratiques déloyales ou trompeuses qui influent sur le commerce sont, par les présentes, déclarées illégales.

Bien que la VPI (et presque toute la gamme des autres pratiques anticoncurrentielles) soit visée par ces dispositions, ce cadre législatif plutôt rudimentaire a donné aux tribunaux la latitude nécessaire afin de formuler des règles de fond relatives aux pratiques anticoncurrentielles à la lumière des affaires dont ils avaient été saisis. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que la jurisprudence témoigne des fluctuations d'un débat incessant, d'une véhémence exceptionnelle, qui vise entre autres à déterminer si une pratique donnée doit être étudiée en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque ou de la règle du bon sens. Dans *Northern Pac.R. Co. v. United States*⁴⁴, la Cour suprême des États-Unis a énoncé comme suit la norme déterminant l'illégalité intrinsèque d'une pratique anticoncurrentielle :

... on peut conclure que, en raison de leur effet pernicieux sur la concurrence et de l'absence d'avantages pouvant faire contrepoids, certaines ententes ou pratiques sont abusives et par conséquent illégales, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir des renseignements détaillés sur la nature exacte des dommages subis ou la raison de leur utilisation.

Dans plusieurs décisions rendues depuis 1970, la Cour suprême a manifesté de plus en plus de réticence à l'égard de la règle de l'illégalité intrinsèque. En outre, la différence apparente entre les deux règles peut être quelque peu simpliste, car, comme l'a fait remarquer la Cour suprême, « souvent, la ligne de démarcation entre la règle de l'illégalité intrinsèque et la règle du bon sens n'est pas clairement définie. Pour appliquer la règle de l'illégalité intrinsèque, il peut être nécessaire d'examiner à fond la situation du marché avant que les preuves justifient une présomption de pratique anticoncurrentielle »⁴⁵. Malgré

⁴⁴ 356 U.S. 1, 78 S. Ct. 514 (1958).

⁴⁵ *N.C.A.A. v. Board of Regents of University of Oklahoma* 468 U.S. 85, 104, n.26 (1984).

cette réserve, il n'en demeure pas moins que certaines règles fondées sur l'illégalité intrinsèque sont solidement ancrées. Bien que l'on ait de plus en plus recours à la règle du bon sens pour analyser les restrictions verticales qui ne sont pas liées au prix, la Cour suprême des États-Unis a, sans exception, jugé intrinsèquement illégales les ententes verticales de fixation du prix.

Cela nous amène toutefois à nous demander pourquoi la VPI compte parmi les infractions à la législation antitrust jugées en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque. Afin d'étayer cette interprétation, on cite habituellement le jugement *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, (220 U.S. 373 (1911)), qui portait sur des ententes visant à imposer les prix établis par le fabricant et imprimés sur les emballages de médicaments. Les tenants de cette position soutiennent que la VPI restreint le pouvoir discrétionnaire en matière de prix de revente et entrave ainsi la concurrence intramarque. Cette réduction ou élimination de la concurrence intramarque se traduit par une stabilisation des prix sur le marché intermarques, ce qui augmente l'interdépendance des fabricants concurrents en matière de prix (cartellisation). De plus, si un cartel de fabricants est déjà en place, la fixation du prix de revente permet de surveiller les participants afin d'éviter la « tricherie ». Enfin, la VPI peut accroître la cartellisation sur le marché de détail si le fabricant impose des prix uniformes en réponse aux pressions exercées par les vendeurs, comme nous l'avons vu à la section 3.1.

Quoi qu'il en soit, de l'avis d'autres commentateurs, la véritable conclusion que l'on doit tirer du jugement *Dr. Miles* n'est pas claire. Alan H. Silberman estime que, en fait, la question en litige est le pouvoir du fabricant de régir en toute liberté le comportement des participants en aval en vertu d'une décision autoritaire. Cette proposition a peu d'adeptes, même parmi ceux qui croient que la concurrence intermarques est du ressort exclusif de la législation antitrust⁴⁶. Cet auteur soutient ce qui suit :

Si l'on fait abstraction de l'opinion dissidente du juge Holmes (qui laisse entendre que, de tous les participants à la chaîne de distribution, le fabricant pourrait effectivement être celui qui, en raison des renseignements dont il dispose et de ses objectifs, peut fixer les prix de manière à favoriser la concurrence à long terme), ... le tribunal a tenu à accroître au maximum le pouvoir décisionnel des participants à la chaîne de distribution dans l'optique de la liberté plutôt que dans une perspective économique. De plus, dans l'affaire *Dr. Miles*, le juge Hughes a présumé à tort que, sans qu'un complément d'information ne soit nécessaire, l'on ne peut distinguer les ententes verticales des ententes horizontales; actuellement, presque tout le monde rejeterait une telle proposition.

⁴⁶ Alan H. Silberman, « Antitrust and the Distribution Process: an Outline of Vertical Antitrust Issues », polycopie, Sonnenschein Nath & Rosenthal, Chicago, Illinois, 1994, p. 20.

Les questions passées sous silence par la décision sont révélatrices. En effet, dans le jugement *Dr. Miles* :

le tribunal n'affirme pas que les ententes verticales relatives au prix étaient toutes destinées à éliminer la concurrence;

le tribunal n'affirme pas que les agissements ayant une incidence sur le prix équivalaient à une entente restreignant l'indépendance en matière de prix; les effets indirects sur le prix n'ont même pas été pris en considération;

le tribunal n'affirme pas qu'il fallait clore la discussion sur les activités visant à fixer le prix sous le couvert de la règle de l'illégalité intrinsèque.

Bien au contraire, dans le jugement *Dr. Miles*, le tribunal a reconnu que, avant de déterminer que l'entente est assujettie à la règle de l'illégalité intrinsèque, on peut examiner d'autres preuves (le cas échéant) pour voir si l'on a fait plus que porter atteinte à l'indépendance en matière de prix afin d'empêcher la concurrence...

Quels que soient les avantages économiques de la méthode de l'illégalité intrinsèque, la responsabilité en vertu de la législation antitrust est établie lorsque tous les éléments de la VPI ont été réunis, sans égard aux efforts de justification et à la position du vendeur sur le marché. Cependant, il convient de souligner que, bien que la fixation verticale du prix contrevienne manifestement à la loi, les mesures prises afin de fixer le prix de revente ne sont pas toutes jugées illégales.

Essentiellement, le prix peut être imposé de quatre façons :

- a) par une action unilatérale d'un vendeur ou d'un fabricant, entre autres la communication d'une politique de prix proposé, le refus de vendre, ou encore l'acceptation par le vendeur du prix proposé;
- b) en vertu de certaines ententes authentiques de consignation de marchandises ou de représentation;
- c) en vertu de certaines ententes de fixation de prix de réclame qui ne sont pas considérées comme une entente de VPI;
- d) aux termes de contrats de licence se rapportant à un droit de propriété intellectuelle, par exemple un brevet, un droit d'auteur, une marque de commerce ou du savoir-faire.

Seules les deux premières méthodes seront étudiées ci-après. Précisons que comme ils renvoient aux liens existant entre la législation antitrust et les lois sur la propriété intellectuelle, les contrats de licence débordent le cadre du présent document.

a) **Actions concertée et unilatérale**

L'article 1 de la SA vise uniquement un « contrat », une « association » ou un « complot ». Par conséquent, une tentative d'imposition du prix de revente enfreint la loi uniquement si elle est le fruit d'une action concertée; le vendeur qui assure la stabilité du prix de revente grâce à une action unilatérale ne viole pas l'article 1 de la SA. Cet énoncé de principe a été formulé par la Cour suprême des États-Unis dans *United States v. Colgate & Co.*⁴⁷. En rendant cet arrêt, le tribunal a rejeté une accusation criminelle alléguant qu'un fabricant avait fixé le prix de revente du produit en se livrant à du chantage et en menaçant le vendeur de ne plus l'approvisionner; le tribunal a motivé sa décision en indiquant que le ministère public n'avait pas établi qu'il y avait eu *entente* aux fins de la fixation du prix de revente. Selon la doctrine de l'arrêt *Colgate*, un fabricant peut unilatéralement communiquer le prix qu'il impose et refuser de vendre son produit à un « casseur de prix ».

Bien que l'arrêt *Colgate* semble sanctionner la fixation du prix de revente si elle ne s'inscrit pas dans le cadre d'une entente expresse, le tribunal a par la suite soutenu que les ententes implicites étaient également visées par l'interdiction. En vertu d'arrêts subséquents, non seulement les ententes expresses ou implicites, mais également le type même de collaboration non consensuelle ou d'action exercée sous la contrainte que l'on retrouvait dans l'arrêt *Colgate* sont désormais interdits. Comme les ententes conclues librement ou sous la contrainte aux fins de la fixation du prix de revente sont sous le coup de l'article 1 de la SA, il n'est pas nécessaire que l'entente soit formulée par écrit pour constituer une action concertée au sens de cette disposition; elle peut être inférée des actions des parties.

Toutefois, compte tenu de l'ambiguïté et de l'apparente similitude des activités souhaitables et peu souhaitables, il est difficile de tracer la ligne qui sépare l'action unilatérale légale intentée par un fournisseur en réponse aux plaintes d'un vendeur de l'action concertée illégale entreprise par le vendeur qui a formulé la plainte et le fournisseur. Les affaires qui suivent démontrent à quel point cette question est délicate. Dans le jugement *Link v. Mercedes Benz* (618 F. Supp. 679 (1985), p. 688), le tribunal a indiqué au jury que « lorsque l'on commence à employer des mots tels que enseigner, recommander, persuader et flatter, il me semble que l'on se rapproche de l'action concertée. » De même, dans *Russell Stover Candies Inc.*, (FTC Dkt. 9140 (1982)), décision qui a été infirmée ultérieurement (718 F. 2d 256 (1983)), la Federal Trade Commission a jugé que le fait d'informer les vendeurs qu'ils ne seront plus approvisionnés

⁴⁷ 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465 (1919).

s'ils ne se conforment pas à la politique de prix constituait une menace suffisante pour qu'il y ait entente.

En revanche, dans *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.* (737 F. 2d 698 (1984)), le juge Posner a affirmé, relativement au prix de réclame et au plafond de prix, que « les fabricants entretiennent une relation économique directe avec les consommateurs »; ainsi, il confirmait que le fabricant pouvait prendre une part active à la fixation du prix. Dans *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, (465 U.S. 752, 104 S. Ct. 1464 (1984)), la Cour suprême a soutenu que le fait qu'un fabricant refuse d'approvisionner un « casseur de prix » par suite des plaintes formulées par les distributeurs concurrents ne constitue pas une preuve suffisante de l'existence d'un complot visant à fixer verticalement le prix. Le tribunal a exigé que l'on produise des preuves permettant d'exclure la possibilité que le fabricant et les auteurs des plaintes aient agi de façon indépendante; il fallait plus précisément réunir une preuve directe ou circonstancielle de la participation délibérée à un projet commun axé sur la réalisation d'un objectif illégal. Cette décision a également mis en évidence le droit du vendeur de se plier à une recommandation de prix; par conséquent, un tel consentement a été supprimé de la liste des éléments de preuve laissant supposer l'existence d'un projet illégal.

Le fabricant qui propose un prix de détail aux vendeurs est donc à l'abri des poursuites intentées en vertu de la législation antitrust si chaque vendeur se plie à sa recommandation de son propre chef. Toutefois, au terme de l'utilisation de certaines méthodes d'application de la politique de prix, par exemple, l'obtention de garanties de la part des détaillants ou le recours à la contrainte aux fins du respect de la politique, l'action unilatérale légale peut devenir une entente de VPI illégale. L'obtention de garanties est interdite, car elle se traduit incontestablement par la conclusion d'une entente de fixation du prix. Quant au recours à la contrainte, il est proscrit du fait que l'approbation involontaire de la politique de prix d'un fournisseur est interprétée comme une forme d'entente tacite. Les tribunaux ont fait remarquer que la personne qui agit par persuasion n'impose pas ses vues par la contrainte. Bien qu'ils ne s'entendent pas quant au tracé de la frontière entre la persuasion et la contrainte, il convient de déterminer si le fournisseur empêche le vendeur d'exercer librement son pouvoir discrétionnaire en matière de prix ou s'il espère que, par intérêt personnel, le vendeur se conformera à sa politique de son plein gré.

b) Ententes de consignation de marchandises et de représentation

En vertu d'une entente de consignation de marchandises ou d'une entente de représentation, le fabricant confie des produits à un vendeur tout en conservant son droit de propriété. Comme il demeure propriétaire des produits et, par conséquent, continue à assumer le risque économique qui en découle, le fabricant peut, en toute légalité, imposer le prix de vente au détaillant. Toutefois, pour que l'arrangement soit à l'abri de la législation antitrust, il s'avère essentiel que le tribunal en vienne à la conclusion, d'après les faits, qu'il s'agit d'une authentique entente de consignation ou de représentation. Par exemple, il ne suffit pas d'étiqueter un contrat comme une entente de « consignation » pour que la responsabilité soit automatiquement exclue; en effet, les tribunaux ont établi une distinction entre l'entente de consignation authentique et l'entente de revente. Enfin, lorsque de nombreux produits sont visés, on peut considérer que l'entente a été conclue dans le cadre d'un réseau de distribution et, par conséquent, ne constitue pas une entente de consignation.

4.1.3 La VPI au Japon

La *Loi sur l'interdiction des monopoles privés et le respect des pratiques commerciales loyales* (loi n° 54 du 14 avril 1947) (« Loi antitrust ») et ses modifications constituent la principale loi adoptée par le Japon en matière de concurrence. Aux termes de ses dispositions, la VPI est considérée comme une pratique commerciale déloyale. De plus, la commission des pratiques commerciales loyales (CPCL) a émis des lignes directrices en 1991 (*Loi antitrust - lignes directrices relatives aux systèmes de distribution et aux pratiques commerciales*) qui définissent le traitement réservé à la VPI. La question du refus de vendre est également abordée dans ces lignes directrices : les fabricants et les distributeurs qui tentent, de concert, d'exclure un distributeur qui diminue les prix en refusant de l'approvisionner ou en réduisant les quantités livrées « restreignent abusivement le commerce ». Dans cette définition, on retrouve le fondement classique (l'action concertée) de l'entente verticale de fixation du prix en vertu des lois américaines, ainsi que la tentative, concertée ou unilatérale, de « faire monter les prix », qui s'avère déterminante au Canada. Cependant, même si cette ambivalence pourrait faciliter l'application de l'interdiction de la restriction abusive du commerce à la VPI, cela s'avère impossible en raison de certaines interprétations juridiques de ce concept. Les deux concepts susmentionnés sont définis ci-après.

a) Pratiques commerciales déloyales

En vertu de l'article 19 de la Loi antitrust, les entrepreneurs ne peuvent se livrer à des pratiques commerciales déloyales et, aux termes de l'alinéa 8(1)v), les associations commerciales ne peuvent inciter les entrepreneurs à recourir à de telles pratiques. Le paragraphe 2(9) définit comme suit les « pratiques commerciales déloyales » :

Tout acte qui est visé par l'un des paragraphes suivants, qui a tendance à entraver la libre concurrence et qui est désigné par la commission des pratiques commerciales loyales...

Deux conditions doivent être réunies au préalable pour que la pratique réponde aux critères de la définition. Premièrement, l'activité doit être citée dans l'article. Parmi toutes celles qui sont mentionnées, ce sont principalement les activités suivantes qui sont pertinentes dans l'optique du présent document :

- effectuer une discrimination injuste envers d'autres entrepreneurs (alinéa 2(9)i));
- obliger injustement les clients à traiter avec soi (alinéa 2(9)iii));
- traiter avec une autre partie de manière à restreindre injustement ses activités commerciales (alinéa 2(9)iv)); et
- traiter avec une autre partie en profitant injustement de sa position de négociation (article 2(9)v)).

Deuxièmement, il importe que, conformément à l'article, la pratique soit désignée par la CPCL comme ayant « tendance à entraver » la libre concurrence. La VPI a fait l'objet d'une telle désignation dans l'article 12 de l'avis de la CPCL n° 15 de 1982 :

Fournir un bien à l'autre partie, l'acheteur, tout en lui dictant sans motif l'une des conditions suivantes :

- a) imposer à l'autre partie le prix de détail du bien, ou restreindre autrement le pouvoir décisionnel de l'autre partie à l'égard du prix de revente; ou
- b) amener l'autre partie à imposer le prix de revente à l'entrepreneur qui achète le bien, ou amener l'autre partie à restreindre autrement le pouvoir décisionnel de l'entrepreneur à l'égard du prix de revente.

Les lignes directrices de 1991 font état de la démarche suivie par la CPCL aux fins de l'application des dispositions relatives à la VPI. Bien que, d'après ces lignes directrices, la proposition du prix de détail par le fabricant ne constitue pas une VPI, le fabricant agirait en fait dans l'illégalité s'il tentait d'imposer un prix de détail aux distributeurs. Pour que le fabricant ait exercé un contrôle sur le prix de revente, il faut qu'il ait eu recours à des « moyens artificiels » afin de s'assurer que les articles seront vendus au prix qu'il a indiqué. C'est notamment le cas si le fabricant conclut une entente écrite ou verbale obligeant les distributeurs à vendre le produit au prix qu'il a proposé, s'il traite uniquement avec les distributeurs qui acceptent cette condition, ou encore s'il exige que les produits invendus lui soient retournés et non pas vendus à rabais.

Le fait de priver une personne, ou de la menacer de la priver, d'un avantage économique si elle vend le produit à un prix moindre que celui qui est indiqué constitue également un « moyen artificiel »; par conséquent, une telle pratique est interdite. Cela peut prendre la forme d'un contingentement ou d'une réduction des quantités livrées, d'une augmentation du prix à la livraison, d'une diminution des remises ou d'un refus de vendre d'autres produits. De même, on considère que le fabricant a recours à des « moyens artificiels » s'il offre des avantages économiques supplémentaires, par exemple une remise ou une réduction du prix à la livraison, aux détaillants qui se conforment à sa politique de prix. Il en va de même des méthodes administratives ou des méthodes de surveillance intrusives, par exemple les vérifications effectuées dans les points de vente ou la communication des plaintes formulées par les distributeurs aux « casseurs de prix » des environs.

Tout comme au Canada et aux États-Unis, plusieurs dispositions législatives peuvent être enfreintes. En effet, il se peut que les mesures prises par un entrepreneur afin d'imposer le prix de détail soient contraires à d'autres dispositions de la Loi antitrust et des avis de la CPCL. Par exemple, dans l'article 1 de l'avis n° 15 de 1982, la CPCL soutient qu'un refus collectif de vendre, en vertu d'une entente conclue par des entreprises rivales, est en principe illégal, puisqu'il s'agit à la fois d'un boycottage primaire et d'un boycottage secondaire. Cette pratique interdite a été décrite dans l'affaire *Market Stabilization Council*⁴⁸. Dans cette affaire, une association de fabricants de téléviseurs a décidé d'imposer les prix aux grossistes et aux détaillants. Cette décision reposait sur une entente de gré à gré visant à obliger les grossistes à cesser d'approvisionner les détaillants qui refusaient de se conformer à cette politique de prix.

De même, l'entente qui lie un entrepreneur à une autre partie et restreint, sans motif valable, les opérations avec un tiers, est assujettie à l'article 8 de l'avis n° 11 de la CPCL (1953) :

Les relations avec des clients assujetties à des conditions qui, sans motif valable, entravent les opérations entre ces clients et ceux qui leur fournissent des produits ou des fonds ou leur procurent d'autres avantages économiques, ou entre ces clients et toute personne à laquelle ils procurent des avantages, ou entre ces clients et leurs concurrents.

⁴⁸ Décision de la CPCL du 17 octobre 1957, *Shinketsushu*, 9 (1958), 11.

Toutefois, l'inclusion d'expressions telles que « a tendance à entraver la libre concurrence »⁴⁹ et « sans motif valable »⁵⁰ laisse entendre que la VPI ne sera pas interdite lorsqu'elle n'a pas d'incidence sur la concurrence ou s'il est raisonnable d'y recourir, etc.

Ces lignes directrices s'appliquent non seulement aux relations que les fabricants entretiennent directement avec leurs clients, mais également à leurs relations indirectes avec les grossistes ou les détaillants. À l'instar des lois américaines et canadiennes, la législation nipponne prévoit des exceptions à l'égard des ventes en consignation « si l'acheteur ne tient lieu que de mandataire et si, en substance, la vente est conclue entre le fabricant et les acheteurs finals », ainsi que des opérations de fait réalisées directement entre un fabricant et des clients. Par contre, une entente de VPI conclue dans le cadre de l'exercice des droits de propriété intellectuelle ne bénéficie d'aucune exemption.

Aux termes de l'article 24.2 de la Loi antitrust, la CPCL peut soustraire à l'application des dispositions sur la VPI les biens d'usage courant destinés aux consommateurs qui sont vendus dans un régime de libre concurrence. Seuls les contrats de VPI passés par deux personnes peuvent bénéficier d'une exemption; les ententes collectives ne sont pas exemptées. Par ailleurs, toute entreprise qui est partie à un contrat de VPI bénéficiant d'une exemption doit soumettre un rapport à la CPCL dans les 30 jours suivant la signature, à moins d'un avis contraire de la part de la CPCL⁵¹. Aux termes de l'article 24.2, les livres et autres ouvrages protégés par des droits d'auteur sont également exemptés.

La CPCL a commencé à exempter des produits quelques années après l'adoption de la Loi antitrust. Mentionnons notamment les produits de beauté, les colorants capillaires, le dentifrice et le savon (1953); l'alcool, le caramel et les médicaments (1954); les appareils photo (1955); les chemises (1959). Toutefois, l'alcool, le caramel, les appareils photo de consommation courante ainsi que les chemises ont été rayés de la liste des produits exemptés en 1966. D'autres produits ont subi le même sort en 1973. En 1983, seuls les produits de beauté dont le prix de détail est inférieur à 1 000 yens et les médicaments bénéficiaient encore d'une exemption. Nombre de ces articles ont été supprimés de la liste des produits exemptés en avril 1993 et quelques autres devaient être rayés le 31 décembre 1994. La liste des produits encore exemptés figure à la section A3.2 de l'annexe I du présent document.

⁴⁹ Loi antitrust, paragraphe 2(9).

⁵⁰ Avis de la CPCL, sans date, article 8.

⁵¹ Hiroshi Iyori et Akinori Uesugi, *op. cit.*, 1983, p. 113.

b) Restriction abusive du commerce

En vertu de l'article 3 de la Loi antitrust :

Aucun entrepreneur ne peut imposer un monopole privé ou une restriction abusive du commerce.

Si l'article 3 vise les « entrepreneurs », l'alinéa 8(1)i) prévoit toutefois une interdiction analogue à l'endroit des « associations commerciales » qui n'entrent pas dans la définition d'« entrepreneur » :

Aucune association commerciale ne peut se livrer aux actes décrits ci-après :

- i) Restreindre considérablement la concurrence dans une branche d'activité commerciale...

La « restriction abusive du commerce » est définie au paragraphe 2(6) :

... tout entrepreneur qui, en vertu d'un contrat ou d'une entente ou au moyen d'une autre action concertée, quelle qu'elle soit, convient avec d'autres entrepreneurs d'exercer ou de restreindre mutuellement leurs activités commerciales de manière à fixer ou à faire monter les prix, ou à influencer sur la production, la technologie, les produits, les installations, les clients ou les fournisseurs, et ainsi à restreindre considérablement, au détriment de l'intérêt public, la concurrence dans une branche d'activité commerciale donnée.

Suivant cette définition, l'infraction est constituée des éléments suivants :

- i) les entrepreneurs se livrent à une action concertée en vertu d'un contrat ou d'une entente, et ainsi
- ii) restreignent mutuellement leurs activités commerciales,
- iii) fixent les prix, limitent la production et imposent d'autres conditions,
- iv) ce qui, au détriment de l'intérêt public, restreint dans une large mesure la concurrence dans une branche d'activité commerciale donnée.

Il ne fait aucun doute que les ententes horizontales sont visées par la Loi antitrust. Lorsque des ententes verticales viennent étayer une entente horizontale sous-jacente, les lignes directrices de 1991 établissent clairement que, globalement, ces ententes se traduisent par un boycottage et une restriction abusive du commerce. Toutefois, la décision rendue par la haute cour de Tokyo⁵² dans l'affaire *Newspaper Distribution* s'oppose en fait à l'application de cette disposition aux ententes verticales. Cette affaire reposait en partie sur la définition de la « restriction mutuelle ». Des éditeurs de journaux avaient conclu

⁵² *Kosai Minshu*, 6/9 (1953), 435, 9 mars 1953.

une entente, prévoyant que chacun allait parapher un contrat de distribution avec des détaillants; ainsi, chaque détaillant se voyait accorder l'exclusivité de territoire. Même si la CPCL a conclu que ces ententes de distribution violaient l'article 2(6), la décision a été infirmée par la haute cour de Tokyo. Ce tribunal d'appel a soutenu que la notion de « restriction mutuelle » exigeait que les parties à l'entente soient assujetties aux mêmes restrictions. En d'autres termes, suivant l'interprétation du tribunal, le mot « mutuel » signifie en fait « égal ». Dans cette affaire, la restriction mutuelle était absente, car les éditeurs de journaux n'étaient pas assujettis aux mêmes restrictions que les distributeurs; par conséquent, ces ententes ne constituaient pas une restriction abusive du commerce.

À la lumière de cette décision, on peut certainement se demander si les conditions des ententes verticales peuvent satisfaire au critère relatif à la restriction mutuelle. Or, les lignes directrices de 1991 semblent indiquer que les ententes verticales, du moins dans certains cas, peuvent constituer une restriction abusive du commerce. On y retrouve les remarques suivantes à l'égard de la question de la « restriction mutuelle » :

... dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que les restrictions exercées sur les activités commerciales soient les mêmes pour toutes les entreprises (par exemple, les distributeurs et les fabricants); il suffit que la pratique restreigne les activités commerciales de chaque entreprise dans un même but, par exemple l'exclusion d'une entreprise.

Bien que cet extrait semble permettre une interprétation plus souple de la restriction mutuelle qui doit être exercée pour que la pratique satisfasse à ce volet de la définition, les lignes directrices constituent un énoncé de la politique d'exécution plutôt qu'une déclaration de droit. Ce n'est qu'après avoir été acceptée par un tribunal que cette interprétation aura une valeur juridique. D'ici à ce que la loi soit modifiée, l'article 3 ne peut s'appliquer à la VPI en raison du critère relatif à la restriction mutuelle.

4.2 Contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle (CETC)

Les contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle peuvent prendre une multitude de formes. En vertu d'une entente de distribution exclusive, un seul détaillant est autorisé à desservir les clients d'un territoire donné. Par exemple, les fabricants de biens durables (p. ex. General Electric, Maytag, etc.) chargent, aux termes d'un contrat de franchise, des entreprises indépendantes d'assurer le service de réparation et le service après-vente dans un secteur donné. Il arrive que les contraintes de territoire soient moins sévères, ce qui se traduit par l'attribution de zones d'influence aux détaillants. Par exemple, McDonald peut donner des garanties à ses franchisés relativement à

l'emplacement des autres restaurants de la chaîne. Cependant, ni le franchiseur ni le franchisé ne peuvent empêcher les clients de faire la tournée des restaurants MacDonald.

À l'instar de la VPI, les CETC visent à préserver la marge bénéficiaire des détaillants et à les encourager à accroître la qualité des services. Les contraintes de territoire ont une autre importante raison d'être, soit mettre le détaillant à l'abri du resquillage, un problème que nous avons examiné à la section 3.1; en effet, un fabricant peut adopter un comportement opportuniste et profiter des investissements réalisés par les détaillants, notamment au chapitre de l'achalandage et de la réputation fondée sur la qualité du service.

Les CETC facilitent la segmentation des marchés de détail, ce qui élimine le recours à l'arbitrage. De plus, elles permettent d'exercer trois types de discrimination par le prix. Premièrement, le fabricant peut exercer une telle discrimination en fonction du territoire; par exemple, le prix affiché en milieu urbain peut être différent de celui qui est indiqué dans les régions rurales. Deuxièmement, dans un même territoire, le prix du produit peut être plus élevé dans un secteur donné si le marché le justifie. Troisièmement, la discrimination peut être exercée en fonction de la catégorie de consommateurs. Par exemple, le siège social pourrait se charger des acheteurs de parcs de camions (qui, vraisemblablement, obtiennent un prix inférieur) et les concessionnaires, des autres clients.

En théorie, on peut soutenir que les CETC peuvent, au niveau du fabricant ou du détaillant, accroître le pouvoir d'un cartel sur le marché. Cependant, on dispose de peu d'éléments qui permettent de prouver que ces pratiques ont été utilisées à cette fin. Lorsque l'on peut trouver des produits équivalant à celui du fabricant sur le marché, il est peu probable que le recours aux CETC entraîne une cartellisation. Elles procurent plutôt suffisamment d'incitatifs ex ante à l'investissement dans le développement des produits, la mise en place de réseaux de vendeurs efficaces ainsi que la présentation⁵³.

Grâce à l'application de la règle du bon sens aux CETC, leurs effets néfastes sur la concurrence intramarque et leurs effets bénéfiques sur la concurrence intermarques devraient s'équilibrer. Par conséquent, certains analystes estiment que les tribunaux ont raison de se montrer de plus en plus tolérants à l'égard de la distribution restreinte⁵⁴.

⁵³ G. Frank Mathewson et Ralph Winter, *op. cit.*, 1990, p. 127.

⁵⁴ *Ibid.*

4.2.1 Les CETC au Canada

Les contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle peuvent être examinées par le Tribunal de la concurrence en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*. Ces pratiques sont visées par l'article 77 de la Loi. Le paragraphe 77(1) définit comme suit la « limitation du marché » :

La pratique qui consiste, pour le fournisseur d'un produit, à exiger d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client fournisse lui-même un produit quelconque uniquement sur un marché déterminé ou encore à exiger une pénalité de quelque sorte de ce client si ce dernier fournit un produit quelconque hors d'un marché déterminé.

Seul le directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la politique de concurrence peut s'opposer à une telle limitation en soumettant une demande au Tribunal de la concurrence. Aux termes du paragraphe 77(3), ce tribunal peut remédier à la situation :

Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut que la limitation du marché, en étant pratiquée par un important fournisseur d'un produit ou très répandue à l'égard d'un produit, réduira vraisemblablement et sensiblement la concurrence à l'égard de ce produit, le Tribunal, peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de se livrer désormais à la limitation du marché et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour rétablir ou favoriser la concurrence à l'égard de ce produit.

En ce qui a trait aux ententes verticales non liées au prix qui sont assujetties à l'article 77, il ne fait pas de doute que la disposition équivalent en fait à la règle du bon sens. Plusieurs facteurs juridiques militent en faveur de cette conclusion. Premièrement, le Tribunal doit conclure que la pratique contestée est imputable à un « important fournisseur » d'un produit ou qu'elle est « répandue à l'égard d'un produit ». De plus, il doit déterminer si la limitation est susceptible de réduire sensiblement la concurrence. Enfin, conformément au paragraphe 77(4), lorsque le Tribunal est d'avis que la pratique ne sera exercée que pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché d'un nouveau fournisseur ou d'un nouveau produit, aucune ordonnance ne sera émise.

Plusieurs moyens de défense s'offrent donc à l'intimé. Comme nous l'avons laissé entendre ci-dessus, le premier moyen de défense repose sur l'argument voulant que l'on devrait avoir recours à la pratique uniquement pendant une courte période afin de faciliter l'arrivée d'un nouveau fournisseur. De même, la limitation du marché est soustraite à l'application de l'article si cette pratique est exercée entre des personnes morales, des sociétés de personnes et des entreprises unipersonnelles qui sont affiliées. La définition de « affiliées » est relativement vaste. L'alinéa 77(5)d) englobe non seulement les relations

que prévoient entretenir des sociétés, mais également celles qui concernent l'utilisation d'une marque ou d'un nom de commerce :

d) une personne morale, société de personnes ou entreprise unipersonnelle est affiliée à une autre personne morale, société de personnes ou entreprise unipersonnelle en ce qui concerne tout accord entre elles par lequel l'une concède à l'autre le droit d'utiliser une marque ou un nom de commerce pour identifier les affaires du concessionnaire...

Toutefois, deux conditions préalables doivent être satisfaites pour que cette exception puisse s'appliquer. Il convient d'établir :

- (i) que ces affaires soient liées à la vente ou à la distribution, conformément à un programme ou système de commercialisation prescrit en substance par le concédant, d'une multiplicité de produits obtenus de sources d'approvisionnement qui sont en concurrence et d'une multiplicité de fournisseurs,
- (ii) qu'aucun produit ne soit primordial dans ces affaires.

Le paragraphe 77(6) vient préciser la définition de « affiliées » de l'alinéa 77(5)d) :

Pour l'application du paragraphe (4) en ce qui concerne la limitation du marché, dans le cadre de tout accord par lequel une personne (la « première » personne) fournit ou fait fournir à une autre personne (la « seconde » personne) un ou des ingrédients que cette dernière transforme, après apport de travail et de matériaux, en aliments ou boissons qu'elle vend sous une marque de commerce appartenant à la première personne ou dont cette dernière est l'utilisateur inscrit, ces deux personnes sont, à l'égard de cet accord, réputées être affiliées.

En vertu de ce paragraphe, les contraintes de territoire ou de clientèle ne font pas l'objet d'un examen si l'article produit est un aliment ou une boisson et si l'acheteur vend le produit sous une marque de commerce du fournisseur.

On ne s'est guère préoccupé de la limitation du marché dans le cadre de l'exécution de la législation canadienne sur la concurrence. En effet, le directeur des enquêtes et recherches a amorcé une seule enquête, celle qui portait sur les services d'enregistrement des appels téléphoniques; aucune poursuite n'a été intentée.

4.2.2 Les CETC aux États-Unis

Trois arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis dans les années 1960 et 1970 témoignent de l'évolution de la perspective quant à la légalité et au traitement adéquat des contraintes verticales de clientèle et de territoire. Dans *White Motor Co. v.*

*United States*⁵⁵, la première de ces décisions, le défendeur avait imposé des contraintes de territoire et de clientèle, alléguant 1) qu'un petit fabricant devait y recourir pour être en mesure de rivaliser avec des entreprises de très grande envergure qui sont indélogeables; 2) qu'elles favorisaient la concurrence intermarques même si la concurrence intramarque était restreinte. La cour de district a rendu un jugement sommaire en faveur du ministère public. La Cour suprême a annulé ce jugement, estimant que les contraintes verticales de territoire et de clientèle n'étaient pas intrinsèquement illégales. Toutefois, le tribunal a assorti sa décision d'une réserve importante, affirmant ne pas connaître suffisamment ces contraintes pour conclure qu'elles visaient et entraînaient uniquement une restriction de la concurrence. La Cour suprême a apporté la mise en garde suivante (p. 263) :

...Nous devons être mieux informés sur les répercussions réelles de ces arrangements sur la concurrence pour déterminer s'ils ont un effet pernicieux à ce chapitre... s'ils se rachètent par certains avantages... et par conséquent s'ils doivent être considérés comme des violations intrinsèques de la Sherman Act.

Or, à peine quatre ans plus tard, dans *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*⁵⁶, la Cour suprême a conclu que des contraintes de territoire ou de clientèle imposées à la revente d'un produit, dans la mesure où le droit de propriété avait été transféré à l'acheteur, contrevenaient intrinsèquement à la *Sherman Act*. L'affaire portée devant le tribunal reposait sur deux questions fondamentales, soit :

- i) Schwinn pouvait-elle, en toute légalité, empêcher les distributeurs et les revendeurs de revendre les produits qu'ils avaient achetés de qui que ce soit, à l'exception des détaillants franchisés?
- ii) Schwinn pouvait-elle, légalement, imposer des contraintes de territoire et de clientèle si ses distributeurs tenaient lieu de représentants ou de consignataires?

La Cour suprême a statué sur la première question en suivant la règle de l'illégalité intrinsèque, soutenant que le tribunal inférieur avait eu tort d'établir une distinction entre les contraintes de territoire et les contraintes de clientèle. À cet égard, le tribunal a affirmé ce qui suit (p. 379) :

Comme l'a soutenu la cour de district, le fabricant qui vend des produits à un distributeur et impose des contraintes de territoire sur la revente de ces produits contrevient intrinsèquement à la Sherman Act... le même principe s'applique aux contraintes imposées aux distributeurs et aux détaillants quant aux points de vente et aux consommateurs qu'ils peuvent desservir. Aux termes de la Sherman Act, il est tout au plus

⁵⁵ 372 U.S. 253, 83 S. Ct. 696 (1963).

⁵⁶ 388 U.S. 365, 87 S. Ct. 1856 (1967).

déraisonnable qu'un fabricant cherche à limiter le territoire où un produit peut être vendu ou encore le nombre de personnes qui peuvent se le procurer une fois qu'il n'en est plus propriétaire.

Cependant, la Cour suprême s'est fondée sur la règle du bon sens pour confirmer la décision du tribunal inférieur à l'égard des contraintes imposées par Schwinn aux distributeurs en leur qualité de représentants et de consignataires. S'il a jugé que les limitations du marché n'étaient pas toujours légales dans le cadre d'une entente de représentation ou de consignation, le tribunal a déterminé que, à la lumière des faits, les agissements de Schwinn étaient raisonnables. En outre, pour ce qui est de l'application de la règle de l'illégalité intrinsèque en cas de transfert du droit de propriété, la Cour suprême a envisagé la possibilité de prévoir une exception à l'endroit d'une entreprise en grave difficulté ou d'un nouvel arrivant sur le marché.

Les tribunaux inférieurs n'ont pas appliqué de la même façon la règle de l'affaire *Schwinn*. Certains se sont attardés à l'illégalité intrinsèque des contraintes de territoire ou de clientèle exercées dans le cadre de la revente d'un article. Par contre, d'autres ont tiré parti de l'apparente ambiguïté du libellé (p. 379), notamment qu'il « ... est *tout au plus* déraisonnable qu'un fabricant cherche à limiter le territoire où un produit peut être vendu ou encore le nombre de personnes qui peuvent se le procurer... » (mis en italiques par les auteurs), afin de faire une distinction à l'égard de *Schwinn* et d'en restreindre ainsi la portée. Par exemple, dans *Schwinn*, la cour de district avait jugé que le défendeur avait imposé ses contraintes de territoire et de clientèle avec « fermeté et détermination »; le fait qu'il ait menacé les distributeurs et les détaillants de mettre fin à la relation en témoigne⁵⁷. La Cour suprême a conclu à l'illégalité intrinsèque d'une telle fermeté et résolution, même si le fabricant n'avait pas refusé d'approvisionner des distributeurs. Par la suite, plusieurs tribunaux inférieurs ont déclaré que les diverses formes de limitation du marché n'étaient pas intrinsèquement illégales en l'absence de la « fermeté et détermination » ou du refus de vendre au distributeur, et ont appliqué la règle du bon sens.

La distinction établie à l'égard de l'affaire *Schwinn* reposait également sur la nature du produit, notamment sur le fait qu'il nécessitait des méthodes de commercialisation particulières. Fondamentalement, il fallait déterminer si les caractéristiques uniques d'un

⁵⁷ 388 U.S. 365, 1967. Cette affaire portait sur des contraintes liées au prix et aux territoires exercées dans le cadre de la commercialisation des bicyclettes Schwinn. Le tribunal avait jugé que la compagnie Schwinn avait contrevenu intrinsèquement à la *Sherman Act* en vendant ses bicyclettes uniquement aux franchisés qui avaient l'exclusivité du territoire et qui avaient accepté d'offrir des services préalables à la vente; Schwinn estimait que ces services étaient essentiels afin d'assurer la qualité du produit et, par conséquent, de préserver la réputation de la marque. Par suite de la décision judiciaire, le fabricant de bicyclettes a résilié les contrats passés avec les 22 distributeurs indépendants et a créé une filiale à intégration verticale chargée des ventes de gros.

produit mettaient en péril la sécurité du consommateur. La Cour suprême des États-Unis a également tenu compte de l'octroi d'une franchise de distribution exclusive par la compagnie Schwinn, estimant qu'une telle pratique est légale; de l'avis du tribunal, un fabricant peut déterminer à quel endroit et à qui son produit sera vendu. Dans ce contexte, les contraintes de territoire et de clientèle ont été jugées légales dans la mesure où elles sont raisonnables. Donc, dans bien des causes, lorsqu'un tribunal jugeait que l'arrangement constituait une franchise de distribution exclusive, la requête du demandeur n'était plus fondée.

Les tribunaux inférieurs ont pris en considération d'autres faits particuliers tels que la vente de produits non finis portant une marque de commerce, l'utilisation de certaines pratiques commerciales légales, l'existence de relations autres que celles qui sont entretenues par un fabricant et un distributeur indépendant, l'autorisation de certaines restrictions en vertu des lois d'un État, ainsi que le recours à certaines restrictions dans le cadre de l'exercice de droits de brevet. De plus, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, *Schwinn* laisse entendre que l'entreprise ou le nouvel arrivant qui éprouve de graves difficultés peut se soustraire à l'application de la règle de l'illégalité intrinsèque.

Dans l'affaire *Schwinn*, les contraintes de territoire ou de clientèle imposées sur la revente d'un produit avaient été interdites en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque dans la mesure où le droit de propriété avait été transféré à l'acheteur. Or, cette interprétation ne fait plus jurisprudence par suite de la décision rendue par la Cour suprême dans *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*⁵⁸. Dans le cadre d'une stratégie de commercialisation visant à accroître sa petite part du marché national, Sylvania obligeait chacun de ses franchisés à vendre ses produits uniquement à l'endroit visé par le contrat de franchisage⁵⁹. Cette stratégie a porté fruit : en trois ans, la part de marché du défendeur est passée de 1 % à 2 % à environ 5 %. Après avoir établi une distinction entre cette contrainte de territoire et celle qui était contestée dans l'affaire *Schwinn*, les juges

⁵⁸ 433 U.S. 36, 97 S. Ct. 2549 (1977).

⁵⁹ Un différend opposant Sylvania à l'un de ses vendeurs a été porté devant les tribunaux (l'affaire *GTE Sylvania*). En 1962, Sylvania, désireuse de freiner la diminution de sa part de marché des téléviseurs, avait entrepris de distribuer ses produits par l'entremise de distributeurs exclusifs, auxquels elle avait attribué un territoire déterminé. En 1965, un franchisé Sylvania ouvre ses portes à San Francisco, à proximité d'un magasin de téléviseurs de la chaîne Continental, malgré les objections de cette dernière. De plus, Sylvania refuse d'accorder une franchise de distribution à Continental à Sacramento. Sylvania résilie ensuite les franchises de distribution de Continental; cette dernière décide alors de poursuivre GTE Sylvania, alléguant que les contraintes de territoire violaient l'article 1 de la *Sherman Act*. À cette époque, GTE Sylvania détenait 5 % du marché national des téléviseurs, comparativement à environ 2 % en 1962, et 15 % du marché de Sacramento.

du neuvième circuit ont soutenu que la clause exigée par Sylvania devait être jugée en vertu de la règle du bon sens.

Même si, dans l'affaire *Schwinn*, elle avait conclu que les contraintes de territoire étaient assujetties à la règle de l'illégalité intrinsèque, la Cour suprême des États-Unis a passé outre à cette décision antérieure et appliqué la règle du bon sens. À cet égard, le plus haut tribunal aux États-Unis a fait remarquer :

- i) que *Schwinn* tranchait radicalement avec *White Motor*, rendu à peine quatre ans plus tôt; dans cette affaire, la Cour suprême avait refusé de juger des restrictions verticales non liées au prix en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque;
- ii) que *Schwinn* avait fait l'objet de nombreuses critiques de la part des théoriciens du droit et que les tribunaux inférieurs s'étaient donné beaucoup de mal pour établir une distinction à l'égard de ce jugement;
- iii) que la conjoncture avait évolué au cours des dix années qui s'étaient écoulées depuis *Schwinn* et qu'il fallait en tenir compte dans l'examen de la légalité des restrictions verticales non liées au prix.

La Cour suprême a non seulement soutenu que l'application de la règle de l'illégalité intrinsèque dans *Schwinn* ne pouvait être justifiée suivant la norme de l'illégalité intrinsèque établie dans *Northern Pac* (voir l'extrait présenté à la section 4.1.2), mais elle a également laissé entendre que l'exception à la règle observée dans l'affaire *Schwinn*, qui s'applique aux opérations ne constituant pas une vente, pourrait bien ne pas être à la portée des entreprises plus petites. Le tribunal a indiqué que le fait de distinguer les ventes des autres opérations semblait être « incompatible avec l'intérêt manifesté par la Cour à l'égard de la capacité des entreprises plus petites de rivaliser avec les grandes sociétés ». En outre, la Cour suprême a fait valoir que, bien qu'elles puissent réduire la concurrence intramarque en limitant le nombre de vendeurs qui offrent un produit donné à un groupe d'acheteurs, les restrictions verticales favorisent également la concurrence intermarques en permettant au fabricant de distribuer son produit avec davantage d'efficacité. La Cour suprême a soutenu ce qui suit (p. 54) :

Les restrictions verticales favorisent la concurrence intermarques en permettant au fabricant de distribuer ses produits avec une certaine efficacité... De l'avis des économistes, les fabricants peuvent utiliser de telles restrictions de bien des façons afin de concurrencer plus efficacement leurs rivaux... Par exemple, les fabricants et les produits fabriqués qui font leur entrée sur de nouveaux marchés peuvent y recourir afin d'inciter les détaillants compétents et dynamiques à engager les dépenses en immobilisations et les dépenses de main-d'œuvre qui sont souvent nécessaires pour distribuer un produit inconnu des consommateurs. Les fabricants qui sont bien en selle peuvent utiliser ces restrictions afin d'encourager les détaillants à réaliser les activités promotionnelles ou à assurer le service après-vente ou le service de réparations requis pour commercialiser leurs produits avec efficacité... En raison des imperfections du marché, par exemple le

phénomène du resquillage, il se peut que les détaillants n'assurent pas ces services dans un régime de libre concurrence...

La Cour suprême a conclu que la règle du bon sens était la plus adéquate pour juger de telles restrictions. De même, dans *GTE Sylvania*, elle a réaffirmé l'illégalité intrinsèque des CETC qui constituent une entente horizontale :

À l'occasion, il peut être difficile de distinguer les restrictions verticales des restrictions qui découlent d'une entente entre détaillants. Il ne fait aucun doute que ces dernières sont intrinsèquement illégales.

Donc, il y a toujours le risque que, en vertu de ces règles de droit antitrust, les tribunaux américains considèrent certaines CETC comme des ententes horizontales entre vendeurs et les jugent en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque.

Dans la foulée de l'arrêt *Sylvania*, les restrictions verticales non liées au prix ne sont plus intrinsèquement illégales. Même si cette décision portait uniquement sur une contrainte verticale de territoire, la Cour suprême a clairement indiqué que la même norme devait s'appliquer aux contraintes verticales de clientèle. Dans *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*⁶⁰, le tribunal a réaffirmé que « une restriction verticale est intrinsèquement illégale s'il y a une forme d'entente sur le prix ».

Même en vertu de la règle du bon sens, seule une action concertée entraîne une violation de l'article 1 de la SA. Par conséquent, une limitation verticale du marché est contraire à l'article 1 uniquement si elle découle d'une action concertée. La jurisprudence relative à une « entente » dans le contexte de la VPI (section 4.1.2) s'applique également aux CETC.

Par suite de l'arrêt *Sylvania*, une restriction verticale non liée au prix, imposée au terme d'une action concertée, est jugée suivant la règle du bon sens. Il convient de déterminer si, en définitive, la pratique contestée favorise ou empêche la concurrence dans le marché. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis dans *Chicago Board of Trade v. United States*⁶¹ :

Fondamentalement, pour déterminer la légalité de la restriction, il faut se demander si elle n'est qu'une mesure de réglementation et, par conséquent, favorise la concurrence, ou si elle peut éliminer la concurrence.

⁶⁰ 485 U.S. 717, 108 S. Ct. 1515 (1988).

⁶¹ 246 U.S. 231, 38 S. Ct. 242 (1918).

S'il peut prendre en considération la conjoncture, les précédents et les motifs du recours à la restriction, le tribunal doit d'abord délimiter le marché et mesurer le pouvoir du fabricant sur le marché afin d'évaluer l'incidence de la restriction sur la concurrence. Bien que la part de marché ne permette pas de déterminer si la restriction est raisonnable, dans la mesure où le fabricant exerce une quasi-domination sur le marché, la restriction est plus susceptible de réduire la concurrence intermarques. En revanche, lorsque le fabricant a peu d'emprise sur le marché, le tribunal peut conclure que la restriction n'influe pas assez sur la concurrence intermarques pour être déraisonnable.

Pour juger du caractère raisonnable de la restriction, les tribunaux se penchent sur le dessein et les effets. Ils indiquent souvent que, en vertu de la règle du bon sens, le dessein illicite n'enfreint pas l'article 1 de la SA s'il n'y a pas d'effet anticoncurrentiel. Toutefois, les tribunaux précisent que l'intention peut être pertinente pour déterminer si la restriction entrave la concurrence. L'arrêt *Sylvania* les a également obligés à mettre en équilibre les effets sur la concurrence intramarque et la concurrence intermarques.

Les tribunaux ont rarement conclu à l'illégalité des contraintes verticales de territoire. Dans deux affaires, la Federal Trade Commission (FTC) a jugé abusives certaines restrictions verticales imposées par des entreprises de boissons gazeuses. Cependant, le Congrès a annulé ces décisions en adoptant la *Soft Drink Interbrand Competition Act*⁶², qui autorise l'inclusion de contraintes de territoire dans les contrats de licence d'exploitation de marque de commerce, aux fins de la fabrication, de la distribution et de la vente de boissons gazeuses. Les contraintes de territoire peuvent néanmoins être jugées illégales en l'absence d'une vive concurrence sur le marché entre les produits visés par l'entente et d'autres produits de la même catégorie.

4.2.3 Les CETC au Japon

Les CETC contreviennent à l'article 19 et à l'alinéa 8(1)v) de la Loi antitrust. Les lignes directrices de 1991 font état de trois principales catégories de contrainte verticale de territoire :

- i) l'attribution de zones de responsabilité première;
- ii) la désignation de l'emplacement de l'établissement;
- iii) l'attribution de territoires exclusifs.

⁶² 15 U.S.C. ss. 3501-3503 (1980).

Dans le cas de la première catégorie, le fabricant assigne à chaque vendeur une zone de responsabilité première plutôt qu'un territoire exclusif. En général, le fabricant n'interdit pas formellement au vendeur d'exercer ses activités dans d'autres secteurs. Si la contrainte appartient à la deuxième catégorie, le fabricant choisit l'emplacement de l'établissement du vendeur. Enfin, la troisième catégorie, soit l'attribution de territoires exclusifs, suppose que le vendeur ne peut se livrer à des activités dans un autre secteur ou vendre le produit à des clients à l'extérieur de son territoire. Aux termes des lignes directrices de 1991, seule la troisième catégorie de contrainte est susceptible de violer l'article 13 de l'avis n° 15 de 1982, dont voici un extrait :

... dans le cadre de leurs relations, imposer à l'autre partie des conditions qui restreignent abusivement les opérations qu'elles concluent entre elles ou les autres activités commerciales de l'autre partie.

Deux critères doivent être respectés pour que l'on juge que ces contraintes sont contraires à la Loi antitrust. Premièrement, la contrainte doit être imposée par un fabricant « influent »; deuxièmement, elle doit permettre au fabricant de fixer le prix de revente de son produit. Pour mesurer l'influence du fabricant, il faut définir avec précision le marché. Or, la notion de « marché » renvoie à la fois à un secteur géographique et à un produit. En fait, le pouvoir du fabricant est principalement tributaire de sa part de marché. Selon les lignes directrices, le critère suivant est appliqué à cet égard :

...détient au moins 10 % du marché ou se classe parmi les trois premiers participants... Dans le cas d'un fabricant qui occupe l'un des derniers rangs ou d'un nouvel arrivant détenant moins de 10 % du marché et occupant le quatrième rang ou un rang inférieur, le prix du produit n'est généralement pas fixé par l'attribution d'un territoire exclusif..

Ce critère relatif à la part de marché vise à établir un seuil aux fins de l'application de la loi; les fabricants qui sont en-deçà de ce seuil sont généralement à l'abri des procédures pouvant être entamées par la CPCL. Toutefois, même si le fabricant satisfait au critère, ses pratiques ne sont pas forcément jugées illégales. La CPCL tient compte d'autres facteurs, entre autres i) la situation générale du marché, par exemple le degré de concentration, les caractéristiques et la différenciation des produits, l'état des réseaux de distribution et l'accès au marché; ii) la position du fabricant dans le marché, notamment sa part de marché, le rang qu'il occupe et le prestige de sa marque; iii) le nombre de participants qui ont conclu l'entente avec le fabricant et leur position dans le marché; iv) l'incidence des CETC sur les autres parties.

Dans l'affaire *Fuji X-Ray*⁶³, un fabricant de film radiographique, qui détenait 70 % du marché, avait imposé des contraintes verticales de territoire à ses vendeurs, éliminant ainsi la concurrence entre ces derniers. La CPCL a jugé que cette pratique commerciale était déloyale. L'organisme est arrivé à la même conclusion dans l'affaire *Morinaga* : un producteur de lait en poudre qui avait une importante part de marché obligeait les vendeurs à approvisionner uniquement les détaillants qu'il avait désignés⁶⁴.

Pour déterminer si le prix du produit visé par la contrainte sera vraisemblablement imposé, on mesure la concurrence *intermarques* (parmi les facteurs pris en compte, mentionnons la concentration du marché, les caractéristiques du produit, sa différenciation, les canaux de distribution, les obstacles à l'accès au marché, etc.), et *intramarque* (parmi les facteurs examinés, on retrouve la dispersion des prix, le nombre de distributeurs touchés et leur position dans le marché, l'incidence de la contrainte sur leurs activités commerciales, etc.). On a jugé que les contraintes de territoire étaient justifiées si elles favorisaient la concurrence intermarques ou si elles aidaient des nouveaux arrivants ou des détaillants chancelants à devenir concurrentiels. Enfin, lorsqu'elles découlent de l'exercice de droits de propriété intellectuelle, les contraintes sont, en principe, légales conformément aux lignes directrices émises par la CPCL en 1989 sur la réglementation des pratiques commerciales déloyales dans les contrats de licence de brevet et de savoir-faire.

4.3 Vente exclusive (VE)

En vertu d'un contrat de vente exclusive (VE), le client (c.-à-d. le distributeur) est limité dans ses activités commerciales, car il s'engage à traiter uniquement avec l'autre partie. La VE peut se traduire par une diminution des rendements d'échelle. Par exemple, lorsque le détaillant offre plusieurs produits, par opposition à un seul ou à une gamme limitée en vertu de l'entente de VE, il travaille davantage et le coût inhérent à la recherche du produit est réduit pour le consommateur. Cependant, cette pratique peut également accroître l'efficacité. En effet, il peut être nécessaire de conclure une entente de VE (qui, a priori, restreint la concurrence en amont) afin d'inciter un détaillant à fournir des renseignements préalables à la vente. En pareil cas, l'entente confère au fabricant un droit de propriété sur ses frais promotionnels et le protège contre le resquillage⁶⁵.

⁶³ Décision de la CPCL, 11 mai 1981, *Shinketsushu*, 28 (1982), 10.

⁶⁴ Décision de la CPCL, 28 nov. 1977, *ibid.* 24 (1978), 106.

⁶⁵ H. Marvel, « Exclusive Dealing », *Journal of Law and Economics*, (25) 1982 : 1-26.

Historiquement, la vente exclusive a pris deux formes. La première suppose qu'un acheteur ou une entreprise qui exerce ses activités en aval exige l'ensemble de la production du vendeur. Dans le cas de la deuxième forme, qui est plus litigieuse, un fabricant oblige un détaillant à vendre uniquement ses produits.

D'un point de vue économique, il s'avère capital de se demander si la vente exclusive entrave l'accès au marché et favorise une répartition inefficace des ressources. L'interdiction de l'accès aux marchés de détail constitue un facteur décisif dans le cadre de l'analyse des effets de cette pratique.

La vente exclusive peut garantir une quasi-rente suffisante pour couvrir les frais de développement des produits. Même si les produits ont déjà été élaborés, la lutte pour les réseaux de distribution peut, dans le cadre de contrats de VE de courte durée, se traduire par une diminution des prix de gros, comme les fabricants cherchent à gagner la faveur des détaillants. Si les réductions des prix de gros sont suffisantes, les contrats de VE peuvent être rentables, tout en augmentant le bien-être des consommateurs, dans la mesure où la baisse des prix de détail compense largement la diminution du nombre de produits offerts.

L'analyse de la VE repose sur l'interaction entre le fabricant et le détaillant, ainsi que sur la structure du marché de détail. Si le marché a peu d'envergure et qu'un seul détaillant peut y survivre (comme c'est souvent le cas dans les petites villes), l'éventail de produits offerts aux consommateurs est plus limité en raison de la VE. Ces derniers s'en portent-ils plus mal? Pas forcément. La VE peut entraîner une diminution du prix de détail si le fabricant réduit son prix de gros (un appât pour inciter le détaillant à signer l'entente de VE) et que le détaillant peut refilet la baisse aux consommateurs.

Si elle ne fournit pas de méthodes que l'on pourrait facilement utiliser, même pour évaluer la pratique en vertu de la règle du bon sens, l'analyse économique fait toutefois ressortir les facteurs cruciaux, soit les investissements irrécupérables effectués par les fabricants, qui amènent d'autres entreprises à leur verser une quasi-rente; les produits de remplacement; les contrats de VE de courte durée; la vive concurrence dont font l'objet

les réseaux de vendeurs⁶⁶. Toutes ces caractéristiques contribuent à renforcer le rôle de la VE à titre de facteur d'accroissement du bien-être.

Au plan juridique, il importe avant tout de se demander si la vente exclusive empêche les concurrents d'accéder au marché. Dans certaines circonstances, cette pratique peut-elle réduire considérablement la concurrence? Pour répondre à cette question, il convient de s'appuyer uniquement sur des preuves.

4.3.1 La VE au Canada

Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur la concurrence* définit comme suit la vente exclusive :

- 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,
 - (ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée 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 énoncée 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...

Le jugement rendu par le Tribunal de la concurrence dans *Directeur des enquêtes et recherches c. The NutraSweet Company*⁶⁷ a établi des lignes directrices aux fins de l'interprétation des alinéas 77(1)a) et b). Le directeur des enquêtes et recherches soutenait que l'intimé exigeait que ses clients canadiens signent un contrat d'exclusivité avant de leur vendre de l'aspartame, et que cette exigence était visée par l'alinéa (1)a), ou encore que les diverses remises prévues par ces contrats constituaient une incitation à la vente exclusive, conformément à l'alinéa 77(1)b). Cependant, le Tribunal de la concurrence a interprété différemment l'alinéa 77(1)a). En guise d'introduction à sa décision, le Tribunal a fait remarquer ce qui suit :

⁶⁶ Lorsque, dans un point de vente, la concurrence entre différentes marques est peu soutenue, les fabricants n'opteront peut-être pas pour la VE; lorsque tous les fabricants ont recours à cette pratique, la diminution des prix de détail et l'accroissement des ventes, qui découlent du fait que les fabricants investissent davantage dans la promotion, se traduisent par une augmentation du bien-être économique. Voir David Besanko et Martin K. Perry, « Equilibrium Incentives for Exclusive Dealing in a Differentiated Products Oligopoly », *RAND Journal of Economics*, vol. 24 (4), hiver 1993 : 646-67.

⁶⁷ (TC - 89/2, 4 octobre 1990).

... dans l'examen d'une allégation d'exclusivité, nous sommes d'avis que ce sont les circonstances dans lesquelles les conditions particulières d'approvisionnement ont été convenues qui sont déterminantes. Le sens ordinaire du libellé de l'alinéa 77(1)a) est que le fournisseur doit avoir refusé d'approvisionner son client à moins que l'acheteur n'accepte les conditions décrites au sous-alinéa 77(1)a)(i) ou (ii).

Le Tribunal a tenu compte du fait qu'aucun élément du dossier ne prouvait que l'intimé avait refusé aux clients de leur fournir de l'aspartame, ou les en avait menacés, s'ils ne paraphaient pas une entente de vente exclusive. Par ailleurs, plusieurs clients ont nié explicitement avoir été contraints à signer l'entente d'exclusivité, admettant même l'avoir proposée au fabricant. Le Tribunal a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une vente exclusive au sens prévu à l'alinéa 77(1)a).

Par contre, le Tribunal a réservé un meilleur accueil à l'allégation du directeur relative à l'application de l'alinéa 77(1)b). Après avoir souligné que la pratique commerciale de l'intimé, qui consistait à accorder des remises en rétribuant le détaillant qui affiche son logo et en partageant les frais de vente, incitait les clients à vendre uniquement sa marque d'aspartame, le Tribunal a observé que le prix du produit était beaucoup plus élevé si les clients n'étaient pas admissibles aux remises. Le Tribunal a conclu que, comme les clients avaient clairement accepté de vendre uniquement ou principalement le produit de l'intimé et, en retour, avaient droit à des remises tributaires de la vente exclusive de la marque NutraSweet, ces incitatifs financiers et cette clause d'exclusivité équivalaient à une vente exclusive en vertu de l'alinéa 77(1)(b).

Pour ce qui est de la définition de « pratique », le jugement *NutraSweet* respecte la norme établie dans *R. v. William E. Coutts Co.*⁶⁸, en cela que l'on peut parler de pratique si une ou plusieurs actions isolées ont été commises. Le Tribunal a ajouté que, globalement, différentes actions anticoncurrentielles peuvent également constituer une pratique.

Lorsque l'on juge qu'une activité est conforme à la définition énoncée à l'alinéa 77(1)a) ou b), la norme juridique employée à l'égard de la vente exclusive équivaut à la règle du bon sens. Le paragraphe 77(2) exige ce qui suit :

Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, 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 :

- a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché;
- b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur le marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur le marché;

⁶⁸ (1 O.R. 549), (1968).

c) soit sur le 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.

Évidemment, la définition des « marchés » (marché du produit et marché géographique) sur lesquels ces pratiques influent ou peuvent influencer constitue le critère déterminant à cet égard. Le marché du produit englobe également les produits qui tiennent lieu ou pourraient tenir lieu de substituts. Un large éventail de facteurs peuvent être évalués, entre autres les caractéristiques physiques des produits, les questions relatives à la sécurité et l'élasticité de la demande par rapport au prix.

Pour définir le marché géographique, il s'avère capital de déterminer si la région échappe à l'influence des autres régions sur les prix et si, en raison de ses caractéristiques uniques, on peut observer en permanence une différence marquée avec les autres régions au chapitre des prix. Par exemple, dans le jugement *NutraSweet*, le Tribunal de la concurrence a souligné que les prix affichés par l'intimé en Europe excédaient les prix au Canada dans une proportion de 10 % en 1987 (l'année au cours de laquelle le produit a cessé d'être protégé par un brevet au Canada) et de 6 % en 1988; en 1989, les prix étaient inférieurs aux prix canadiens dans une proportion de 13 %. De plus, le Tribunal a conclu que les contrats négociés par l'intimé faisaient des prix propres à chaque pays, témoignant ainsi de l'influence de la situation des différents marchés nationaux. Estimant que la différence de prix était le plus important critère pour distinguer le marché canadien du reste du monde, le Tribunal a jugé que, dans cette affaire, le Canada constituait un marché géographique distinct.

Un critère analogue a été employé aux fins de l'examen des faits présentés dans *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*⁶⁹. Dans cette affaire, le Tribunal a toutefois conclu que, à 45 kilomètres de distance, les localités constituaient des marchés géographiques distincts, car les concurrents de l'intimé n'avaient pas systématiquement tenté de desservir les clients éloignés de leur centre d'exploitation. Par ailleurs, le secteur d'intervention était peu peuplé et ne renfermait pas de clients importants. La position du témoin expert de l'intimé, selon laquelle, à plus de 50 kilomètres de distance, un concurrent restreindrait les prix d'un éventuel monopoleur, a été rejetée, car elle ne tenait pas compte de différents facteurs, notamment la possibilité que l'intimé pratique une réduction sélective des prix.

⁶⁹ (40 C.P.R. (3d) 289), (1992).

Relativement à la définition d'un « important fournisseur », la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (CPRC) a soutenu ce qui suit dans la décision rendue dans *Directeur des enquêtes et recherches c. Bombardier Ltd. (1980)* :

... un fournisseur est important lorsque ses actions sont censées avoir une incidence notable ou significative sur les marchés où il vend ses produits.

La CPRC a ajouté que la part de marché était révélatrice de l'importance de l'entreprise, car sa capacité de se tailler une place sur le marché donne un aperçu de son potentiel à bien des égards. On peut également mesurer l'importance d'un fournisseur dans sa branche d'activité à partir d'autres caractéristiques, soit sa stabilité financière et les innovations qu'il a à son actif. La définition d'un « fournisseur important » de la CPRC a été reprise par son successeur, le Tribunal de la concurrence, dans la décision *NutraSweet*. Cependant, dans cette affaire, comme l'intimé réalisait plus de 95 % des ventes au Canada, le Tribunal a jugé que cette immense part du marché et de la capacité de production suffisait pour conclure que l'intimé était effectivement un fournisseur important.

Avant de rendre une ordonnance remédiate, il faut également déterminer si la pratique contestée entraîne ou est susceptible d'entraîner une réduction sensible de la concurrence. Dans le jugement *NutraSweet*, le Tribunal a soutenu que les alinéas 77(2)a), b) et c) précisaient comment la concurrence serait réduite; donc, d'une façon on ne peut plus explicite et logique, ces dispositions font partie intégrante de la question visant à établir si la vente exclusive réduit considérablement la concurrence sur le marché. Les facteurs dont il faut tenir compte pour trancher la question sont similaires à ceux que l'on utilise dans l'analyse du pouvoir sur le marché. Fondamentalement, il faut se demander si les actions anticoncurrentielles permettent à l'intimé de préserver ou d'accroître son pouvoir sur le marché.

On peut se reporter aux jugements *Bombardier* et *NutraSweet* pour savoir comment ces critères seront appliqués. L'affaire *Bombardier* compte parmi les premières poursuites liées à la vente exclusive. Pour commercialiser les motoneiges de Bombardier, les vendeurs devaient signer un contrat de vente exclusive. Bombardier avait résilié le contrat passé avec huit vendeurs de régions rurales du Québec, estimant qu'ils n'avaient pas respecté leurs engagements à cet égard. Ces derniers se sont plaints au directeur des enquêtes et recherches, qui a porté l'affaire devant la CPRC. Comme l'intimé détenait 60 % du marché de détail au Québec et dans les provinces maritimes et 40 % du marché ontarien, il était manifestement un fournisseur important de motoneiges et d'accessoires de motoneige. Le directeur a soutenu que les ententes de vente exclusive conclues avec les distributeurs locaux avaient aidé Bombardier à maintenir sa domination sur le marché.

En outre, il semble que les concurrents étrangers de l'intimé aient eu de la difficulté à percer les marchés locaux, et ce, malgré l'absence de tarifs douaniers. Pourtant, comme les contrats avaient une durée de un an, Bombardier changeait fréquemment de distributeurs; de plus, il y avait peu d'obstacles à l'accès au marché, et les concurrents de Bombardier ont pu recruter des vendeurs, comme en témoigne entre autres l'augmentation de leur part de marché. À la lumière de ces faits, la CPRC a conclu que les contrats de vente exclusive exigés par l'intimé n'avaient pas réduit considérablement la concurrence, et que le maintien à long terme du régime de concurrence dans cette branche d'activité n'était pas en jeu.

Le Tribunal est arrivé à une conclusion opposée dans le jugement *NutraSweet*. Il a conclu que les clauses d'exclusivité des contrats de fourniture de l'intimé, entre autres celles qui obligeaient le vendeur à offrir uniquement ou principalement la marque NutraSweet et qui prévoyaient des incitatifs financiers à cette fin, étaient des obstacles à une entrée restreinte et à l'essor d'autres entreprises sur le marché. Selon le Tribunal, il ne faisait aucun doute qu'un autre fournisseur aurait difficilement pu se tailler une place jusqu'à l'échéance des contrats, car presque toutes les ententes passées par l'intimé en 1989, ce qui représentait plus de 90 % du marché canadien, renfermaient de telles clauses d'exclusivité.

Plusieurs moyens de défense s'offrent à l'intimé étant donné que, en vertu du paragraphe 77(4), le Tribunal ne rendra pas d'ordonnance si, à son avis, il a ou aura recours à la vente exclusive pendant une période raisonnable seulement afin de faciliter l'entrée sur le marché d'un nouveau fournisseur ou d'un produit. De même, aucune ordonnance n'est rendue si les parties en cause sont « affiliées » selon la définition présentée à la section 4.2.1 du présent document (sauf si les personnes sont « réputées » être affiliées dans le cadre de la production d'une boisson ou d'un aliment protégé par une marque de commerce et que la pratique a pour objectif la limitation du marché).

4.3.2 La VE aux États-Unis

Dans l'optique de la législation antitrust, il importe avant tout de voir si la vente exclusive a pour effet d'empêcher un client d'acheter des biens de vendeurs concurrents. Le contrat de vente exclusive constitue une menace pour la concurrence du fait que le vendeur peut interdire l'accès au marché à ses rivaux et ainsi restreindre à outrance leur capacité de lui livrer bataille. Si la concurrence a accès à une bonne part du marché, l'arrangement ne peut faire l'objet d'une sanction en vertu des lois antitrust. Par conséquent, la vente exclusive est généralement jugée en vertu de la règle du bon sens aux

États-Unis (cependant, voir l'analyse du critère de l'analyse quantitative présentée ci-dessous).

a) Dispositions législatives

Les arrangements de vente exclusive peuvent être contestés en vertu de l'article 1 de la SA, de l'article 3 de la *Clayton Act* (CLA) et de l'article 5 de la *Federal Trade Commission Act* (FTCA). L'article 5 de la FTCA vient compléter l'article 1 de la SA et l'article 3 de la CLA en mettant un terme, dès les premiers stades, aux pratiques qui, autrement, pourraient violer une de ces deux lois. La Cour suprême des États-Unis a soutenu que les pratiques commerciales qui, sans enfreindre ces lois, sont contraires à l'esprit et aux principes fondamentaux de ces lois, peuvent être considérées comme des pratiques de concurrence déloyales aux termes de l'article 5 de la FTCA.

L'article 3 de la CLA prévoit ce qui suit :

Il est illégal, dans le cadre d'activités commerciales, de louer, de vendre ou de passer un contrat afin de vendre des biens, des articles, des marchandises, de la machinerie, des fournitures ou d'autres produits, qu'ils soient brevetés ou non, afin qu'ils soient utilisés, consommés ou revendus sur le territoire des États-Unis, dans le District de Columbia, ou dans une île ou tout autre endroit relevant de la compétence territoriale des États-Unis; de fixer le prix ou d'accorder un rabais sur le prix à condition que le locataire ou l'acheteur n'utilise ou ne vende pas les biens, les articles, les marchandises, la machinerie, les fournitures ou d'autres produits d'un concurrent du locateur ou du vendeur, si la location, la vente, le contrat de vente ou la condition a pour effet de réduire considérablement la concurrence ou a tendance à constituer un monopole dans une branche d'activité commerciale⁷⁰.

L'article 3 de la CLA vise explicitement à interdire les pratiques qui restreignent la concurrence, c'est-à-dire qui empêchent un acheteur ou un locataire de vendre ou de louer les produits d'un concurrent du vendeur ou du locateur. Plusieurs éléments doivent être réunis pour que le plaignant ait gain de cause. Premièrement, l'article 3 s'applique uniquement à une location, à une vente ou à un contrat de vente. Il doit donc y avoir une location, une vente ou un contrat de vente pour que l'opération soit assujettie à la Loi. Les prêts, les contrats de licence relatifs à des brevets, à des droits d'auteur, à des marques de commerce ou à des appellations commerciales, ou encore les ventes de services sont soustraits à son application. En revanche, toutes ces opérations sont visées par l'article 1 de la SA.

Deuxièmement, l'article 3 de la CLA régit uniquement les opérations portant sur des biens ou des marchandises, c'est-à-dire des biens matériels. Toutefois, cette disposition

⁷⁰ (15 U.S.C. s. 14).

ne s'applique pas aux opérations portant sur une somme d'argent; un bien immobilier; de la publicité diffusée dans les journaux, à la radio ou à la télévision; un service; une licence. L'article 1 de la SA ne prévoit pas de telles exceptions.

Par ailleurs, les deux dispositions se distinguent quant au degré de restriction de la concurrence qui doit être démontré. Alors que l'article 1 de la SA s'applique uniquement aux opérations qui ont restreint la concurrence, l'article 3 de la CLA vise les opérations qui, vraisemblablement, auront un effet anticoncurrentiel. Donc, aux termes de l'article 3 de la CLA, on peut mettre un terme à l'opération avant que la pratique ait réellement limité la concurrence et contrevienne ainsi à l'article 1 de la SA.

La jurisprudence laisse entendre que, en vertu de la règle du bon sens, un contrat de vente exclusive ne répondrait sans doute pas au critère de l'article 1 de la SA, sauf s'il couvre plus de 50 % du marché. Toutefois, la vente exclusive enfreint l'article 3 de la CLA si à peine plus de 5 % du marché est fermé à la concurrence. Le degré élevé d'interdiction du marché que requiert l'article 1 de la SA explique sans doute pourquoi la poursuite est rarement fondée sur cette disposition.

b) Règle du bon sens

Pour analyser la pratique en vertu de la règle du bon sens, il faut, premièrement, définir le marché qui sera sans doute touché par la pratique restrictive; deuxièmement, évaluer les répercussions de la pratique contestée sur ce marché afin de déterminer si elle a ou aura sans doute un effet anticoncurrentiel important.

Le marché a deux dimensions : le marché du produit et le marché géographique. Tous les produits qui sont en concurrence avec le produit du vendeur font partie du marché du produit. Essentiellement, deux facteurs sont étudiés :

- i) l'élasticité de la substitution, qui exprime dans quelle mesure deux produits ou plus sont interchangeables, ce qui suppose qu'ils ont essentiellement les mêmes caractéristiques physiques ou ont la même utilité;
- ii) l'élasticité croisée de la demande, qui exprime dans quelle mesure le consommateur est disposé à utiliser indifféremment deux produits ou plus.

Le marché géographique désigne la région où le vendeur est en concurrence avec d'autres entreprises. La région doit satisfaire aux critères suivants :

- i) l'acheteur peut y trouver d'autres sources d'approvisionnement;
- ii) les frais de transport et les frais par opération engagés par le vendeur ne l'obligeront pas à fixer un prix qui l'empêcherait de faire concurrence aux autres vendeurs.

Pour déterminer si l'interdiction de l'accès à une part importante du marché est contraire à la loi, on a recours à l'un des critères suivants :

- le critère de l'analyse quantitative;
- le critère de l'analyse qualitative.

Si l'on applique le critère de l'analyse quantitative, le vendeur qui empêche la concurrence d'avoir accès à une importante part du marché est responsable en vertu de la loi. Cette démarche semble équivaloir à l'application de la règle de l'illégalité intrinsèque, en cela qu'elle ne semble pas offrir de moyen de défense aux fins de la justification de la pratique contestée. Quant au critère de l'analyse qualitative, il requiert l'examen d'un large éventail de facteurs économiques et permet à l'intimé de se défendre.

La décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans *Standard Oil Co. of California and Standard Stations, Inc. v. United States*⁷¹ a énoncé le critère de l'analyse quantitative, stipulant que l'article 3 de la CLA est violé chaque fois que « la concurrence ne peut être exercée dans une part importante de la branche d'activité commerciale ». Cette ligne directrice comporte deux éléments. Premièrement, pour déterminer si la part de marché soustraite à la libre concurrence est importante, il faut l'exprimer en pourcentage du marché. Les affaires instruites au terme de l'arrêt *Standard Stations* révèlent qu'une importante part peut représenter au moins 5 % du marché, compte tenu de la situation du marché. L'importance de la part de marché interdite aux concurrents peut également être mesurée d'après le montant des ventes ou le volume de biens correspondant.

Cependant, c'est plutôt le degré de concurrence intermarques qui s'avère décisif à cet égard. Lorsque la concurrence intermarques s'exerce ou est susceptible de s'exercer, les forces du marché disciplinent le fabricant dont le prix est exagéré, car aucun de ses distributeurs ne voudra renouveler le contrat de vente exclusive à l'échéance. De même, le détaillant ne pourra plus tirer parti de l'entente de vente exclusive si son prix de revente excède le prix permettant de maximiser le chiffre d'affaires.

⁷¹ 337 U.S. 293, 69 S. Ct. 1051, (1948).

Le critère de l'analyse qualitative repose sur plusieurs facteurs économiques. Ce critère, qui a été employé dans la première poursuite fondée sur l'article 3 de la CLA, a semble-t-il été rejeté par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Standard Stations*. Cependant, en 1961, la Cour suprême semble avoir infirmé cette décision dans *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*⁷², lorsqu'elle a indiqué que l'on pouvait déterminer si la part de marché interdite à la concurrence était importante uniquement à la lumière des facteurs économiques inhérents au marché. Ces facteurs, qui ne peuvent être dissociés, sont les suivants :

- i) la part du marché fermée à la concurrence;
- ii) la domination de la branche d'activité par le vendeur;
- iii) la force relative des parties;
- iv) la facilité avec laquelle on peut aménager de nouveaux points de vente;
- v) la structure des ventes dans la branche d'activité;
- vi) l'essor de la concurrence malgré les contrats de vente exclusive ou d'approvisionnement exclusif;
- vii) la durée des arrangements.

Les deux critères se distinguent principalement du fait que l'analyse quantitative porte uniquement sur le pourcentage de points de vente ou le volume des ventes qui est fermé aux concurrents, alors que l'analyse qualitative prend en considération de nombreux autres facteurs.

Bien que les tribunaux n'aient pas encore précisé dans quelles circonstances ces critères doivent être employés, la présence ou l'absence d'un vendeur dominant qui bloque l'accès à une part importante du marché semble être un facteur décisif. D'après la jurisprudence, lorsqu'un vendeur dominant a fréquemment recours à des clauses restrictives et que le pourcentage correspondant à la part de marché interdite à la concurrence est élevé, le critère de l'analyse quantitative est utilisé. Si le vendeur ne domine pas le marché et si la part de marché interdite n'est pas importante, ou encore si le vendeur ou l'acheteur soutient que la pratique contestée est essentielle à ses activités commerciales, alors c'est le critère de l'analyse qualitative qui est employé. Donc, bien que la jurisprudence américaine sur la VE suive d'assez près la méthode de l'illégalité intrinsèque, une solution de rechange fondée sur la règle du bon sens a pris une importance croissante au cours des dernières décennies.

⁷² 365 U.S. 320, 81 S. Ct. 623 (1961).

4.3.3 La VE au Japon

La VE est considérée comme une pratique commerciale illégale en vertu de l'article 19 et est désignée à ce titre par la CPCL dans l'article 11 de l'avis n° 15 de 1982, qui prévoit ce qui suit :

Dans le cadre d'une relation, exiger injustement que l'autre partie n'entretienne pas de relation avec un concurrent, ce qui a tendance à réduire les occasions d'affaires qui s'offrent à ce concurrent.

En 1954, dans l'affaire *Hokkaido Newspaper Co.*, la haute cour de Tokyo a soutenu ce qui suit à l'égard de la vente exclusive :

En général, le fait d'exiger que l'autre partie ne s'approvisionne pas auprès d'un concurrent n'est pas intrinsèquement illégal. Même si l'entrepreneur A adopte une telle politique, l'entrepreneur B (le concurrent de A) peut toujours faire son entrée sur le marché en misant sur le prix, la qualité, la quantité ou le service, dans la mesure où il peut facilement recruter des distributeurs à l'exception de ceux qui sont en relation avec l'entrepreneur A. En pareil cas, on ne peut pas dire que la pratique de l'entrepreneur A est une entrave à la libre concurrence.

Depuis, la CPCL semble avoir cherché tout spécialement à s'en prendre aux ententes de VE conclues par les sociétés qui dominent le marché. Dans l'affaire *Muto Kogyo Co.*, instruite en 1974, l'intimé détenait près des deux tiers du marché des instruments de dessin. Dans l'affaire *France Bed Co.* (1976), l'intimé produisait 40 % des lits fabriqués au Japon. Dans l'affaire *Pigeon Co.* (1976), l'entreprise détenait 80 % du marché des biberons, 35 % du marché des couches jetables et 10 % du marché de la poudre pour bébés. Dans chaque affaire, la CPCL a conclu à l'illégalité des ententes de VE.

Fondamentalement, la VE est considérée comme une pratique commerciale déloyale qui contrevient à la Loi antitrust dans deux cas. Dans le premier cas, un fabricant oblige ses vendeurs à cesser de commercialiser des produits qu'ils offraient auparavant. La situation inverse, soit lorsqu'un vendeur ou une société de négoce exige que le fabricant cesse d'approvisionner ses concurrents, est également répréhensible. Afin de justifier cette règle, on a invoqué le caractère oppressif de cette exigence unilatérale. Même si l'étroitesse de cette interprétation a fait l'objet de critiques et que la seule mention du caractère oppressif a été jugée insuffisante, la CPCL a fondé certaines de ces décisions sur cette règle.

Dans le deuxième cas, une entreprise ayant de l'influence sur le marché entretient une relation avec d'autres entreprises à la condition qu'elles ne concluent pas de marché avec ses concurrents. Si l'entreprise qui impose une telle condition exerce un pouvoir sur

le marché, il se peut que ses concurrents ne puissent y avoir accès. Tout comme les lois canadiennes et américaines, la législation japonaise se préoccupe avant tout de l'accès au marché. Selon les lignes directrices de 1991, un des critères employés pour déterminer le caractère anticoncurrentiel de contraintes verticales de territoire et de clientèle, c'est-à-dire que la condition soit imposée par un fabricant « influent » (voir la section 4.2.3), peut également être utilisé à l'égard de la VE. En outre, la pratique est jugée illégale uniquement si les nouveaux arrivants ou concurrents ont de la difficulté à trouver d'autres circuits de distribution en raison de cette restriction. Les facteurs pertinents sont analysés au coup par coup.

Même lorsque des droits de propriété intellectuelle sont en cause, on évalue également la légalité de la pratique à la lumière de l'interdiction de l'accès au marché. Dans les lignes directrices qu'elle a émises en 1989 sur la réglementation des pratiques commerciales déloyales dans les contrats de licence de brevet et de savoir-faire, la CPCL a indiqué que la VE pouvait être jugée illégale si, pendant la durée de l'entente, le concédant empêche le concessionnaire de détenir des produits concurrents ou d'adopter une technologie concurrente et si les occasions d'affaires provenant d'entreprises rivales ainsi que la liberté du concessionnaire de choisir les produits et la technologie sont indûment restreintes, ce qui réduit la concurrence. De même, l'exigence voulant que le concessionnaire soit tenu de vendre les produits par l'entremise du concédant ou d'un tiers désigné peut éventuellement être jugée illégale si le concessionnaire n'est plus libre de choisir les points de vente et si, par conséquent, la concurrence est réduite.

4.4 Ventes liées (VL)

Les ventes liées sont extrêmement répandues. Cette pratique est exercée sous deux formes. Premièrement, dans le cas de *ventes groupées*, l'acheteur d'une unité d'un produit doit également se procurer une unité d'un autre produit. Deuxièmement, l'acheteur d'un produit doit également acheter auprès du même fournisseur les articles ou les services qui accompagnent ce produit. Par exemple, il peut être nécessaire de faire appel au fabricant pour l'entretien d'un photocopieur, et certaines marques de pellicule cinématographique sont vendues uniquement en lots. De même, on peut difficilement se procurer une voiture sans moteur ou un manteau sans manches.

Les ventes liées sont préjudiciables à l'intérêt public lorsque des marchés distincts existent pour les produits secondaires ou pourraient voir le jour. Une entreprise peut avoir de bonnes raisons de miser sur les ventes liées ou groupées. En produisant et en distribuant ensemble le produit clef et le produit secondaire, elle peut réduire ses coûts.

L'industrie touristique lie souvent la vente de billets d'avion à prix réduit à la location de la chambre d'hôtel et aux repas. De telles pratiques sont légales. Personne ne tient à ce qu'elles soit jugées intrinsèquement illégales, même si, dans certains cas, elles peuvent réduire le bien-être du consommateur.

Toutefois, on peut également recourir aux ventes liées afin d'accroître les bénéfices réalisés grâce au pouvoir monopolistique. Les questions cruciales dans le cadre de l'analyse des ventes liées ont trait à l'interdiction de l'accès au marché. Les ventes liées :

- a) constituent-elles un moyen d'étendre le pouvoir monopolistique du marché du produit clef - le point de départ - au marché du produit secondaire - le marché cible (thèse de l'interdiction de l'accès)?
- b) constituent-elles un moyen de mesurer l'évolution de la demande en fonction de la variation du prix (thèse de la discrimination par le prix)?
- c) constituent-elles un moyen efficace de réduire les coûts?

Voici en quoi consiste la thèse de l'interdiction de l'accès au marché. Le marché assujéti à un pouvoir monopolistique est le marché du *produit clef*. Le monopoleur soumet également à son pouvoir le marché du *produit secondaire* en imposant l'achat de son produit monopolisé dans ce marché, qu'il domine également. Cette stratégie est particulièrement efficace si les deux produits sont complémentaires. Le monopoleur empêche ses concurrents d'accéder au deuxième marché. Par conséquent, on soutient parfois qu'une telle interdiction rend l'accès au marché du produit clef plus difficile, car le concurrent devra prendre pied simultanément dans les deux marchés.

Par exemple, jusqu'au milieu des années 1970, le secteur canadien des télécommunications a eu recours aux ventes liées afin d'étendre son pouvoir monopolistique à un autre marché. La vente de matériel téléphonique de résidence était liée à l'abonnement au service téléphonique de base. L'organisme de réglementation, le CRTC, avait attribué à des sociétés telles que Bell Canada le monopole du service téléphonique. Grâce à la politique de ventes liées, le marché du matériel téléphonique avait également été assujéti à ce monopole légal. Cependant, au début des années 1980, le CRTC a mis en place un régime de libre concurrence dans le marché du matériel téléphonique.

Selon une thèse avancée par l'École de Chicago, les ventes liées permettent à un producteur exerçant un pouvoir sur le marché du produit clef de varier son prix dans le marché du produit secondaire en fonction de la catégorie ou du type de consommateur.

Les personnes qui achètent le produit clef (p. ex. un ordinateur) n'attachent pas toutes la même valeur (le prix minimum est donc différent) aux logiciels, par exemple Word, WordPerfect et Corel Draw, ou aux accessoires, par exemple la carte de son, la carte vidéo, l'unité de disque CD-ROM, etc. Si les prix minimums sont en corrélation avec l'utilisation du produit secondaire placé sous son contrôle (p. ex. l'unité de disque CD-ROM d'un ordinateur), le monopoleur peut, en imposant un prix plus élevé pour le produit secondaire (l'unité de disque CD-ROM) aux gros utilisateurs d'ordinateur, obtenir un prix « global » plus élevé pour l'ensemble des produits et ainsi réaliser un bénéfice de monopole supérieur. Comme la discrimination par le prix ne se traduit par forcément par une inefficience, l'effet global sur le surplus total (l'efficience globale) est ambigu⁷³. Par conséquent, dans cette optique, le rôle des ventes liées en matière de discrimination par le prix ne signifie pas nécessairement que le recours en vertu de la législation antitrust est justifié⁷⁴.

4.4.1 Les VL au Canada

Au Canada, le paragraphe 77(1) de la *Loi sur la concurrence* définit comme suit les ventes liées :

- a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client :
 - (i) soit acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,
 - (ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée 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 énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef 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.

La norme juridique qui détermine si l'on doit tenter un recours équivalent à la règle du bon sens; en fait, il s'agit exactement de la même norme que celle qui est employée à l'égard de la vente exclusive. Une ordonnance remédiatrice sera donc rendue uniquement si la pratique est imputable à un fournisseur important ou est répandue dans le marché; si elle est susceptible de faire obstacle à l'arrivée d'une entreprise ou à son essor sur le

⁷³ L'effet global des ventes liées sur le bien-être demeure ambigu, même si l'on peut recourir à cette pratique afin de tirer parti du pouvoir exercé sur le marché, un point de vue qui a souvent été associé à l'École de Harvard. Voir Michael D. Whinston, « Tying, Foreclosure and Exclusion », *American Economic Review*, septembre 1990 : 837-59.

⁷⁴ Cet argument, ainsi que la réfutation de l'École de Chicago, ont été présentés à la section 3.2.

marché, ou de faire obstacle au lancement d'un produit ou à la croissance des ventes sur le marché, ou d'avoir un autre effet restrictif sur le marché, ce qui réduira ou est susceptible de réduire sensiblement la concurrence. Les remarques présentées à la section 4.3.1 relativement aux différents critères applicables aux termes et expressions « pratique », « fournisseur important » et « réduction sensible de la concurrence » sont tout aussi pertinentes dans ce contexte.

Parmi les moyens de défense qui s'offrent à l'intimé, mentionnons ceux que prévoit le paragraphe 77(4); en vertu de cette disposition, le Tribunal ne rend pas l'ordonnance :

... lorsque, à son avis :

...

b) les ventes liées qui sont pratiquées sont raisonnables compte tenu de la connexité technologique existant entre les produits qu'elles visent;

c) les ventes liées que pratique une personne exploitant une entreprise de prêt d'argent ont pour objet de mieux garantir le remboursement des prêts qu'elle consent et sont raisonnablement nécessaires à cette fin...

Outre les moyens de défense fondés sur la « connexité technologique » et la garantie du « remboursement des prêts », l'intimé peut également invoquer l'affiliation des parties à l'entente de VL, qui est décrite à la section 4.3.1.

Il existe peu de précédents en matière de ventes liées. Même si, dans l'affaire *NutraSweet*, le directeur des enquêtes et recherches a soutenu que les ventes liées comptaient parmi les diverses pratiques anticoncurrentielles reprochées à l'intimé, le Tribunal de la concurrence a refusé de se prononcer à cet égard.

La décision rendue par la CPRC dans *Directeur des enquêtes et recherches c. BBM Bureau of Broadcast Measurement (1981)* illustre dans quelles circonstances il peut être justifié d'intenter un recours contre la personne qui effectue des ventes liées. En raison du barème de prix établi par BBM, la vente des données sur les téléspectateurs était en réalité liée à celle des données sur l'auditoire radiophonique. En effet, si chaque ensemble de données était vendu séparément, le prix était relativement élevé; par contre, le client pouvait obtenir les deux ensembles moyennant un léger supplément. Par exemple, un annonceur qui avait acheté pour plus de 25 000 000 \$ de temps d'antenne devait déboursier 17 785 \$ pour obtenir les données sur la radio ou la télévision. Cependant, s'il achetait les deux ensembles de données, le prix passait à 18 460 \$ (soit seulement 675 \$ de plus). Étant le seul fournisseur de données locales et nationales sur les téléspectateurs et les auditeurs, BBM était en position de force pour desservir les annonceurs et les autres acheteurs. En outre, cette société détenait 85 % du marché canadien des données sur les téléspectateurs. Neilson, son seul concurrent, diffusait uniquement des données sur la

télévision. Pour les clients qui désiraient obtenir des statistiques sur les deux médias, il était nettement plus avantageux de faire appel à BBM, même si les données de Neilson étaient offertes à meilleur prix. L'intimé était sans contredit un « fournisseur important » aux termes de l'article 77. Par conséquent, l'incidence de l'entente de ventes liées sur la concurrence constituait le principal enjeu. La CPRC a donné raison au directeur, estimant que le barème de prix avait pour effet de faire obstacle à l'essor du rival de l'intimé dans le marché des données sur les téléspectateurs et, par conséquent, de réduire sensiblement la concurrence. Le tribunal a rendu une ordonnance d'interdiction détaillée visant le barème de prix de BBM.

4.4.2 Les VL aux États-Unis

Dans *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*⁷⁵ (p. 12), la Cour suprême des États-Unis a indiqué ce qui suit :

... fondamentalement, une entente de ventes liées est illégale lorsque le vendeur tire parti du contrôle qu'il exerce sur le produit clef pour obliger l'acheteur à acquérir un produit, le produit secondaire, qu'il ne veut pas acheter ou qu'il se serait procuré ailleurs, à d'autres conditions.

Les ventes liées peuvent violer l'article 1 de la SA, l'article 5 de la FTCA et l'article 3 de la CLA. Le libellé de ces dispositions est reproduit dans d'autres sections du présent document. Cette pratique peut être jugée en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque ou de la règle du bon sens. Toutefois, dans le cas des poursuites intentées en vertu de l'article 3 de la CLA, seule la règle du bon sens est appliquée, car le demandeur doit démontrer que la pratique « peut réduire sensiblement la concurrence ». Les caractéristiques fondamentales de chaque méthode sont décrites ci-dessous.

a) Illégalité intrinsèque

Depuis 1947, la Cour suprême a soutenu que les ententes de ventes liées étaient intrinsèquement illégales dans des cas bien précis. En 1984, elle a maintenu cette position dans l'affaire *Jefferson Parish*, même si à cette occasion, les juges ont conclu unanimement que l'entente de ventes liées qui était au coeur du litige était légale. Voici les éléments qui doivent être réunis pour que les ventes liées soient jugées intrinsèquement illégales :

- i) il y a deux produits ou services distincts;

⁷⁵ 466 U.S. 2, 104 S. Ct. 1551 (1984).

- ii) la vente d'un des produits est conditionnelle à l'achat de l'autre produit;
- iii) le vendeur exerce un pouvoir sur le marché du produit clef; et
- iv) les concurrents n'ont pas accès à une part non négligeable du marché du produit secondaire.

Par ailleurs, certains tribunaux exigent une preuve de l'effet anticoncurrentiel de la pratique sur le marché du produit secondaire, ainsi que des dommages subis. Cette exigence, qui a été contestée, est examinée ci-dessous.

i) Deux produits ou services distincts

Pour que l'entente de ventes liées soit jugée illégale, deux produits distincts doivent être en cause : le produit clef et le produit secondaire. En apparence, il est facile de déterminer si l'on est en présence de deux produits distincts. Toutefois, il est parfois difficile de trancher la question. La Cour suprême a été confrontée à une telle difficulté dans plusieurs affaires.

Par exemple, dans l'affaire *Jefferson Parish*, la Cour suprême a soutenu que les services d'anesthésie étaient distincts des autres services hospitaliers. S'il a tenu compte de diverses preuves circonstanciées à l'appui de sa conclusion, le tribunal s'est attardé surtout à la nature de la demande du consommateur plutôt qu'à la relation fonctionnelle existant entre les deux services⁷⁶.

Dans *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*⁷⁷, les demandeurs prétendaient que Kodak avait illégalement lié les ventes de pièces et le service. Kodak a fait valoir que, comme la demande de pièces ne peut être dissociée de la demande de service, il ne peut y avoir de marchés distincts pour le service et les pièces. Le tribunal a rejeté cet argument, observant que les preuves versées au dossier démontraient que le service et les pièces avaient été et étaient toujours fournis séparément aux propriétaires de magasin libre-service.

⁷⁶ Dans l'affaire *Jefferson Parish*, la Cour suprême des États-Unis a établi qu'un contrat conclu par le Jefferson Parish Hospital, qui obligeait les patients à utiliser exclusivement les services d'un groupe d'anesthésistes, ne constituait pas une entente illégale de ventes liées; en recevant des services médicaux dans cet établissement, par exemple une intervention chirurgicale, les patients devaient acheter un produit secondaire (l'anesthésie). On a soutenu que les consommateurs pouvaient acheter chaque produit dans un marché concurrentiel et que les fournisseurs concurrents étaient libres de vendre les produits en bloc ou séparément.

⁷⁷ 112 S. Ct. 2072 (1992).

ii) Vente d'un produit conditionnelle à la vente d'un autre produit

Lorsque le vendeur exige que la vente d'un produit (le produit clef) soit conditionnelle à la vente d'un autre produit (le produit secondaire), l'entente peut être jugée illégale. La formulation d'une telle exigence dans une clause du contrat peut suffire pour conclure à l'illégalité de la pratique, même si le vendeur ne contraint pas l'acheteur à acquérir le produit secondaire. Cependant, cette interprétation est moins claire depuis l'arrêt *Jefferson Parish* : la Cour suprême a soutenu (p. 27) que « l'entente de ventes liées doit être condamnée uniquement si elle restreint la concurrence en imposant un achat qui, autrement, n'aurait pas été effectué ».

En l'absence d'une clause contractuelle stipulant que la vente du produit est conditionnelle à la vente d'un autre produit, le demandeur doit démontrer qu'il a été contraint à acheter les deux produits; il ne suffit pas de prouver que le vendeur s'est montré très persuasif. Donc, ce dernier ne peut être responsable s'il offre chacun des produits prétendument liés à des prix raisonnables, même si l'achat groupé de deux produits donne droit à un rabais. Cependant, lorsque le prix de chaque produit vendu séparément est si élevé que l'acheteur est contraint d'opter pour l'achat groupé à prix réduit, l'entente de ventes liées peut être jugée illégale.

D'après la jurisprudence, on peut se demander si l'acheteur éventuel qui refuse de se porter acquéreur des deux produits peut se faire dédommager relativement à l'entente de ventes liées prétendument illégale. Si aucun acheteur n'est partie à l'entente, l'exigence de l'article 1 de la SA et de l'article 3 de la CLA quant à l'action concertée n'est pas satisfaite. Bien que la plupart des tribunaux sont d'avis qu'il y a une action concertée lorsqu'un vendeur oblige un acheteur à conclure une entente de ventes liées, les juges du dixième circuit ont soutenu qu'il n'y a pas d'action concertée si le vendeur impose unilatéralement l'arrangement à l'acheteur.

Les tribunaux semblent convenir que, aux termes de l'article 3 de la CLA, le demandeur doit acheter ou louer les produits secondaires. Cependant, les avis sont partagés quant à l'article 1 de la SA. Certains tribunaux ont indiqué que le demandeur (le client) qui refuse de conclure une telle entente peut néanmoins prouver l'action concertée prévue à l'article 1 de la SA en démontrant que le défendeur a contraint d'autres personnes à parapher l'entente; d'autres tribunaux ont soutenu que le demandeur (le client) doit avoir été forcé d'acheter le produit clef et le produit secondaire du vendeur pour contester l'entente en vertu de l'article 1 de la SA. Toutefois, lorsque le demandeur est un concurrent du vendeur, il n'est pas nécessaire qu'il ait acheté un produit pour contester

l'arrangement; il suffit qu'il démontre que le vendeur a contraint d'autres personnes à acheter les deux produits.

iii) Pouvoir exercé par le vendeur sur le marché du produit clef

Jusqu'en 1958, la Cour suprême était d'avis qu'une entente de ventes liées pouvait être intrinsèquement illégale uniquement si le vendeur exerçait un pouvoir monopolistique sur le marché du produit secondaire. Toutefois, dans *Northern Pacific Railway v. United States*⁷⁸, le tribunal a conclu que cette pratique pouvait être intrinsèquement illégale même en l'absence d'un pouvoir monopolistique sur le marché du produit clef, dans la mesure où, grâce à son pouvoir économique, le vendeur est en mesure de restreindre considérablement la concurrence dans le marché du produit secondaire. La Cour suprême a laissé entendre que l'existence même d'une série d'ententes de ventes liées pouvait, en soi, être une preuve probante du grand pouvoir du défendeur lorsque l'on n'a fourni aucune autre explication pour justifier les restrictions.

La Cour suprême est allée plus loin dans *United States v. Loew's Inc.*⁷⁹, en indiquant que le pouvoir économique pouvait être inféré de l'attrait présenté par le produit clef pour le consommateur ou du caractère exceptionnel de ses attributs. Le tribunal a également soutenu (p. 45) que « on peut présumer que le pouvoir économique requis est exercé lorsque le produit clef est protégé par un brevet ou des droits d'auteur ».

La question du pouvoir économique a également été abordée dans les affaires *Fortner I (United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises)*⁸⁰ et *Fortner II*⁸¹. L'entreprise défenderesse avait prêté 2 000 000 \$ US au demandeur aux fins de l'acquisition et de l'aménagement de terrains, à la condition qu'il achète des maisons préfabriquées d'une société affiliée. Dans l'affaire *Fortner I*, la Cour suprême des États-Unis a annulé le jugement sommaire en faveur du défendeur, affirmant que « le créancier peut offrir des conditions exceptionnellement avantageuses parce qu'il jouit d'avantages économiques uniques ». Toutefois, le tribunal a fait valoir que, pour le demandeur, il ne suffisait pas de démontrer que le prêt était exceptionnel; le pouvoir économique doit être inféré du caractère exceptionnel du produit clef uniquement lorsque, au chapitre des coûts, le

⁷⁸ 356 U.S. 1, 78 S. Ct. 514 (1958).

⁷⁹ 371 U.S. 38, 83 S. Ct. 97 (1962).

⁸⁰ 394 U.S. 495, 89 S. Ct. 1252 (1969).

⁸¹ 429 U.S. 610, 97 S. Ct. 861 (1977).

vendeur détient un avantage sur ses concurrents ou lorsque ceux-ci ne peuvent offrir un produit concurrentiel en raison d'obstacles juridiques ou physiques.

Dans l'affaire *Fortner II*, la Cour suprême a infirmé le jugement en faveur du demandeur, estimant que le pouvoir économique exercé par le défendeur sur le marché du produit clef n'était pas suffisant pour conclure à la responsabilité intrinsèque. Le tribunal a tenu à préciser que, fondamentalement, il s'agissait de déterminer si, dans le marché du produit clef, le vendeur avait le pouvoir de hausser les prix ou d'imposer aux acheteurs des conditions très contraignantes qui n'auraient pu être exigées dans un marché de libre concurrence. Dans cette affaire, rien ne prouvait que les obstacles juridiques ou physiques à la concurrence conféraient un caractère exceptionnel au prêt du défendeur. En outre, le demandeur n'a pas démontré que le défendeur détenait un avantage en matière de coûts relativement à sa proposition de crédit. Aucun des critères établis par l'affaire *Fortner I* n'avait été satisfait. Par conséquent, le défendeur n'exerçait pas assez de pouvoir économique sur le marché du produit clef, même si sa proposition de crédit était plus attrayante que d'autres prêts.

D'autre part, l'arrêt *Fortner II* a également établi une distinction à l'égard de l'arrêt *Northern Pacific*. Si, dans l'arrêt *Northern*, elle avait indiqué que la série d'ententes de ventes liées permettait de conclure à la responsabilité intrinsèque, dans l'arrêt *Fortner II*, la Cour suprême a précisé que le pouvoir économique ne pouvait être inféré uniquement du fait qu'un certain nombre d'acheteurs ont paraphé l'entente de ventes liées. Le tribunal a souligné que l'arrêt *Northern* suppose qu'il n'y a pas d'autre moyen d'expliquer pourquoi les acheteurs sont disposés à accepter la proposition. Toutefois, l'entente de ventes liées présentée dans l'affaire *Fortner II* pouvait être interprétée comme une forme de concurrence par le prix exercée dans le marché du produit secondaire.

La jurisprudence laisse entendre que trois méthodes peuvent permettre de déterminer si un pouvoir économique est exercé sur le marché du produit clef. Le demandeur peut tenter de prouver :

- i) que le défendeur détient une part de marché suffisante pour obliger les acheteurs à acquérir le produit secondaire;
- ii) que, dans une forte proportion, les clients du vendeur ont accepté l'entente de ventes liées, et ce, sans raison valable; ou
- iii) que le défendeur détient un avantage sur ses concurrents grâce aux caractéristiques particulières du produit clef ou aux obstacles juridiques à l'accès au marché, par exemple une marque de commerce, des droits d'auteur ou un brevet.

iv) Interdiction de l'accès à une part importante du marché du produit secondaire

L'illégalité intrinsèque suppose également qu'une part non négligeable du marché du produit secondaire est interdite à la concurrence. Dans *Fortner I*, la Cour suprême a fait valoir que, en général, il importait, non pas de déterminer le pourcentage représenté par la part de marché qui est interdite, mais plutôt de s'assurer que le montant qui échappe à la concurrence n'est pas « simplement minimale ». En outre, le tribunal a analysé l'ensemble des ventes du produit secondaire réalisées par le défendeur grâce à la pratique contestée, plutôt que de tenir compte uniquement des ventes au demandeur; il a conclu que, même en se fondant seulement sur les ventes au demandeur, le tribunal inférieur avait eu tort de croire que les 200 000 \$ US de ventes au demandeur représentaient un montant dérisoire ou négligeable. De toute façon, le chiffre d'affaires annuel qui échappait à la concurrence en raison des pratiques du défendeur était supérieur 2 000 000 \$ US.

Dans les affaires subséquentes, si certaines tribunaux ont soutenu que la somme de 10 000 \$ US était suffisante pour que ce critère soit respecté, d'autres ont conclu qu'un montant supérieur à cette somme ne représentait pas une part assez importante du marché du produit secondaire. De plus, s'il n'y a pas de concurrents dans ce marché, il n'y a forcément pas d'entrave à la concurrence ni, par conséquent, d'infraction à la loi.

v) Effet anticoncurrentiel sur le marché du produit secondaire

Certains tribunaux exigent que le demandeur prouve que la pratique a eu un effet anticoncurrentiel sur le marché du produit secondaire. Lorsque l'on cherche à établir la responsabilité intrinsèque, cette exigence peut minimiser l'utilité de la règle de l'illégalité intrinsèque; toutefois, la Cour suprême a reconnu que, pour juger les ventes liées en vertu de cette règle, il peut être nécessaire d'analyser en profondeur la situation du marché avant que les preuves obtenues ne justifient une présomption d'effet anticoncurrentiel.

b) Les ventes liées illégales et la règle du bon sens

D'un point de vue juridique, un arrangement peut être autorisé en vertu de la règle de l'illégalité intrinsèque et être jugé illicite suivant la règle du bon sens. Par exemple, dans *Fortner I*, la Cour suprême a souligné que, même si le demandeur ne réunit pas les éléments de l'illégalité intrinsèque, il peut faire valoir le bien-fondé de son recours s'il peut prouver, à la lumière d'une analyse plus détaillée des effets de la pratique contestée sur la concurrence, que les règles générales de la SA ont été transgressées.

Cependant, dans les faits, comme il faut examiner avec minutie la situation du marché pour évaluer l'entente de ventes liées selon la règle de l'illégalité intrinsèque, il est peu probable qu'un arrangement qui n'est pas intrinsèquement illégal viole la règle du bon sens. En effet, il semble qu'aucun tribunal n'ait déclaré qu'une entente de ventes liées était intrinsèquement légale mais contraire à la règle du bon sens. Par contre, les tribunaux inférieurs ont, à plusieurs reprises, jugé les ententes de ventes liées en vertu de la règle du bon sens. Certains ont conclu à l'illégalité de la pratique en vertu de la règle du bon sens sans trancher la question de la responsabilité intrinsèque, alors que d'autres ont conclu que diverses ententes de ventes liées n'étaient ni intrinsèquement illégales, ni contraires à la règle du bon sens.

c) Moyens de défense

i) *Protection de l'achalandage ou de la marque de commerce*

Reconnaissant qu'un vendeur peut avoir besoin de protéger son achalandage ou sa marque de commerce, les tribunaux ont parfois accepté que le défendeur justifie le recours à la pratique aux fins de la survie de l'entreprise. Dans la décision rendue dans *Kentucky Fried Chicken Corp. v. Diversified Packaging Corp.*⁸², les juges du cinquième circuit ont expliqué pourquoi ce moyen de défense était admis lorsque, autrement, les ventes liées seraient jugées intrinsèquement illégales :

Contrairement à ce qui se produit dans une affaire type de ventes liées, la réussite du franchiseur peut, dans une large mesure, être tributaire de celle de la victime des ventes liées, le franchisé. Ce n'est que s'il arrive à se tailler une bonne réputation auprès des consommateurs que le franchiseur connaîtra du succès; or, sa réputation repose en grande en partie sur les résultats du franchisé.

Cependant, comme l'a soutenu la Cour suprême dans *Standard Oil Co. v. United States*⁸³, ce moyen de défense est restreint :

Aux fins de la protection de l'achalandage, le recours aux ventes liées peut être justifié uniquement si les caractéristiques du produit sont tellement complexes qu'il serait impossible de fournir un produit de remplacement.

⁸² 549 F.2d 368 (1977).

⁸³ 337 U.S. 293, 306, 69 S. Ct. 1051 (1949).

Dans *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*⁸⁴, la Cour suprême a infirmé le jugement sommaire en faveur de Kodak. Le tribunal a examiné, entre autres, trois justifications présentées par Kodak relativement à sa décision de vendre les pièces de ses photocopieurs uniquement aux acheteurs qui faisaient appel à Kodak pour les réparations ou les effectuaient eux-mêmes. La Cour suprême a indiqué que les deux moyens de défense fondés sur la survie de l'entreprise, plus précisément sur le maintien de la qualité du service et sur la réduction des frais de stockage afin d'améliorer la gestion de l'actif, nécessitaient une conclusion de fait et, par conséquent, un procès sur le fond du litige. En outre, le tribunal a rejeté sur un point de droit l'interprétation du resquillage avancée par Kodak (p. 2092) :

Kodak prétend que ses politiques empêchent les commerçants indépendants de tirer parti des investissements qu'elle a effectués au chapitre du développement des produits, de la fabrication et des ventes de matériel et ainsi de gruger une part des revenus tirés des réparations... Kodak ne conteste pas que les défendeurs investissent massivement dans le marché des réparations, notamment dans la formation du personnel et les stocks de pièces. Cette société soutient plutôt que les commerçants indépendants font du resquillage, du fait qu'ils n'ont pas fait leur entrée sur le marché des pièces et le marché du matériel. Dans la jurisprudence américaine, rien ne vient corroborer cette interprétation du resquillage. Au contraire, comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, le fait d'exiger que les éventuels nouveaux arrivants percent simultanément les deux marchés, ce qui constitue une entrave à la concurrence, compte parmi les pratiques funestes qui sont proscrites par la législation antitrust.

Dans *Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft and Mercedes-Benz of North America, Inc.*⁸⁵, en appel d'un jugement d'une cour de district, le tribunal d'appel a confirmé le verdict du jury, soit que Mercedes-Benz avait enfreint la loi en liant la vente de pièces de voiture au contrat de distribution. Le tribunal a rejeté l'argument voulant que l'entente de ventes liées était nécessaire aux fins de la survie de l'entreprise. Le défendeur soutenait notamment qu'il était essentiel que les concessionnaires utilisent ses pièces de rechange afin qu'il puisse protéger l'achalandage, surveiller le comportement des concessionnaires et répondre aux attentes du client quant à l'obtention de pièces d'origine. Le tribunal a rejeté ce moyen de défense, car rien ne prouvait qu'aucun autre moyen ne s'offrait au fabricant pour assurer la qualité; par exemple, il aurait pu communiquer les spécifications des pièces aux concessionnaires.

⁸⁴ 112 S. Ct.2072 (1992).

⁸⁵ 1987, *Trade Cases* 67,697.

ii) Nouvelle branche d'activité

Le fait que la branche d'activité soit nouvelle a déjà constitué un moyen de défense. Dans *United States v. Jerrold Electronics Corp.*⁸⁶, le tribunal a admis que les services de génie puissent être liés à la vente de matériel sophistiqué destiné à la télévision communautaire, du fait que la télévision communautaire en était encore à ses débuts et qu'aucune autre entreprise n'avait la compétence pour assurer l'entretien du matériel du défendeur. Cela s'explique tout simplement du fait que le demandeur ne pouvait pas prouver que des dommages avaient été causés, comme le client ne pouvait pas se procurer le produit secondaire auprès d'une autre entreprise. Quoiqu'il en soit, dès que la branche d'activité a atteint son plein développement, ce moyen de défense ne peut plus être invoqué.

d) Variante de ventes liées : désignation de tiers à titre de sources d'approvisionnement

Il n'est pas rare que des franchiseurs spécialisés dans une gamme de produits restreinte se tournent vers un tiers aux fins de la production ou de la fabrication de biens. Cela nous amène à nous demander si le franchiseur peut obliger les franchisés à s'approvisionner uniquement auprès des tiers qu'il a désignés. Une telle situation est des plus fréquentes dans le secteur de la restauration rapide. On a jugé que l'imposition des fournisseurs ne constituait pas une entente de ventes liées lorsque rien ne prouvait que le franchiseur avait contraint ou obligé d'une autre façon les franchisés à acheter ses produits ou ceux d'un fournisseur avec lequel il est associé financièrement. On a donc conclu à l'illégalité de l'entente de ventes liées lorsque l'on a prouvé qu'il y avait eu contrainte, que le seul fournisseur autorisé était affilié au franchiseur, ou que le fournisseur accordait au franchiseur un rabais proportionnel aux ventes aux franchisés.

4.4.3 Les VL au Japon

La CPCL a désigné les ventes liées à titre de pratique commerciale déloyale dans l'article 10 de l'avis n° 15 de 1982. Cette disposition prévoit ce qui suit à cet égard :

⁸⁶ 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), confirmé par la cour 365 U.S. 567, nouvelle audition rejetée 365 U.S. 890 (1961).

Amener injustement l'autre partie à acheter un de ses produits ou services ou ceux d'un entrepreneur qu'il a désigné en liant l'achat à la fourniture d'un autre produit ou service, ou contraindre autrement l'autre partie à entretenir une relation d'affaires avec lui ou l'entrepreneur qu'il a désigné⁸⁷.

Cette pratique a reçu la même désignation en vertu de l'article 13 :

... imposer à l'autre partie des conditions qui restreignent indûment les opérations de cette dernière avec l'autre partie ou ses autres activités commerciales.

Les lignes directrices de 1991 précisent que les ventes liées sont jugées illégales lorsque le vendeur d'un produit qui impose la condition a de l'influence sur le marché et lorsque la restriction peut faire en sorte que « les entreprises qui n'achètent pas ou qui ne sont pas en mesure d'acheter les produits de l'entreprise influente ou des concurrents de cette dernière auront moins d'occasions d'affaires et auront du mal à trouver d'autres partenaires commerciaux ». Pour déterminer si la pratique est illégale, il convient d'effectuer une analyse du marché et de la concurrence similaire à celle qui est réalisée à l'égard de la vente exclusive et des contraintes de territoire et de clientèle.

Si le vendeur est en position dominante par rapport à l'acheteur, les ventes liées peuvent violer la Loi antitrust, apparemment quelle que soit la place que le vendeur occupe sur le marché dans son ensemble. À cet égard, les lignes directrices prévoient ce qui suit :

Une des parties est en position dominante par rapport à l'autre partie lorsque cette dernière est obligée d'accepter ses conditions, même si elles sont excessivement désavantageuses, du fait qu'elle souffrirait beaucoup en mettant un terme à la relation d'affaires...

Toutefois, avant de conclure qu'une des parties est en position dominante, il faut tenir compte de facteurs liés au marché, par exemple, sa position sur le marché, la mesure dans laquelle l'autre partie dépend d'elle, l'interchangeabilité des clients, l'offre et la demande du produit. Même si ces facteurs pourraient permettre une analyse classique de la concurrence et ainsi reléguer au second plan les intérêts du participant plus vulnérable, il semble que l'on puisse également leur accorder une certaine importance à des fins d'analyse.

⁸⁷ Commission des pratiques commerciales loyales du Japon, avis n° 15 de 1982, paru dans *Hiroshi Iyori et Akinori Uesugi, op. cit.*, 1983, p. 268.

Dans *Textbook*⁸⁸, la CPCL a conclu que le seul grossiste en manuels de la préfecture de Nagano avait violé la Loi antitrust en exigeant que les libraires (qui vendaient également d'autres livres) se procurent des livres ordinaires d'une valeur équivalant au moins aux deux tiers de celle des manuels qu'ils achètent et que le montant total des achats soit d'au moins 3 millions de yens par année. La CPCL est arrivée à la même conclusion dans *Farmers' Co-operative*⁸⁹ : une coopérative agricole accordait des prêts aux fermiers aux fins de la modernisation des exploitations (un prêt de l'État à un taux d'intérêt inférieur au taux du marché), sous réserve de l'achat de machines agricoles, qu'elle vendait.

D'un point de vue juridique, les ventes liées peuvent être justifiées lorsqu'il est nécessaire de jumeler des produits pour assurer la qualité ou accroître l'efficacité, par exemple afin de protéger l'image ou la marque. À l'instar des contraintes de territoire et de clientèle et de la vente exclusive, les ventes liées peuvent également être jugées légales lorsqu'elles accompagnent des droits de propriété intellectuelle. Selon les lignes directrices de la CPCL sur la réglementation des pratiques commerciales déloyales dans les contrats de licence de brevet et de savoir-faire, en principe, le concédant peut légalement obliger le concessionnaire à acheter ses intrants ou ceux d'un tiers qu'il a désigné si cela s'avère essentiel afin de conserver l'achalandage de la marque de commerce ou l'utilisation de la technologie en raison des restrictions applicables à la qualité des intrants. Cette pratique peut cependant être jugée illégale si elle n'est pas essentielle au maintien de l'achalandage ou lorsque le marché des intrants ou la liberté de choix du concessionnaire à ce chapitre est assujéti à des restrictions abusives. Donc, le Japon applique à la fois la règle de l'illégalité intrinsèque et la règle du bon sens à l'égard des ventes liées.

4.5 Ententes de franchisage vertical (EFV)

Dans une entente de franchisage, le fabricant des intrants, le franchiseur, attribue généralement aux vendeurs, les franchisés, des territoires ou des clients. Le franchiseur vend un produit, une marque de commerce, un procédé ou des services éprouvés; en retour, les franchisés le rétribuent, par exemple en lui versant des redevances. Les contrats de franchisage peuvent couvrir diverses questions, par exemple le prix des produits, la publicité, l'emplacement, le transfert du savoir-faire ou des compétences techniques, le type de point de vente, le secteur géographique, etc.

⁸⁸ Décision de la CPCL, 11 février 1964, *Shinketsusha*, 12 (1965), 100.

⁸⁹ Décision de la CPCL, 12 déc. 1963, *Shinketsushu*, 12 (1965), 39.

Certaines clauses du contrat de franchisage peuvent prévoir des restrictions : il peut s'agir de restrictions relatives aux droits de franchisage, aux redevances ou aux commissions, au prix ou à la quantité, ainsi que de contraintes de territoire ou de clientèle, de clauses de vente exclusive ou de ventes liées. D'autres types de clause peuvent imposer aux franchiseurs et aux franchisés des mesures de contrôle direct ou des obligations. Par exemple, le franchiseur peut être obligé de former le personnel de vente ou de se charger de la publicité à l'échelle nationale.

Les ententes de franchisage peuvent prendre diverses formes, allant de la structure à intégration verticale à la relation plus souple entre le fabricant et le distributeur. Il arrive que ces ententes soient assujetties aux dispositions des lois sur la concurrence qui régissent les restrictions verticales. Pour ce qui est du franchisage, la politique de concurrence ne vise pas à faire obstacle à la création de systèmes de distribution efficaces, comme ceux-ci favorisent la concurrence dans l'économie.

L'agencement des différentes clauses de restrictions verticales du contrat de franchisage exclusif peut être avantageux pour le fabricant comme pour le détaillant. En ayant l'exclusivité, le détaillant garde les autres dépositaires de la marque à distance et maintient ainsi sa marge bénéficiaire. De son côté, le franchiseur peut invoquer la marge bénéficiaire plus élevée afin d'inciter les détaillants à accroître les stocks, à faire de la promotion de premier ordre et à assurer des services d'entretien et de réparation.

Afin d'évaluer les effets des restrictions des ententes de franchisage sur l'efficacité économique en général, il importe de tenir compte de certains facteurs. Premièrement, dans la mesure où le franchiseur, par exemple McDonald, transfère son savoir-faire à ses franchisés, les bénéfices que procure l'entente de franchisage devraient se traduire par de nouveaux investissements dans le savoir-faire. Deuxièmement, lorsque les bénéfices réalisés dans le cadre d'une entente de franchisage augmentent, de nouvelles marques et de nouveaux détaillants sont susceptibles de faire leur entrée sur le marché avec le temps.

Troisièmement, la mise en place d'un système de franchise peut réduire la concurrence entre les détaillants et accroître le risque de cartellisation. Toutefois, le système de franchise est susceptible d'être en concurrence avec d'autres marques et d'autres systèmes de franchise; d'autres systèmes de distribution peuvent par ailleurs empêcher qu'un système de franchise ait la mainmise sur le marché. Par exemple, le système de franchise de McDonald rivalise avec d'autres systèmes de franchise, comme Harvey's, Burger King, Wendy's et A&W, pour obtenir la faveur des consommateurs. Or, si le système de franchise est ou risque d'être en concurrence avec d'autres marques et détaillants, il est peu probable que les restrictions verticales prévues au contrat de

franchisage réduisent l'efficacité économique. À l'échelle du fabricant et du détaillant, une vive concurrence assure l'efficacité de la production et de la distribution.

Bref, comme tous les types de clause que l'on trouve dans les ententes de franchisage peuvent favoriser ou réduire la concurrence, on ne peut présumer qu'ils ont toujours un effet bénéfique ou néfaste sur l'efficacité économique. Le franchisage peut s'avérer efficace à l'égard de certains types de produits et services. Les facteurs suivants sont pertinents aux fins de l'évaluation de chaque cas⁹⁰ :

- le degré de concurrence en amont et en aval;
- la maturité du marché;
- l'existence d'obstacles à l'accès au marché;
- la transmission du savoir-faire;
- le contexte informationnel et le partage des risques.

Voici certaines des conséquences que cela entraîne au chapitre de l'élaboration de la politique de concurrence relativement au franchisage.

- Premièrement, il conviendrait d'effectuer une analyse économique de différentes ententes de franchisage afin d'évaluer l'incidence de certaines clauses sur l'efficacité.
- Deuxièmement, pour déterminer si une restriction inhérente à une entente de franchisage entrave ou accroît la concurrence, il importe de tenir compte de la structure du marché, des conditions d'entrée, du degré de concentration et de la dynamique éventuelle du marché.
- Troisièmement, la délimitation du marché s'avère importante si l'on veut mesurer les effets des clauses de l'entente de franchisage sur l'efficacité économique.

En résumé, aux fins de l'analyse des ententes de franchisage vertical, chaque clause doit être évaluée séparément; par conséquent, l'utilisation de la règle du bon sens constitue la politique de concurrence appropriée à l'endroit des ententes de franchisage.

Le degré de contrôle exercé par le franchiseur sur la conduite des affaires du franchisé constitue l'élément essentiel de l'entente de franchisage. Pour le franchiseur,

⁹⁰ OCDE, *Politique de la concurrence et restrictions verticales : les accords de franchise*, Paris, 1994, chapitre 2.

c'est précisément grâce à ce contrôle qu'un tel arrangement est avantageux. En effet, lorsque des droits de propriété intellectuelle sont exercés, il est parfois nécessaire de prendre des mesures de contrôle adéquates afin de maintenir la protection assurée par ces droits. Nombre des mesures de contrôle inhérentes au système de franchise peuvent cependant violer les lois sur la concurrence. Toutefois, une distinction s'impose à cet égard : alors que ces lois renferment des dispositions bien précises relativement à la vente à prix imposé, aux ventes liées et aux autres pratiques, la nature même du franchisage n'est pas forcément en jeu; c'est plutôt un aspect d'une entente de franchisage donnée qui pourrait être contesté dans certaines circonstances. Il en est ainsi, non seulement pour les restrictions verticales, mais également pour toute la gamme des pratiques interdites en vertu de la législation sur la concurrence. Donc, si, après examen de l'entente de franchisage, il détermine que tous les éléments d'une infraction donnée sont réunis et qu'aucun des moyens de défense ne peut être invoqué, le tribunal reconnaîtra l'accusé responsable en vertu de la législation antitrust. Ce principe est observé en vertu des lois sur la concurrence des trois pays étudiés dans le présent document. Par exemple, aux États-Unis, le franchiseur qui tente d'imposer aux franchisés le prix de revente de ses produits enfreint intrinsèquement la *Sherman Act* (il s'agit alors d'une entente de VPI). S'il peut proposer ou recommander un prix, le franchiseur ne peut pas contraindre le franchisé à suivre ses directives.

Par ailleurs, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle constitue l'une des caractéristiques fondamentales de l'entente de franchisage. La relation entre les lois sur la propriété intellectuelle et les lois sur la concurrence a fait l'objet de discussions critiques sur plusieurs tribunes et est au coeur de la version préliminaire des lignes directrices émises par le département de la Justice des États-Unis, ainsi que des lignes directrices de la CPCL du Japon sur la réglementation des pratiques commerciales déloyales dans les contrats de licence de brevet et de savoir-faire. Toutefois, faute d'espace (et de temps), nous ne pouvions, dans le cadre du présent document, analyser cette question dans l'optique de la formulation des politiques. Nous avons dû nous contenter de mentionner, à l'occasion, le moyen de défense fondé sur la propriété intellectuelle, ce qui pourrait être le point de départ d'autres travaux de recherche.

5. Sommaire des dispositions législatives applicables aux restrictions verticales

L'orientation suivie à l'égard des relations verticales compte parmi les aspects les plus controversés de la politique de concurrence. Suivant une thèse souvent associée à l'École de Chicago, les restrictions verticales devraient être intrinsèquement légales. Par contre, les tenants d'une autre opinion, fréquemment associée à l'École de Harvard celle-

là, se sont montrés plus critiques à l'endroit des restrictions verticales, notamment de la *vente à prix imposé* (VPI).

La plupart des pays, le Canada et les États-Unis, par exemple, jugent intrinsèquement illégale la *vente à prix imposé* et appliquent, en partie ou intégralement, la règle du bon sens à l'égard d'autres restrictions verticales telles que les *ventes liées* (VL), la *vente exclusive* (VE) et les *contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle* (CETC), ainsi que de certaines ententes de franchisage vertical (EFV). La section 4 examine en détail ces pratiques et l'annexe I donne un bref aperçu des exemptions prévues par les trois pays. Nos conclusions sont résumées ci-dessous.

Vente à prix imposé

La vente à prix imposé (VPI) est, à toutes fins pratiques, illégale dans la plupart des pays. Partout dans le monde, les administrations publiques considèrent avec la plus grande méfiance les restrictions verticales liées au prix. Les fabricants ont très peu de latitude quant à l'imposition du prix; seulement quelques mesures, par exemple la présentation de listes de prix proposés, sont autorisées. On se montre un peu plus tolérant à l'égard des restrictions qui ne sont pas liées au prix.

Pour analyser l'effet du contrôle vertical des prix sur l'efficacité économique au Canada et aux États-Unis, il importe de se pencher sur deux grandes questions relatives aux politiques.

Premièrement, il convient d'établir une distinction entre les restrictions verticales liées au prix et celles qui ne sont pas liées au prix. La Cour suprême des États-Unis s'est intéressée à trois types d'effet sur l'efficacité économique : i) les contrôles verticaux qui ne sont pas liés au prix peuvent accroître l'efficacité des réseaux de distribution et de vente au détail; ii) les restrictions verticales non liées au prix peuvent faciliter l'arrivée de nouveaux participants et augmenter la concurrence intermarques à long terme; iii) les restrictions verticales liées au prix sont plus susceptibles de réduire la concurrence intermarques.

Deuxièmement, le plancher de prix ou le prix de revente minimal et le plafond de prix ou le prix de revente maximal n'ont pas la même incidence au plan économique. Aux États-Unis, les mécanismes de fixation de plafonds de prix (et de planchers de prix) sont intrinsèquement illégaux, comme tous les autres genres de restriction sur les prix. En revanche, le Canada est plus permissif à l'égard du plafond de prix. Au Canada, les lois

sur la concurrence n'interdisent que les restrictions qui empêchent les prix de diminuer ou les font augmenter.

Au Japon, en raison d'un certain flottement dans l'interprétation des dispositions législatives, les critères relatifs à la « restriction abusive du commerce » ne peuvent être employés. La VPI est donc assujettie au critère relatif à la « pratique commerciale déloyale » en vertu de la Loi antitrust et est désignée à ce titre par la commission des pratiques commerciales loyales du Japon (CPCL). Toutefois, le texte législatif laisse entendre qu'une règle similaire à la règle du bon sens semble prévaloir; en effet, lorsqu'il s'avère que la pratique n'entrave pas la « libre concurrence » et est raisonnable, on ne peut pas conclure à la responsabilité en vertu de la législation antitrust. Parmi les trois pays examinés dans le présent document, le Japon est le seul où plusieurs produits ont été expressément exonérés de l'application des dispositions sur la VPI. La liste de ces produits figure à l'annexe I.

Contraintes verticales d'exclusivité de territoire et de clientèle

Les contraintes d'exclusivité de territoire et de clientèle (CETC) sont souvent acceptables aux termes des lois sur la concurrence que nous avons examinées, à condition de ne pas avoir d'effets négatifs sur la concurrence. La jurisprudence américaine démontre qu'elles sont généralement acceptées. Dans *Continental TV v. GTE Sylvania*, la Cour suprême des États-Unis a déterminé qu'il fallait juger les CETC selon la règle du bon sens au lieu de les considérer intrinsèquement illégales, comme ce fut le cas dans *Schwinn*. Le tribunal a également fait valoir que la règle de l'illégalité intrinsèque peut avoir des effets néfastes sur les petites et moyennes entreprises.

Au Japon, on considère que les CETC peuvent être justifiées si elles favorisent la concurrence *intermarques* (par exemple, sur le marché de l'automobile, entre Toyota, Honda, Mazda et Mitsubishi) ou si elles aident les nouveaux arrivants ou les détaillants chancelants à devenir concurrentiels. Cependant, les CETC violent la Loi antitrust : i) si la restriction est imposée par un fabricant « influent »; ii) si la restriction a pour effet d'imposer le prix du produit fourni par le fabricant.

Vente exclusive

Au Canada, la Loi sur la concurrence autorise la vente exclusive (VE) pendant une période raisonnable, lorsque cet arrangement vise principalement à faciliter l'arrivée d'une nouvelle entreprise ou la commercialisation d'un nouveau produit. Dans la décision *Bombardier*, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (CPRC), qui a été

remplacée par le Tribunal de la concurrence, a proposé un cadre d'analyse qui tenait compte de la part de marché de Bombardier, de sa stabilité financière, des innovations qu'elle avait à son actif, de la variation de sa part de marché par rapport à celle des concurrents, de la possibilité pour les autres fabricants de trouver des distributeurs, du choix offert aux consommateurs des régions éloignées, etc.

Habituellement, les pratiques de vente exclusive (VE) sont aussi jugées selon la règle du bon sens aux États-Unis. Suivant les lois américaines, la présence ou l'absence de vendeurs dominants qui interdisent l'accès à une importante part du marché semble être le facteur décisif. Bien que la jurisprudence américaine sur la VE suive d'assez près la méthode de l'illégalité intrinsèque, une solution de rechange fondée sur la règle du bon sens a pris une importance croissante au cours des dernières décennies.

Au Japon, la VE est considérée comme une pratique commerciale déloyale et est par conséquent interdite en vertu de la Loi antitrust. Les facteurs pertinents sont analysés individuellement. Le fabricant, tout particulièrement s'il est « influent », se livre à une pratique commerciale déloyale en imposant aux vendeurs des contraintes quant aux produits qu'ils commercialisent ou en faisant en sorte que les nouveaux arrivants ou les concurrents aient du mal à trouver d'autres circuits de distribution. Tout comme au Canada et aux États-Unis, l'interdiction de l'accès au marché s'avère la question fondamentale.

Ventes liées

Selon les circonstances, les ventes liées (VL) peuvent être néfastes ou bénéfiques. Dans la plupart des pays, la législation sur la concurrence permet d'appliquer avec souplesse la règle du bon sens à l'endroit des VL.

Les États-Unis constituent une exception importante à cet égard. En effet, cette pratique est jugée intrinsèquement illégale dans ce pays. Néanmoins, des analyses de marché très poussées sont nécessaires, et un certain nombre de conditions doivent être remplies pour que la règle de l'illégalité intrinsèque puisse être appliquée. Les tribunaux se sont surtout attardés au pouvoir exercé par le vendeur sur le marché du produit clef, à l'interdiction de l'accès à une importante part du marché du produit secondaire, ainsi qu'à l'effet anticoncurrentiel de la pratique sur le marché du produit secondaire.

Au Canada, les VL sont assujetties à la règle du bon sens. D'après la jurisprudence, on a tenté de mettre en équilibre deux arguments : d'une part, la fabrication combinée du produit clef et du produit secondaire influe sur l'efficacité; d'autre part, on invoque

l'amélioration de la qualité afin de justifier cette pratique. En outre, les précédents laissent entendre que, si la conjoncture du marché démontre que la concurrence est menacée, il convient de voir s'il existe d'autres méthodes ayant une incidence bénéfique similaire sur l'efficacité sans compromettre la concurrence. En l'absence de telles solutions de rechange, les VL sont vraisemblablement contraires à la loi.

Au Japon, la CPCL désigne les VL à titre de pratiques commerciales susceptibles d'être déloyales. Tout comme la VE et les CETC, les VL sont analysées en fonction du marché et de la concurrence. Ainsi, l'entente de VL imposée par un vendeur « influent » est illégale si elle réduit les occasions d'affaires offertes aux entreprises et aux concurrents qui ne sont pas en mesure d'acheter le produit. Toutefois, en vertu du droit japonais, les ventes liées peuvent être justifiées lorsqu'il est nécessaire de jumeler des produits pour assurer la qualité ou accroître l'efficacité.

Ententes de franchisage vertical

Les ententes de franchisage témoignent de la relation controversée qui existe entre la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Bien que, en général, ces droits débordent le cadre du présent document, l'examen des différentes restrictions a fait état de plusieurs moyens de défense qui peuvent être invoqués lorsque la restriction est imposée dans le cadre de l'exercice de droits de propriété intellectuelle.

5.1 Sommaire des exemptions des lois sur la concurrence

En raison de la rapidité de la mondialisation de l'économie, les pratiques commerciales qui étaient autrefois protégées sont désormais assujetties aux lois nationales sur la concurrence. Toutefois, le meilleur moyen d'évaluer les exemptions accordées aux arrangements verticaux dans les différents pays est de considérer toutes les autres pratiques importantes touchant la concurrence qui sont aussi exemptées des lois sur la concurrence. L'annexe 1 du présent document met en parallèle toute une gamme d'exemptions (verticales et horizontales) autorisées par les États-Unis, le Japon et le Canada.

Au Canada comme aux États-Unis, les activités qui contreviennent aux lois sur la concurrence mais résultent de l'observation de règlements imposés par le gouvernement peuvent bénéficier d'une défense. Les États-Unis comme le Japon exemptent parfois des secteurs entiers de l'application des lois sur la concurrence. Par contre, de telles exemptions sectorielles n'existent que dans trois cas au Canada. Au Canada, les exceptions concernent plus souvent des activités bien précises. Elles semblent fondées sur des

considérations de maintien de l'efficience et d'accroissement de la concurrence plutôt que sur des principes catégoriques.

La comparaison avec les exemptions accordées aux États-Unis et au Japon est frappante. Aux États-Unis, les exemptions sont nombreuses, voire plus nombreuses encore qu'au Japon. Dans l'optique de la politique en matière de commerce extérieur, l'exemption la plus manifeste est sans doute celle qui vise à maintenir la balance des paiements des États-Unis (*Safeguarding U.S. Balance of Payments Position*), laquelle est susceptible d'altérer et de restreindre les débouchés offerts aux partenaires commerciaux des États-Unis, dont le Canada. Au Japon, outre les cartels motivés par une dépression ou visant une rationalisation qui sont autorisés par la CPCL en vertu de la Loi antitrust, un certain nombre de secteurs ont été complètement exemptés.

6. Incidence sur les politiques

Nous avons divisé les questions relatives aux politiques en deux volets. Premièrement, nous verrons quel traitement la politique de concurrence devrait réserver aux restrictions verticales imposées dans les marchés nationaux, à l'heure de la libéralisation croissante des échanges commerciaux. Deuxièmement, dans le cadre des questions générales liées à l'accès aux marchés nationaux, nous évaluerons les politiques envisagées relativement au système de distribution japonais, dans la foulée des frictions commerciales entre les États-Unis et le Japon, une affaire dont le dénouement ne semble pas proche.

Dans les sous-sections 6.1 à 6.3, nous analyserons le traitement juridique des restrictions verticales présentées à la section 4, qu'elles soient liées au prix ou non, à la lumière de la théorie économique examinée à la section 3. De plus, nous présenterons des propositions aux fins de la mise en oeuvre de nos recommandations relatives à la politique de concurrence dans un système de commerce multilatéral. Dans une perspective à plus long terme, nous proposons de créer des institutions multilatérales chargées de se pencher sur les éventuels points en litige.

Enfin, nous traiterons de l'accès au marché dans l'optique des systèmes de distribution.

6.1. Recommandations relatives au traitement des pratiques verticales

D'après l'analyse économique récente des restrictions verticales, il ressort avant tout que, dans la plupart des cas, ces restrictions sont imposées par un fabricant désireux de modifier le degré de concurrence qui s'exerce par les prix par rapport au degré de concurrence fondée sur d'autres facteurs entre les détaillants. L'imposition de restrictions aux distributeurs vise à les amener à rivaliser au chapitre de la qualité. Par conséquent, nous sommes d'avis qu'il y a trop peu d'arguments pour justifier l'illégalité intrinsèque des restrictions verticales liées au prix, par exemple la vente à prix imposé, ou non liées au prix, par exemple les ventes liées et la vente exclusive. Notre raisonnement est résumé ci-dessous.

Vente à prix imposé

Devrait-on interdire la VPI? En d'autres termes, devrait-on empêcher les entreprises à intégration verticale de se faire concurrence dans les services? En général, lorsque les fabricants sont en concurrence (qu'elle découle de restrictions verticales ou non), les services et le prix sont mieux adaptés à la demande du consommateur. Un certain nombre d'analystes, entre autres Green, Mathewson et Winter⁹¹, ont soutenu que l'interdiction de

⁹¹ G. Frank Mathewson et Ralph A. Winter, « The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment », *American Economic Review*, (77) 1987 : 1057-62; Christopher Green, *Canadian Industrial Organization and Policy*, 3^e édition, Toronto : McGraw-Hill Ltd., 1990, p. 347 :

Actuellement, il faut se demander si, du point de vue économique, la règle de l'illégalité intrinsèque a fait son temps. On peut soutenir que, en effet, elle n'est plus utile et qu'une forme de règle du bon sens serait plus appropriée.

Voir également Stylianos Perrakis, *Canadian Industrial Organization*, Scarborough : Prentice-Hall Canada, 1990, p. 285 :

Les avantages de la VPI sont plus manifestes lorsque l'on peut démontrer qu'elle s'avère essentielle à l'amélioration de la qualité... Donc, en pareil cas, il serait souhaitable d'autoriser la VPI en laissant le fardeau de la preuve à l'entreprise. Cette solution présente toutefois un inconvénient : l'analyse qui incomberait au juge de première instance serait passablement ardue.

Même les ardents défenseurs de l'École de Harvard, par exemple Scherer et Ross, *op. cit.* (1990), conviennent que l'on ne peut rejeter les arguments présentés en faveur de l'utilisation de la règle du bon sens à l'égard de la VPI :

Les tenants de l'École de Chicago sont carrément dans l'erreur en affirmant qu'une VPI constituant une pratique verticale au sens strict ne peut nuire à l'efficacité économique... Sans doute que les avantages compensent presque les coûts. Cela dit, il faut se demander si les tribunaux sont en mesure de distinguer les pratiques souhaitables de celles qui sont néfastes à l'aide de la règle du bon sens, sans que les frais

la VPI n'accroît généralement pas le bien-être. L'application de la règle du bon sens à l'égard de la VPI est souhaitable. À cette fin, il faudrait que deux des trois pays étudiés dans le présent document, soit le Canada et les États-Unis, modifient la norme généralement observée (la règle de l'illégalité intrinsèque). En outre, le Japon devrait abolir sur-le-champ les exemptions prévues à l'endroit des produits énoncés à l'annexe I.

Contraintes d'exclusivité de territoire

Les contraintes d'exclusivité de territoire, comme la VPI, sont au mieux considérées comme un instrument dont se sert le fabricant afin d'arriver à un équilibre satisfaisant entre le prix et les services assurés par les détaillants. En l'absence d'un tel arrangement, les facteurs externes dissuadent les détaillants de trouver ce juste milieu. Comme le territoire est protégé, le fabricant ne peut tirer parti des dépenses irrécupérables effectuées par le détaillant. La règle du bon sens s'avère donc appropriée à l'égard des contraintes d'exclusivité de territoire.

Vente exclusive

La vente exclusive (VE), même lorsqu'il n'y a qu'un seul détaillant et qu'aucun autre fabricant ne peut avoir accès au marché, peut accroître l'efficacité. Il importe surtout que les fabricants réduisent le prix de gros afin d'inciter les détaillants à vendre leurs produits. Cette pratique peut se traduire par des prix à la consommation suffisamment bas pour compenser le choix moins vaste de produits. Tous les autres avantages que pourraient procurer la VE, par exemple si elle incite davantage les vendeurs à offrir des services, assure un meilleur contrôle aux fabricants ou permet à ces derniers de réduire les coûts de distribution, viennent étayer cet argument. La vente exclusive devrait être jugée en vertu de la règle du bon sens. Les États-Unis devront apporter des modifications à cette fin.

Ventes liées

De nombreux arguments peuvent être invoqués en faveur du recours aux ventes liées. Certains sont liés à l'accroissement de l'efficacité. Le contrat de ventes liées ne permet pas à l'entreprise d'exercer un pouvoir sur le marché. Comme ils ne réduisent pas tous le bien-être, de tels contrats ne devraient pas forcément être considérés illégaux. Dans

de justice et les taux d'erreurs ne soient trop élevés... À moins que l'on ne mise sur les plafonds de prix afin de décourager l'imposition de prix d'éviction et, par conséquent, de favoriser la collusion destinée à faire monter les prix, on voit difficilement comment la VPI pourrait réduire la concurrence ou nuire aux consommateurs. Il ne fait aucun doute que cette pratique ne devrait pas être intrinsèquement illégale.

chaque cas, il convient d'analyser avec soin les faits afin d'évaluer la pertinence de cet argument. Il serait préférable que les ventes liées soient jugées en vertu de la règle du bon sens. En pareil cas, des modifications devront être apportées aux États-Unis et au Japon.

Entente de franchisage

Les contrats de franchisage renferment des clauses qui peuvent favoriser ou réduire la concurrence, selon l'effet de ces clauses sur le marché. On ne peut pas présumer que les contrats de franchisage qui constituent des restrictions verticales ont toujours une incidence favorable ou défavorable sur la concurrence. Par conséquent, la meilleure solution consiste à analyser séparément, suivant la règle du bon sens, les ententes de franchisage qui comportent des restrictions verticales.

En résumé, l'analyse individuelle fondée sur la règle du bon sens convient mieux aux cinq principales pratiques verticales étudiées dans le présent document.

6.2 Argument en faveur de l'application de la règle du bon sens aux restrictions verticales imposées dans les marchés internationaux dynamiques

À la section 6.1, nous avons fait ressortir l'importance de la règle du bon sens quant au traitement que la politique de concurrence doit réserver aux pratiques verticales dans un système de commerce multilatéral. Nous allons maintenant voir comment la règle du bon sens influencerait sur les participants de la chaîne verticale qui sont en activité sur les marchés internationaux.

Les fabricants

L'interdiction de l'accès au marché, qui empêche l'arrivée de nouveaux concurrents à long terme, représente le principal dommage que peuvent causer les restrictions verticales. Certains considèrent que les restrictions verticales augmentent l'efficacité du fait qu'elles procurent une marge bénéficiaire élevée au fabricant comme aux détaillants. Dans les marchés internationaux, peut-on tolérer de telles marges, même si elles se traduisent souvent par des prix à la consommation plus élevés?

Comme nous l'avons vu aux sections 3 et 4, les quasi-rentes que les restrictions verticales procurent au fabricant doivent être ajoutées au rendement du capital investi dans la conception et la commercialisation de produits et de procédés. À l'ère post-industrielle, la fabrication de nombreux produits fait appel à des techniques qui reposent dans une large

mesure sur des connaissances et à une main-d'oeuvre spécialisée. Les entreprises doivent souvent engager des dépenses irrécupérables au chapitre de la recherche et du développement ainsi que de l'élaboration de produits novateurs. Les produits dont la fabrication repose en grande partie sur des compétences et des connaissances se distinguent du fait qu'ils peuvent être copiés quelques années, sinon quelques mois après leur lancement. Dans les faits, la protection que les droits de propriété intellectuelle leur assure peut être poreuse avant même l'extinction de ces droits⁹².

À défaut des entreprises nationales, les concurrents étrangers se préparent à faire leur entrée sur ces nouveaux marchés. Dans les marchés internationaux concentrés, la concurrence oligopolistique est intense. Ces rivaux contestent la quasi-rente que touche l'innovateur en sa qualité de « premier arrivant ». En théorie, il est vrai que, en vertu de l'entente de restriction verticale qu'il a conclue avec ses vendeurs, le fabricant semble s'accaparer une partie du surplus du consommateur. Toutefois, cette pratique peut être nécessaire, car elle l'incite à continuer à investir dans la recherche et le développement ainsi que dans la conception de produits novateurs; de plus, elle ne lui permet pas forcément (il est même peu probable qu'elle lui permette) d'exercer un pouvoir sur le marché à long terme. La plupart des marchés internationaux de produits sont généralement trop dynamiques pour que des obstacles de taille résistent aux concurrents féroces.

En définitive, lorsque des oligopoleurs se font une vive concurrence dans des marchés internationaux dynamiques, les restrictions verticales ne sont pas susceptibles de réduire longtemps l'efficacité, dans la mesure où le marché n'est pas dominé par quelques fabricants qui placent les détaillants sous leur coupe.

Les détaillants

La marge bénéficiaire que le vendeur obtient grâce aux restrictions verticales s'avère nécessaire afin de l'inciter à assurer le service préalable à la vente et le service après-vente aux clients. Dans les marchés des ressources et des marchandises, ces activités

⁹² Toutefois, cette analyse ne traite pas de la capacité juridique des titulaires des droits de propriété intellectuelle de se prévaloir de ces droits afin de fermer le marché aux importations dans certaines circonstances. Ces questions sont examinées, entre autres, dans R.D. Anderson, P.J. Hughes, S.D. Khosla et M.F. Ronayne, « Intellectual Property Rights and International Market Segmentation: Implications of the Exhaustion Principle », document de travail, Bureau de la politique de concurrence, Hull (Québec), octobre 1990; et dans Nancy T. Gallini, « An Economic Analysis of Grey Market Imports in Canada », document rédigé pour le Bureau de la politique de concurrence, Hull (Québec), novembre 1992.

promotionnelles ne sont habituellement pas cruciales⁹³. Pour exporter en Asie, les producteurs de blé canadiens n'ont pas à encourager un détaillant local à diffuser des réclames dans des magazines lustrés ou à la télévision. Toutefois, dans le cas des produits complexes et à forte concentration de connaissances, ou encore des produits alimentaires de transformation destinés aux marchés intermédiaires ou haut de gamme, la promotion du produit ou de la marque est indispensable. Par exemple, le fabricant étranger qui veut percer le marché japonais doit faire sentir sa présence afin de se démarquer de la multitude de concurrents. En plus de faire mousser la vente de ses produits dans les médias écrits et électroniques, il doit habituellement miser sur la promotion intérieure et sur la compétence du personnel de vente.

Pour exporter dans un marché caractérisé par une relation fabricants - détaillants de longue haleine (p. ex. le marché japonais), l'entreprise doit avoir la possibilité d'attirer les détaillants au moyen de la marge bénéficiaire afin de se constituer un réseau de distribution. Dans une société où les produits à forte concentration de connaissances abondent, le secteur des services ne cesse de croître. Pour arriver à pénétrer les marchés étrangers, il importe de consolider sa position sur le marché en misant sur la qualité du service après-vente. Ainsi, il peut être nécessaire d'imposer des restrictions verticales afin de lancer un produit et d'assurer la progression des ventes dans le marché national ou à l'étranger.

Par ailleurs, si la VPI est intrinsèquement illégale dans les marchés internationaux, le fabricant qui désire exporter ses produits peut avoir de la difficulté à recruter des détaillants. Les détaillants sont habitués à traiter avec les fabricants du pays et peuvent même entretenir une relation d'affaires avec ces derniers depuis longtemps. L'exportateur peut se laisser intimider par les coûts irrécupérables inhérents à la constitution d'un nouveau réseau de distribution⁹⁴. Selon ce scénario, si la VPI n'est pas intrinsèquement illégale, les « aspirants » seront plus nombreux à vouloir déloger les entreprises déjà en

⁹³ Cependant, les activités promotionnelles peuvent convaincre le client de la qualité supérieure du produit; par exemple, le bacon « canadien » (bacon de dos) et le blé canadien sont commercialisés à titre de produits de qualité supérieure aux États-Unis.

⁹⁴ En outre, si la vente de ses produits est assujettie à des contingents et à des limitations volontaires des exportations (LVE) en Occident et si la VPI est intrinsèquement illégale, un tel contingentement équivaut à une marge bénéficiaire élevée sur les ventes au détail. En d'autres termes, les exportateurs des pays qui se voient imposer des contingents peuvent proposer à leurs détaillants une marge bénéficiaire qu'ils ne pourraient leur offrir en toute légalité à l'aide de la VPI. Il est reconnu que les exportateurs assujettis à des contingents misent souvent sur la valeur ajoutée dans leur marchés d'exportation en assurant de précieux services préalables à la vente et après-vente.

place et, dans l'ensemble, on peut s'attendre à ce que la concurrence s'accroisse avec le temps.

Les restrictions verticales et les multinationales

Dans une économie qui repose sur le savoir, la production de nouvelles connaissances ne suit pas forcément un mouvement linéaire bien net. Les entreprises qui sont en tête du peloton au chapitre des connaissances de pointe sont celles qui assemblent des pièces spécialisées nécessitant de la précision et des compétences particulières. De tels producteurs doivent faire appel à d'autres entreprises pour obtenir des composants spécialisés. Dans ce contexte, les accords verticaux de coopération conclus entre les fournisseurs et les acheteurs facilitent la communication de l'information sur les besoins et les exigences des parties. Cela s'avère particulièrement pertinent lorsque des renseignements exclusifs sont échangés.

À l'échelle internationale, les parties concurrentes, situées dans des pays différents, ont avantage à intégrer leurs activités au sein d'une seule structure si elles ne peuvent imposer des restrictions d'exclusion afin de réglementer leur comportement. En d'autres termes, l'illégalité des restrictions verticales inciterait en partie les entreprises à se transformer en société multinationale et à faciliter les échanges d'information entre les filiales. Au lieu d'appliquer le traitement de la règle du bon sens aux restrictions verticales inter-entreprises qui sont bénéfiques, les pays font d'abord bon accueil aux sociétés multinationales en raison de leurs bienfaits; puis, ils tentent de les amener à corriger leurs penchants moins favorables. Si les pays supprimaient les dernières dispositions législatives qui rendent intrinsèquement illégales les restrictions verticales, de nombreuses opérations seraient assujetties à la discipline du marché au lieu d'être effectuées sous le couvert des multinationales.

Cadre propice aux investissements et retombées

Non seulement les restrictions verticales sont-elles un appât visant à attirer de nouveaux investissements dans la recherche et le développement ainsi que dans la création de produits, mais leurs effets externes bénéfiques se font sentir dans le reste de l'économie. Si elles favorisent les activités de recherche et développement et de création de produits, les restrictions verticales ne devraient pas être intrinsèquement illégales.

Si les conditions des opérations, qu'elles soient liées au prix ou non, demeurent intrinsèquement illégales en vertu de la loi, la société ne crée pas un cadre propice à l'essor de ces activités bénéfiques. Les entrepreneurs vont restreindre leur propension à

investir dans les activités innovatrices. À la lumière de l'illégalité intrinsèque d'importantes restrictions verticales, les concepteurs de services et de produits à forte concentration de connaissances qui poursuivent leur essor seront incités à recourir à l'intégration verticale. La croissance de l'entreprise pose des problèmes de coordination qui auraient bien pu être réglés au moyen d'opérations entre les entreprises, dans le cadre d'un accord de coopération. Dans un tel contexte, les restrictions verticales s'inscrivant dans un contrat de coopération passé entre le fournisseur et l'acheteur ne devraient pas être intrinsèquement illégales.

Par ailleurs, les fabricants seront de plus en plus attirés par les pays les plus permissifs à l'égard des ententes verticales entre fournisseur et acheteur. Cet afflux d'investissements incitera des entreprises qui fabriquent des produits connexes, par exemple des pièces, à venir les rejoindre. Les pays qui continuent d'interdire les restrictions verticales bénéfiques se plaindront que la politique de concurrence des pays qui attirent ces investissements est injuste et trop indulgente. Plutôt que d'exiger que tous les participants soient sur un pied d'égalité, c'est-à-dire qu'ils soient permissifs, la politique appropriée consiste, du moins en partie, à traiter les restrictions verticales en vertu de la règle du bon sens dans tous les pays.

En somme, le présent document recommande que les pays adoptent le traitement de la règle du bon sens pour toutes les pratiques verticales fabricant - détaillant, notamment les ententes de vente à prix imposé et de ventes liées, et ne prévoient aucune exemption.

6.3 Cadre multilatéral aux fins de l'application de la règle du bon sens aux relations verticales

Si l'on tient à ce que les réseaux de distribution soient libres de toute entrave à l'échelle internationale, il s'avère capital que l'accès soit réciproque. En outre, pour que tous les pays soumettent les restrictions verticales, qu'elles soient liées au prix ou non, à la règle du bon sens, et ce, sans aucune exemption, il conviendra de revoir un certain nombre d'aspects importants, notamment :

- il conviendra d'énoncer un ensemble commun de règles ou de principes aux fins de l'application de la règle du bon sens;

- davantage de pays devront souscrire au principe de la courtoisie positive et négative, et les lois nationales sur l'extra-territorialité devront être harmonisées⁹⁵;
- les exemptions, qu'elles soient particulières ou générales, aux lois sur la concurrence.

Une question cruciale demeure : comment élaborer un ensemble commun de lignes directrices en matière de concurrence qui soit fondé sur un consensus international aux fins de l'application de la règle du bon sens? Si ardues et si longues s'annoncent les négociations internationales sur la politique de concurrence, le jeu en vaut la chandelle. Pour ce qui est des facteurs fondamentaux qui doivent être pris en considération dans les pays qui adoptent la règle du bon sens, on peut d'abord se pencher sur certains des facteurs importants mis en lumière dans les sections 3 et 4. Tout d'abord, nous proposons les facteurs suivants⁹⁶ :

- la définition du marché international;
- la concentration du marché;
- la structure informationnelle du marché;
- les caractéristiques des risques inhérents au marché (p. ex. l'importance des coûts irrécupérables peut faciliter l'accès au marché);
- le degré d'interdépendance des parties (p. ex. les capitaux investis par chacune dans un projet conjoint).

Les règles internationales établies aux fins de l'application de la règle du bon sens peuvent avoir un avantage : les groupes d'intérêts ne pourront pas les modifier facilement.

⁹⁵ La notion de courtoisie suppose qu'un pays s'abstient d'appliquer ses règles juridiques ou administratives à un autre État. Suivant le principe de la courtoisie positive, l'administration d'un pays qui a un grief contre un autre État qui pourrait être assujéti à la politique de concurrence (p. ex. les pratiques des entreprises qui constituent une entrave aux importations ou aux investissements directs) exigerait que l'administration de cet État fasse une enquête et, au besoin, prenne des mesures correctrices en vertu des lois sur la concurrence du pays visé par le grief. En examinant la plainte aux termes de l'entente de courtoisie, ce pays devrait faire grand cas des intérêts du plaignant. Par exemple, il serait utile de se demander s'il serait possible de négocier un accord quadrilatéral de courtoisie positive (Canada, États-Unis, UE et Japon), en partie pour accroître la transparence des modalités d'application en vigueur au Japon. Un tel accord s'inspirerait d'ententes similaires conclues entre le Canada et les États-Unis, ainsi qu'entre ces derniers et l'UE. Voir Keith H. Christie, « La mondialisation et la politique officielle au Canada : la recherche d'un paradigme », *Document du Groupe des politiques* n° 93/1, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada, Ottawa, janvier 1993.

⁹⁶ Pour approfondir la question des lignes directrices, voir Keith H. Christie, « Condamnés à agir : réflexions sur les régimes antidumping et la politique de concurrence », *Document du Groupe des politiques* n° 94/15, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Ottawa, juillet 1994.

Néanmoins, cette démarche est assez souple pour être adaptée selon l'évolution de la technologie et de l'organisation des entreprises dans le contexte du dynamisme de l'économie mondiale.

Enfin, des principes internationaux nécessiteraient, en fin de compte, l'instauration de mécanismes de contrôle et de règlement des litiges. Certains observateurs ont proposé la création d'un nouveau tribunal international de la concurrence⁹⁷, mais cela semble un peu ambitieux à l'heure actuelle. La nouvelle Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) pourraient être des tribunes plus appropriées. Ils vont vraisemblablement commencer à se pencher sur les liens entre la politique de concurrence et la politique en matière de commerce extérieur (notamment la possibilité d'instaurer des normes communes) au cours des prochaines années. Ces deux institutions ont déjà mis en place des mécanismes exécutoires de règlement des litiges entre les pays, bien que, à l'heure actuelle, les questions relatives à l'exécution des lois sur la concurrence échappent à leur surveillance. Une autre possibilité, peut-être davantage provisoire, pourrait être d'établir au sein d'un petit groupe de pays (dans le contexte quadrilatéral? dans l'ALENA?) un mécanisme de règlement des litiges semblable à celui de l'accord parallèle de l'ALENA et qui serait axé sur la mise en vigueur des normes sur la concurrence de chaque pays (et non sur l'harmonisation ou le rapprochement de celles-ci). Le mécanisme de règlement des litiges pourrait être déclenché si l'on présume qu'un pays omet constamment de mettre en vigueur ses propres lois. À cette fin, il conviendrait de définir les termes avec soin (p. ex. la portée des « lois », le sens de « mettre en vigueur »).

6.4 Les pratiques verticales et l'accès aux systèmes nationaux de distribution

La deuxième série de questions relatives aux politiques ont trait à l'accès aux marchés nationaux.

Dans l'optique des relations fabricant - détaillant à l'échelle internationale, la question cruciale est de savoir si les fabricants ont accès au réseau de distribution des autres pays. S'ils sont incapables de recruter des détaillants, ils ne peuvent pas faire leur entrée sur les marchés étrangers. En pareil cas, les fabricants n'auraient pas pleinement

⁹⁷ Pour obtenir des exemples, voir F.M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1994, chapitre 5; et « Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement », International Antitrust Code Working Group, *Antitrust and Trade Regulation Report*, vol. 65, n° 1628, août 1993.

accès au marché en raison des difficultés liées à la pénétration du système de distribution et des coûts élevés inhérents à la création d'un nouveau réseau parallèle.

On est en présence d'un système de distribution fermé lorsque trois principaux facteurs sont réunis. Premièrement, l'entente de cartel vertical peut permettre à une grande entreprise de tirer parti de sa position dominante. Les effets sont des plus dévastateurs lorsque des fabricants de produits similaires, qui ont déjà formé un cartel horizontal, créent un cartel de distribution vertical. Deuxièmement, même si un pays a légiféré en vue d'accroître l'efficacité économique et de favoriser la concurrence, le laxisme dans l'application de la législation peut encourager les entreprises déjà en place à faire obstacle à l'arrivée de nouveaux participants, non seulement dans la production mais également dans la commercialisation des produits et des services.

En ce qui a trait aux ententes de cartel vertical qui réduisent l'efficacité, notre analyse juridique et économique est on ne peut plus claire : elles devraient être jugées illégales par les tribunaux. L'application de la règle du bon sens irait dans le sens de la thèse voulant que les ententes inefficaces de cartel vertical ou horizontal, qui entravent l'arrivée de nouveaux concurrents, n'ont pas leur place sur le marché national. Par exemple, si l'on peut démontrer que certains marchés nationaux sont assujettis à des ententes de cartel, il conviendra de supprimer ces dernières afin d'assurer le libre accès au système de distribution et au marché.

L'exécution des lois sur la concurrence qui sont en vigueur dans tous les pays s'avère importante afin que les marchés nationaux soient libres de toute entrave. Dans les pays où les infractions aux lois sur la concurrence sont passées sous silence ou passent inaperçues parce que la surveillance est inefficace, ou encore si la sanction infligée ne gêne guère le contrevenant, il convient alors de renforcer les mesures d'exécution et d'imposer des amendes suffisamment élevées, de manière à dissuader d'éventuels récidivistes. À cet égard, il conviendrait de poursuivre les travaux de recherche et d'analyse si l'on veut définir le rôle joué par les mesures d'exécution ainsi que les critères permettant d'en mesurer l'efficacité.

Enfin, d'après la théorie des ententes verticales, dont il est question à la section 3, les entreprises ont recours à un certain nombre de restrictions verticales pour réaliser un objectif donné. Pour évaluer les ententes verticales conclues dans le cadre d'un système de distribution, il est essentiel de se pencher sur toute la gamme des pratiques verticales. Par exemple, prenons les ventes liées : au grand jour, les entreprises abandonneront cette pratique pour se livrer à d'autres pratiques verticales telles que la vente exclusive. Si l'on

ouvre la porte à toutes les pratiques verticales en vertu de la règle du bon sens, sans prévoir d'exemption, on favorise l'égalité des chances dans l'accès aux marchés nationaux.

6.5 Les marchés internationaux, les exemptions et le débat sur la politique

Le présent document a fait ressortir l'importance de l'analyse exhaustive des activités et des secteurs soustraits à l'application des lois nationales sur la concurrence. Immanquablement, les exemptions sectorielles, par opposition aux exemptions motivées par l'efficacité économique, finissent par être prises à partie par des groupes d'intérêts. Avec le temps, ces groupes de pression campent sur leurs positions et sont difficiles à déloger. Les exemptions telles que celles que l'on trouve à l'annexe I peuvent devenir des pommes de discorde pour les partenaires commerciaux. Il serait préférable d'éliminer les exemptions automatiques et d'appliquer intégralement la règle du bon sens. Laissons les entreprises défendre leurs ententes verticales en fonction de l'accroissement de l'efficacité qu'elles procurent.

● *Le moyen de défense fondé sur l'intervention de l'État et la déréglementation*

Le débat sur la déréglementation met également en relief l'importance des réseaux de distribution. Premièrement, les pays ont soustrait un certain nombre d'activités ou de secteurs à l'application des lois sur la concurrence. Deuxièmement, outre les exemptions sectorielles, les lois nationales sur la concurrence prévoient divers moyens de défense fondés sur des mesures que les participants auraient prises afin de se conformer à la réglementation de l'État. Ces deux éléments sont traités dans l'annexe ci-après.

Un marché concurrentiel ne peut croître dans un pays qui tient mordicus à réglementer les branches d'activité économique. Il est essentiel que les entreprises n'aient plus la possibilité de se réfugier derrière la barrière protectionniste que constitue le moyen de défense fondé sur la réglementation. Par conséquent, si l'on veut assurer l'essor des marchés libres, il importe entre autres de poursuivre la déréglementation.

● *La concurrence étrangère, l'accès au marché et le débat sur la politique de concurrence*

Certains analystes de la politique ont soutenu que, en fait, le phénomène de la mondialisation des marchés et de l'accroissement de la concurrence étrangère discipline l'exercice du pouvoir sur les marchés intérieurs. Les deux éléments suivants illustrent cette affirmation dans le contexte du présent document. Premièrement, grâce à la protection

douanière, une entreprise dominante peut monopoliser le marché; cependant, le libre-échange vient réduire la part du marché de ce participant. En effet, le libre-échange entraîne une augmentation de la concurrence sur le marché intérieur. Deuxièmement, les ententes verticales conclues par les entreprises détenant une faible part du marché ne se traduisent pas par une hausse des prix et, en général, ne s'opposent pas à la politique de concurrence. Peut-on miser uniquement sur les accords de libre-échange pour assurer le libre accès aux marchés nationaux?

Pas vraiment. L'accès aux systèmes de distribution étrangers et sans doute aux marchés étrangers en général n'est pas une conséquence inévitable du libre-échange. Il faut d'abord surmonter des obstacles, soit les exemptions sectorielles et la réglementation de certaines branches d'activité. Par conséquent, il s'avère essentiel de faire preuve de fermeté dans l'exécution des lois sur la concurrence afin d'éliminer les exemptions et de poursuivre la déréglementation.

En définitive, la politique de libre-échange doit être complétée et étayée par une politique de concurrence intérieure vigoureuse.

Dans ce contexte, il convient de souligner que le processus de déréglementation (c.-à-d. l'élimination des exemptions à la législation sur la concurrence) ne signifie pas qu'une ou plusieurs entreprises étrangères ont droit à une part du marché intérieur (réglementé). Dans le présent document, nous avons principalement démontré que les entreprises doivent conclure des ententes verticales dans le cadre d'un processus naturel, suivant les lois du marché concurrentiel. Si l'on utilise le pouvoir d'un pays étranger afin d'exiger que des entreprises nationales distribuent les produits de certaines sociétés étrangères, le processus de déréglementation fait marche arrière et la perspective de l'instauration de la libre concurrence s'estompe.

6.6 Les pratiques verticales au Japon : comment laisser le système de distribution fermé

Les frictions qui continuent de caractériser les relations commerciales entre le Japon et les États-Unis témoignent de l'importance de la transparence du système de distribution national si l'on veut assurer le libre accès aux marchés intérieurs. Les États-Unis semblent prétendre que leurs sociétés ne peuvent accéder au marché nippon du fait que le système de distribution est relativement fermé. Ce problème se manifeste également dans le cadre des relations commerciales avec l'Union européenne. De même, comme les nouveaux pays industrialisés sont plus en mesure d'absorber un large éventail de produits importés grâce

à leur croissance économique, la restriction de l'accès à leur système national de distribution pourrait susciter de l'appréhension dans les pays développés.

Pour brosser un tableau complet du système de distribution japonais, il convient d'analyser en détail les relations verticales dans le cadre du réseau *keiretsu* et en marge de ce dernier. Bien que ce système déborde le cadre du présent document, deux éléments semblent manifestes.

Premièrement, les exemptions prévues à l'endroit de certaines restrictions verticales, la VPI par exemple, ne reposent pas sur des arguments liés à l'efficience, qui sont jugés en vertu de la règle du bon sens; il s'agit plutôt d'exceptions générales visant certaines branches d'activité. Selon la règle du bon sens, les ententes de cartel vertical ou horizontal qui entravent l'accès au marché japonais, entre autres aux entreprises étrangères, devraient être interdites. De plus, il conviendrait de renforcer les mesures d'exécution. Cependant, nous ne prôtons pas le démantèlement complet du *keiretsu*. Avant de porter un jugement, nous devons mieux connaître les différents éléments de ce système ainsi que ses caractéristiques.

Deuxièmement, d'après la stratégie qu'ils ont adoptés, il semble que les États-Unis ciblent certaines pratiques pour ensuite exiger que le Japon modifie sa législation sur la concurrence ou fasse mieux respecter les lois en vigueur. Une stratégie qui vise à supprimer une à une les pratiques collusoires se heurtera vraisemblablement à des difficultés. La seule solution logique consiste à s'attaquer à l'éventail complet des pratiques verticales. Par conséquent, nous n'avalisons pas la stratégie retenue par les États-Unis dans le cadre des négociations avec le Japon.

En ce qui a trait au Japon, nous proposons d'éliminer toutes les exemptions automatiques et d'appliquer intégralement la règle du bon sens. En effet, nous recommandons de soumettre toutes les pratiques verticales à cette règle, *sans exemption*.

ANNEXE I : Exemptions aux lois antitrust

Lorsque l'on compare les pays au chapitre de la politique de concurrence, on constate des différences frappantes, non seulement dans le traitement juridique des diverses activités, mais également en ce qui a trait aux exemptions prévues par la loi. Ces dernières peuvent susciter de l'appréhension et occasionner des frictions entre les partenaires commerciaux. Dans la présente annexe, nous donnons quelques exemples d'activités qui sont soustraites à l'application des lois canadiennes, américaines et japonaises sur la concurrence. Si les exemptions sont relativement restreintes au Canada, la situation est tout autre aux États-Unis et au Japon.

A1. Canada

Au Canada, on trouve deux principaux types d'exemptions et un type de moyen de défense pour certaines activités.

Premièrement, mentionnons les activités qui ne sont pas assujetties à la *Loi sur la concurrence*. Elles se classent en deux catégories, conformément à l'article 4 :

(i) Activités relatives aux négociations collectives

- a) Coalitions d'ouvriers ou d'employés, formées en vue de leur assurer une protection professionnelle convenable, et leurs activités à cette fin.
- b) Contrats, accords ou arrangements que des pêcheurs, ou leurs associations, concluent avec des personnes, ou leurs associations, qui achètent ou traitent le poisson, sur les conditions de prix, de rémunération ou autres régissant la prise par ces pêcheurs du poisson destiné à approvisionner ces personnes.
- c) Contrats, accords ou arrangements que concluent deux employeurs au moins, appartenant à un secteur commercial, industriel ou professionnel, directement entre eux ou par l'intermédiaire d'une personne morale ou d'une association dont ils font partie, au sujet des négociations collectives portant sur les traitements, salaires et conditions d'emploi de leurs employés.

(ii) Sport amateur

- a) Accords ou arrangements conclus entre équipes, clubs et ligues dans le domaine de la participation au sport amateur.

Deuxièmement, la Loi renferme des « exceptions » à de nombreuses dispositions et définit les cas où un paragraphe donné peut ne pas s'appliquer. Par exemple, aux

termes de l'article 5, les activités suivantes des souscripteurs à forfait sont soustraites à l'application des articles 45 et 61 de la Loi :

L'accord ou l'arrangement, soit entre des personnes qui appartiennent à une catégorie de personnes faisant habituellement le commerce de valeurs, soit entre ces personnes et l'émetteur d'une valeur particulière dans le cas d'une distribution primaire ou le vendeur d'une valeur particulière dans le cas d'une distribution secondaire, qui a un rapport raisonnable avec la souscription de l'émission d'une valeur particulière.

Troisièmement, il est possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur les activités réglementées. En raison de la réglementation de certaines activités au Canada, des particuliers ou des entreprises peuvent adopter des pratiques qui violent la législation canadienne sur la concurrence. La procédure pénale et, éventuellement, la procédure civile prévues par la Loi ne s'appliquent pas à de telles activités et pratiques.

A2. États-Unis

Avec le temps, si le nombre de lois antitrust et commerciales a augmenté, les nombreuses exemptions à ces textes législatifs ont également pris une plus grande importance. Ces exemptions ont été formulées par le Congrès ou accordées par les tribunaux.

A2.1 Principes et problèmes

La Cour suprême des États-Unis a affirmé que l'exemption aux lois antitrust ne doit pas être inférée à la légère. C'est pourquoi, dans bien des cas, l'organisme de réglementation responsable a le pouvoir de se pencher sur divers aspects des problèmes liés à l'application des lois antitrust, entre autres d'autoriser des exemptions; ses décisions sont cependant susceptibles d'être révisées par les tribunaux (ce pouvoir est exercé en vertu de la doctrine de la compétence principale).

Les exemptions autorisées par les organismes de réglementation américains peuvent être contraires aux lois des États, des villes, des comtés ou des municipalités. Premièrement, le défendeur peut justifier ses agissements (qui sont contraires aux directives de l'organisme de réglementation fédéral) en invoquant la nécessité de se conformer aux lois de l'État ou de l'une de ses subdivisions politiques. À cet égard, la Cour suprême a énoncé la doctrine de l'intervention de l'État dans *Parker v. Brown*⁹⁸.

⁹⁸ 317 U.S. 341, 63 S. Ct. 367, 87 L. Ed. 315 (1943).

Dans cette affaire, les défendeurs ne se sont pas conformés aux directives émises en vertu de la *California Prorate Act*, car ils prétendaient que cette loi allait à l'encontre de la *Sherman Act* et, par conséquent, était inconstitutionnelle.

Le jugement *Parker* repose sur deux éléments fondamentaux. Le premier est fondé sur l'interprétation des lois. La Cour suprême a conclu que le Congrès des États-Unis ne voulait pas assujettir les mesures législatives aux lois antitrust, mais cherchait uniquement à interdire les agissements anticoncurrentiels des associations commerciales. Le tribunal a également indiqué que les mesures officielles prises par un État accordaient l'immunité à un particulier ou à une entreprise; en effet, le jugement *Parker* laisse entendre que les États comme les particuliers et les entreprises peuvent se prévaloir de cette immunité. Par la suite, la doctrine de l'intervention de l'État a été approfondie par la *Local Government Antitrust Act* de 1984, qui protège les municipalités contre les poursuites en dommages-intérêts pour agissements anticoncurrentiels⁹⁹. Essentiellement, ce moyen de défense fondé sur l'intervention de l'État est similaire au moyen de défense fondé sur la réglementation de la branche d'activité qui est utilisé au Canada. Il convient de souligner que, en général, les exemptions font l'objet d'une interprétation rigoureuse de la part des tribunaux et ne doivent pas être confondues avec les moyens de défense.

Le deuxième élément fondamental est lié au droit de préemption, qui fait appel aux principes du fédéralisme et de la souveraineté des États. En fait, il s'agit de savoir si une loi d'un État américain qui est contraire aux lois fédérales antitrust est invalide. Dans *Parker*, le tribunal a conclu que les intérêts de l'administration fédérale énoncés dans les lois antitrust ne prévalaient pas toujours sur les lois des États. Dans ce contexte, les recours intentés contre un État en vertu de la législation antitrust vont à l'encontre du 11^e amendement de la constitution, qui empêche les citoyens de poursuivre un État américain.

Aux États-Unis, de nombreux groupes, secteurs, activités et pratiques commerciales sont actuellement à l'abri des recours civil et pénal que prévoient les lois antitrust. En

⁹⁹ La *Local Government Antitrust Act* de 1984 prévoit qu'aucun dommage, intérêt compensatoire, frais ni honoraire d'avocat ne peut être recouvré en vertu des articles 4, 4A ou 4C de la *Clayton Act* advenant que des poursuites soient intentées contre un gouvernement local, ses fonctionnaires agissant à titre officiel ou toute autre personne, à la suite d'une mesure officielle prise par le gouvernement local ou ses fonctionnaires agissant à titre officiel. Aux termes de cette loi, un particulier ou une entreprise ne peut engager de poursuites en triple dommages-intérêts contre un gouvernement local.

général, les entreprises, les groupes et les branches d'activité qui peuvent être exemptés aux termes d'une ou de plusieurs lois appartiennent à l'une des catégories suivantes¹⁰⁰ :

- coopératives et associations agricoles;
- banques;
- communications (radio, télévision, téléphone, télégraphe et journaux);
- associations d'exportateurs;
- pêches;
- assurances;
- métiers;
- professions intellectuelles;
- compagnies d'assurance maritime;
- acheminement du gaz naturel;
- sports professionnels;
- bourses de valeurs et de marchandises;
- petites entreprises;
- transports (aérien, routier, ferroviaire et maritime);
- secteurs ou groupes désignés en cas de guerre ou d'urgence nationale.

Les temps changent et les interprétations des tribunaux évoluent. Ainsi, les exemptions peuvent être moins certaines. Le maintien des exemptions est un processus constant. Les nouvelles lois ne font qu'accréditer un précédent établi depuis longtemps, qui consiste à accorder des exemptions aux branches d'activité ou aux groupes qui requièrent un traitement spécial. Par exemple, la *Shipping Act* de 1916 a été remplacée par la *Shipping Act* de 1984. En vertu de cette dernière, les sociétés de transport maritime peuvent fixer les prix, coordonner les calendriers de travail et partager les revenus sur le principe que le tonnage disponible est inélastique. Un grand nombre de sociétés ont eu tôt fait de se prévaloir des nouvelles exemptions¹⁰¹.

¹⁰⁰ Julian O. von Kalinowski, Peter Sullivan et Maureen McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, volume 6, New York : Matthew Bender, 1994.

¹⁰¹ Theodore P. Kovaleff, « The Reagan Revolution », in *The Antitrust Impulse: An Economic, Historical and Legal Analysis*, sous la direction de T.P. Kovaleff, vol. I, New York : Sharpe, 1994, p. 222.

A2.2 Exemptions prévues par les lois antitrust et certaines lois régissant le commerce¹⁰²

¹⁰² À souligner que les exemptions décrites dans la présente sous-section sont tirées des lois antitrust américaines et ne s'appliquent pas uniquement aux pratiques verticales. Source : Julian O. von Kalinowski, Peter Sullivan et Maureen McGuirl, *op. cit.*, 1994.

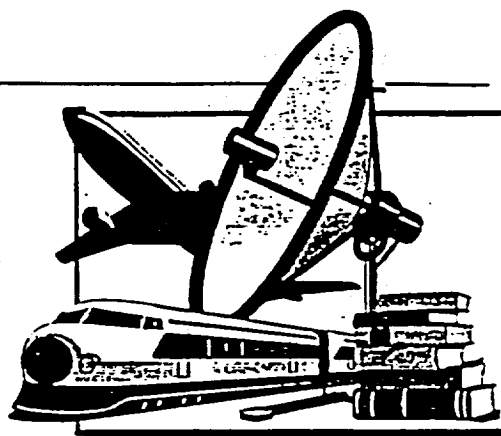
BRANCHES D'ACTIVITÉ SOUSTRAITES À L'APPLICATION DES LOIS ANTITRUST DES ÉTATS-UNIS

Agriculture



| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|--|-------------------------------|--|
| <i>Agriculture Adjustment Act</i> (1933), art. 8(b), et modifications de 1935, art. 57 | 7 U.S.C. § 608(b) § 852 | Les ententes de commercialisation ou les décrets de mise en marché pris par le Secrétaire à l'Agriculture en vertu de la Loi. |
| <i>Agriculture Fair Practices Act</i> (1967), art. 5 | 7 U.S.C. § 2304 | Les manutentionnaires et les producteurs sont autorisés à choisir leurs clients et fournisseurs dans la mesure où le producteur fait partie d'une association de producteurs ou a conclu un contrat avec une telle association; les manutentionnaires ne sont pas tenus de négocier avec une association de producteurs. |
| <i>Agriculture Marketing Agreement Act</i> (1937), art. 3 | 7 U.S.C. § 671 | Les réunions, les décisions et les ententes approuvées par le Secrétaire à l'Agriculture sont exemptées. |
| <i>Capper-Volstead Act</i> | 7 U.S.C. § 291, 292 | Exemption limitée pour les coopératives agricoles. |
| <i>Clayton Act</i> , art. 6 | 15 U.S.C. § 17 | Les organisations syndicales, agricoles et horticoles bénéficient d'une exemption générale. |
| <i>Cooperative Marketing Act</i> (1926), art. 5 | 7 U.S.C. § 455 | Les coopératives de commercialisation peuvent diffuser des données sur les cultures et la mise en marché, des statistiques et des renseignements similaires. |
| <i>State Tobacco Compacts Act</i> | 7 U.S.C. §§ 515-515(k) | Les États peuvent négocier des ententes afin de réglementer la production ou le commerce du tabac de manière que les producteurs obtiennent un prix équitable; il importe toutefois que ces ententes ne visent pas à fixer le prix du tabac, à créer ou à maintenir un monopole ni à favoriser le dirigisme. |

Transports, édition et communications



| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|---|-------------------------------------|--|
| <i>Automobile Dealer Franchise Act</i> , art. 4 | 15 U.S.C. § 1224 | Les concessionnaires de voitures peuvent intenter, devant une cour de district fédérale, une poursuite en dommages-intérêts contre un fabricant s'ils estiment que ce dernier a injustement mis fin à leur entente ou a négocié de mauvaise foi. |
| <i>Automotive Products Trade Act</i> (1965), art. 503 | 19 U.S.C. § 2033 | Non disponible. |
| <i>Clayton Act</i> , par. 7(4) | 15 U.S.C. § 18 | Un transporteur public a le droit de posséder des actions d'une filiale du secteur des transports, par dérogation à l'art. 7. |
| <i>Federal Aviation Act</i> (1958), art. 408, 409, 412 et 414 | 49 U.S.C. §§ 1378, 1379, 1382, 1384 | L'art. 408 traite de la fusion et de la prise de contrôle des transporteurs aériens. L'art. 409 vise les ententes d'interdépendance et l'art. 412, les accords de pool et d'autres ententes. L'art. 414 exempte les personnes qui doivent se conformer aux ordonnances rendues aux termes des art. 408, 409 et 412; ces personnes sont soustraites à l'application des lois antitrust. |
| <i>Interstate Commerce Act</i> , par. 5(1) | 49 U.S.C. § 5(1) | La Interstate Commerce Commission (ICC) peut approuver des règlements prévoyant le regroupement ou la répartition du trafic, des services ou des bénéfices s'ils permettent une amélioration du service à la population ou une plus grande efficacité économique. |
| <i>Interstate Commerce Act</i> | 49 U.S.C. § 5(2)(a) | Sous réserve de l'approbation de l'ICC, les transporteurs peuvent fusionner avec d'autres transporteurs, ainsi qu'acheter les avoirs ou prendre le contrôle d'un autre transporteur. |

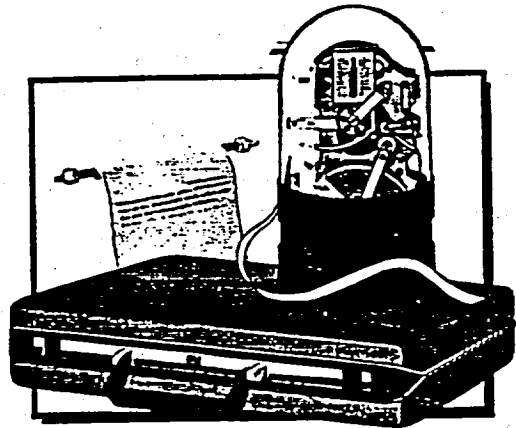
(suite)

| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|--|-------------------------------|--|
| <i>Interstate Commerce Act</i> , par. 5(10) | 49 U.S.C. § 5(10) | Il n'est pas nécessaire que les opérations visées par le par. 5(2) soient approuvées par l'ICC lorsque toutes les parties sont des transporteurs motorisés utilisant un maximum de 20 voitures de chemin de fer dans des circuits urbains, suburbains et interurbains. |
| <i>Interstate Commerce Act</i> , par. 5(11) | 49 U.S.C. § 5(11) | Les parties à une opération approuvée en vertu de l'art. 5 sont soustraites à l'application des lois antitrust et à toute autre restriction et interdiction que prévoient les lois de l'administration fédérale, des États et des municipalités, dans la mesure où cela s'avère nécessaire aux fins de l'exécution de l'opération approuvée. |
| <i>Merchant Marine Act (1920)</i> , par. 29(b) | 46 U.S.C. § 885(b) | Les opérations conclues par des associations d'assurance et de réassurance maritime ne sont pas jugées illégales aux termes des lois antitrust. |
| <i>Shipping Act (1916)</i> , par. 14b et 15 | 49 U.S.C. §§ 813a-814 | Les ententes passées par des transporteurs maritimes doivent être soumises au Federal Maritime Board; la <i>Sherman Act</i> , la <i>Wilson Tariff Act</i> , les modifications à ces lois ainsi que les lois complémentaires ne s'appliquent pas à ces ententes. |
| <i>Rail Passenger Service Act (1970)</i> , par. 306(e) | Pub. L. 91-518, 84 Stat. 1327 | En vertu du paragraphe 306(e), sont soustraites aux lois en vigueur, entre autres aux lois antitrust, les personnes qui passent des ententes avec la National Railroad Passenger Corporation aux fins de l'utilisation conjointe des installations et du matériel, dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour assurer un service de trafic - voyageurs efficient et expéditif. |
| <i>Reed-Bulwinkle Amendments</i> , par. 5a(6) et (9) | 15 U.S.C. § 5a(6), (9) | Sous réserve de l'approbation de l'ICC, deux transporteurs ou plus peuvent conclure une entente sur les tarifs, etc., par dérogation aux dispositions applicables des lois antitrust. |

(suite)

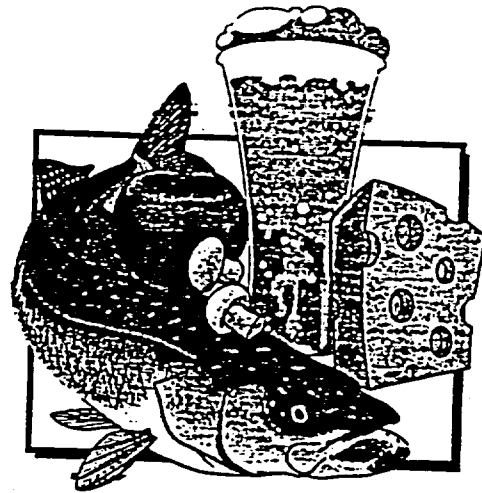
| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|--|------------------------------|---|
| <i>Reed-Bulwinkle Amendments</i> , par. 22(26) | 49 U.S.C. § 22(2) | Les ententes relatives à la réduction des tarifs voyageurs et marchandises applicables à l'administration fédérale jouissent de l'immunité prévue au par. 5a(9). |
| <i>Newspaper Preservation Act</i> (24 juillet 1970) | Pub. L. 91-353, 84 Stat. 466 | Aux termes du par. 4(a) de la Loi, l'exécution, le renouvellement ou la modification d'un accord d'exploitation en commun de journaux conclu avant le 24 juillet 1970 ne viole pas les lois antitrust (entre autres la <i>FTC Act</i>) si, lors de la conclusion de l'accord, tout au plus un des journaux visés était susceptible de demeurer ou de venir en bonne santé financière. Les accords similaires passés le 24 juillet 1970 ou par la suite sont illégaux, sauf s'ils ont été approuvés par écrit par l'Attorney General. Ce dernier est autorisé à approuver de tels accords s'il juge que, tout au plus, une seule publication n'est pas en difficulté financière. |
| <i>Communications Act</i> (1934), art. 212, par. 221(a), 222(b), (c), 313(a) et art. 314 | 47 U.S.C. | Les conseils d'administration des transporteurs publics ne peuvent pas être interdépendants en vertu de l'art. 212, sauf si une ordonnance de la Federal Communications Commission (FCC) l'autorise. En vertu du par. 221(a), la FCC est autorisée à statuer sur les fusions ou les achats de biens ou de titres de compagnies de téléphone. Les par. 222(a) et (c) confèrent à la FCC un pouvoir similaire relativement aux opérations visant des compagnies de télégraphie. |
| <i>Professional Sports Telecasting Act</i> | 15 U.S.C. §§ 2291-1295 | L'art. 1 prévoit une exemption limitée à l'égard de certains sports d'équipe professionnels (football, baseball, basketball et hockey) : un regroupement ou une association peut négocier au nom des équipes qui en font partie. De plus, l'art. 1 soustrait, sous réserve de certaines conditions, les fusions d'équipes de football professionnelles à l'application des lois antitrust. |

Services financiers et assurances



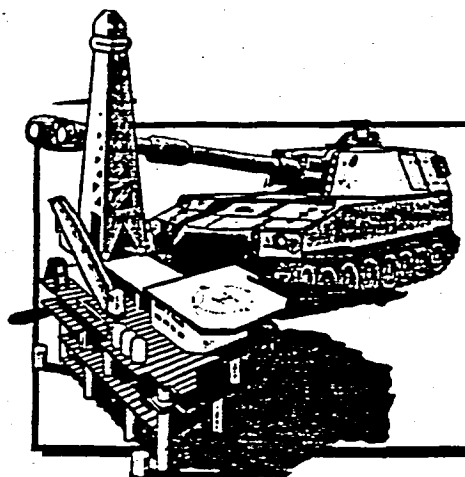
| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|---|----------------------------|---|
| <i>Clayton Act</i> , art. 7 (3 ^e par.) | 15 U.S.C. § 18 | Les dispositions de l'art. 7 sur la fusion ne s'appliquent pas aux acquisitions effectuées uniquement à des fins d'investissement. |
| <i>Federal Reserve Act</i> , par. 25(a) | 12 U.S.C. § 615 | La Loi régit les activités des banques à l'étranger. En vertu du par. 25(a), aucune disposition de la Loi n'interdit à une banque d'acheter et de conserver des actions d'une société si elle doit en faire l'acquisition afin de prévenir une perte sur un emprunt contracté de bonne foi. |
| <i>McCarran-Ferguson Act</i> (<i>Insurance Antitrust Moratorium Act</i>) | 15 U.S.C. §§ 1011-1015 | La <i>Sherman Act</i> , la <i>Clayton Act</i> et la <i>Federal Trade Commission Act</i> ne s'appliquent pas aux activités des compagnies d'assurance régies par les lois des États; cependant, l'entente ou les agissements visant à exercer un boycottage ou à user de contrainte ou d'intimidation sont interdits en vertu de la <i>Sherman Act</i> . |
| <i>Public Utility Holding Company Act</i> (1935) | 15 U.S.C. § 79a et seq. | En vertu de l'art. 3 de la Loi, la Securities and Exchange Commission peut autoriser des exemptions à l'égard de sociétés de portefeuille, de filiales ou de sociétés affiliées. Aux termes de l'art. 10, la commission peut approuver des achats de titres, d'éléments d'actif de services publics et d'autres participations. |

Aliments, boissons et pêches



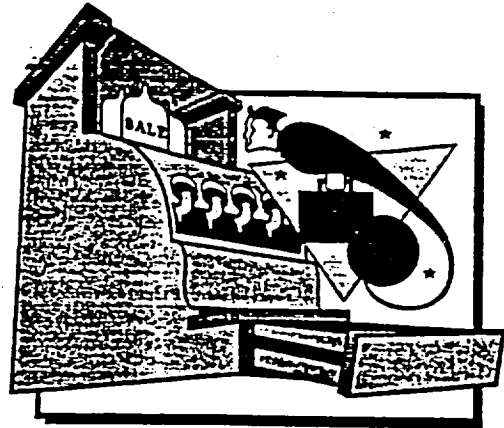
| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|---|--------------------------|---|
| <i>Federal Alcohol Administration Act</i> , art. 5 et 8 | 27 U.S.C. § 205, 208 | L'interdépendance des conseils d'administration de sociétés affiliées est interdite dans certains cas, en vertu du par. 8(a). Toutefois, le par. 8(b) décrit quatre situations où une personne peut être membre du conseil d'administration de plusieurs distillateurs affiliés. |
| <i>Fishermen's Collective Marketing Act</i> | 15 U.S.C. §§ 521-522 | Les coopératives de pêcheurs indépendants sont soustraites à l'application des lois antitrust. |
| <i>Soft Drink Interbrand Competition Act</i> (1980) | 15 U.S.C. art. 3501-3503 | La Loi autorise le recours aux contraintes de territoire dans le cadre d'une entente de licence d'exploitation d'une marque de commerce, aux fins de la fabrication, de la distribution et de la vente de boissons gazeuses. Les contraintes de territoire peuvent être jugées illégales en l'absence d'une vive concurrence sur le marché entre les produits visés par l'entente et d'autres produits de même catégorie (art. 3501). |

Défense et énergie



| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|---|----------------------------|--|
| <i>Federal Power Act</i> , par. 10(h) | 16 U.S.C. § 803(h) | L'art. 7 de la <i>Clayton Act</i> (6 ^e par.) soustrait aux dispositions de cette loi interdisant la fusion les opérations conclues en bonne et due forme, en vertu des pouvoirs conférés par certains organismes, par exemple le pouvoir de la Federal Power Commission aux fins de l'émission de permis d'aménagement de centrales hydro-électriques. |
| <i>Defence Production Act</i> (1950) et ses modifications, art. 708 | 50 U.S.C. § 2158 | Le président des États-Unis peut encourager les fournisseurs de produits et services destinés à la défense à passer des ententes et à participer à des programmes visant à réaliser les objectifs du pays en matière de défense. |
| <i>Small Business Act</i> , art. 7, 9 et 11 | 15 U.S.C. §§ 636, 638, 640 | Les petites entreprises qui fournissent des produits et services destinés à la défense peuvent unir leurs efforts si un tel regroupement est bénéfique du point de vue de la défense nationale. Sont exemptés certains prêts aux petites entreprises (par dérogation aux lois antitrust et à la <i>Federal Trade Commission Act</i>); certaines ententes de R et D; certaines ententes et programmes facultatifs. |

Commerce de gros et de détail et commerce extérieur



| Titre usuel | Renvoi | Activité ou pratique visée |
|--|---------------------------------|---|
| <i>Fair Packaging and Labelling Act</i> | 15 U.S.C. §§ 1451-1461 | Des exemptions peuvent être accordées à certains grossistes ou détaillants, ainsi qu'à l'égard de certains produits qui, de l'avis du Secrétaire à l'Éducation et aux Affaires sociales ou de la Federal Trade Commission, ne doivent pas être assujettis à la Loi. |
| <i>McGuire Fair Trade Act</i> (modification à l'art. 5 de la <i>Federal Trade Commission Act</i>) | 15 U.S.C. § 45(a) (2)-(5) | Les ententes et les contrats de vente à prix imposé bénéficient d'une exemption limitée aux termes de la <i>FTC Act</i> . |
| <i>Miller-Tydings Act</i> (modification à l'art. 1 de la <i>Sherman Act</i>) | 15 U.S.C. § 1 | Les ententes et les contrats de vente à prix imposé bénéficient d'une exemption limitée aux termes de la <i>Sherman Act</i> . |
| <i>Safeguarding U.S. Balance of Payments Position</i> | 31 U.S.C. §§ 931-937 | La Loi vise à prévoir des exemptions, par dérogation aux lois antitrust et à la <i>Federal Trade Commission Act</i> afin de maintenir la balance des paiements des États-Unis. |
| <i>Webb-Pomerene Act</i> | 15 U.S.C. | La coopération entre les exportateurs américains jouit d'une exemption limitée aux fins de la promotion du commerce extérieur. |

A3. Japon

A3.1 Produits soustraits à l'application des dispositions sur la vente à prix imposé¹⁰³

Comme nous l'avons vu à la section 4, le Japon a établi, il y a 40 ans, une liste de produits qui sont soustraits à l'application des dispositions de la loi antitrust sur la VPI. Cette liste a été révisée en 1973. En avril 1993, 13 cosmétiques et 12 médicaments en vente libre ont été supprimés de la liste. Les produits qui suivent demeurent exemptés.

Cosmétiques exemptés

- Revitalisants
- Fixatifs
- Crèmes
- Fond de teint
- Démaquillants
- Rouges à lèvres
- Crèmes pour les lèvres
- Lotions épilatoires

Médicaments en vente libre exemptés

- Médicaments contre la fièvre et la douleur
- Médicaments courants contre le rhume
- Médicaments pour les yeux
- Cardiotoniques
- Médicaments pour les dents et la bouche
- Médicaments pour l'estomac
- Laxatifs et produits de lavement
- Régulateurs des intestins
- Médicaments courants pour la digestion
- Préparations hémorroïdales
- Antiseptiques pour la peau
- Analgésiques, onguents pour la peau, astringents et antiphlogistiques

¹⁰³ Commission des pratiques commerciales loyales du Japon, annexe à la Révision des produits de revente désignés, 15 avril 1992 (en japonais).

- Médicaments contre les maladies parasitaires de la peau
- Autres médicaments pour la peau
- Complexes polyvitaminiques (à l'exclusion des complexes de la vitamine A et de la vitamine D)*
- Préparations générales contre les troubles métaboliques*

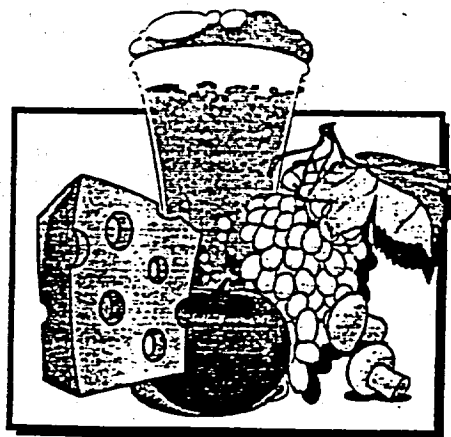
Il convient de remarquer que les deux produits marqués d'un astérisque (*) devraient être rayés de la liste le 1^{er} janvier 1995. Tous les autres produits feront l'objet d'un examen en 1998.

A3.2 Exemptions sectorielles à la Loi antitrust

Les exemptions énumérées dans la présente sous-section ont trait à toutes les pratiques commerciales visées par la Loi antitrust du Japon, entre autres aux ententes verticales. Nous tenons à mentionner que, dans les pages qui suivent, la colonne « Ministère » signifie que l'entreprise qui désire bénéficier d'une exemption doit communiquer avec le ministère intéressé suivant les modalités indiquées dans la colonne. De même, la colonne « CPCL » décrit les démarches que le ministère intéressé peut entreprendre auprès de la CPCL à des fins d'exemption. L'astérisque (*) indique ce qui suit : i) l'entreprise communique avec le ministère intéressé ou le ministère communique avec l'entreprise dans le cadre du processus d'exemption; ii) le ministère intéressé communique avec la CPCL ou la CPCL communique avec le ministère.

BRANCHES D'ACTIVITÉ SOUSTRAITES À L'APPLICATION DE LA LOI ANTITRUST DU JAPON

**Agriculture, aliments
et boissons**



| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entrepris e | CPCL/ Ministère |
|--|---|----------------------|------------------------------|--------------------|
| Loi sur les coopératives agricoles (19 nov. 1947 / N° 132) | 1. Activité économique conjointe (9) | 1947 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur la vérification des denrées de base (21 fév. 1942 / N° 40) | 2. Pratiques fondées sur les directives relatives à la transformation, à la fabrication et sur d'autres directives (9) | 1947 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur les coopératives de tabaculteurs (2 mai 1958 / N° 135) | 3. Activité économique conjointe (9) | 1958 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur les mesures spéciales visant à promouvoir la culture fruitière (30 mai 1961) | 4. Décision relative à la commercialisation des fruits (5(3)) | 1966 | Préavis | Avis |

| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|--|--|-------------------|-----------------------|-----------------|
| Loi relative au maintien de la taxe sur l'alcool et aux coopératives de fabricants de boissons alcoolisées (28 fév. 1953 /N° 7) | 6. Cartel visant à éliminer la concurrence excessive (93) | 1953 | Permission | Entente |
| | 7. Cartel visant une rationalisation (93) | 1959 | Permission | Entente |
| | 8. Consolidation des contrats de vente à prix imposé | 1959 | Permission | Entente |

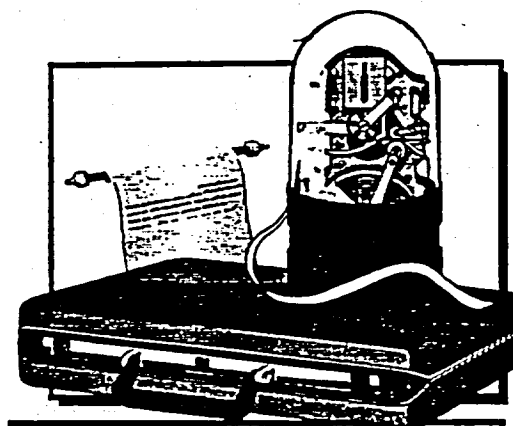


Pêches

| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|--|---|----------------------|--------------------------|---|
| Loi sur les coopératives de pêcheurs (15 déc. 1948 / N° 242) | 9. Activité économique conjointe (7) | 1948 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur la promotion de l'exportation des produits de la pêche (2 juin 1954 / N° 154) | 10. Cartel visant l'achat des matières premières (27) | 1957 | Permission | Consultation |
| | 11. Cartel visant à supprimer la concurrence excessive dans les exportations (27) | 1954 | Préavis | Avis |
| | 12. Certaines institutions (27) | 1957 | Permission | Consultation |
| Loi de redressement des coopératives de pêcheurs (13 juin 1961 / N° 128) | 13. Cartel visant à supprimer la concurrence excessive (79) | 1961 | Permission | Consultation |
| Loi sur les mesures temporaires relatives à la culture des perles et autres mesures de redressement (18 déc. 1969 / N° 96) | 14. Cartel visant à supprimer la concurrence excessive (98) | 1969 | Permission | Consultation (Entente sur le prix et la quantité) (suite) |

| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|---|--|-------------------|-----------------------|----------------------|
| | 15. Cartel visant à assurer et à améliorer la qualité (98) | 1969 | Permission | Consultation |
| | 16. Cartel visant à imposer des restrictions relatives au matériel (98) | 1969 | Document explicatif | Consultation Avis |
| Loi sur les mesures spéciales visant la reconstruction et le redressement du secteur des pêches (1 ^{er} juin 1976 / N° 43) | 17. Cartel visant à imposer des restrictions relatives au matériel (15) | 1976 | Permission | Consultation |

Services financiers et assurances



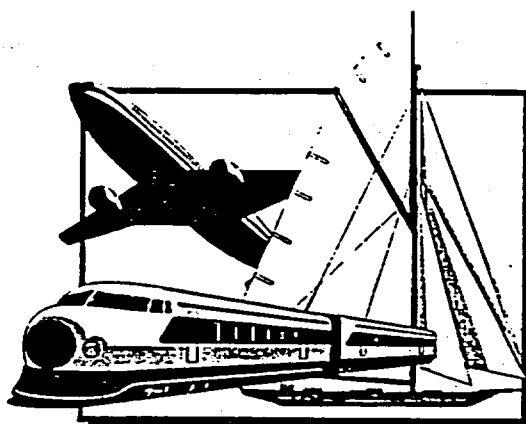
| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|--------------------------------------|--|-------------------|-----------------------|-----------------|
|--------------------------------------|--|-------------------|-----------------------|-----------------|

| | | | | |
|--|--|------|-----------------------------------|----------------------------------|
| Loi sur les coopératives de crédit (15 juin 1951 / N° 238) | 18. Activité économique conjointe (7) | 1951 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur les coopératives de crédit de travailleurs (17 août 1953 / N° 227) | 19. Activité économique conjointe (9) | 1953 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur les groupes d'actuariat et d'assurance I.A.R.D. (29 juil. 1948 / N° 193) | 20. Cartel relatif aux primes d'assurance | 1948 | Permission | Aucune démarche |
| Loi sur l'aide aux propriétaires de bateau de pêche en cas d'accident (31 mars 1952 / N° 28) | 21. Cartel relatif aux primes d'assurance (chapitre 4, art. 1) | 1952 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur les assurances (29 mars 1939 / N° 41) | 22. Cartel relatif aux assurances (12(3)) | 1951 | Avis décrivant les produits visés | Consultation préalable au décret |
| Loi sur les compagnies d'assurance étrangères (1 ^{er} juin 1959 / N° 184) | 23. Cartel relatif aux assurances (19) (Application des règlements de la loi sur les assurances) | 1951 | Avis décrivant les produits visés | Consultation préalable au décret |

(suite)

| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|---|---|-------------------|-----------------------|-----------------|
| Loi sur les placements fiduciaires en valeurs mobilières (4 juin 1951 / N° 198) | 24. Les sociétés de fiducie utilisent l'actif sous gestion pour acquérir des actions (25) | 1951 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur le redressement et la réorganisation des sociétés par actions (7 juin 1952 / N° 172) | 25. Acquisition d'actions de sociétés réorganisées (265) | 1952 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur l'expansion des petites entreprises et les sociétés de commandite par actions (10 juin 1963 / N° 101) | 26. Négociation et acquisition de titres de petite entreprise | 1977 | Aucune démarche | Aucune démarche |

Transports



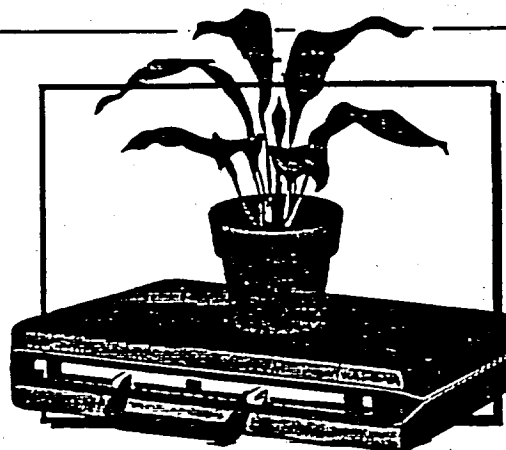
| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|--------------------------------------|--|-------------------|-----------------------|-----------------|
|--------------------------------------|--|-------------------|-----------------------|-----------------|

| | | | | |
|---|--|----------------|------------------------------------|--------------------------------------|
| Loi sur le redressement du transport terrestre (2 avril 1938 / N° 71) | 27. Cartel relatif aux transports (2(1)(vi,vii);2(2)) | 1947 | Permission (Par décret) | Aucune démarche |
| Loi sur le transport routier (1 ^{er} juin 1951 / N° 183) | 28. Cartel relatif aux transports (19) | 1951 (1947) | Permission (Peut être décrétée) | Aucune démarche (Aucune démarche) |
| Loi sur la marine marchande (1 ^{er} juin 1949 / N° 187) | 29. Cartel relatif au transport maritime (28) | 1949 | Préavis | Renvoi (Règlements) |
| | 30. Cartel relatif aux ports (30(2)) | 1951 | Préavis | Renvoi (Règlements) |
| Loi sur l'aviation (15 juil. 1952 / N° 231) | 31. Cartel relatif aux lignes aériennes (111, 122(1)) | 1952 | Permission | Aucune démarche |
| Loi sur le transport maritime (29 mai 1951 / N° 161) | 32. Cartel relatif au transport maritime (19) | 1953 | Permission | Entente |
| Loi sur les coopératives de transporteurs côtiers (1 ^{er} juin 1957 / N° 162) | 33. Cartel relatif au transport côtier (18(1)) | 1957 | Permission | Avis |

(suite)

| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|--|---|-------------------|-----------------------|-----------------|
| Loi sur les terminaux routiers (15 avril 1959 / N° 136) | 34. Cartel relatif aux transports (28) (Application des règlements de la loi sur le transport routier) | 1959 | Permission | Aucune démarche |
| Loi sur le camionnage (19 déc. 1989 / N° 83) | 35. Cartel relatif aux transports (16) | 1989 | Permission | Aucune démarche |

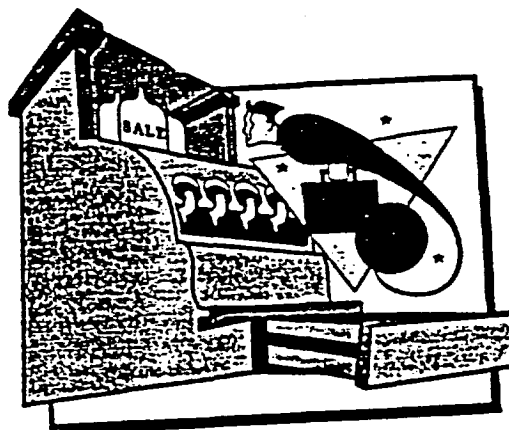
Petites et moyennes entreprises



| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|--------------------------------------|--|-------------------|-----------------------|-----------------|
|--------------------------------------|--|-------------------|-----------------------|-----------------|

| | | | | |
|--|--|-------------|-----------------|-------------------------------------|
| Loi sur les coopératives minières (1 ^{er} juin 1949 / N° 181) | 36. Activité économique conjointe (7) | 1949 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Questions relatives à l'article 2 de la loi dérogatoire (1 ^{er} sept. 1953 / N° 259) (loi 1, système 1) | 37. Pratiques de certaines organisations (2(3),(4)) (Groupes formés en vertu de la loi 30; associations d'entraide et de promotion des petites entreprises | 1953 (1948) | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur la constitution des petites entreprises (25 nov. 1957 / N° 185) | 38. Cartel visant la stabilisation des entreprises (89(1)) | 1958 (1952) | Permission | Consultation (Entente sur les prix) |
| | 39. Cartel visant une rationalisation (89(1)) | 1962 | Permission | Consultation |
| | 40. Contrats spéciaux (89(1)) | 1964 | Permission | Consultation |
| Loi sur l'optimisation des activités des entreprises qui influent sur la salubrité de l'environnement (3 juin 1957 / N° 164) | 41. Activité économique conjointe (89(3)) | 1957 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| | 42. Cartel visant à supprimer la concurrence excessive (10(56)) | 1957 | Permission | Consultation |

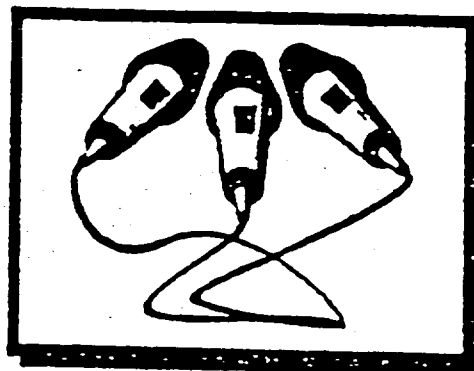
Commerce de gros et de détail et commerce extérieur



| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/Entreprise | CPCL/Ministère |
|---|--|-------------------|----------------------|-----------------|
| Questions relatives aux décrets fondés sur la déclaration de Postdam | 43. Pratiques loyales aux termes d'un décret légal ou prévu par une loi | 1947 | — | — |
| Loi sur les marchés de gros (3 avril 1971 / N° 35) | 44. Transferts entre les grossistes ou fusions de grossistes (29) | 1971 | Permission | Consultation |
| | 45. Cartel visant à supprimer la concurrence excessive (29) | 1971 (1956) | Permission | Consultation |
| Coopératives vouées à la promotion des commerces de détail (17 mai 1962 / N° 141) | 46. Activité économique conjointe (80) | 1962 | Aucune démarche | Aucune démarche |

(suite)

Radiodiffusion



| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/Entreprise | CPCL/Ministère |
|--------------------------------------|--|-------------------|----------------------|----------------|
|--------------------------------------|--|-------------------|----------------------|----------------|

| | | | | |
|--|--|------|----------------------------|-----------------|
| Loi sur les droits d'auteur (6 mai 1970) | 47. Décision relative aux redevances sur la rediffusion de disques du commerce (95,97) | 1970 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| <h2>Textiles</h2> | | | | |
| Loi sur la sériciculture (22 déc. 1945 / N° 57) | 48. Décision relative aux bas prix (29) | 1953 | Préavis et avis après coup | Aucune démarche |

Généralités



| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|---|---|----------------------|--|---------------------|
| Loi antitrust (14 avril 1947 / loi 54) (loi 1, système 8) | 49. Monopole naturel (21) | 1947 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| | 50. Pratiques loyales conformément à la loi sur le commerce (22) | 1947 | — | — |
| | 51. Droits de propriété incorporels (23) | 1947 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| | 52. Pratiques syndicales uniformes (24) | 1947 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| | 53. Contrats de vente à prix imposé (24(2)) | 1953 | *Avis (Aucune revente légale) | *Aucune démarche |
| | 54. Cartel motivé par une récession (24(3)) | 1953 | *Permission | *Consultation |
| 55. Cartel visant une rationalisation (24(4)) | 1953 | *Permission | *Consultation | |

(suite)

| Loi (Date de mise en application) | Nature de l'exemption (article ou disposition de la loi fondamentale) | Année d'exemption | Ministère/ Entreprise | CPCL/ Ministère |
|--|---|-------------------|-----------------------|-----------------|
| | 56. Plan de réorganisation prévu par la loi sur le redressement et la réorganisation des entreprises (103) | 1947 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| | 57. Plan de réorganisation prévu par la loi sur le redressement et la réorganisation des institutions financières (103) | 1947 | Aucune démarche | Aucune démarche |
| Loi sur l'optimisation des activités des entreprises qui influent sur la salubrité de l'environnement (3 juin 1957 / N° 164) | 58. Cartel visant à supprimer la concurrence excessive (10(56)) | 1957 | Permission | Consultation |
| | 59. Contrats spéciaux (13(14)) | 1964 | Permission | Consultation |

DOCUMENTS DU GROUPE DES POLITIQUES - POLICY STAFF PAPERS

Récents documents sur des questions économiques et de politique commerciale :
Recent papers on Economic and Trade Policy Issues :

A) DOCUMENTS SUR LA POLITIQUE COMMERCIALE :

1. La mondialisation et la politique officielle au Canada : à la recherche d'une paradigme, par Keith H. Christie. Document n° 93/01 (janvier 1993).* SP19
2. Commerce et protection de l'environnement : comment mettre fin au dialogue de sourds?, par Michael Hart et Sushma Gera. Document n° 92/11 (juin 1992).* SP18
3. La mondialisation : Incidence sur la dynamique du commerce et de l'investissement, par Dennis Seebach. Document n° 93/07 (juin 1993).* SP25
4. Le contrôle des fusionnements à l'heure de la libéralisation des échanges : convergence ou coopération?, par Nicolas Dimic. Document n° 93/09 (août 1993).* SP27
5. Les consortiums technologiques : le dilemme du prisonnier?, par Rhoda Caldwell. Document n° 93/10 (août 1993).* SP28
6. La durée optimale des brevets dans une économie commerçante : matériaux pour l'avenir de la politique commerciale, par I. Prakash Sharma. Document n° 93/12 (octobre 1993).* SP30
7. L'émergence d'une politique commerciale stratégique : chacun pour soi et dieu pour tous, par I. Prakash Sharma et Keith H. Christie. Document n° 93/14 (décembre 1993).* SP32
8. Mesures de conformité et règlement des différends dans les accords environnementaux internationaux : deux poids, deux mesures, par Keith H. Christie. Document n° 93/15 (décembre 1993).* SP33
9. Effets de l'intégration des marchés sur le commerce et la politique commerciale, par James McCormack. Document n° 94/01 (février 1994).* SP35
10. La nouvelle Jérusalem : la mondialisation, la libéralisation du commerce et certaines incidences sur la politique canadienne du travail, par Rob Stranks. Document n° 94/02 (février 1994).* SP36
11. Convergence de la politique de concurrence : les cartels d'exportation, par William Ehrlich et I. Prakash Sharma. Document n° 94/03 (avril 1994).* SP37
12. Programme de diversification du libre-échange au lendemain de l'ALENA et des NCM, par Keith H. Christie. Document n° 94/04 (janvier 1994).* SP38
13. Stratégies mondiales et investissement étranger direct : dimension commerciale et économique au Canada, par Julie Fujimura. Document n° 94/07 (février 1994).* SP41
14. Competition and Trade Policy Interface: Some Issues in Vertical Restraints, par I. Prakash Sharma et Prue Thomson, avec Keith Christie. Document n° 94/11 (décembre 1994). SP45
15. Le libre-échange nord-américain, les subventions et les droits compensateurs: la problématique et les options, par Gilbert Gagné. Document n° 94/13 (juillet 1994).* SP47

16. L'Organisation mondiale du commerce et les programmes environnementaux : Rapprochements dangereux, par Anne McCaskill. Document n° 94/14 (juin 1994).* SP48
17. Condamnés à agir : réflexions sur les régimes antidumping et la politique de concurrence, par Keith H. Christie. Document n° 94/15 (juillet 1994).* SP49
18. Les droits compensateurs et l'environnement : une boîte de Pandore ?, par Rob Stranks. Document n° 94/19 (octobre 1994).* SP53

B) DOCUMENTS SUR LA PROMOTION DU COMMERCE :

1. From a Trading Nation to a Nation of Traders : Towards a Second Century of Trade Development, par Andrew Griffith. Document n° 92/05 (mars 1992). SP12
2. Exportation et création d'emplois, par Morley Martin, Document n° 93/06 (juin 1993).* SP24
3. L'effet des exportations: analyse entrées-sorties de commerce extérieur canadien, par James McCormack. 92/24 (décembre 1994).* SP58

C) DOCUMENTS SUR LE COMMERCE RÉGIONAL ET L'ÉCONOMIE :

1. Les approches particulières : régionalisme et diplomatie économique canadienne, par Keith H. Christie. Document n° 93/08 (mai 1993).* SP26
2. Japon Inc : La maîtrise des principes économiques fondamentaux, par I. Prakash Sharma. Document n° 93/16 (décembre 1993).* SP34
3. Le Canada et les Amériques : nouveaux débouchés et défis, par Conrad Sheck, Colin Robertson, Jamal Khokhar, Nicolas Dimic et Keith Christie. Document n° 94/06 (avril 1994).* SP40
4. La Chine en l'an 2000 : Nature de la croissance et intérêts économiques du Canada, par Steve Lavergne. Document n° 94/10 (mai 1994).* SP44
5. Établissements financiers et entreprises : une relation à la japonaise, par James McCormack. Document n° 94/16 (juillet 1994).* SP50
6. Les blocs économiques régionaux: un fait accompli?, par Julie Fujimura. Document n° 95/01 (février 1995). * SP59
7. Changements de partenaires et partenaires changeants: Tendances des relations économiques régionales du Canada, par Steve Wilson. Document n° 95/02 (mars 1995).* SP60
8. L'intégration économique des pays de l'Asie du Nord: réalité ou illusion?, par Steve Lavergne 95/03 (mars 1995).* SP61



D) AUTRES DOCUMENTS SUR L'ÉCONOMIE :

1. Croissance démographique mondiale et mouvements de population : Conséquences pour les politiques canadiennes, par Michael Shenstone. Document n° 92/07 (avril 1992).* SP14
2. Pour des sanctions efficaces et appropriées, par Jean Prévost. Document n° 93/04 (mars 1993).* SP22
3. L'or noir : Évolution du marché mondial du pétrole et conséquences pour le Canada, par Shusma Gera. Document n° 93/05 (février 1993).* SP23
4. Croissance économique et pays en développement : Bilan de la recherche et éléments d'une politique canadienne, par Rick Mueller. Document n° 94/08 (avril 1994).* SP42
5. L'épée de Damoclès est-elle toujours là? Retour sur la crise de l'endettement des PMA, par Rick Mueller. Document n° 94/09 (mai 1994)* SP43
6. Les sanctions proactives : techniques du passé, vision moderne pour une gestion sans violence, par Dr. Nicholas Tracy. Document n° 94/17 (juin 1994).* SP51
7. A View of the Forest: Environmental Stress, Violent Conflict, and National Security, par Rob Stranks. 95/05 (À paraître) SP63

COMMENTAIRE DU GROUPE DES POLITIQUES

- No. 1 L'Uruguay Round : ses avantages pour les pays en développement, par Robert T. Stranks * (mars 1994).
- No. 2 L'investissement direct à l'étranger et l'emploi intérieur, par Julie Fujimura et Robert T. Stranks * (avril 1994).
- No. 3 Les statistiques sur le commerce et l'investissement conciliables, par James McCormack * (mai 1994).
- No. 4 Les sanctions économiques : une arme à deux tranchants * (mai 1994).
- No. 5 Entrées de capitaux récentes en Amérique latine : T. Mueller * (août 1994).
- No. 6 Pas encore sortis de Bretton Woods: Déséquilibres et réformes proposées, par James McCormack * (février 1995).
- No. 7 Veiller au grain: L'impact de la réduction du déficit budgétaire, par James McCormack * (mars 1995)
- No. 11 Traders in Tennis Shoes: Derivatives, Volatility, Risk, par James McCormack * (mai 1995)

* Disponible en français - available in English

DOCS
CA1 EA533 94P11 FRE
Sharma, I. Prakash, 1953-
Les relations fabricant-détaillant
: incidence sur les politiques en
matière de commerce extérieur et de
concurrence
43273185