

deurs agréés sera pour l'essentiel justifiée par la préoccupation d'assurer une distribution de qualité ? L'objectivité de la sélection quantitative, c'est-à-dire sa nécessité et sa proportionnalité, est certainement susceptible d'une appréciation objective dans le cadre de l'article 85 § 3. Dans certains cas, une telle forme de sélection pourrait s'avérer mieux à même de donner satisfaction aux intérêts des distributeurs, de leur fournisseur et, enfin, des consommateurs que la formule retenue par la Commission, dans la mesure où à défaut de pouvoir bénéficier de l'assurance d'une limitation directe du nombre des revendeurs admis dans le réseau, aucun des opérateurs économiques ne voudrait courir le risque d'entrer sur le marché. Au surplus,

s'en remettre en somme au verdict du marché pour vérifier a posteriori la capacité du distributeur agréé à satisfaire aux conditions relatives aux objectifs de politique commerciale du réseau peut s'avérer être un mode de régulation aléatoire et économiquement coûteux.

12. Au-delà de ces raisons, le réalisme économique dont doit faire preuve le droit de la concurrence et dont se réclame la Commission implique que soit écarté tout préjugé négatif à l'encontre de la sélection quantitative qui, équitablement, doit être admise à rapporter la preuve qu'elle remplit les conditions d'exemption de l'article 85 § 3 du traité CEE.

L'analyse économique de la distribution sélective (1)

Maurice Nussenbaum

Expert financier près la Cour d'Appel de Paris,
agréé par la Cour de cassation

Professeur agrégé à l'Université de Paris IX Dauphine

1. La distribution sélective constitue au plan de l'analyse économique une pratique verticale restrictive de concurrence. Elle est agréée par les Autorités de la concurrence lorsqu'elle permet d'obtenir certains avantages économiques.

Comment expliquer que l'analyse économique qui, généralement, privilégie la concurrence parfaite par rapport à tout autre mode de fonctionnement des marchés, ait pu ainsi admettre une telle pratique verticale restrictive (2) ?

Il est en effet admis que la concurrence parfaite entre les offreurs de biens permet de concilier l'intérêt général de la collectivité et la liberté des agents économiques. Les offreurs de biens peuvent accéder librement aux marchés et les consommateurs rechercher les biens qui leur procurent la plus grande satisfaction pour un budget donné.

Ce modèle suppose néanmoins que les consommateurs sont parfaitement informés de toutes les caractéristiques des biens offerts et cela sans coût supplémentaire pour les offreurs. Ces consommateurs sont de surcroît parfaitement rationnels et, face à des biens identiques remplissant le même besoin, ils choisissent le moins cher.

Cette théorie a été considérablement développée durant les quarante dernières années et différentes

contraintes ont été levées pour mieux s'appliquer au monde réel dans lequel les biens ne sont pas toujours homogènes.

L'information disponible pour les consommateurs est loin d'être parfaite et les consommateurs fondent leur choix, non plus uniquement sur le prix mais aussi sur les différentes caractéristiques qu'ils perçoivent des biens qui leur sont offerts et notamment sur leurs marques. Celles-ci apportent une valeur ajoutée aux produits à travers la confiance qu'elles génèrent et la reconnaissance du produit qu'elles permettent.

La distribution n'est plus perçue comme une simple courroie de mise à disposition des produits offrant une totale transparence entre le producteur et le consommateur mais comme un agent à part entière ayant ses propres objectifs.

En conséquence, si le fabricant veut induire des comportements particuliers de la part de ses distributeurs, il devra les inciter à le faire en les faisant bénéficier d'avantages ou en réduisant l'incertitude de leur environnement, mais il devra aussi contrôler que ses directives seront bien mises en application.

Le fabricant peut recourir à plusieurs types de pratiques verticales restrictives, qu'il s'agisse des territoires exclusifs de vente, de la distribution sélective ou des prix de revente imposés.

I. Interprétations économiques actuelles de la distribution sélective

2. Pour rendre compte de la complexité du processus de distribution, différentes théories déjà utilisées dans des domaines d'investigation de l'analyse économique autres que la concurrence ont permis d'éclairer d'un jour nouveau des pratiques en vigueur et de leur donner une nouvelle légitimité.

A. Analyses économiques de la distribution sélective

3. On distinguera les trois approches suivantes :
— la théorie des services additionnels,
— la théorie de l'agence ou du mandat,

(1) Conférence prononcée dans le cadre du séminaire « La Distribution sélective : Quelle politique de marques ? Comité National Français, Chambre de Commerce Internationale Paris, 18 janvier 1995.

(2) Cette évolution a été qualifiée de « révolution scientifique ». Cf. William Comanor et H. E. Frech III — The competitive effects of vertical agreements ? The American Economic Review, Vol. 75 n° 3 — Juin 1985, p. 539.

— les asymétries d'information et la réduction d'incertitude.

4. La première, par ordre chronologique, a été la *théorie des services*, énoncée par L. Telser dès 1960 (3).

Un producteur peut avoir intérêt, pour développer son activité et l'image de ses produits, à ce que ses distributeurs offrent aux clients potentiels certains services sur le lieu de vente, qu'il s'agisse de conseils spécifiques (compte tenu de la technicité des produits), de surfaces réservées d'exposition, d'après vente, etc.

Il en résulte nécessairement un renchérissement du prix des produits par rapport au prix minimum théorique qui s'établirait sans l'offre de ces services complémentaires.

De ce fait, certains consommateurs qui s'estiment suffisamment informés peuvent être découragés d'acheter le bien mais, si le besoin d'information est significatif, d'autres consommateurs auparavant exclus du marché manifesteront leur intérêt pour le produit et feront plus que compenser par leur nombre ceux qui auront été découragés. Il en résultera alors un accroissement du bien-être économique total.

Il est cependant nécessaire que les distributeurs soient incités à offrir les services supplémentaires en bénéficiant d'une marge accrue.

Il faut pour cela que le système de distribution ne permette pas à certains d'entre eux de jouer les cavaliers seuls.

En effet, supposons que certains distributeurs puissent opérer sans offrir ces services supplémentaires et en incitant les consommateurs à aller s'informer chez les distributeurs disciplinés pour venir ensuite s'approvisionner chez eux. Ils pourront, en n'offrant pas ces services, pratiquer des prix plus bas et tirer tous les bénéfices de l'offre des services additionnels sans en supporter les coûts.

La conséquence sera alors la disparition à terme des distributeurs offrant les services supplémentaires, d'où la justification pour le producteur de restreindre le nombre des distributeurs habilités à distribuer ces produits à ceux qui acceptent d'offrir les services complémentaires jugés par lui indispensables.

La pratique restrictive de la distribution sélective est ainsi légitimée, mais elle aura les trois effets suivants :

— une réduction de la concurrence entre les distributeurs du même bien ;

— l'augmentation de la demande globale pour le bien, car les consommateurs désireux de bénéficier des services additionnels vont acquérir le bien ;

— l'augmentation de l'efficacité si l'accroissement de satisfaction des consommateurs supplémentaires attirés par les services additionnels est supérieure à la réduction de satisfaction des consommateurs qui s'estimaient suffisamment informés et préféreraient acquérir le bien sans service complémentaire mais à un prix inférieur.

(3) Lester G. Telser, Why should Manufacturers want fair trade ? The Journal of Law and Economics 3 (1960) p. 86.

On constate ainsi qu'une *réduction de la concurrence ne signifie pas nécessairement une diminution de l'efficacité*.

Cependant, l'effet final sur l'efficacité n'est pas automatique et résulte d'un bilan économique des avantages et inconvénients, ce qui peut justifier que ces pratiques ne soient pas acceptées en tant que telles, sans examen préalable (4). Néanmoins, à ce stade du raisonnement, il n'apparaît pas de raisons particulières pour lesquelles les pratiques de distribution exclusive seraient traitées de manière plus favorable que celles de distribution sélective.

Le raisonnement qui précède ne prend pas en compte l'impact sur la concurrence entre offreurs. Si certains d'entre eux adoptent des pratiques restrictives et pas les autres, il en résultera une concurrence accrue entre les offreurs et les consommateurs qui souhaitent trouver le bien à un prix inférieur et sans service auront la possibilité de le faire.

Si on suppose cependant qu'il existe une forte demande pour le produit avec service, les offreurs risquent d'être tous tentés de recourir à des pratiques verticales restrictives en incitant leurs distributeurs à offrir les services additionnels et les consommateurs qui souhaitent trouver le bien sans service ne pourront plus être satisfaits.

Dans cette hypothèse limite, la concurrence entre offreurs disparaîtra, la quantité de service offert dépassera la demande globale de service et l'efficacité globale sera de ce fait réduite.

Il apparaît ainsi que, dans le cas d'un offreur isolé, l'adoption d'une pratique verticale ne sera envisagée par lui que s'il en résulte une demande accrue des services additionnels alors que dans le cas de la multiplicité des offreurs, la mise en œuvre de ces pratiques accroîtra la concurrence entre eux (concurrence intermarques) et réduira celle entre les distributeurs (concurrence intramarques) avec des effets négatifs sur l'efficacité, chaque entreprise cherchant isolément à maintenir sa part de marché au détriment de l'efficacité globale.

Il n'y a donc pas de réponse automatique quant à l'effet global sur l'efficacité économique de l'adoption de ces pratiques par une multiplicité d'offeurs concurrents (5).

De plus, la théorie des services additionnels ne tient pas compte des *différences d'objectifs* entre producteurs et distributeurs.

Par ailleurs, le fait de laisser au distributeur une marge accrue pour l'inciter à offrir un service complémentaire ne suffit pas à garantir au fabricant que le service sera effectivement offert au consommateur.

5. Les deux courants d'analyse qui constituent la *théorie de l'agence* et la *théorie du mandat* prennent en compte les difficultés de contrôle par les fabricants des comportements des distributeurs dans des

(4) Cf. W. S. Comanor et H. Frech III, op. cit. (note 2) p. 545 et leur suggestion de l'utilisation de la règle de raison.

(5) Cf. F. Jeny, Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficacité, Cahiers de droit de l'entreprise 1989/4 p. 5.

marchés qui ne disposent que d'une information imparfaite et avec des consommateurs qui ne recherchent pas uniquement les produits les moins chers, mais aussi ceux qui offrent de manière accessible (rationalité limitée) les avantages incorporels tels que ceux véhiculés par les marques (attributs imaginaires ou symboliques des produits).

Ces modèles permettent d'expliquer, à la différence de la théorie du service de Telser, comment les producteurs peuvent induire les comportements des distributeurs qui ne partagent pas les mêmes objectifs qu'eux à long terme.

Le problème de contrôle se pose notamment lorsque les consommateurs ne sont pas en mesure d'apprécier la qualité des services offerts par le distributeur. Dans cette situation, on ne peut évoquer l'existence d'une demande, a priori, de service mais seulement émettre l'hypothèse que le consommateur qui constatera après coup l'insuffisante qualité du produit s'en détournera.

Le distributeur (dit l'agent) se trouve ainsi dans une relation dite d'« agence » avec l'offreur (dit le principal) qui lui confie une partie de ses pouvoirs pour réaliser certaines tâches. La divergence d'objectifs entre le principal et l'agent oblige le premier à supporter des coûts de contrôle pour s'assurer que son agent remplit bien les tâches qui lui sont assignées, et en particulier de surveiller qu'il offre bien aux consommateurs les services qu'il est sensé offrir en évitant des pratiques de prix d'appel et de services réduits qui peuvent nuire à l'image du fabricant et faire perdre la clientèle aux distributeurs scrupuleux qui n'utilisent pas de telles pratiques.

Dans ce cas, la limitation du nombre de distributeurs autorisés, choisis sur la base de critères qualitatifs, c'est-à-dire à partir des investissements souvent spécifiques qu'ils réalisent pour défendre la marque du producteur, constitue un moyen efficace de réduire pour le fabricant les coûts de surveillance puisque le distributeur en bénéficiant d'une marge accrue aura intérêt à offrir les services complémentaires requis par le fabricant pour amortir les installations spécifiques qu'il aura mises en place. Il sera, de plus, sous la menace d'un déréférencement au cas où il choisirait de faire cavalier seul et ne respecterait pas les orientations requises par le producteur.

C'est ainsi que Klein et Murphy (6) ont montré que la seule imposition de prix de revente ne suffisait pas pour induire de la part des distributeurs les comportements recherchés lorsque le consommateur ne peut pas savoir, a priori, que le produit qui lui est proposé n'a pas bénéficié du service adéquat. C'était le cas dans l'exemple qu'ils ont étudié de la bière « Adolph Coor's & Co » qui exigeait de ses distributeurs des services spécifiques de réfrigération. Toutes les techniques de restriction verticales n'empêchent pas le recours à des procédures d'inspection de la part du fabricant de façon à s'assurer que les distributeurs disposent bien des unités de stockage adéquates. En imposant des prix de revente, Coor's leur permet de

financer les installations mais ne peut se prémunir contre les comportements de « cavalier seul ».

Comme le souligne la théorie de l'agence, le producteur doit *assurer une rente au distributeur* pour l'inciter à fournir les services requis, mais il existera toujours un risque que le distributeur « triche », c'est-à-dire ne fournisse pas les services requis, si le producteur n'est pas en mesure d'exiger de lui des réparations dans le cas où il découvre ce comportement fautif (7), le niveau minimal de ces réparations étant la radiation du réseau.

Cette situation, qui combine à la fois des caractéristiques de la distribution sélective et des réseaux exclusifs, s'applique notamment à l'automobile.

6. Le dernier courant d'analyse interprète les pratiques verticales restrictives comme un moyen de *réduire l'incertitude* subie respectivement par le producteur et le distributeur compte tenu de l'environnement concurrentiel et la connaissance imparfaite qu'a le fabricant des comportements des distributeurs (asymétrie d'information) concernant les services offerts et les éventuels comportements de « cavalier seul ».

En fixant les prix de détail, le fabricant incite le distributeur, mieux informé que le fabricant sur l'état de la demande finale, à la fois à fournir une meilleure qualité de service et aussi à récupérer les informations dont il dispose auprès du fabricant. Cette pratique permet, de plus, de réduire pour les distributeurs les risques inhérents à la situation de demande incertaine. Dans de nombreux cas cependant, l'exclusivité territoriale et l'absence de prix fixés au niveau du détail apparaissent comme plus efficaces pour inciter les détaillants à ajuster leurs coûts. De ce fait, la pratique des prix de revente fixés peut conduire à une perte d'efficacité.

Dans le contexte de ces recherches en avenir incertain, Tyrole et Rey (8) ont montré que les territoires de vente exclusifs et les prix de revente imposés constituaient des pratiques équivalentes dans un univers certain mais avaient des effets très différents dans un univers incertain. Ces deux types de restriction réduisent la concurrence intramarques et de ce fait réduisent les risques de comportement de « cavalier seul » liés au contrôle des services après vente fournis par les distributeurs car le producteur dispose de moyens de rétorsion importants. Mais les concessions exclusives, sans prix de revente minimaux, permettent d'optimiser l'utilisation de l'information décentralisée et de connaître l'état de la demande finale, alors que la fixation de prix de détail permet seulement de mieux réduire l'incertitude subie par le distributeur, mais ne fournit pas au producteur d'information sur la demande. De ce fait, l'optimisation du choix entre les deux pratiques dépend du contexte spécifique.

A titre d'exemple, il a été montré aux États-Unis, dans le domaine de la bière, que si les brasseurs cherchent à faire valider leurs accords de distribution exclusive au niveau des États afin de se protéger contre les recours auprès des Autorités de contrôle de la concurrence, c'est justement pour assurer à leurs distribu-

(6) Klein, Benjamin & Murphy, Kevin M « Vertical restraints as contract Enforcement Mechanism », *Journal of Law and Economics*, 31 (1988) — 265-97.

(7) Telser, Lester G. Why should Manufacturers want fair trade II? *Journal of Law and Economics*, oct. 1990, Vol. 33 p. 409.
(8) J. Tyrole et P. Rey, *American Economic Review*, déc. 1986, volume 76 n° 5, p. 921.

teurs, de manière certaine, des quasi-rentes qui se traduisent non seulement par une hausse des prix de détail, mais également par des efforts promotionnels accrus qui augmentent la demande même s'ils réduisent la concurrence intramarques et, de fait, améliorent l'efficacité pour les consommateurs (9).

Il en résulte que l'ensemble de ces pratiques ne devraient pas être considérées comme illégales « en soi », alors que les lois des États-Unis considèrent les accords de franchise comme légaux, les territoires exclusifs comme sujets à la règle de raison et la fixation des prix de revente comme illégale en soi. Posner (10) s'est élevé contre cette législation et a même suggéré en 1981 que l'ensemble de ces pratiques soient considérées comme légales en soi, sauf si elles sont imposées par un cartel ou débouchent sur des ententes horizontales. Selon lui, on devrait donc uniquement appliquer la règle de la sanction a posteriori en cas d'abus.

B. Validations empiriques des différentes approches

7. On dispose aujourd'hui de vérifications empiriques sur le pouvoir explicatif des différents schémas à travers l'examen des recours exercés devant les tribunaux américains en invoquant les utilisations de pratiques interdites « per se » de prix de revente imposés à la fois par des Autorités publiques et privées qui, tombant sous le coup des lois anti-trust, donnent lieu au paiement d'indemnités égales au triple du préjudice subi par le demandeur.

8. Les *hypothèses vérifiées* sont les suivantes :

1° La pratique verticale vise-t-elle à créer une collusion entre offreurs ou distributeurs (ententes horizontales) ?

2° Le producteur impose-t-il un prix de détail pour permettre au distributeur d'offrir des services spéciaux tout en évitant les comportements de « cavalier seul » de certains distributeurs (théorie des « services additionnels ») ?

3° Le principal (ou mandant) utilise-t-il la restriction verticale comme menace sur les distributeurs pour les inciter à offrir des services particuliers (théorie de l'agence) ?

P. Ippolito (11), de la Federal Trade Commission, a montré tout d'abord que seule une minorité de 13 % des actions engagées au titre des prix imposés avaient comme motivation une entente horizontale entre fabricants ou distributeurs en vue de limiter la concurrence par les prix ou d'éviter l'évolution vers des formes de distribution plus efficaces (12). Le résultat est particulièrement significatif car ces pratiques ont été interdites

« per se », justement parce que l'on craignait qu'elles ne favorisent les ententes horizontales.

On en conclut donc que les autres motifs constituent une explication bien plus probante du recours au prix de revente minimal (87 % des cas envisagés).

Dans la théorie des services additionnels, il est précisé que les consommateurs doivent pouvoir bénéficier de ces services même sans acheter les biens correspondants à travers des shows rooms ou encore des certifications de qualité.

La pratique des prix de détail imposés a alors pour effet de permettre aux distributeurs d'offrir ces services en résolvant les problèmes d'agence suscités par les divergences d'intérêt entre fabricant et distributeur.

D'après P. Ippolito, cette théorie des services additionnels explique la moitié des actions étudiées concernant les produits dits complexes qui nécessitent des explications particulières et 65 % des cas relatifs à des produits simples nécessitant une certification de qualité ou de l'ensemble des produits caractérisés par des achats non répétitifs.

P. Ippolito montre, de plus, que les pourcentages sont assez proches, qu'il s'agisse d'actions publiques ou privées.

Bien que cette théorie des services additionnels dispose d'un pouvoir explicatif certain, elle ne parvient pas à rendre compte de la totalité de l'échantillon.

La théorie des restrictions verticales qui s'appuie sur les relations d'agence entre le mandant et l'agent explique les restrictions verticales qui se manifestent sous la forme des prix de détail imposés, non seulement par des services additionnels souhaités par le fabricant, mais aussi dans la situation plus générale où le « principal » souhaite influencer le comportement de son agent, notamment lorsque le distributeur a le pouvoir d'agir sur la qualité finale du produit offert.

La possibilité pour le fabricant de fixer les prix de détail, avec en plus le pouvoir de limiter le nombre de distributeurs et de résilier certains contrats, permet de résoudre ce problème.

L'analyse de l'échantillon montre qu'il existe un recouvrement partiel entre les deux types de produit. En effet, un même produit peut nécessiter à la fois des services additionnels de conseil ou d'après-vente et un niveau de qualité accrue dans sa mise à disposition pour le client final. Cette théorie n'explique cependant que 43 % des actions privées et seulement 28 % des actions publiques.

Compte tenu du recouvrement partiel entre les deux types de produit, cette théorie n'apparaît pas comme totalement complémentaire de la précédente, ce qui signifie qu'à elles deux elles n'expliquent pas la totalité de l'échantillon.

On sait que ce sont principalement les risques de comportement de « cavalier seul » ou encore de concurrence entre distributeurs qui sont susceptibles d'empêcher certains d'entre eux d'offrir les services requis par le fabricant. Mais il peut aussi s'agir d'effets verticaux lorsque le distributeur ne perçoit pas en totalité les bénéfices liés à ses ventes marginales.

(9) Saas, Tim R & Saurman Davids Mandated Exclusive Territories and Economic Efficiency — An empirical analysis of the malt beverage industry, *Journal of Law and Economics*, vol. 36, avril 1993, p. 153.

(10) R. Posner « The next step in the Antitrust treatment of restricted distribution : « Per se legality » — University of Chicago — *Law Review* 1981.

(11) Pauline M. Ippolito, Resale price maintenance : empirical evidence from litigation, *Fed. Trade commission, Journal of Law and Economics*, oct. 1991 p. 263.

(12) Pauline M. Ippolito, op. cit. note 11 p. 281.

Dans ce contexte, ce qui est principalement en cause, c'est l'incertitude subie par le distributeur qui peut être réduite, comme l'ont montré Rey & Tyrole, par la pratique des prix de détail imposés, accompagnée du contrôle du nombre de distributeurs et la possibilité pour le fabricant de résilier certains contrats de distributeurs. Cependant, cet aspect particulier est difficile à vérifier empiriquement.

En conséquence, P. Ippolito a clairement montré que les théories de l'agence, que ce soit sous la forme des services additionnels ou du contrôle de la qualité offerte, sont de loin de meilleures explications des pratiques de prix imposés que la recherche d'ententes horizontales. De ce fait, l'interdiction « per se » des prix imposés au détail a plus comme conséquence de rendre difficile la résolution des problèmes d'agence entre fabricant et distributeur que de limiter les ententes horizontales au niveau de la distribution.

II. Enseignements de l'analyse économique pour l'interprétation du droit de la concurrence

9. On constate tout d'abord, comme l'a montré P. Ippolito à propos des prix de détail imposés que, d'une manière générale, les restrictions verticales de concurrence ont, dans la grande majorité des cas, pour objet de permettre au fabricant d'atteindre plusieurs types d'objectifs :

— Offrir au consommateur des services complémentaires après vente ou avant vente, notamment dans les cas des produits complexes, de mode ou de luxe, pour lesquels l'image de marque doit être défendue jusqu'au lieu de vente.

— S'assurer que le distributeur fournira au consommateur un produit de qualité grâce à des services additionnels.

— Réduire l'incertitude subie par le distributeur pour que le climat de confiance ainsi établi lui permette de réaliser pleinement les objectifs du fabricant.

Pour atteindre ces objectifs, le fabricant choisira soit d'imposer à ses distributeurs de fournir les services additionnels qu'il souhaite voir offrir aux consommateurs, soit de définir les prestations complémentaires et les installations spécifiques que ces derniers devront posséder pour assurer la qualité de service requise. Le fabricant aura recours à des contrats de distribution sélective ou exclusive, cherchera à imposer des prix de revente minimaux, ou encore combinera plusieurs de ces moyens.

10. Toutes ces prestations se traduisent par un *renchérissement du prix* des produits au stade final et une *réduction de la concurrence* entre distributeurs, soit par l'homogénéisation des services fournis, soit par les prix de détail imposés, ou encore par les territoires de vente exclusifs et le pouvoir accru des fabricants sur la sélection et la radiation des distributeurs autorisés.

Les effets de ces différentes pratiques verticales restrictives apparaissent ainsi identiques ou complémen-

taires. Aucune d'elle n'assure à coup sûr l'efficacité économique. On peut donc comprendre qu'elles ne soient pas autorisées a priori, mais aucune n'entraîne automatiquement d'entente horizontale et, de ce fait, ne devrait être interdite en soi. On pourrait aussi bien admettre que seules les situations abusives d'ententes horizontales devraient donner lieu à interdiction a posteriori.

Le traitement actuel de la distribution sélective paraît donc partiellement conforme à l'analyse économique puisqu'elle donne lieu à notification sur la base de critères qualitatifs justifiés par leur caractère indispensable et les avantages qui en découlent pour les utilisateurs.

Par contre, l'interdiction en soi des prix de revente minimaux paraît injustifiée au plan économique car on ne voit pas pourquoi un fabricant adopterait des dispositions conduisant soit à offrir un prix supérieur des services non demandés par les consommateurs, soit à imposer des prix de revente trop élevés qui auraient pour effet de réduire la demande.

Ainsi, comme le souligne F. Jenny (13), lorsqu'une autorité de la concurrence interdit les clauses de non rétrocession du bien à des distributeurs non membres du réseau ou encore les clauses de prix de revente minimaux, elle tend, de ce fait, à réduire la quantité de service ou la qualité des biens offerts par les distributeurs concernés.

A l'opposé, les clauses relatives aux territoires exclusifs de vente sont acceptées par les réglementations de la concurrence avec moins d'exception puisque seul le refus de livrer des commandes adressées normalement à un concessionnaire, quelle que soit l'origine du demandeur, est interdit. Il n'est pas nécessaire de justifier à la fois son caractère indispensable et sa contribution à l'efficacité économique.

11. Il apparaît ainsi que l'ensemble des pratiques verticales restrictives présentées plus haut doivent être examinées au regard à la fois de leur contribution au développement de la concurrence entre producteurs et à l'efficacité économique. Cet examen pouvant, au plan économique, être réalisé soit a priori soit a posteriori, la demande d'agrément ne semble pas nécessaire au regard de l'analyse économique.

Cette dernière analyse est souvent délicate et suppose la prise en compte pour chaque type de produit des avantages perçus par les consommateurs des services associés au produit et du supplément de qualité offerte, de façon à en déterminer l'impact sur la demande.

Il existe, en effet, différents types de services associés. Il peut s'agir aussi bien de service technique que d'attributs symboliques liés à la marque et nécessitant un environnement spécifique sur le lieu de vente. D'une manière générale, les spécialistes de la distribution s'accordent pour dire qu'il s'agit dans tous les cas de biens anomaux faisant l'objet d'achats non répétitifs et à forte valeur unitaire.

(13) Op. cit. note 5.

Il est important à cet égard de ne pas se focaliser sur la seule technicité et de comprendre que le caractère élitiste d'une marque peut à lui seul justifier le choix d'un réseau de distribution en cohérence, car l'image de marque dépend de l'ensemble des maillons de la chaîne qui va du fabricant au consommateur.

Il faut également prendre en compte la structure du marché. En situation de monopole, le producteur qui adopte une restriction verticale au niveau de la distribution le fera vraisemblablement pour accroître la demande, même si les prix doivent augmenter.

Par contre, dans un marché où sont présents plusieurs offreurs qui ne pratiquaient pas de restriction verticale, un nouvel entrant qui met en place un système de ce type le fera généralement pour s'imposer en captant la demande non satisfaite par les concurrents.

Cependant, si plusieurs offreurs se mettent simultanément à adopter les mêmes restrictions, il y a plus de chance que cela conduise à réduire non seulement la concurrence intramarques, mais aussi entre les marques, et réduise l'efficacité globale.

D'où la justification d'un traitement au cas par cas et cela quelle que soit la méthode envisagée, autorisation préalable, notification ou recherche d'éventuels abus.

Mais, là encore, il convient de rappeler que l'analyse économique ne permet pas d'établir une hiérarchie a priori entre les divers types de restrictions verticales, car chacune d'entre elles, peut, selon les cas, accroître ou réduire l'efficacité globale.

12. Par rapport à cette logique économique, il y a lieu de constater que l'application du droit de la concurrence aux pratiques verticales se trouve à la croisée des chemins sans avoir parfaitement accepté les implications de l'analyse économique :

— d'une part, en instaurant des différences de statut entre les divers types de pratiques verticales ;

— d'autre part du fait de l'amalgame qu'il effectue entre les ententes horizontales et les pratiques verticales. En interdisant notamment les clauses qui limitent

les importations parallèles dans le but manifeste de favoriser la concurrence par les prix puisque ces dernières peuvent jouer dès que le différentiel du prix est supérieur aux coûts additionnels de mise à disposition du bien, la réglementation tend à fragiliser l'efficacité des réseaux de distribution sélective.

Il en est de même de l'interdiction des contrôles quantitatifs du nombre de distributeurs ou des prix de revente minimaux qui conduisent à accroître l'incertitude globale subie par les distributeurs et à favoriser la concurrence par les prix au détriment des services offerts.

Les Autorités de la concurrence n'ont reconnu que « sur le bout des lèvres » la légitimité partielle des pratiques verticales restrictives. Elles se heurtent en effet à deux types d'obstacles :

— des problèmes de doctrine, tout d'abord, car la liberté du commerce a une portée générale et « la sélection des revendeurs doit être justifiée par celui qui l'invoque » (14) ;

— la difficulté de procéder à des analyses concrètes suffisamment précises des effets de ces pratiques sur l'efficacité économique, d'autant plus, comme on l'a souligné précédemment, qu'une même pratique peut à la fois être bénéfique si elle est pratiquée individuellement et nuisible si elle l'est collectivement par l'ensemble des offreurs.

13. Il n'existe donc pas, ni légitimité en soi des pratiques verticales restrictives, ni efficacité en soi et la discrimination systématique entre ces pratiques n'est pas justifiée par l'analyse économique dans l'état actuel de son développement.

De ce fait, comme cela a été recommandé (15), ne faut-il pas conseiller au fournisseur de se prémunir contre les risques d'un contentieux en faisant procéder, a priori, à une analyse de la licéité de son réseau, à partir de son impact sur l'efficacité économique ?

(14) Cf. G. Canivet et L. Vogel, La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire, D. 1991. Chron. 283.

(15) Cf. G. Canivet et L. Vogel, op. cit. (note 14).