

L'interdiction des ententes verticales en Europe : une politique anti-concurrentielle

La Commission européenne s'attache depuis ses débuts à rendre illégales les pratiques de coopération entre différentes firmes qu'elle juge "restrictives". Les accords entre entreprises oeuvrant à différentes étapes consécutives de la production d'un bien, telles que sa fabrication et sa distribution, font l'objet d'une attention particulière de la part de la Commission. Cependant, ces ententes verticales peuvent être des moyens adaptés pour répondre à certains besoins des consommateurs. Loin d'être anti-concurrentielles, comme le prétendent les instances européennes, ces pratiques ont toute leur place dans un processus de concurrence laissant les consommateurs libres de soutenir des industries organisées autrement.

L'examen du cas Grundig-Consten* est d'un grand intérêt car c'est le précédent majeur en matière d'entente verticale. Cette affaire - dans laquelle l'entente entre ces deux entreprises a été rendue illégale en 1964 - est révélatrice de la conception erronée de la concurrence qu'a adoptée la Commission.



La politique de la concurrence contre les contrats d'exclusivité: le précédent Grundig

La société Grundig s'est d'abord faite connaître en Allemagne grâce à une large gamme de récepteurs, enregistreurs, machines à dicter et bien sûr grâce à ses téléviseurs. A la fin des années 50, la firme allemande avait décidé de passer à une nouvelle étape de son développement. Recherchant à reproduire son succès à l'échelle de l'Europe et notamment en France, il lui fallait établir une stratégie pour se faire connaître, acquérir et préserver une réputation auprès des consommateurs face à des concurrents déjà "installés". Pour ce faire, Grundig choisit un *business model* bien particulier, celui de la "protection territoriale".

"La chasse aux ententes et contrats "restrictifs" est parfois allée très loin puisque, dans certains cas, il a suffi que des dirigeants se rencontrent pour que leurs entreprises respectives fassent l'objet de poursuites et soient sanctionnées."

Dans chaque pays (à l'exception de l'Allemagne, pays d'origine), Grundig s'était engagé avec une société pour assurer la distribution de ses produits. Des contrats de distribution exclusive les liaient. Consten, le représentant de Grundig pour la France, avait accepté un tel accord dès le 1^{er} avril 1957. En tant que représentant de

Grundig, Consten s'était notamment engagé à assumer la charge des efforts de publicité locale. Consten s'était aussi engagé à assurer le service après vente et à ne pas vendre les produits des concurrents de Grundig. En

contrepartie, Grundig acceptait de ne vendre ses produits en France qu'à ce seul distributeur. Et de manière générale chacun de ses distributeurs en

Europe était dans l'obligation contractuelle de ne pas vendre les produits Grundig à l'étranger, d'où l'existence de ce qu'on appelle une "protection territoriale" pour chacun d'entre eux.

Malgré l'existence de ces contrats, plusieurs distributeurs ont entrepris de livrer des produits Grundig en dehors des zones de distribution dans lesquelles ils s'étaient engagés à opérer. En avril 1961, la société

* Neri, Massimiliano, "Suffering at the Hands of the EU Antitrust Police," Daily Article, Ludwig von Mises Institute, disponible à <http://www.mises.org/story/2440>

UNEF, établie en France, a commencé à acheter des produits Grundig en Allemagne à un de ces revendeurs. UNEF est ainsi devenu un "importateur parallèle", c'est-à-dire une entreprise obtenant des produits en dehors du circuit officiel déterminé par les contrats exclusifs entre le fabricant et ses distributeurs.

Consten a alors intenté une action en justice en France contre l'importateur parallèle. Mais UNEF a porté l'affaire devant la Commission de la Communauté économique européenne, arguant que les contrats d'exclusivité devaient être considérés comme nuls en vertu de l'article 85 du Traité de la CEE (aujourd'hui l'article 81) condamnant les ententes. Cette entente verticale aurait représenté une atteinte caractérisée à la concurrence. En limitant la compétition entre distributeurs d'une même marque, elle aurait nuit aux consommateurs.

La Commission et la Cour européenne de Justice ayant donné raison à cette thèse par leurs décisions, l'affaire Grundig allait servir de précédent pour de nombreuses autres. La chasse aux ententes et contrats "restrictifs" est parfois allée très loin puisque, dans certains cas, il a suffi que des dirigeants se rencontrent pour que leurs entreprises respectives fassent l'objet de poursuites et soient sanctionnées. Ce fut le cas, par exemple, pour la société Pioneer, accusée d'avoir organisé une rencontre avec ses distributeurs locaux européens pour mettre en place des mesures contre le commerce parallèle.

Une attaque infondée contre les accords de distribution exclusive

"La constatation que les parties aux contrats ont voulu que Consten soit affranchi de la concurrence d'autres importateurs pour l'importation et la distribution en gros des produits Grundig en France, suffit pour conclure que le jeu de la concurrence est restreint au sens de l'article 85 paragraphe

1¹", pouvait-on lire dans la décision de la Commission². Avec l'arrêt Grundig-Consten³ et les décisions qui suivirent, les juridictions communautaires prétendirent agir au nom des consommateurs en défendant le "jeu de la concurrence". Pourtant, il est inexact de considérer *a priori* les contrats d'exclusivité comme nuisibles aux consommateurs.

Les contrats d'exclusivité sont avant tout un moyen pour des entreprises de se faire connaître et de se construire une réputation. A cet effet, il faut que le fruit des investissements publicitaires requis qui sont réalisés par les distributeurs, ne soit pas détourné au profit de distributeurs concurrents qui ne participent pas à cet effort de promotion. Sans contrats d'exclusivité, les investissements n'auraient pas lieu et les consommateurs se trouveraient privés des informations que leur fournit la publicité. Dans la mesure où leurs choix se seraient portés vers ces produits grâce à l'effort de promotion, l'interdiction des contrats d'exclusivité leur nuit.

Pour appréhender cette proposition, il faut d'abord comprendre que les consommateurs ne sont pas automatiquement au courant des produits qu'on a à leur proposer. C'est la raison pour laquelle la publicité est généralement une étape requise dans la production d'un bien tel qu'un téléviseur, au même titre que son assemblage en usine. Les industriels doivent alors rivaliser d'imagination, non seulement pour découvrir comment attirer l'attention des acheteurs

"Les contrats d'exclusivité sont avant tout un moyen pour des entreprises de se faire connaître et de se construire une réputation."

¹ "1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun..." http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325FR.003301.html

² 64/566/CEE: Décision de la Commission, du 23 septembre 1964, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité (IV-A/00004-03344 "Grundig-Consten") <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31964D0566:FR:NOT>

³ Arrêt de la Cour de Justice du 13 juillet 1966 dans les affaires jointes 56 et 58-64, Grundig-Consten, Recueil 1966, p.429 : http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61964J0056&lg=fr

potentiels sur le produit, mais aussi pour faire en sorte que leurs succès en la matière paye en termes de ventes.

Lorsqu'une marque de téléviseurs tente de se faire une réputation et de remettre en question le succès des autres marques, elle a d'autant plus besoin de se faire connaître. Et il existe différents moyens pour y arriver. Par exemple, le constructeur peut tout simplement prendre en charge lui-même la distribution du produit. C'est un modèle de pure intégration verticale, à l'image de celui adopté aujourd'hui par Dell pour ses ordinateurs. Ou, pour s'assurer d'un meilleur investissement en publicité et en service clientèle de qualité, nécessaires pour bâtir la réputation de sa marque, le constructeur peut aussi avoir intérêt à laisser cette tâche à des distributeurs locaux. Ceux-ci en effet connaissent généralement mieux leur marché et les moyens les plus efficaces de communication auprès des consommateurs. Grâce à l'exclusivité, le distributeur local a intérêt à fournir le niveau requis de publicité et de promotion de la marque du fabricant parce que le produit de ses efforts ne sera pas détourné. La "fuite" étant colmatée, le distributeur et le constructeur y gagnent. Mais les consommateurs y gagnent aussi dans la mesure où leurs choix se portent sur ces produits, dont ils n'auraient pas eu connaissance sans l'effort publicitaire, et dans la mesure où la réputation et le service clientèle apportent de la valeur ajoutée à leurs yeux.

Il est cependant envisageable que cet effort ne serve à rien si les consommateurs n'ont que faire des produits portés à leur connaissance. Les contrats d'exclusivité - comme les autres formes d'organisation des entreprises - doivent passer le test du marché. En effet, s'ils n'apportent pas de valeur aux consommateurs, les contrats d'exclusivité n'empêchent pas ces derniers d'aller voir les autres concurrents en reportant leurs achats sur des téléviseurs de marque différente.

Une politique de la concurrence... anticoncurrentielle

Les ententes verticales font partie du jeu de la concurrence. Celui-ci impliquant avant tout une compétition entre marques différentes, il n'y a aucune raison de considérer les ententes comme plus suspectes que d'autres pratiques d'intégration verticale qui elles, ne souffrent pas de cette mauvaise réputation.

Des firmes verticalement intégrées - dans lesquelles plusieurs étapes de la production telles que la fabrication du produit et sa distribution ont lieu - ne suscitent généralement pas la même opprobre. Quand leurs opérations internes sont peu efficaces, quand elles exigent des coûts élevés sans fournir un service supplémentaire aux consommateurs, d'autres entreprises présentes sur le marché ou prêtes à y entrer peuvent en tirer profit en offrant de meilleures solutions aux consommateurs. On ne reproche pas à Dell de saper la concurrence en s'occupant de la distribution de ses produits parce que cela n'empêche aucunement Hewlett Packard, IBM et d'autres de proposer les leurs. De la même manière, le business model de Grundig n'empêchait pas Sony, Philips et d'autres marques, de proposer leurs propres téléviseurs en France.

La relation entre deux divisions d'une même firme oeuvrant à l'exécution de deux étapes consécutives de la production d'un produit est typiquement exclusive. La division "distribution" de Dell ne vend et ne livre que du Dell. Au fond, c'est comme s'il existait des contrats d'exclusivité liant les différentes divisions d'une même firme. Plutôt que d'avoir autant de firmes que d'étapes dans la production, il n'y en a qu'une. Son organisation interne correspond donc à une entente verticale entérinée, une entente plus complète que des relations exclusives entre firmes indépendantes⁴. Ainsi, si des firmes intégrant

⁴ La Commission européenne n'a jamais prétendu que les règles du "jeu de la concurrence" n'étaient respectées que si l'économie n'était faite que de travailleurs indépendants. Les autres formes d'entreprises impliquant toujours des contrats d'exclusivité en leur sein, cette thèse découle pourtant logiquement de la condamnation des ententes. -> p.4

plusieurs étapes de leur production ne sont pas un danger pour la préservation de la concurrence, il devrait être clair que les contrats d'exclusivité entre différentes firmes ne le sont pas plus.

Il se peut, certes, que des sociétés s'entendent sans que cela n'apporte un avantage aux consommateurs, comme cela aurait pu être le cas dans l'affaire Grundig. Cependant, même dans cette situation, il n'y avait nul besoin d'une intervention des instances communautaires. Les consommateurs auraient tout simplement pu se tourner vers des marques concurrentes, obligeant Grundig et Consten à remettre en question leur mode d'organisation ou à disparaître.

“La préservation de la concurrence au bénéfice des consommateurs exige d'autres choix : respecter sans concession la liberté contractuelle et les contrats entre producteurs, distributeurs et consommateurs.”

Quel est alors l'impact sur le jeu de la concurrence et le service aux consommateurs d'une politique stigmatisant les ententes verticales ? Etant donné que des ententes verticales ne peuvent être considérées a priori comme nuisibles, c'est la concurrence qui permet aux consommateurs de décider le mode d'organisation des entreprises qui les sert le mieux. En les interdisant, la Commission empêche les consommateurs de faire jouer cette concurrence entre les différents modes d'organisation des entreprises et finit, en conséquence, par leur nuire. En réalité, c'est une telle politique interventionniste qui s'avère anti-concurrentielle.

Conclusion

Le "jeu de la concurrence" n'est pas faussé par des contrats de distribution exclusive. Les ententes verticales sont une tentative de maximiser les bénéfices de ceux qui les entreprennent, mais comme tous les autres choix stratégiques d'une entreprise, elles passent toujours par la sanction du marché. Leur succès ou échec dépend en bout de ligne de leur adéquation aux préférences des consommateurs qui sont libres d'acheter chez une marque concurrente tant que des obstacles légaux ne s'y opposent pas.

Laisser fonctionner et respecter la concurrence implique, au contraire, de la part des autorités de régulation de s'abstenir de pénaliser ces ententes. Sans quoi les consommateurs - les meilleurs régulateurs qui soient si leurs intérêts devaient prévaloir - ne peuvent se prononcer à leur égard. Par conséquent, l'affaire Grundig révèle la tournure essentiellement anti-concurrentielle que la politique européenne de la concurrence a prise dès son commencement. La préservation de la concurrence au bénéfice des consommateurs exige d'autres choix : respecter sans concession la liberté contractuelle et les contrats entre producteurs, distributeurs et consommateurs.

Cécile Philippe, Valentin Petkantchin, Xavier Méra
L'IEM remercie Massimiliano Neri pour sa collaboration à cette note.



Institut Economique Molinari

rue Luxembourg, 23 bte 1
1000 Bruxelles
Belgique
Tél. +32 2 506 40 06
Fax +32 2 506 40 09
e-mail:
cecile@institutmolinari.org
www.institutmolinari.org

L'Institut Economique Molinari est un institut de recherche et d'éducation indépendant et sans but lucratif.

L'Institut s'est fixé comme mission de proposer des solutions alternatives et innovantes favorables à la prospérité de l'ensemble des individus composant la société.

Reproduction autorisée à condition de mentionner la source.

© Institut Economique Molinari

Printed in Belgium

Design by LEONard

⁴ A ce sujet, voir Détruire la concurrence au nom de la concurrence. Le cas Coca-Cola, Xavier Méra, Institut économique Molinari, 16/11/2004.