

Les Cahiers de droit



Le contrat de concession commerciale et le libre marché

Claude Samson

Volume 21, numéro 3-4, 1980

La rédaction des lois

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042411ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042411ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Samson, C. (1980). Le contrat de concession commerciale et le libre marché. *Les Cahiers de droit*, 21(3-4), 787-823. <https://doi.org/10.7202/042411ar>

Résumé de l'article

This paper deals with the exclusive sale contract or solus agreement. Its first part identifies some characteristic features of this type of agreement, which quite often is not only aimed at regulating the exercise of trade, but also serves as a technique of market organization and economic power concentration. The impact of the increasing currency of such commercial practices on the free market justifies consideration of the various forms of control that can be exercised by public authorities in order to preserve free competition. Control can be achieved through the judiciary applying concepts such as public order in civil law or public policy at common law. However, in view of the courts' reluctance to interfere with such instances of private economic power and their indifference towards the economic inequities inherent in such agreements for the distributor, legislative intervention has become necessary to protect the free market. Thus the *Combines Investigation Act* was amended in 1976 to allow regulation of commercial practices such as refusal to deal, consignment selling, exclusive dealing, market restriction and tied selling.

Le contrat de concession commerciale et le libre marché

Claude SAMSON *

This paper deals with the exclusive sale contract or solus agreement. Its first part identifies some characteristic features of this type of agreement, which quite often is not only aimed at regulating the exercise of trade, but also serves as a technique of market organization and economic power concentration. The impact of the increasing currency of such commercial practices on the free market justifies consideration of the various forms of control that can be exercised by public authorities in order to preserve free competition. Control can be achieved through the judiciary applying concepts such as public order in civil law or public policy at common law. However, in view of the courts' reluctance to interfere with such instances of private economic power and their indifference towards the economic inequities inherent in such agreements for the distributor, legislative intervention has become necessary to protect the free market. Thus the Combines Investigation Act was amended in 1976 to allow regulation of commercial practices such as refusal to deal, consignment selling, exclusive dealing, market restriction and tied selling.

	<i>Pages</i>
Introduction	788
1. Le contrat de concession commerciale exclusive	793
1.1. La concession commerciale: une entente visant à réglementer l'exercice du commerce	793
1.2. La concession commerciale exclusive: une technique d'organisation des marchés et de concentration du pouvoir économique	796
1.2.1. Le statut d'acheteur revendeur du concessionnaire	797
1.2.2. La réciprocité dans l'exclusivité.	798
1.2.2.1. La clause de fourniture exclusive	798
1.2.2.2. La clause d'approvisionnement exclusif	799
1.2.3. Le contrôle du concédant sur le réseau de distribution	800

* Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

	Pages
2. Le contrôle de la concession commerciale	802
2.1. La conformité des concessions exclusives à l'ordre public ou à la <i>public policy</i>	804
2.1.1. L'affaire <i>Esso Petroleum</i>	805
2.1.2. L'affaire <i>Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd</i>	807
2.1.2.1. La décision de première instance	808
2.1.2.2. La décision de la Cour d'appel	808
2.2. La conformité des concessions commerciales exclusives à l'ordre public économique: la <i>Loi relative aux enquêtes sur les coalitions</i>	810
2.2.1. Définition législative de ces pratiques	813
2.2.1.1. L'exclusivité	813
2.2.1.2. La limitation du marché	815
2.2.2. L'exercice du pouvoir du contrôle de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce	816
2.2.3. Les conditions nécessaires à l'émission d'une ordonnance par la Commission	818
2.2.4. Les exemptions statutaires	819
Conclusion	820

Introduction

Il est généralement admis qu'à l'intérieur du processus judiciaire, le rôle du juge ne se limite plus à l'interprétation et à l'application pure et simple de la loi. On reconnaît à ce dernier un certain rôle créateur, soit la possibilité pour le tribunal de faire le droit, ce qui revient dans une certaine mesure à lui reconnaître une fonction législative¹. Ce rôle créateur du juge n'est pas très apparent. En effet, il intervient d'abord dans un champs d'action assez restreint, et ce, en relation avec chaque cas qui lui est soumis. De plus, l'attachement traditionnel au principe de la séparation des pouvoirs entre le Législatif et le Judiciaire, l'a amené à énoncer ses nouvelles conceptions du droit comme des applications pures et simples de règles et doctrines déjà établies.

Quelles que soient les réticences que certains auteurs, voire même certains juges, peuvent avoir vis-à-vis la fonction créatrice exercée par les

1. J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) *Rev. trim. Droit civil*, p. 417. En common law, voir : l'opinion de lord Haldane dans : *Rodriguez v. Speyer Brothers*, [1919] A.C. 59, énumérant les cas où le concept de *public policy* permet au juge de façonner le droit en fonction des réalités socio-économiques.

tribunaux, on ne peut ignorer comment les décisions judiciaires influencent l'évolution du droit. Cette évolution de la jurisprudence a été particulièrement marquée ces dernières années dans le domaine de la responsabilité civile, et ce, en common law comme en droit civil, où les tribunaux n'ont pas hésité à faire sauter la barrière du lien contractuel pour protéger le consommateur victime d'un dommage résultant d'un produit défectueux. Cette nouvelle orientation de la jurisprudence a permis ainsi au consommateur de poursuivre le manufacturier, fabricant d'un produit, qui n'était pas le vendeur immédiat².

Dans cet ordre d'idée, il peut être intéressant d'analyser le cheminement suivi par le juge pour en arriver à sa décision, et de constater que celle-ci ne se fonde pas toujours sur des motifs internes à la loi, mais aussi parfois sur des motifs qui lui sont externes, ou encore de considérer le choix qu'il va faire quant à la règle qui va servir de base à sa décision. La lecture des rapports judiciaires permet en effet de constater que des facteurs tels que l'opinion publique, la morale, la religion, les traditions, l'usage, l'expérience, voire même la mode ou les habitudes personnelles, influencent à divers degrés l'évolution du droit³.

Il existe des cas où les tribunaux affirment ouvertement que le droit doit être subordonné à un certain principe général auquel il ne saurait être dérogé. Il est aussi admis, aujourd'hui, qu'il existe une certaine éthique ou norme sociale qui est à la base de l'organisation de toute société⁴, éthique qui dans certains domaines, a un impact important sur l'évolution du droit : la norme sociale est alors élevée au rang de doctrine ou de théorie. Mais c'est surtout dans le domaine des obligations contractuelles que les tribunaux, que ce soit sous la couverture de l'ordre public ou des bonnes mœurs en droit civil, ou sous celle de la *public policy* en common law, appliquent ouvertement cette théorie. On peut même affirmer que, dans ce domaine, ces deux notions ont été érigées en système. S'il est, cependant, un secteur particulier du droit des contrats où les juges, influencés par des considérations socio-économiques, se sont servis de ces concepts pour faire évoluer les règles de droit applicables, c'est celui des conventions de non concurrence⁵. La

2. L. CÔTÉ, « La responsabilité du fabricant vendeur non immédiat en droit Québécois », (1975) 6 *R. du B.*, p. 3. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Consumer Warranties and Guaranties in the Sale of Goods*, ch. 5, Toronto, Department of Justice, 1972, cité par B.T. EDMANDES, *Commercial and Consumers Transactions, Supply of Goods*, vol. 1, Halifax, Dalhousie University, Faculty of Law, 1976, p. 169 et ss.

3. D. LLOYD, *Public policy: A Comparative Study in English and French Law*, University of London, 1953, p. 2 et ss.; W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4^e éd., p. 448.

4. D. LLOYD, *supra*, note 3, p. 99 et ss.

5. *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Vancouver*

common law possède en cette matière un corps de règles désigné sous le terme de *doctrine of restraint of trade*⁶. En droit civil, il existe des dispositions générales dans le droit des contrats qui permettent au juge de vérifier si l'objet et la cause de ces conventions sont conformes à l'ordre public⁷.

Lorsque les juges, au nom de l'ordre public ou de la *public policy*, interviennent dans les conventions de non concurrence, ils le font pour protéger un principe que nos sociétés à économie de marché considèrent comme fondamental, à savoir, le principe de la libre concurrence. Sous ce couvert, on entend aussi protéger d'autres libertés auxquelles on peut porter atteinte par des conventions de non concurrence et qui sont : la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté du travail et la liberté du marché. Les tribunaux ont eu tendance à valider les accords limitatifs de la liberté du commerce et de l'industrie accessoires à la vente d'une entreprise, pour le simple motif que c'était là le seul moyen pour le vendeur de tirer profit de la vente de son entreprise incluant, évidemment, la clientèle⁸. Par contre, ils se montrent plus exigeants dans le cas des accords limitatifs de la liberté du travail accessoires à un contrat de travail, et ont tendance à les annuler s'ils ont pour effet d'empêcher un individu de gagner sa vie⁹. Quant aux accords restreignant le libre marché, soit en réglementant la production, la distribution, les prix, ou encore en imposant un cadre à l'activité économique, ils les ont en général validés, sauf s'ils avaient un impact indu et excessif sur la liberté d'action des parties¹⁰. Dans ce type d'accord, la liberté de contracter l'emporte sur la liberté du commerce¹¹, sauf s'il en résulte une restriction induue et excessive de la concurrence. Les clauses restrictives accessoires à un contrat de travail ou de vente d'entreprise constituent des accords entre individus, ou des individus et des sociétés, dans le but de limiter l'exercice de libertés individuelles : liberté du travail, liberté de commerce. Par contre, les accords imposant un cadre à l'activité économique, comme les contrats d'exclusivité ou les ententes, n'interdisent pas l'exercice de libertés indivi-

Malt and Sake Brewing Co. Ltd. v. Vancouver Breweries Ltd., [1934] A.C. 181, à la p. 189; p. 265 et ss.; J.D. HEYDON, « Recent Developments in Restraint of Trade », (1975) 21 *McGill L.J.*, p. 325.

6. W. FRIEDMANN, « Théorie... », *supra*, note 3, pp. 451-452.

7. G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, Théorie des obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1975, p. 303; N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, (2^e éd.), Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1975, p. 103 et ss.

8. *Maxim Nordenfelt v. Nordenfelt*, [1894] A.C. 552.

9. *Herbert Morris Ltd. v. Saxelby*, [1916] A.C. 688; J.L. BERGEL, « Les clauses de non-concurrence en droit positif français », dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 21, pp. 27-28.

10. W. FRIEDMANN, « Théorie... », *supra*, note 3, p. 452.

11. N. L'HEUREUX, *supra*, note 7, p. 126.

duelles, mais réglementent les modes d'exercice de ces libertés et affectent plutôt le libre marché. En général, ces accords n'interviennent pas entre des individus, mais des groupes économiques qui veulent exercer un contrôle sur les conditions du marché. Ces accords affectant le libre marché sont soumis au même critère que les clauses restrictives de la liberté du travail et du commerce, qui veut qu'ils doivent être raisonnables, non seulement quant aux parties, mais aussi quant au public¹². En droit civil, ces accords sont soumis au critère de limitation, c'est-à-dire qu'ils doivent être limités quant à leur objet, dans le temps et dans l'espace¹³.

Il existe cependant très peu de décisions où les tribunaux, que ce soit au nom de l'ordre public ou de la *public policy*, ont annulé une convention restrictive de concurrence pour le motif qu'elle lésait le consommateur ou le public en général¹⁴. Les tribunaux ont eu tendance à assimiler l'intérêt des parties à l'intérêt du public. Ainsi, si la convention était raisonnable dans l'intérêt des parties, elle l'était nécessairement du point de vue du public¹⁵. Cela peut s'expliquer dans le cas des clauses restrictives accessoires à un contrat de travail ou de vente d'entreprise, où ce sont les intérêts opposés d'individus ou de sociétés qui sont en conflits. Mais dans le cas d'accords qui affectent le libre marché parce qu'ils favorisent un contrôle sur les conditions du marché, les parties à l'accord sont des groupes économiques qui, y trouvant chacun, à différents niveaux, leurs intérêts, ne soumettront donc pas l'accord en question à l'examen des tribunaux. Les préjudices qui peuvent résulter de la restriction du libre marché retombent dans ce cas sur les tiers, c'est-à-dire le public en général¹⁶. En identifiant ainsi l'intérêt privé

12. *Herbert Morris Ltd. v. Saxelby*, *supra*, note 8, p. 565.

13. N. L'HEUREUX, *supra*, note 7, p. 156.

14. On ne trouve en common law que l'affaire *Wyatt v. Kreglinger*, (1933) 1 K.B. 793, où la Cour a annulé au nom de l'intérêt public une convention assurant une rente viagère à un retraité qui réclamait en justice les arrérages qui lui étaient dus sur sa rente. Mais il faut souligner les récents développements survenus en droit anglais dans l'affaire *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.*, [1968] A.C. 269, où le tribunal concerné a donné beaucoup plus de considération à l'intérêt public lors de l'examen d'une convention restrictive de concurrence. En droit civil québécois, il y a l'affaire *Jeanty c. Labrecque*, [1978] C.S. 463, où le tribunal a annulé une clause de non-concurrence intervenue entre deux médecins, en vertu de laquelle l'un d'eux cédait sa clientèle et s'interdisait d'ouvrir un bureau médical. Le tribunal a jugé cette clause « illégale comme contraire à l'ordre public puisqu'elle constitue une entrave au régime médical de l'État voulant assurer à tout malade le libre choix de son médecin ». Cette décision a été commentée par Maurice TANCELIN, « L'utilisation concurrente de la règle du précédent et de l'interprétation large et libérale selon l'esprit de la loi », (1979) 39 *R. du B.*, 675.

15. W. FRIEDMANN, « Théorie... », *supra*, note 3, p. 452; CHESHIRE and FIFOOT'S, *Law of Contract* (9^e éd.) Londres, Butterworths, 1970, pp. 387-88; *A.F. of Australia v. Adélaïde Steamship Co.*, [1913] A.C. 781, p. 795; *Mogul S.S. Co. v. McGregor*, [1892] A.C. 25.

16. W. FRIEDMANN, « Théorie... », *supra*, note 3, p. 452.

et l'intérêt public, les tribunaux évitaient d'investiguer les conséquences que pouvaient avoir sur le public le contrôle des conditions du marché par des groupes économiques privés. Cette conception de l'ordre public et de la *public policy*, qui, dans le cas des accords réglementant la production, les prix, la distribution, fait abstraction des conséquences économiques qui en découlent pour le consommateur, implique selon Friedmann, « une acceptation de l'individualisme économique et (...) (la concurrence individuelle cédant la place aux accords de groupe) en arrive à l'acceptation d'un contrôle monopolisateur du marché par des intérêts privés »¹⁷.

Cette timidité du pouvoir judiciaire à l'égard du contrôle des pouvoirs privés économiques a amené le législateur à intervenir dans l'activité économique pour préserver le libre marché. Cette intervention législative en matière de concurrence s'est faite dans plusieurs pays¹⁸ au moyen de législation antitrusts. C'est ainsi que, dans les pays de droit civil, la notion d'ordre public a été élargie pour englober un ordre public économique d'origine purement législative. Il en va différemment par contre dans les pays de common law où la notion de *public policy* demeure un concept judiciaire¹⁹. Ceci, comme le fait remarquer Schmitthof²⁰, n'autorise cependant pas à conclure, « que la réglementation juridique que ce concept tend à systématiser n'existe pas ; il permet simplement de conclure que la situation de fait n'a pas abouti ou pas encore à une systématisation académique ». En effet, à notre époque, la société s'intéresse de plus en plus à la vie économique, et c'est essentiellement par le contrat que celle-ci s'organise. Il n'est donc pas surprenant que dans les pays à économie de marché le législateur soit intervenu pour réglementer, au nom de l'ordre public, les accords restrictifs de concurrence et préserver le libre marché.

Nous étudierons donc dans un premier temps le contrat de concession commerciale, non seulement comme une entente visant à réglementer l'exercice du commerce, mais également comme une technique d'organisation des marchés et de concentration du pouvoir économique. Dans une deuxième partie, nous étudierons le contrôle de la concession commerciale, à partir des principes classiques du droit des contrats (ordre public, *public policy*), ainsi que des règles législatives à caractère impératif (ordre public économique, intérêt public).

17. *Ibid.*

18. À la fin du siècle dernier pour les États-Unis et le Canada, et après la deuxième guerre mondiale pour plusieurs pays européens. F. JENNY, A.-P. WEBER, *L'entreprise et les politiques de concurrence*, Paris, Les Éditions d'Organisation, 1976, p. 154.

19. D. TALLON, « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 883.

20. C.M. SCHMITTHOF, « Le concept de droit économique en Angleterre », (1967) 1 *Il diritto dell' economia*, pp. 20-21.

1. Le contrat de concession commerciale exclusive

1.1. La concession commerciale : une entente visant à réglementer l'exercice du commerce

On distingue évidemment la concession exclusive des conventions de non concurrence accessoires au contrat de vente d'entreprise ou au contrat de travail. Alors que ces dernières visent à interdire l'exercice d'une activité donnée, les clauses d'exclusivité contenues dans la concession visent plutôt à restreindre l'exercice de cette activité²¹. La concession exclusive se situe donc parmi ces conventions qui interviennent entre des commerçants et des industriels qui, voulant éviter les risques du jeu de la libre concurrence et ainsi s'affranchir des incertitudes du marché, s'entendent sur des questions telles que la production, les quantités vendues, les prix de vente, la répartition des débouchés²². Ce contrat de concession commerciale, que l'on désigne aussi sous le nom de concession de distribution, contrat d'exclusivité, contrat d'approvisionnement exclusif ou de fourniture exclusive, est apparu assez tôt dans les relations commerciales. On retrouve cette pratique dans tous les pays à économie de marché.

Elle a d'abord été utilisée dans l'industrie de la brasserie, sous le nom de contrat de bière²³, mais elle est surtout liée à l'organisation de réseaux de distribution dans l'industrie de l'automobile. L'actualisation contemporaine de ce procédé de mise en marché est apparue au niveau de la distribution de produits industriels à caractère technique : appareils ménagers, électriques, audio-visuels, horlogerie, outillage industriel. La concession commerciale couvre maintenant les secteurs des vêtements et tissus de qualité, des produits de beauté et même de l'alimentation²⁴. Mais comme nous le verrons plus loin, ce sont les contrats conclus entre les distributeurs de carburants et les compagnies pétrolières qui ont été à l'origine d'une abondante jurisprudence et de plusieurs études doctrinales. De plus, le commerce de distribution des produits pétroliers a fait l'objet d'enquêtes publiques dans plusieurs pays industrialisés²⁵, suite aux pratiques anticoncurrentielles rencontrées dans ce secteur.

21. G. GUGLIELMETTI, « Limiti negoziali della concorrenza », Padoue, 1961, p. 68 et ss., cité par Y. SERRA, *L'obligation de non concurrence*, Paris, Sirey, 1970, p.9.

22. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, (9^e éd.), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, n° 480, p. 292.

23. *Id.*, n° 481, p. 292.

24. J.M. MOUSSERON, *Droit de la distribution*, Paris, Librairies techniques, 1975, p. 249 ; B. DU GRANRUT, *Étude sur le contrat de concession exclusive*, Paris, Sirey, 1968, p. 25.

25. M.O. CONNELLY « Exclusive Dealing and Tied Selling Under the Amended Combines Investigation Act », (1976) 14, Osgoode Hall L.J., pp. 523-524.

On a longtemps considéré, dans le cadre des législations antitrusts, que seules les conventions d'union²⁶ (accords de collaboration, de spécialisation, et évidemment les coalitions) constituaient des ententes²⁷. Cependant, au niveau du Marché Commun, la Cour de justice des Communautés européennes a eu à décider de l'applicabilité des dispositions du Traité de Rome réglementant les ententes aux contrats de fourniture exclusive. La cour en est venue à la conclusion que :

Ces conventions ne sont pas, par leur seule nature, incompatibles avec la réglementation des ententes, mais qu'elles peuvent le devenir lorsque, soit isolément, soit simultanément avec d'autres, dans le contexte économique et juridique dans lequel elles fonctionnent, elles sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et d'exercer un effet restrictif sur le jeu de la concurrence.²⁸

L'entente est généralement définie comme un accord intervenu entre des entreprises portant sur la constitution d'un centre de décision, en vue de dominer plus ou moins le marché²⁹ ou encore :

[d]es groupements de toute nature, qui, entre personnes créatrices d'utilité (industriels, commerçants, agriculteurs, transporteurs), établissent un lien économique dans le but de donner au marché une organisation durable.³⁰

La concession exclusive tombe évidemment dans cette catégorie. Mais si l'on veut l'identifier de façon plus particulière, on dira qu'elle est une convention qui a pour effet de soumettre le fonctionnement de certaines entreprises ou commerces, sur un marché donné, au pouvoir de décision d'une entreprise économiquement plus puissante. Ainsi les entreprises concessionnaires sont-elles dans un état de dépendance économique vis-à-vis l'entreprise concédante³¹.

26. « Les contrats d'union cherchent à additionner des pouvoirs économiques sur le marché », G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1971, p. 139. Ces conventions interviennent entre des concurrents qui face à un but commun (la fin de la lutte concurrentielle dans le cas des coalitions) décident de s'entendre quant au comportement à adopter sur un marché donné. À la différence des coalitions, les accords de collaboration ne visent pas essentiellement et uniquement à réglementer le marché et la concurrence, bien que cela puisse en être la cause, ou encore, l'une des conséquences.

27. *Ibid.*

28. G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 293. Voir : Cour de justice 12 décembre 1967, *Brasserie de Haecht, Clunet*, 1968, 446, obs. Goldman, J.C.P., 1968.2.15673, *Rev. trim. dr. eur.*, 1968.157 ; 18 mars 1970, *Bilger-Jehle, Rev. trim. dr. eur.*, 1970, 332 et 491, obs. Champaud. Comp. Cass. com., 28 janvier 1975, *Bull.*, cass., 1975.4, n° 23 ; Paris, 12 juin 1970, J.C.P., 1971.2.16663, note H.D., *Rev. trim. dr. eur.*, 1970.539, obs. Joliet ; 13 mars 1970, *Gaz. Pal.*, 1971.1.204, cité par Georges RIPERT, *ibid.*

29. G. FARJAT, *Droit économique, supra*, note 26, p. 123.

30. L. MAZEAUD, *Le régime des ententes industrielles et commerciales*, 1928, cité par G. FARJAT, *supra*, note 26, p. 138.

31. G. FARJAT, *Droit économique, supra*, p. 138.

Le contrôle par le marché est, avec l'accumulation de capitaux et le contrôle financier, l'une des voies d'accès à la concentration du pouvoir économique, « mouvement qui conduit, de manière relative, et parfois absolue, à la possession et au contrôle de masses de plus en plus grandes de capitaux et de puissance économique par une quantité de plus en plus réduite de personnes physiques ou morales »³²; on l'a encore décrit comme « le mouvement qui tend, de manière relative et parfois absolue, à rassembler les éléments reproductifs de la richesse et le pouvoir économique dans un nombre de mains de plus en plus restreint »³³.

Le contrôle par le marché est un type de concentration qui intéresse les grandes comme les petites entreprises. Pour celles-ci, c'est un moyen de s'assurer un certain pouvoir sur le marché. Quant aux grandes entreprises, c'est une conséquence de leur puissance économique : car avec le temps, elles se sont constituées, au moyen de contrats d'exclusivité, des réseaux de distributeurs exclusifs³⁴. Ces entreprises assujetties au plan économique conservent leur autonomie juridique, mais, que ce soit dans le cadre d'un contrat de collaboration ou d'intégration, le centre de décision a changé de place. C'est évidemment en fonction de sa puissance qu'une entité économique, à l'occasion d'éventuelles négociations, pourra imposer à ses cocontractants les conditions des contrats qu'elle conclue avec ceux-ci. Cette hypothèse peut se présenter dans le cas d'une entreprise qui occupe une position de *leadership* sur un marché donné. Sans nécessairement occuper une position de monopole, elle peut cependant se trouver dans une situation qui lui permette d'influencer le comportement de ses concurrents sur le marché concerné.

Dans cette perspective, le contrat d'exclusivité nous apparaît donc comme une convention de « dépendance » ou « d'intégration », que l'on définit comme la « convention par laquelle un entrepreneur met son entreprise, ou une partie de l'activité de celle-ci en relation exclusive avec une autre entreprise pour une période de temps donné »³⁵. À l'intérieur des conventions d'intégration, il faut cependant distinguer les contrats d'exclusivité des contrats de sous-traitance. Ces derniers contrats concernent l'activité de production, alors que les contrats d'exclusivité portent sur la circulation des produits. À la différence des contrats d'union, les contrats d'intégration visent principalement à constituer une unité économique et non une coalition³⁶.

32. H. CLAUDE, *La concentration capitaliste*, Éd. sociales, 1965, cité par G. FARJAT, *Droit économique*, *supra*, note 26 p. 122.

33. *Ibid.*

34. G. FARJAT, *Droit économique*, *supra*, note 26, p. 136.

35. G. FARJAT, *Droit économique*, *supra*, note 26, p. 146.

36. Ce sont des ententes au sens strict qui visent essentiellement à réglementer le marché, à

1.2. La concession commerciale exclusive : une technique d'organisation des marchés et de concentration du pouvoir économique

Dans les prochains développements, nous allons tenter d'identifier les éléments caractéristiques de la concession exclusive, qui font de cette convention « une des techniques maîtresses de l'organisation des marchés et de la concentration du pouvoir économique »³⁷. Cette pratique commerciale ayant été longtemps ignorée par le législateur³⁸, c'est donc à la doctrine qu'il nous faut référer pour connaître ce qu'il faut entendre par concession commerciale. La définition qui nous semble la plus complète, est celle que nous propose le professeur Champaud³⁹ :

Nous proposerons de tenir le contrat de concession commerciale pour une convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou un industriel appelé concédant pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé.

La concession commerciale nous apparaît comme un procédé original de mise en marché de produits, car elle vise en effet à établir un nouveau type de relations entre fabricants et commerçants, et à assurer un meilleur service au consommateur⁴⁰. Il n'existe pas de contrat type de concession commerciale. C'est la nature des produits dont il s'agit d'organiser la distribution qui va être déterminante dans l'élaboration de la convention. Les produits visés par les obligations résultant de la concession constituent l'objet du contrat. La concession peut porter sur l'ensemble des produits mis en marché par le concédant, ou seulement sur certains produits mentionnés dans la convention. Dans la plupart des cas, il s'agit de produits très particuliers, tant au plan technique que commercial. Pour les produits d'une certaine technicité, la vente implique alors diverses compétences techniques de la part du vendeur (conseils quant à l'usage, services après vente). Dans le cas de produits marqués, déjà vendus par suite de la publicité faite par le

organiser et nécessairement à limiter la concurrence. Elles sont prohibées dans tous les pays à économie de marché. En France, par l'article 419 du Code pénal. Au Canada, par l'article 32 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23, modifié par c. 10 (1^{er} supp.), c. 10 (2^e supp.), 1974-75-76, c. 76.

37. G. FARIAT, *Droit économique*, *supra*, note 26, p. 155.

38. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 248. Au Canada, ce n'est qu'en 1976 que le législateur a inséré des dispositions dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, en vue de réglementer cette pratique, S.R.C. 1970, c. C-23, modifié par c. 10 (1^{er} supp.), c. 10 (2^e supp.), 1974-75-76, c. 76.

39. C. CHAMPAUD, « La concession commerciale », 1974, *Rev. trim. dr. comm.*, p. 470, cité par B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 7.

40. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 8.

concedant, se joint alors au contrat de concession un contrat de licence de marque de fabrique, qui permet au concessionnaire d'utiliser la marque de commerce du concedant en vue de l'exploitation de la concession et à l'intérieur des limites fixées par celui-ci⁴¹. Enfin, il ne faut pas non plus sous-estimer la puissance économique de chacune des parties qui va être décisive dans la détermination des obligations et prestations réciproques.

Il y a cependant certaines caractéristiques que l'on retrouve dans la plupart des contrats de concession exclusive. Ce sont : le statut d'acheteur revendeur du concessionnaire, la réciprocité dans l'exclusivité, et le contrôle du concedant sur le réseau de distribution⁴².

1.2.1. Le statut d'acheteur revendeur du concessionnaire

Il faut souligner le statut d'acheteur revendeur du concessionnaire, habituellement une entreprise commerciale qui achète les produits pour les revendre à ses clients en son nom et pour son compte⁴³, agissant ainsi à ses risques et périls⁴⁴. À ce titre, le concessionnaire se distingue donc des intermédiaires de commerce qui participent selon d'autres procédés à la mise en marché de produits⁴⁵. Le rôle des intermédiaires consiste à rapprocher les parties en vue d'en arriver à un accord des volontés relativement à une transaction donnée, ou encore, à représenter l'une des parties lors de la transaction. Il se distingue également de l'agent commercial (représentant) qui vend au nom et pour le compte d'un mandant, et qui n'acquiert pas la propriété des marchandises qu'il se charge de vendre⁴⁶. Le critère de l'achat en vue de revendre nous permet aussi de distinguer le concessionnaire de cet intermédiaire indépendant qu'est le commissionnaire à la vente ou marchand à commission qui vend sous son propre nom, pour le compte d'un commettant, des produits que celui-ci l'a chargé de vendre⁴⁷. Il se distingue enfin des auxiliaires de commerce qui ont le statut de préposés salariés, tel qu'un directeur de succursale⁴⁸, et des agents à commission comme les agents d'assurance ou les voyageurs de commerce⁴⁹.

41. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 251.

42. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 11.

43. *Ibid.*

44. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 250.

45. N. L'HEUREUX, « La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce », (1977) 18 *C. de D.*, 397, p. 404 et ss.

46. *Id.*, p. 401.

47. *Id.*, p. 411.

48. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 251.

49. N. L'HEUREUX, « La révocation... », *supra*, note 45, p. 402 et ss.

1.2.2. La réciprocité dans l'exclusivité

L'exclusivité peut porter sur l'approvisionnement : c'est le cas de l'entreprise qui s'engage à n'employer que le matériel fabriqué par telle firme. Elle peut aussi porter sur la fourniture : c'est le cas de la firme qui s'engage à ne fournir qu'une seule entreprise à l'intérieur d'une région donnée. Il y a aussi l'exclusivité plus ou moins réciproque entre les parties. En effet, suite au monopole de revente qui lui est concédé dans une région donnée, le concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès de son concédant en ce qui concerne la catégorie de produits qui fait l'objet du contrat, et parfois même jusqu'à s'interdire la distribution d'autres produits. C'est alors qu'il y a « réciprocité totale des restrictions de liberté consenties par chacun »⁵⁰.

L'exclusivité d'approvisionnement est en sorte le seul mécanisme qui permet à un industriel, fabricant, de s'assurer que les membres de son réseau de distribution ne s'intéressent qu'à ses produits. À l'inverse, le distributeur commerçant qui désire prospecter un marché en toute tranquillité, sans intervention de compétiteurs, exigera l'exclusivité de fourniture⁵¹.

1.2.2.1. La clause de fourniture exclusive

Pour le professeur Mousseron, la réservation du marché au moyen d'une obligation de fourniture exclusive mise à la charge du concédant est caractéristique de ce genre d'accord⁵². On rencontre cependant différents types de réservation de marché. Il y a en effet les clauses d'« exclusivité territoriale simple », suivant lesquelles le concédant ne s'engage qu'à une « exclusivité de livraison », ses autres concessionnaires pouvant alors concurrencer le concessionnaire sur le marché réservé, ce que le concédant évidemment ne pourra pas faire. La protection dans ce cas n'est donc pas totale, car la concurrence n'est pas entièrement disparue, comme le souligne J. Guyenot :

La concurrence reste tenue dans les rapports de distribution des mêmes produits ou de la même marque. Le concessionnaire qui sort de sa zone pour prospecter la clientèle des secteurs voisins doit majorer le prix de revente des marchandises afin d'y inclure la rémunération de ses démarcheurs et les frais de livraison. La clientèle est plus difficile à attirer et à retenir si le produit exige un service après vente qui, par hypothèse, est plus éloigné de son domicile que le service du concessionnaire accrédité dans la zone concernée.⁵³

50. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 12.

51. *Id.*, p. 47.

52. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 253.

53. J. GUYENOT, « Les ventes avec clauses d'exclusivité et les groupements commerciaux de concessionnaires », *Gaz. Pal.*, 1972, II, 481, cité par J. M. MOUSSERON, *id.*, p. 254.

Cependant, il y a aussi la clause d'« exclusivité territoriale absolue » en vertu de laquelle le concédant est assujéti non seulement à une exclusivité de livraison, mais aussi à une exclusivité de clientèle. Cette exclusivité absolue, a pour effet d'obliger le concédant à stipuler dans ses autres contrats de concession des clauses de non-exportation ou destination⁵⁴. L'exclusivité peut être plus ou moins poussée suivant le degré de dépendance d'une partie envers l'autre. Ainsi, dans le cas d'une convention d'exclusivité concernant la fourniture, un fournisseur qui n'est pas un sous-traitant, en ce sens, qu'il vend des produits qu'il fabrique sous sa responsabilité propre, et non pas suivant les directives d'une entreprise dominante, peut s'engager à fournir une entreprise pour une période assez longue, et tomber sous la dépendance de celle-ci⁵⁵.

Compte tenu de l'organisation du réseau de distribution et de la nature du produit, l'étendue du territoire concédé peut passer de la province à la région administrative, au comté, à la ville, voire même à un quartier. Le concessionnaire pourra toutefois subir la concurrence du concédant, lorsqu'une clause de vente réservée reconnaît à ce dernier le droit d'effectuer lui-même certaines transactions, soit qu'elles concernent certains produits particuliers, (matériel de démonstration, prototypes...), soit qu'elles s'adressent à certains clients, énumérés dans la convention.

1.2.2.2. La clause d'approvisionnement exclusif

En vertu de cette clause, le concessionnaire contracte l'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès de son concédant fournisseur. Cette clause peut se rencontrer dans différents types de contrats (licence de droit de propriété industrielle, brevet, agence commerciale...). Elle peut viser l'ensemble des approvisionnements du concessionnaire (exclusivité totale) ou une partie des produits (exclusivité partielle)⁵⁶. Cette exclusivité d'approvisionnement à la charge du concessionnaire est en quelque sorte la contrepartie pour le concédant fournisseur, du droit de revente exclusif de ses produits à l'intérieur du marché concédé. L'activité commerciale du concessionnaire consiste donc en l'exploitation de la concession qui lui est accordée. Dans le cas d'exclusivité absolue, il ne peut s'adonner à la distribution de produits d'une autre marque. Nous avons ainsi la clause restrictive de concurrence, qui existe dans la plupart des contrats de concession commerciale.

C'est dans l'affaire *Grunding-Consten*⁵⁷ qu'a été établie la distinction entre la protection territoriale absolue et la protection territoriale simple.

54. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 254.

55. G. FARJAT, *Droit économique*, *supra*, note 26, p. 152.

56. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 226.

57. 13 juillet 1966, *Grunding-Consten*, Rec. Cour de justice, 1966, 429, *Clunet*, 1966, 914, cité par G. RIPERT, *supra*, note 22, pp. 293-295.

Dans le premier cas, le concédant s'engage envers le concessionnaire à le fournir exclusivement dans une région donnée et défend à tous ses autres clients de revendre à un concurrent du concessionnaire. Par contre, dans le cas de la protection territoriale simple, le concédant ne s'engage qu'à fournir exclusivement le concessionnaire. Le concessionnaire aura ainsi à subir la concurrence de compétiteurs qui se seront approvisionnés auprès d'un intermédiaire (un autre concessionnaire). C'est ainsi que, dans l'affaire *Grundig*, la Cour de justice des Communautés européennes, au nom de la libre concurrence, a rejeté la protection territoriale absolue⁵⁸.

1.2.3. Le contrôle du concédant sur le réseau de distribution

Chaque convention d'exclusivité est un cas d'espèce, ce qui implique que la situation du concessionnaire va varier d'un cas à l'autre. Si le fait de se voir concéder une exclusivité dans un secteur donné constitue évidemment un avantage, par contre, cela implique en général une certaine subordination qui peut aller, même, jusqu'à l'intégration économique⁵⁹. Dans certains cas, le concédant fournira au concessionnaire une assistance technique et financière (prêts), en retour de quoi celui-ci consentira à vendre exclusivement les produits du concédant⁶⁰.

L'exclusivité prend presque toujours la forme d'une convention cadre qui établit les règles auxquelles seront assujettis pendant une période de temps donnée les contrats d'échanges qui vont intervenir entre les parties ; elle modèle, en quelque sorte, les relations entre l'entreprise dominante et les entreprises concessionnaires⁶¹.

En plus donc, des obligations de fourniture et de réserve du marché qui sont propres au concédant (fabricant), le contrat de concession est aussi à l'origine d'obligations très diverses pour le concessionnaire et qui conduisent souvent à l'intégration économique du commerce de distribution à l'entreprise productrice du concédant⁶². Cette situation que le professeur Mousseron qualifie de « sujétion de gestion »⁶³, résulte évidemment des diverses clauses d'approvisionnement incluses dans les conventions, mais aussi, des

58. G. FARJAT, *supra*, note 26, p. 153.

59. *Ibid.*

60. T.E. CARBONNEAU, « Exclusive Distributorship Agreements in French Law », (1979) 28, *The International and Comparative Law Quarterly*, 91, p. 92.

61. G. FARJAT, *supra*, note 26, p. 154.

62. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 257 : situation que les économistes décrivent comme étant de la concentration verticale, G. FARJAT, *supra*, note 26, p. 121. Voir aussi T.E. CARBONNEAU, *supra*, note 60, p. 93.

63. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 26, p. 257.

nombreuses clauses portant sur la distribution des produits, dont le but ultime est la protection des marchés des autres concessionnaires. D'autres clauses déterminent les modalités des contrats qui interviendront avec les clients consommateurs. Seront ainsi touchés par cette uniformisation, les conditions générales de vente et les régimes de garantie ou d'entretien du produit. L'intégration du concessionnaire pourra encore être plus accentuée si les clauses du contrat de concession établissent des normes quant à la gestion administrative et technique de l'établissement du concessionnaire. Ainsi en matière de comptabilité, on peut rencontrer une clause de ce type :

La comptabilité du concessionnaire Fiat doit être organisée selon le plan comptable préconisé par le concédant dans le cadre du plan national. Le concessionnaire doit faire parvenir au concédant, aux dates et pour les périodes indiquées par lui, tous documents commerciaux et comptables tels que bons de commande, situation mensuelle du marché, situation mensuelle du stock, bilans, comptes d'exploitation et comptes de profits et pertes de son entreprise.⁶⁴

De même, en ce qui a trait aux interventions techniques du concessionnaire retrouve-t-on la clause suivante :

Le concessionnaire Fiat doit disposer du personnel et de l'organisation technique nécessaire pour assurer en permanence dans les meilleures conditions de rapidité et de qualité, l'entretien, le dépannage et la réparation de tous les types de véhicules de la marque, selon les normes établies par le concédant.⁶⁵

On a raison d'affirmer dans ce cas, que le concédant fait souscrire au concessionnaire un véritable contrat d'adhésion⁶⁶. Parfois même, des entreprises concédantes, économiquement puissantes, vont non seulement imposer les conditions des contrats qu'elles concluent, mais aussi « contrôler », dans le vrai sens du terme, les entreprises ou commerces subordonnés : elles se comportent à leur égard comme de véritables propriétaires⁶⁷. L'ensemble de tous ces contrats de concession constitue un réseau homogène de distribution sur lequel le concédant exerce un contrôle absolu. Pour Bernard Du Granrut, c'est l'intervention du producteur dans la mise en marché de son produit qui donne au contrat de concession toute son originalité au niveau de la distribution. C'est par l'entremise de leurs réseaux de concessions exclusives que les entreprises productrices interviennent dans la distribution. Et, comme le souligne l'auteur,

Loin de subir l'évolution du commerce, ils l'organisent selon leurs exigences propres. Responsables du produit, ils se veulent également maîtres de sa commercialisation.⁶⁸

64. Clause du contrat de concession de Fiat, citée par J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 258.

65. *Ibid.*

66. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 13.

67. G. FARJAT, *supra*, note 26, p. 137.

68. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 15. L'auteur nous fournit, à la page 13 de son ouvrage,

2. Le contrôle de la concession commerciale

Nous avons situé, dans le chapitre précédent, la concession commerciale exclusive parmi les différentes ententes que les pouvoirs privés économiques utilisent pour contrôler l'exercice du commerce (1.1). Nous avons ensuite identifié les caractéristiques de la concession exclusive, qui font de cette convention une technique d'organisation des marchés et de concentration du pouvoir économique (1.2). Mais si, à l'instar des clauses de non-concurrence accessoires au contrat de travail et au contrat de vente d'entreprise, les clauses d'exclusivité et de réserve de marché contenues dans les contrats de concession commerciale obligent à confronter la liberté de contracter et la liberté de commerce, elles affectent aussi le principe de la libre concurrence⁶⁹.

En effet, le monopole de revente mis en place par le concédant prive le commerçant hors réseau d'une source d'approvisionnement, le fabricant devant alors lui opposer un refus de vente fondé sur la convention qu'il a conclue avec le concessionnaire : il doit alors s'adresser à ce dernier pour l'obtention du produit concerné. En droit civil, ce refus de vente est d'autant plus justifié que les contrats de concession sont opposables aux tiers⁷⁰. Mais la concession peut aussi causer certains préjudices aux consommateurs, que ce soit au niveau de la politique des prix, des quantités mises en marché, ou de la qualité des services après vente⁷¹. Par contre, les industriels et les commerçants qui décident d'intégrer leurs activités respectives (production et distribution) à l'intérieur d'un réseau ont aussi des intérêts légitimes qui méritent protection⁷². Même si elles portent atteinte à la libre concurrence, ces conventions ne sont pas nécessairement néfastes pour l'économie. Elles peuvent, entre autres, viser à maintenir un bon service après vente, assurer

une liste non exhaustive des clauses habituellement rencontrées dans le contrat de concession et visant à assurer la mainmise du concédant sur la commercialisation :

- le règlement technique des opérations d'achat, les conditions d'entrée en vigueur et de cessation du contrat ;
- l'assistance technique et financière apportée par le concédant ;
- les quantités minimales de produits à acheter ;
- le maintien d'un stock de produits sous contrat et le cas échéant, de pièces détachées ;
- l'organisation et l'entretien d'un service après vente ;
- les exigences professionnelles et techniques relatives aux employés du concessionnaire ;
- les garanties touchant les produits sous contrat ;
- l'exclusivité d'approvisionnement.

69. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 37. D.D. PRENTICE, « Solus Agreements : Two Recent Cases », (1967) 6, *Western Ont. L. Rev.*, 170.

70. J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, pp. 255-256 ; G. FARIAT, *supra*, note 26, p. 155. Pour l'application de ce principe au Québec, voir *Paul Trudel et Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S., p. 236.

71. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 38.

72. *Ibid.*

une plus grande efficacité au niveau de la mise en marché des produits du concédant⁷³, amenant ainsi une réduction dans les coûts dont peut bénéficier le consommateur⁷⁴. Enfin, cette concentration économique au niveau du marché est souvent la conséquence inévitable du progrès technique⁷⁵. C'est donc à l'équilibre de ces intérêts opposés qu'il faut viser lorsque l'on a à décider de la licéité des concessions commerciales : équilibre entre, d'une part, la liberté de contracter derrière laquelle se retranche concédant et concessionnaire pour la protection de leurs intérêts, et d'autre part, la liberté de commerce à laquelle font appel les commerçants hors du réseau et la libre concurrence, ou liberté du marché, gardienne des intérêts des consommateurs.

En droit civil, le principe de la validité de la concession commerciale ne soulève aucun doute⁷⁶. Comme pour toute autre convention, elle ne doit pas être contraire à l'ordre public⁷⁷. En common law, même si ces pratiques sont considérées comme des usages ou procédés normaux tout à fait conformes aux réalités et nécessités du commerce à notre époque⁷⁸, elles sont soumises à la doctrine de la restriction de la concurrence (*restraint of trade*)⁷⁹. Ces contrats ne peuvent, par conséquent, être valides et exécutoires que s'ils répondent positivement au critère de raisonnabilité énoncé dans l'arrêt *Nordenfelt*⁸⁰.

Aussi, avant d'aborder la question de la conformité du contrat de concession exclusive à l'ordre public économique (2.2), nous examinerons à titre d'exemple, les affaires *Esso Petroleum Co. Ltd.* et *Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd.*⁸¹ où les tribunaux anglais et canadiens ont eu à décider de la raisonnabilité des concessions exclusives, c'est-à-dire de leur conformité à l'ordre public ou à la *public policy*⁸².

73. CHESHIRE and FIFOOT'S, *supra*, note 13, p. 386.

74. D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 170.

75. B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 38.

76. N. L'HEUREUX, *supra*, note 7, p. 126; B. DU GRANRUT, *supra*, note 24, p. 39; J.M. MOUSSERON, *supra*, note 24, p. 227; G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 293.

77. Art. 13, 989, 990 C.C.

78. *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage Stourport Ltd.*, [1968] A.C. 327, 332-3.

79. CHESHIRE and FIFOOT'S, *supra*, note 13, pp. 375-376; G.H.L. FRIDMANN, *The Law Contract in Canada*, Toronto, Canada, Carswell Co. Ltd., 1976, pp. 357-358.

80. *Supra*, note 5, p. 565.

81. [1974], 3 O.R. (2d) 241; 45 D.L.R. (3d) 161. En appel, (1976) 11 O.R. (2d) 129. *Esso Petroleum Co. Ltd.*, *supra*, note 78.

82. Lorsque l'on considère l'importance des principes de common law dans l'élaboration de la notion québécoise d'ordre public, on peut comprendre facilement l'impact que ces décisions peuvent avoir en droit québécois. En effet, lorsque les tribunaux ont eu à choisir entre ces notions d'ordre public et de *public policy* dans les litiges originant du Québec, ils ont eu tendance à assimiler ces deux notions. Ils ont introduit dans notre droit le critère de

2.1. La conformité des concessions exclusives à l'ordre public ou à la *public policy*

On a défini le contrat de concession commerciale comme une convention en vertu de laquelle un producteur ou grossiste s'engage envers un détaillant à lui fournir exclusivement l'approvisionnement de ses produits, en retour de quoi celui-ci s'oblige à ne vendre que les produits du fabricant ou du grossiste, aliénant ainsi certaines modalités d'exercice de sa liberté de commerce⁸³. On le définit également comme un contrat de vente exclusive en vertu duquel le détaillant, en contrepartie d'avantages tels que la location d'équipement, l'octroi d'escompte, convient de vendre exclusivement les produits du fournisseur⁸⁴. Cette dernière définition s'applique très bien au cas où c'est le producteur qui aide le détaillant à se lancer en affaires. Cette situation prévaut actuellement dans l'industrie pétrolière où les grandes compagnies établissent leurs détaillants dans des stations-service suivant un contrat où elles leur assurent l'équipement et le financement nécessaire (garanti par hypothèque) avec, en contrepartie pour le détaillant, l'engagement de ne vendre, pour une période déterminée, que les produits pétroliers de la compagnie concédante.

Si l'on se réfère aux autorités antérieures à l'affaire *Esso Petroleum*⁸⁵ et à l'affaire *Stephens*⁸⁶, on ne peut que constater, et ce, tant en droit civil qu'en common law, un certain flottement de la jurisprudence en présence de ces conventions⁸⁷. Accordant préséance au principe de la liberté de contracter, les tribunaux se sont généralement abstenus d'intervenir dans ces conventions dont la « nature [est] de restreindre la liberté de commerce »⁸⁸. Dans

raisonnabilité pour vérifier la conformité des clauses restrictives de concurrence à l'ordre public. Voir sur cette question *Consumers Cordage Ltd. v. St-Gabriel Land Co. Ltd.*, [1945] S.C.R. 158, p. 164, *Cameron v. Canadian Factors Corporation Ltd.*, [1971] R.C.S. 148. Selon L. Beaudoin, c'est en faisant appel à la fois aux principes de common law, à ceux du droit français, et à leurs doctrine et jurisprudence respectives en la matière, que les tribunaux québécois ont élaboré la notion d'ordre public s'appliquant aux clauses restrictives de concurrence. L. BEAUDOIN, « Rapport général... », dans *La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, section canadienne, Montréal, Eugène Doucet Ltée, 1956, 736. Voir aussi N. L'HEUREUX, « Précis... », *supra*, note 7, p. 101.

83. G.H.L. FRIDMANN, *supra*, note 79, p. 353.

84. D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 170.

85. *Supra*, note 78.

86. *Supra*, note 81.

87. G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 293. D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 180.

88. N. L'HEUREUX, *supra*, note 7, p. 126; *Champlain Oil Products Ltd. v. Imbeault*, [1960] R.P. 399. Voir aussi les décisions citées par C.-Armand SHEPPARD, « The Enforcement of Restrictive Conventions in Quebec Law, (1963) 23 R. du B., 312, pp. 340-341, ainsi que les décisions citées par le juge Henry dans *Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd.*, (1974) 3 O.R. (2d) 241, pp. 255-270 et ss.

l'affaire *Great Eastern Oil and Import Co. v. Chafe*⁸⁹, qui illustre assez bien cette tendance des tribunaux à reconnaître la validité des clauses d'exclusivité, on a décidé que de telles clauses restrictives n'étaient pas déraisonnables : d'abord, elles n'étaient pas contraires à l'intérêt du public, car il n'avait pas été établi que cela avait eu pour effet de faire augmenter les prix ; cette restriction n'était pas non plus déraisonnable pour les parties, en ce sens qu'elle était limitée dans le temps (cinq ans), et qu'elle n'affectait pas la liberté d'action du détaillant qui pouvait exercer son métier de mécanicien⁹⁰.

Lorsque l'on considère le contexte économique dans lequel se présente la concession commerciale, il nous semble difficile d'y appliquer le critère de raisonnabilité selon la même approche que celle utilisée pour l'étude des cas traditionnels⁹¹. On sait que ce type d'accord intervient la plupart du temps entre une grande entreprise, souvent multinationale, et un petit commerçant détaillant (personne physique ou morale). Les parties contractantes occupant donc des positions très différentes en termes de puissance économique, on n'imagine donc pas qu'elles puissent négocier d'égal à égal⁹², et décider de la validité de ces conventions suivant les critères de licéité utilisés pour les ventes d'entreprise⁹³. Par ailleurs, si l'on considère l'intérêt du public, on peut se demander s'il est pertinent d'examiner si cette technique de mise en marché est l'œuvre d'une entreprise qui occupe une position dominante, ou encore, si cela a pour effet de constituer une barrière à l'entrée de nouveaux compétiteurs sur le marché⁹⁴.

2.1.1. L'affaire *Esso Petroleum*

Dans l'affaire *Esso Petroleum*⁹⁵, il semble qu'on ait considéré la raisonnabilité de la clause restrictive du point de vue de l'intérêt du public comme le critère pertinent pour décider de la validité d'une telle clause⁹⁶. Dans cette affaire, la Chambre des lords devait décider de la validité de deux contrats intervenus entre la compagnie Esso et la compagnie Stourport, qui opérait deux garages distincts. Suivant ces contrats, la compagnie Stourport s'engageait à acheter exclusivement d'Esso toute l'huile à moteur dont elle

89. (1956) 4 D.L.R. (2d) 310 (Nfld. S.C.).

90. D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 186 ; G.H.L. FRIDMANN, *supra*, note 79, p. 354.

91. *I.e.* les cas de clauses de non concurrence, accessoires au contrat de travail et de vente d'entreprise.

92. M. Q. CONNELLY, « Vertically Imposed Restrictions in the Gasoline Industry at Common Law », (1976) 14 *Osgoode Hall L.J.*, p. 1.

93. N. L'HEUREUX, *supra*, note 7, p. 126 ; D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 172.

94. D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, pp. 171-179 ; M.Q. CONNELLY, « Vertically... », *supra*, note 92, p. 21.

95. *Supra*, note 78.

96. G.H.L. FRIDMANN, *supra*, note 79, p. 354.

aurait besoin ainsi que d'autres produits connexes et accessoires, conformément à la clause de vente liée⁹⁷. De son côté, Esso assurait le financement nécessaire pour les deux garages, soit deux prêts garantis par hypothèques, l'une d'une durée de cinq ans, l'autre de vingt et un ans.

Ces deux conventions avaient pour effet d'obliger la compagnie Stourport à respecter les clauses d'approvisionnement exclusif avec Esso pendant la durée des deux hypothèques. Pourtant, Stourport ayant eu la possibilité de s'approvisionner en pétrole à meilleur marché, décida de changer de fournisseur. Esso demanda alors l'émission d'une injonction pour forcer la compagnie Stourport à respecter son engagement. La Chambre des lords, appliquant les règles de la common law en matière de restriction de concurrence, décida que la convention de cinq ans n'était pas déraisonnable, et par conséquent devait être respectée, alors que la convention d'approvisionnement d'une durée de vingt et un ans, trop étendue dans le temps, était déraisonnable, donc nulle.

Dans l'affaire *Esso*⁹⁸, les juges ont fait aussi une distinction importante entre la convention où un détaillant accepte d'aliéner partiellement sa liberté de commerce actuelle, aliénation qui constitue la contrepartie des avantages qu'il reçoit du bénéficiaire de la clause restrictive, et la convention où une personne (physique ou morale) qui n'a pas encore le statut de commerçant, obtient la possibilité de faire commerce (acquisition d'un fonds de commerce). Il y a, dans ce dernier cas, limitation de la liberté de commerce du détaillant, ce qui, dans le cas de l'opération d'une station de service, pourra impliquer l'interdiction de s'approvisionner auprès d'une autre compagnie pétrolière que celle qui lui a fourni les installations ou le financement nécessaire pour les acquérir.

Dans le premier cas, i.e. celui où le détaillant aliène la liberté de commerce qu'il possède déjà, la restriction ne sera valide qu'en autant qu'elle est raisonnable. Dans le deuxième cas, i.e. celui où la personne n'était pas encore commerçante, et où donc, elle n'a pu aliéner ou perdre sa liberté de commerce, elle pourra conséquemment, se voir dans l'obligation de respecter la restriction⁹⁹. Cependant, dans une décision postérieure à l'affaire *Esso*¹⁰⁰, la Cour d'appel, retenant les mérites de cette distinction, ajouta que la présomption de validité pourra être repoussée s'il est démontré, après analyse des circonstances particulières de l'espèce, que la clause exclusive est

97. C'est la clause suivant laquelle le concessionnaire qui veut s'approvisionner en produit X (produit liant), s'engage aussi à s'approvisionner en produit Y (produit lié) auprès de son concédant.

98. *Supra*, note 78, [1968] A.C. 269, pp. 298, 309, 316-7 et 325.

99. CHESHIRE and FITZGIBBONS, *supra*, note 13, p. 386.

100. *Cleveland Petroleum Ltd. v. Dartstone*, (1969) 1 All. E.R. 201, (C.A.).

manifestement contraire à l'intérêt du public ou qu'elle est tellement exorbitante qu'elle place le concessionnaire dans un état de dépendance totale¹⁰¹.

L'affaire *Esso* est doublement intéressante, en ce sens qu'on y a également appliqué la doctrine de la restriction de la concurrence à la clause d'exclusivité qui restreint les opérations d'un commerçant à la vente de produits donnés, même si cette clause est reliée à une créance hypothécaire¹⁰². En résumé, on peut dire que le critère utilisé par la Chambre des lords dans cette affaire, c'est celui du caractère raisonnable de la clause d'exclusivité en regard, comme pour la vente d'entreprise ou le contrat de travail, des principes de la liberté de commerce et de la liberté contractuelle, du respect des conventions librement consenties, de la protection d'intérêts commerciaux, etc.¹⁰³. Cette décision semble fondée sur la règle bien établie, de l'équilibre entre la restriction (liberté contractuelle) et la libre concurrence.

2.1.2. L'affaire *Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd.*¹⁰⁴

La décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Esso* a été suivie au Canada dans l'affaire *Stephens*, et ce, en première instance¹⁰⁵ comme en Cour d'appel¹⁰⁶. Dans cette affaire, la compagnie de Pétrole Gulf avait consenti un prêt au montant de \$45 000 à un propriétaire de garage dénommé Palen. Ce contrat contenait aussi une clause d'exclusivité d'approvisionnement et de distribution semblable à celle qui a fait l'objet du litige dans l'affaire *Esso*. Le prêt était garanti par hypothèque d'une durée de dix ans, avec possibilité de renouvellement pour dix autres années en cas de non-remboursement à échéance. Le contrat accordait en plus à Gulf un droit de préemption au cas où le propriétaire du garage voudrait le vendre. Quelque temps plus tard, Palen, le propriétaire, voulut vendre une partie de son immeuble à un dénommé Stephens, qui voulait y installer un atelier de réparation. Une convention intervint alors entre Palen (propriétaire de l'immeuble), Stephens (acheteur) et la compagnie Gulf, qui consentait à la vente de Palen à Stephens. Cette même convention stipulait que si Palen ou Stephens décidait de se départir de leurs propriétés respectives, ils devaient, avant de l'offrir à un tiers, l'offrir à l'autre partie; ils s'accordaient réciproquement un droit de préemption. Il était aussi convenu que l'achat de Stephens était soumis aux dispositions du contrat original intervenu entre

101. G.H.L. FRIDMANN, *supra*, note 79, p. 355.

102. D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 181.

103. G.H.L. FRIDMANN, *supra*, note 79, p. 355.

104. *Supra*, note 81.

105. [1974] 3. O.R. (2d) 241; 45 D.L.R. (3d) 161.

106. [1976] 11 O.R. (2d) 129.

Gulf et Palen, le propriétaire du garage, notamment quant à l'engagement d'offrir l'immeuble à Gulf, avant de l'offrir à un tiers. Le litige est né lorsque Palen a vendu le reste de sa propriété à Gulf, sans l'offrir à Stephens. Celui-ci intenta alors une action en exécution du contrat contre Palen, suivant les termes de l'acte d'achat qui était intervenu entre eux. La question en litige était de savoir si les dispositions du contrat de prêt intervenu entre Gulf et le garagiste Palen, et les dispositions de la convention tripartite (Stephens, Palen et Gulf intervenante), étaient valides et exécutoires, ou bien contraires à la *public policy*, puisqu'elles grevaient un immeuble pour une période de temps très longue, un premier dix ans et, possiblement, un dix ans additionnel¹⁰⁷.

2.1.2.1. La décision de première instance

Le juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario déclara la convention nulle, comme contraire à la *public policy*, puisqu'elle ne pouvait répondre positivement au critère de raisonabilité élaboré dans l'affaire *Nordenfelt*.

Il jugea cette convention déraisonnable en ce qui concerne l'intérêt des parties, parce que les clauses restrictives allaient au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger les intérêts de Gulf, et qu'elles étaient exorbitantes dans leur application à l'égard de Palen¹⁰⁸. Le juge de première instance les trouva également déraisonnables du point de vue de l'intérêt public, pour le motif que ces accords d'exclusivité, qui sont pratique courante dans l'industrie pétrolière, constituent des barrières à l'entrée dans l'industrie du raffinage et des autres industries connexes et empêchent de nouveaux producteurs d'avoir accès aux réseaux de distribution¹⁰⁹. Selon le juge, l'intérêt du public ne se limite pas à la prévention contre les « monopoles sournois » mais comprend aussi la protection du libre marché¹¹⁰.

2.1.2.2. La décision de la Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Ontario renversa cette décision sur les deux points. Pour la Cour, ces clauses restrictives étaient raisonnables tant dans l'intérêt

107. G.H.L. FRIDMANN, *supra*, note 79, pp. 356-7; M.Q. CONNELLY, « Vertically... », *supra*, note 92, pp. 2, 3 et 4.

108. [1974] 3 O.R. (2d), pp. 267-70, (1974) 45 D.L.R. (3d), pp. 187-90.

109. *Id.*, pp. 279-81, pp. 199-201.

110. *Id.*, pp. 274, 194; M.Q. CONNELLY, *supra*, note 92, p. 21. Comme on le verra dans la prochaine section, le juge réfère aux conclusions du rapport de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce : *Rapport concernant une enquête relative à la distribution et à la vente des huiles, graisses, anti-gel, additifs, pneus, accumulateurs, accessoires et produits connexes*. Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1962.

des parties que de l'intérêt du public. En ce qui a trait à l'accord tripartite, elle jugea que Gulf avait renversé le fardeau de la preuve et démontré la raisonnabilité de la convention entre elle et Stephens. Selon la Cour d'appel, la durée de la restriction n'était pas excessive, car au moment de l'achat du terrain par Stephens en 1960, il s'était déjà écoulé quatre ans, et il ne restait donc que six ans avant que l'échéance du terme arrive. La Cour a aussi pris en considération le fait que Stephens, lors de l'achat de la propriété, connaissait très bien les restrictions dont elle était entachée, i.e. les restrictions quant à l'exercice du commerce, ainsi qu'au transfert de l'immeuble. Il ne pouvait donc soulever la question de la restriction de la liberté de commerce pour écarter ses obligations¹¹¹. Pour la Cour d'appel, ces restrictions, contenues dans les deux conventions, n'allaient pas au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger les intérêts de Gulf qui avait prêté une somme d'argent importante. Ainsi, l'option donnée par Palen à Gulf était valide et liait toutes les parties. D'autre part selon la Cour, les détaillants qui sont dans la même situation que Stephens, retirent certains avantages de leurs conventions avec Gulf: le financement de leur stock, l'utilisation des cartes de crédit de Gulf par leurs clients, et l'assistance de Gulf au niveau de la croissance de leur entreprise.

Quant à la raisonnabilité de la convention en regard de l'intérêt du public, la Cour d'appel, appliquant le deuxième critère de raisonnabilité établi dans l'affaire *Nordenfelt*, considéra qu'il devrait être compris dans le sens d'intérêts tels qu'exprimés dans un ou plusieurs principes de droit, i.e. liberté de contracter, liberté de commerce, etc., plutôt qu'en fonction des intérêts du public envisagés globalement, ou d'une notion générale d'intérêt public envisagés globalement, ou d'une notion générale d'intérêt public. Et, pour la Cour, le principe qui était plus particulièrement en cause en l'espèce, c'était le droit de tout individu de commercer librement, sujet à des restrictions raisonnables adaptées aux besoins et à l'organisation moderne du commerce¹¹².

L'utilisation du concept de *public policy*, comme mesure de contrôle des activités industrielles ou commerciales est cependant remise en cause par la doctrine. Certains auteurs¹¹³ en effet considèrent que l'intervention législative, qui reste soumise aux pressions de différents groupes d'intérêts, est préférable à l'intervention judiciaire. C'est, pour eux, la meilleure façon de résoudre les problèmes économiques complexes qui résultent des pratiques commerciales actuelles.

111. M.Q. CONNELLY, *supra*, note 92, p. 5. La Cour d'appel réfère à la distinction énoncée dans *Esso Petroleum* et reprise dans *Cleveland Petroleum*, *supra*, note 98.

112. M.Q. CONNELLY, « Vertically... », *supra*, note 92, p. 27.

113. G.H.L. FRIDMANN, *supra*, note 79, p. 320; D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 183.

2.2. La conformité des concessions commerciales

exclusives à l'ordre public économique : *La Loi relative aux enquêtes et aux coalitions*

Les amendements apportés à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (L.R.E.C.)¹¹⁴ en matière de pratiques commerciales restrictives font suite aux recommandations du Conseil économique du Canada, qui, dans son *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, recommandait la création d'un tribunal spécialisé ayant le pouvoir d'examiner certaines pratiques restrictives, et de les interdire si elles se révélaient contraires à l'intérêt public¹¹⁵. Le Conseil ajoutait aussi que l'implantation d'une législation efficace en matière de concurrence ne pourrait se faire que si l'on recourait dorénavant aux procédures civiles et non plus exclusivement au droit criminel, comme c'était le cas avant 1976.

Les amendements de 1976 n'ont pas créé ce nouveau tribunal, mais ont plutôt élargi la juridiction de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (C.P.R.C.)¹¹⁶, qui, depuis sa création en 1952, était limitée à la publication de rapports d'études recommandant que des mesures précises soient prises pour corriger des situations contraires à la libre concurrence. Les poursuites engagées devant la Commission sont de nature civile et non pas criminelle, comme c'est le cas pour les infractions à la Loi¹¹⁷ qui sont engagées devant les tribunaux de droit commun. Enfin, les ordonnances que la Commission peut émettre ne sont pas uniquement à caractère prohibitif, elles peuvent être correctives, en ce sens qu'elles peuvent exiger de l'intimé qu'il accomplisse certaines actions positives dans le futur, en vue de rétablir la libre concurrence.

Ces pratiques contenues à la partie IV.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹¹⁸ recouvrent certains cas de refus de vente [art. 31.2], de vente par voie de consignation [art. 31.3], d'exclusivité, de limitation du marché et de ventes liées [art. 31.4]. C'est à cette dernière pratique que nous nous intéresserons plus particulièrement dans le cadre de cet article, en nous arrêtant de manière plus précise sur les cas d'exclusivité et de limitation du marché. Mais avant de considérer le droit applicable à ce genre de clauses, il nous a paru intéressant de tracer un bref historique de l'intervention des

114. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R., c. C.23 modifiée par c. 10 (1^{er} supp.), c. 10 (2^e supp.), 1974-75-76, c. 76, art. 31.2, 31.3, 31.4 qui sera désormais désignée dans les notes par l'abréviation suivante (L.R.E.C.).

115. Conseil économique du Canada : *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, Information Canada, 1969, [Catalogue no EC 22-1269F], ch. 6.

116. Abréviation qui sera parfois utilisée dans le texte pour désigner la *Commission sur les pratiques restrictives du commerce*.

117. *Supra*, note 114.

118. *Ibid.*

pouvoirs publics canadiens dans ce secteur de l'activité économique, soit le commerce de distribution.

La première intervention des pouvoirs publics est survenue dans le commerce de distribution des produits pétroliers et visait à vérifier la portée et l'impact de ces techniques de mise en marché sur la concurrence dans ce secteur. Le directeur des enquêtes et recherches, conformément aux pouvoirs que lui accorde l'article 47 de la Loi procéda « à une enquête sur l'existence et l'effet de conditions ou pratiques qui se rapportent à quelque produit pouvant faire l'objet d'un négoce ou d'un commerce et qui se rattachent à des situations de monopole ou à la restriction du commerce »¹¹⁹. Cette enquête, qui débuta en 1953, faisait suite aux plaintes d'opérateurs de stations-service, à l'effet que les grandes compagnies pétrolières, par des accords d'exclusivité, des contrats de ventes liées, de ventes en consignment imposés aux détaillants¹²⁰, limitaient les possibilités pour ces opérateurs d'entreprendre certaines activités compétitrices. Dans son rapport publié en 1962, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce révèle que le système de distribution élaboré par les compagnies pétrolières a comme base l'accord d'exclusivité qui s'applique au produit principal l'essence, et ce, indépendamment du fait que la station-service soit opérée sous forme de location avec l'assistance financière du concédant, ou par le détaillant, à titre de propriétaire. De plus, le rapport révèle qu'il était pratique courante pour les fournisseurs, de lier la vente des huiles et graisses à la vente de l'essence¹²¹. Selon la Commission, ces pratiques commerciales avaient pour effet de constituer des barrières à l'entrée de nouveaux compétiteurs sur le marché¹²². Elle en vint alors à la conclusion que les accords d'exclusivité et de ventes liées, de même que les ententes relatives à la limitation de certains marchés soient prohibés par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, lorsque l'on peut anticiper qu'ils auront pour effet « d'amoindrir considérablement le jeu de la concurrence, de créer des monopoles ou d'exclure dans une large mesure certains concurrents d'un marché donné »¹²³. Soulignons encore que, suite à la publication de ce rapport, les provinces de la

119. Article 47 (1) a) (L.R.E.C.), *supra*, note 114.

120. G.E. KAISER, « Reviewable Marketing Practices : The New jurisprudence of The restrictive Trade Practices Commission », dans *New Combines Legislation*, Toronto, The Law Society of Upper Canada, Department of Continuing Education, Osgoode Hall, 1977, p. 155.

121. Commission sur les pratiques restrictives du commerce, *Rapport concernant une enquête relative à la distribution et à la vente des huiles, graisses, anti-gel, additifs, pneus, accumulateurs, accessoires et produits connexes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1962, p. 32; cité par D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 188. Voir aussi M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, pp. 525-531.

122. *Id.*, p. 69, cité par D.D. PRENTICE, *supra*, note 69, p. 188.

123. Commission sur les pratiques..., *Rapport concernant...*, *supra*, note 121, p. 138, cité par le Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la concurrence*, *supra*, note 115, p. 140.

Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse entreprirent chacune une enquête sur la vente au détail de l'essence et de produits connexes.¹²⁴

La deuxième intervention en matière de politique de concurrence est venue du gouvernement fédéral qui, en juillet 1966, donna au Conseil économique du Canada le mandat d'étudier la politique canadienne de concurrence, à la lumière des objectifs économiques à long terme du gouvernement canadien¹²⁵. Dans le communiqué mandatant le Conseil économique d'effectuer cette étude, le président du Conseil privé de l'époque réfère au rapport de la Commission sur les pratiques restrictives en ces termes :

En ce qui a trait au rapport de la *Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, au sujet de la distribution et de la vente des huiles pour automobiles, des graisses, de l'antigel, des additifs, des pneus, des batteries et des produits connexes pour automobiles (1962) (le rapport T.B.A.), le ministre a déclaré qu'en étudiant les recommandations de la Commission, le gouvernement avait vu d'un œil très sympathique les recommandations contenues dans ce rapport, qui sont destinées à améliorer dans la mesure du possible la situation qui a soulevé bien des inquiétudes de la part des propriétaires de stations-service, dans leurs relations avec les compagnies qui leur fournissent l'huile, tout particulièrement en ce qui a trait aux pratiques des ententes exclusives et restrictives, de même que des ventes en consignment. Le gouvernement a étudié très attentivement toute cette question et il est d'avis que les recommandations de la Commission, si on y donne suite, n'apporteront pas aux propriétaires de stations-service le soulagement voulu si la nouvelle législation doit être préparée en termes de droit criminel comme c'est le cas dans le moment, à cause de la jurisprudence existante en matière de droit constitutionnel. Le gouvernement est donc d'avis qu'il faudra étudier cette recommandation particulière visant à modifier la loi dans le cadre d'une révision de la loi dans son ensemble, selon les vues du Conseil économique et à la lumière de la situation constitutionnelle qui pourra survenir.¹²⁶

Trois ans plus tard, le Conseil économique publiait son rapport, dont certaines recommandations servirent de canevas à la promulgation de la partie IV.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹²⁷, en janvier 1976. En plus des propositions dont nous avons déjà traité¹²⁸, le Conseil suggérait des critères à partir desquels le tribunal spécialisé, dont il proposait la création, pourrait évaluer l'effet compétitif de certaines pratiques com-

124. Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la concurrence*, *supra*, note 115.

125. G.E. KAISER, *supra*, note 120.

126. Communiqué du bureau du président du Conseil privé, Ottawa, en date du 22 juillet 1966, cité par le Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la concurrence*, *supra*, note 115, pp. 139-40. (Les soulignés sont de l'auteur).

127. *Supra*, note 114.

128. *Supra*, note 115.

merciales si elles ont « pour résultat probable de réduire la concurrence au détriment des consommateurs finals »¹²⁹. Les questions particulières que ce tribunal serait invité à considérer seraient les suivantes :

- La personne ou les personnes, ou l'entreprise ou les entreprises, se livrant à cette pratique détiennent-elles une portion considérable du marché en cause ?
- Dans quelle mesure la pratique aura-t-elle pour conséquence probable de fermer, aux autres participants au marché, l'accès aux sources d'approvisionnement ou aux réseaux de distribution ?
- Quels autres sources d'approvisionnement ou réseaux de distribution, s'il en est, sont offerts ou pourraient facilement être offerts aux autres participants au marché ?
- La pratique est-elle de nature à favoriser ou à décourager les innovations tendant à réduire les coûts de distribution ?
- La pratique peut-elle être justifiée comme moyen efficace de créer un marché pour un nouveau produit, ou d'implanter un produit déjà existant sur un nouveau marché ?
- La pratique est-elle de nature à permettre à un ou plusieurs concurrents d'éliminer ou d'exclure du marché d'autres concurrents, par des moyens autres qu'un rendement supérieur et soutenu dans la fourniture au public de biens et services ?¹³⁰

2.2.1. Définition législative de ces pratiques

2.2.1.1. L'exclusivité

Le paragraphe 31.4 [1] de la Loi¹³¹ définit l'exclusivité dans les termes suivants :

- a) toute pratique par laquelle un fournisseur d'un produit exige, comme condition de fourniture du produit à un client, que celui-ci
 - (i) fasse seulement ou à titre principal le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne, ou
 - (ii) s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne, et

129. Conseil économique..., *Rapport provisoire sur...*, *supra*, note 115, p. 138.

130. *Ibid.*

131. *Supra*, note 114.

- b) toute pratique par laquelle un fournisseur d'un produit incite un client à remplir une condition énoncée aux sous-alinéas a) (i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit à des conditions plus favorables s'il convient de remplir la condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

Les termes de la définition du sous-paragraphe a) sont suffisamment explicites et parlent par eux-mêmes. Cette définition ne s'applique qu'aux conditions d'exclusivité qui équivalent à une pratique du fournisseur, probablement parce que l'on pensait que seulement la pratique pouvait avoir pour effet de réduire substantiellement la concurrence¹³². D'un autre côté la combinaison du terme « pratique », avec le terme « exige », évite toute référence aux formalités du contrat ou au caractère consensuel des ententes. L'expression « à titre principal » a été insérée dans le texte afin d'empêcher les fournisseurs de contourner l'application de cette disposition, en stipulant que l'exclusivité d'approvisionnement en faveur du fournisseur ou d'une source désignée par celui-ci ne s'appliquait que dans une proportion inférieure à cent pour cent des besoins du client concessionnaire¹³³.

Le sous-paragraphe b) nous semble plus sujet à controverse. L'un des principaux arguments invoqués en faveur des concessions exclusives est que cette pratique réduit les coûts du fournisseur qui, ayant une meilleure connaissance de la demande, peut alors planifier sa production, et que, de plus, cela lui permet de réduire ses coûts de publicité. Indépendamment du fait que l'on puisse mettre en doute l'impact de la concession exclusive sur la réduction des coûts, ce sous-paragraphe pourrait avoir pour effet d'empêcher le producteur de transférer les bénéfices de cette réduction de coût aux concessionnaires. Si un fournisseur important d'un produit sur un marché offre une réduction de prix à ses clients, en contrepartie de leur acceptation de s'approvisionner exclusivement auprès de lui, et que cela a pour effet d'inciter plusieurs clients à faire affaire avec lui, il est possible que la Commission en arrive à la conclusion que la concurrence a été substantiellement réduite. Si la réduction de prix est justifiée à partir des coûts, les conséquences d'une décision de la Commission, quant à la réduction substantielle de la concurrence, pourraient être de pénaliser l'entreprise efficace, de protéger les concurrents plutôt que la concurrence. La réponse aux éventuelles difficultés créées par le sous-paragraphe b), serait que les escomptes offerts doivent être basés sur le volume des achats et non pas sur l'accord d'exclusivité¹³⁴.

132. M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, p. 534.

133. *Ibid.*, voir aussi B.C. McDONALD, « Reviewable Marketing Practices in Canada », (1977) 22, *The Antitrust Bulletin*, p. 815.

134. *Ibid.*

2.2.1.2. La limitation du marché

La définition de cette pratique est aussi contenue au paragraphe 31.4 [1] de la Loi :

« Limitation du marché » désigne la pratique qui consiste pour le fournisseur d'un produit à imposer comme condition pour la fourniture de ce produit à son client la fourniture par ce dernier de tout produit uniquement sur un marché déterminé ou une pénalité de quelque sorte pour la fourniture par ce dernier de tout produit hors d'un marché déterminé.¹³⁵

Cette pratique se rencontre fréquemment dans le cadre d'accords de distribution portant sur des produits concédés en franchise¹³⁶. Les restrictions territoriales en matière de distribution se rencontrent plus fréquemment dans le secteur des biens durables, tels que les automobiles, les bicyclettes, où la promotion de la marque du fabricant par le détaillant est très importante. Il n'est donc pas surprenant que les fournisseurs allèguent que les détaillants ont besoin d'être protégés contre la concurrence interne, au moyen de clauses restrictives visant non seulement un territoire donné, mais aussi certaines catégories de clients. Ce type de protection vise à les inciter à faire les investissements nécessaires au niveau des inventaires, de la publicité, et du maintien du service après vente. Pour les détaillants, ces restrictions seraient le seul moyen d'empêcher que leurs efforts au niveau de la publicité et des services profitent à des tiers. Cependant, si le fournisseur du produit en question occupe une position importante sur le marché en cause, les accords d'exclusivité peuvent provoquer une hausse artificielle des prix. En fin de compte, l'importance de ces ententes limitant le marché à un territoire ou à une catégorie de clients dépend réellement du degré de concurrence interne à la marque. Si celle-ci est suffisamment dynamique, les effets anticoncurrentiels des accords de limitation du marché devraient être minimes¹³⁷. Telle que définie, la pratique peut présument se rapporter aux différentes facettes qu'un marché peut avoir, i.e. la région, la catégorie de clients, la destination, ou le temps¹³⁸.

À la lecture du paragraphe 31.4 [1] de la Loi¹³⁹, on constate que les accords d'exclusivité, de limitation de marché, qui constituent des pratiques révisables, se rapportent par définition à la « fourniture d'un produit ». Ils ne sont, cependant, ni limités à la « vente » d'un produit, ni limités à la vente de marchandise ou article: un « produit » est défini dans la Loi¹⁴⁰ comme

135. *Supra*, note 114.

136. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 167.

137. *Id.*, p. 168.

138. B.C. MC DONALD, *supra*, note 133, p. 818.

139. *Supra*, note 114.

140. L.R.E.C., article 2.

incluant un article et un service, et un « service » est défini comme tout genre de service, industriel, commercial, professionnel ou autre. Le terme « fournir » ou « approvisionner » reçoit une définition très large ; relativement à un article, il signifie : « vendre, louer, donner à bail ou autrement disposer d'un article ou d'un intérêt ou droit y afférent, ou offrir de disposer ainsi d'un article ou d'un intérêt ou droit y afférent » ; relativement à un service, vendre, louer ou autrement fournir un service ou offrir de le faire ¹⁴¹.

2.2.2. L'exercice du pouvoir de contrôle de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce

Une demande d'ordonnance à la Commission en rapport avec une pratique révisable ne peut être présentée que par le directeur des enquêtes et recherches ¹⁴². La Commission ne peut d'elle-même prendre aucune initiative en ce domaine, il en est de même pour tout citoyen qui se croit lésé, suite à l'utilisation par des entreprises ou des commerçants de pratiques restrictives dans son secteur d'activité économique ¹⁴³. Lors de l'examen de la pratique en question, la Commission n'a pas à décider de la culpabilité des parties à l'accord, ni, s'il y a eu infraction. Aucune des pratiques révisables par la Commission ne peut constituer une infraction. Il n'y a infraction que lorsque la personne contre qui l'ordonnance est émise refuse de s'y soumettre, enfreignant ainsi les dispositions de l'article 46.1 de la Loi (L.R.E.C.) ¹⁴⁴. Le défaut de respecter une ordonnance de la Commission constitue en effet une infraction criminelle, et, à ce sujet, il est intéressant de souligner que l'article 31.1 de la Loi (L.R.E.C.) ¹⁴⁵ stipule que toute personne qui a subi une perte ou un préjudice résultant d'une infraction criminelle prévue à la Loi, peut intenter une action en recouvrement de dommages-intérêts ¹⁴⁶.

Avant de présenter une demande à la Commission (C.P.R.C.), relativement à un accord d'exclusivité, de limitation de marché ou de toute autre pratique révisable, le directeur doit faire enquête sur les motifs qui permettent à la Commission de rendre une ordonnance en vertu de la partie

141. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 156.

142. Bureau de la politique de concurrence, Pratiques commerciales du ressort de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, dans *Précis d'Information, Étape 1, Politique de commerce, Consommation et corporations*, 1976, p. 2.

143. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 157.

144. Suivant cet article, toute personne qui transgresse une ordonnance de la Commission est passible, après déclaration de culpabilité, d'une amende à la discrétion du tribunal ou d'un emprisonnement de cinq ans, ou des deux à la fois. Une déclaration sommaire de culpabilité peut impliquer une amende de vingt-cinq mille dollars ou un emprisonnement d'un an, ou les deux à la fois. Bureau de la politique de concurrence, *supra*, note 142, p. 2.

145. *Supra*, note 114.

146. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 159.

IV.1, soit qu'il ait lui-même des raisons de croire à leur existence ¹⁴⁷, soit qu'il en reçoive la demande formelle de la part de six personnes résidant au Canada, âgées de dix-huit ans, qui sont d'avis qu'il existe des motifs permettant à la Commission de rendre une ordonnance en vertu de la partie IV.1 ¹⁴⁸, ou lorsque le ministre de la Consommation et des Corporations le lui ordonne ¹⁴⁹.

À cette fin, le directeur peut utiliser tous les pouvoirs d'investigation que lui accordent les articles 9, 10, 11, 12 et 17 de la Loi ¹⁵⁰. Ces pouvoirs lui permettent de pénétrer dans un local et d'examiner ou d'emporter les documents et archives qui s'y trouvent. Il a aussi le pouvoir d'exiger un témoignage assermenté devant un officier enquêteur, le pouvoir d'ordonner à toute personne de remettre une déclaration assermentée donnant les renseignements exigés par le directeur, incluant la production de tous les contrats ou conventions concernant l'affaire en question. Ces pouvoirs d'investigation ne peuvent cependant être exercés qu'après qu'un membre de la Commission en ait certifié l'usage à la demande *ex parte* du directeur.

Lorsque le directeur présente une demande à la Commission, celle-ci ne peut refuser d'examiner la pratique en cause. La question de savoir si la pratique doit ou ne doit pas être révisée, revient à considérer si elle cadre dans la définition d'exclusivité, de limitation de marché etc., ce qui relève évidemment de la compétence de la Commission ; un intimé pourrait donc fort bien soulever cette question au moyen d'une objection préliminaire ¹⁵¹. Tout fournisseur contre qui le directeur cherche à obtenir l'émission d'une ordonnance doit avoir la possibilité d'être entendu, de contre-interroger les témoins du directeur, de faire comparaître et d'interroger des témoins et de produire des documents ¹⁵². Le fardeau de la preuve revient au directeur ¹⁵³, sauf s'il intervient un changement dans les circonstances qui ont motivé l'émission d'une ordonnance et que la personne touchée par l'ordonnance demande à la Commission de l'annuler ou de la modifier ¹⁵⁴.

Quoique la Loi ¹⁵⁵ ne prévoit pas d'appel à l'encontre d'une ordonnance de la Commission, un fournisseur contre qui celle-ci émet une ordonnance en vertu des dispositions de la Loi portant sur les pratiques révisables pourra

147. L.R.E.C., art. 8b (ii).

148. *Id.*, art. 7(1)b.

149. *Id.*, art. 8c ; M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, p. 535 ; G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 157.

150. *Supra*, note 114.

151. M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, p. 535.

152. L.R.E.C., art. 31.4 (2), 31.8 (3).

153. *Id.*, art. 31.8 (2).

154. *Id.*, art. 31.9, Bureau de la politique de concurrence, *supra*, note 142, p. 3.

155. *Supra*, note 114.

interjeter appel contre cette décision si la Commission « n'a pas observé un principe de justice naturelle, a outrepassé ou refusé d'exercer ses pouvoirs, a rendu une décision entachée d'une erreur de droit ou a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée auquel elle est arrivée de façon absurde ou arbitraire »¹⁵⁶, comme le prévoit l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹⁵⁷.

2.2.3. Les conditions nécessaires à l'émission d'une ordonnance par la Commission

Dans le cas des pratiques révisables, la Commission doit être convaincue que certaines conditions existent avant d'émettre une ordonnance interdisant à tout fournisseur de pratiquer l'exclusivité ou la limitation du marché, ou imposant toute mesure nécessaire pour faire disparaître les effets de cette pratique, ou pour rétablir ou favoriser la concurrence sur le marché¹⁵⁸.

Ainsi, en ce qui a trait à l'exclusivité la Commission ne peut émettre une ordonnance en vue d'en interdire la poursuite que s'il est prouvé que l'exclusivité est pratiquée « par un fournisseur important » ou est « très répandue sur un marché » et que vraisemblablement, elle : a) fait obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché ; b) fait obstacle au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit sur le marché, ou c) a sur le marché quelqu'autre effet tendant à exclure », et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite substantiellement¹⁵⁹.

De tous ces critères, c'est le dernier qui semble le plus important. On voit cependant dans le premier critère une condition *sine qua non* du troisième : la concurrence ne peut pas être réduite substantiellement par l'exclusivité si elle n'est pas pratiquée par un fournisseur important, ni très répandue sur un marché¹⁶⁰. On soumet aussi que d'un point de vue pratique, le deuxième critère semble avoir peu d'importance : il est difficile d'imaginer un exemple où l'exclusivité réduirait substantiellement la concurrence autrement qu'en empêchant l'entrée ou l'expansion d'une entreprise ou des ventes d'un produit sur un marché ; ou autrement qu'en ayant quelque autre effet tendant à exclure¹⁶¹. Aussi Connelly considère-t-il le premier et le deuxième critères comme des informations économiques de base, fournies par le Parlement à la Commission pour lui démontrer comment les pratiques

156. *Ibid.*

157. S.R.C. 1970 (2^e supp.), c. 10, modifiée par S.C. 1970-71-72, c. 1.

158. L.R.E.C., art. 31.4 (2), (3). M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, p. 536.

159. L.R.E.C. art. 31.3 (2).

160. M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, p. 535.

161. *Id.*, p. 536.

en question peuvent aboutir à réduire substantiellement la concurrence ¹⁶². Selon nous, ces critères ont leur importance, en ce sens qu'ils vont obliger la Commission à faire une analyse économique de la pratique commerciale, et en plus, lui fournir dans son processus d'analyse des points de repère qui vont lui permettre d'atteindre l'objectif que vise la Loi ¹⁶³, soit la protection de la libre concurrence. On évite ainsi les incertitudes, les ambiguïtés et les imprécisions qui résultent de l'examen d'une convention par les tribunaux de droit commun au nom de l'ordre public ou de la *public policy*.

Pour ce qui est de la limitation du marché, la Commission peut émettre une ordonnance en vue de l'interdire lorsqu'il est prouvé que « pour un produit, en étant pratiquée par un important fournisseur ou très répandue », [elle] réduira vraisemblablement « la concurrence de ce produit » ¹⁶⁴.

Il s'agit donc du même critère de « cause et effet », tel qu'appliqué aux cas d'exclusivité ¹⁶⁵, sans référer cependant aux critères intermédiaires, à savoir empêcher l'entrée ou l'expansion d'une entreprise, le lancement d'un produit, ou tout autre effet tendant à exclure ¹⁶⁶.

2.2.4. Les exemptions statutaires

La Loi prévoit en effet des cas où la Commission ne rendra pas l'ordonnance prévue par les dispositions portant sur l'exclusivité et la limitation du marché.

Il en est ainsi, notamment, lorsque les pratiques d'exclusivité et de limitation du marché ne sont utilisées que pendant un délai raisonnable permettant l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit, soit d'un nouveau produit ¹⁶⁷.

Les pratiques d'exclusivité et de limitation du marché ne sont pas non plus du ressort de la Commission, lorsque ces accords interviennent entre compagnies, sociétés, et entreprises qui sont affiliées ¹⁶⁸. Les compagnies sont dites affiliées, lorsque l'une est une filiale de l'autre, ou lorsque les deux sont contrôlées par la même personne ; les mêmes règles s'appliquent aux sociétés et aux entreprises unipersonnelles ¹⁶⁹.

162. *Ibid.*

163. *Supra*, note 114.

164. L.R.E.C., art. 31.4 (3).

165. *Supra*, p. 818

166. B.C. McDONALD, *supra*, note 133, p. 819.

167. Art. 31.4 (4) (a) de la Loi.

168. Art. 31.4 (4) de la Loi.

169. Art. 31.4 (4), 31.4 (5) (a) et (b), 31.4 (6).

Par ailleurs, il n'y a pas lieu ici encore à ordonnance, lorsque l'une des parties à l'accord (soit le vendeur ou l'acheteur) concède à l'autre partie le droit d'utiliser son nom ou sa marque de commerce pour identifier ses affaires, en autant cependant que: « les affaires du concessionnaire soient liées à la vente ou à la distribution, conformément à un programme ou système de commercialisation prescrit par le concédant, d'une multiplicité de produits obtenus de sources d'approvisionnement qui sont en concurrence et d'une multiplicité de fournisseurs, et « qu'aucun produit ne soit primordial dans ces affaires »¹⁷⁰.

L'application de cette exemption sera assez limitée, car elle ne concerne en grande partie que les groupements d'achats volontaires qui constituent une force dynamique et innovatrice sur le plan économique. La concession de droits se rapportant à une marque de commerce est une pratique très répandue au niveau du commerce de distribution au détail ou en franchise et la grande majorité des licences de marque de commerce se retrouve dans les cas où un produit est primordial dans l'entreprise ou la franchise: c'est dire, par conséquent, que l'exemption ne s'applique pas à ces situations. En outre, elle semble limitée aux cas où la marque de commerce a été concédée dans un but bien précis, soit celui d'identifier les affaires ou le commerce du concessionnaire. Or dans la majorité des cas, les licences de marque de commerce sont utilisées pour identifier un produit et non le commerce en tant que tel¹⁷¹.

L'accord de limitation du marché n'est pas encore révisable, s'il est intervenu entre deux personnes, dont l'une fournit à l'autre des ingrédients pour fabriquer des aliments ou boissons, et que cette dernière vend sous une marque de commerce appartenant au fournisseur¹⁷².

Conclusion

Lorsqu'il s'agira pour un juriste d'envisager l'émission d'une ordonnance par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce en matière d'exclusivité ou de limitation du marché, ce dernier devra nécessairement entreprendre une évaluation de la pratique en termes de coûts et de bénéfices¹⁷³. Mais comme on l'a souligné¹⁷⁴, la question de la diminution de coûts dont peut bénéficier un producteur, suite à la conclusion de tels accords, doit être abordée avec prudence. En effet, le producteur qui occupe

170. *Id.*, art. 31.4 (5) (c) (ii).

171. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 166.

172. L.R.E.C., art. 31.4 (7).

173. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 175.

174. M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, p. 568.

une position dominante sur le marché, peut ne pas être intéressé à faire bénéficier le consommateur de cette diminution de coûts, comme, par ailleurs, cette diminution peut résulter du fait que le producteur sait qu'il n'aura pas à subir la concurrence d'autres producteurs sur ce marché. En ce qui concerne les diminutions de coûts réalisées par les détaillants ou les clients ainsi que celles réalisées au niveau des inventaires, elles n'existeront effectivement que si le producteur est obligé de satisfaire les besoins du détaillant en produits. Il surviendra cependant des cas où il y aura alors une véritable diminution, pour le producteur ou le détaillant, ou pour les deux : ce facteur positif devra alors être pris en considération lorsque la Commission devra décider si elle doit ou ne doit pas rendre une ordonnance.

Lorsqu'il s'agit de mesurer l'impact de la pratique restrictive sur la concurrence comme telle, la manière dont les pratiques révisables (exclusivité, limitation du marché) sont définies, le contenu de la définition, nous fournissent des points de repères importants, de même que l'énumération des exemptions statutaires particulières.

Lorsqu'il s'agira d'identifier les avantages et les inconvénients particuliers à ces pratiques commerciales, on référera sans aucun doute aux décisions des tribunaux américains qui ont eu à connaître des pratiques similaires¹⁷⁵, et ce d'autant plus que les amendements concernant les pratiques révisables par la Commission ont été grandement développés à partir de la jurisprudence américaine en la matière¹⁷⁶. Ces décisions sont intéressantes en ce qu'elles identifient les principales questions économiques que ces pratiques soulèvent.

Ainsi, en matière d'exclusivité, l'un des facteurs pris en considération par les tribunaux américains est le pourcentage du marché touché par cette pratique : si celle-ci touche plus de 5% du marché en cause, elle risque de réduire la concurrence de façon substantielle, et tombe ainsi sous les dispositions de la Loi Sherman¹⁷⁷. On examine aussi jusqu'à quel point la pratique de l'exclusivité est utilisée par les autres producteurs dans l'industrie¹⁷⁸. On cherche également à savoir ce qu'il pourrait en coûter à un nouveau compétiteur qui veut s'établir dans l'industrie, pour établir son propre système de distribution¹⁷⁹. Les tribunaux américains se sont également attachés à la durée de la convention d'exclusivité préférant, dans certains cas, en réduire la durée plutôt que de la déclarer illégale¹⁸⁰. Cette

175. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 175.

176. *Ibid.* Voir aussi G.E. KAISER, « The New Competition Law : Stage One », (1976) 1, *Revue canadienne du droit de commerce*, p. 161.

177. G.E. KAISER, « Reviewable Marketing Practices... », *supra*, note 120, p. 166.

178. M.Q. CONNELLY, « Exclusive Dealing... », *supra*, note 25, p. 567.

179. *Ibid.*

180. *Ibid.*

solution n'est pas sans nous rappeler la solution française, la Loi de 1943 limitant à dix ans la durée maximale de validité de toute clause d'exclusivité¹⁸¹.

En ce qui concerne la limitation du marché portant sur un territoire donné, les tribunaux américains ont surtout cherché à savoir si la puissance économique du producteur sur le marché le place dans une situation qui équivaut à un monopole, si la restriction territoriale est simplement un moyen de répartir des territoires entre des concurrents, si la portée de la restriction territoriale est déraisonnable et, enfin, si des substituts à ce produit peuvent être obtenus sur le marché¹⁸².

Quant aux clauses restrictives interdisant ou confinant la revente à une catégorie de clients désignés par le producteur, elles sont en principe prohibées en vertu de la Loi Sherman. Ces restrictions affectant la revente d'un produit sont beaucoup moins tolérées par les tribunaux américains que les clauses restrictives portant sur un territoire donné¹⁸³.

Si ces références à la jurisprudence américaine nous paraissent intéressantes, il ne faut cependant pas perdre de vue que la structure de l'économie canadienne est très différente de celle de l'économie américaine, très concentrée, ce qui fait que certaines questions économiques considérées par les tribunaux américains ne sont pas toujours pertinentes¹⁸⁴. De plus, en vertu des lois antitrusts américaines (Loi Sherman, Loi Clayton), ces pratiques sont considérées comme des infractions, ce qui n'est pas le cas au Canada en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹⁸⁵.

Les amendements qui ont été apportés à la Loi¹⁸⁶ et qui font des conventions d'exclusivité et de limitation du marché des pratiques révisables par la Commission, n'ont pas aboli ou remplacé le droit commun (droit civil, common law) en la matière¹⁸⁷. Bien au contraire, on considère avec raison que les décisions des tribunaux portant sur la validité des conventions restrictives de concurrence peuvent fournir des points de repère utiles au juriste confronté avec un cas de pratique commerciale du ressort de la Commission¹⁸⁸. On a déjà démontré que la validité d'une convention restrictive de concurrence en droit commun dépend de la raisonabilité de

181. G. RIPERT, *supra*, note 22, pp. 292-293.

182. G.E. KAISER, *supra*, note 120, pp. 167-168.

183. *Ibid.*

184. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 175.

185. *Ibid.*

186. *Supra*, note 114.

187. B.C. McDONALD, *supra*, note 133, p. 823.

188. G.E. KAISER, *supra*, note 120, p. 176.

cette convention, envisagée tant dans l'intérêt des parties que du public¹⁸⁹. Le critère de raisonnable fait appel à une évaluation des avantages et des inconvénients des aspects restrictifs de la convention, ce qui est fondamental dans le cadre de l'analyse d'une pratique commerciale en vertu de la partie IV.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹⁹⁰. Il sera intéressant dans l'avenir de voir si l'existence de critères législatifs aura un impact sur l'application du critère de raisonnable en regard de l'intérêt du public.

À ce sujet, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Stephens v. Gulf Oil*¹⁹¹, affirma ce qui suit :

The development of the *common law* will continue to take place as the Courts apply the doctrine to a changing society. At the same time it must be borne in mind that the Parliament of Canada has embodied in the *Combines Investigation Act* as a partial legal code, those provisions respecting conduct in the field of restraint of trade which are to constitute criminal offences. This is a statutory exposition of *public policy*. The scope of the *common law* doctrine may, however, be narrowed in the future to the extent that the Parliament of Canada determines that further regulation is desirable in the public interest.¹⁹²

On sait que dans cette affaire, le juge de première instance, pour décider de la validité de la convention par rapport à l'intérêt du public, référé aux principes politiques qui sont à la base de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, et qu'en l'espèce, il identifia l'intérêt public à la protection d'un marché concurrentiel pour les accessoires et produits connexes aux produits pétroliers¹⁹³. On ne peut donc qu'être d'accord avec les autorités qui prétendent qu'un moyen d'identifier les principes d'ordre public ou de *public policy* dans un domaine donné, est de référer au droit statuaire en pareille matière¹⁹⁴.

189. Voir *supra*, p. 29 et ss.

190. G.E. KAISER, *supra*, note 188.

191. (1976) 11 O.R. (2d) 129.

192. *Id.*, p. 137. Les soulignés sont de l'auteur.

193. *Supra*, note 109.

194. P. WINFIELD, « Public policy in the English Common Law », (1929) 42 *Harv. L.R.*, 76, p. 97, cité par M.Q. CONNELLY, « Vertically... », *supra*, note 92, p. 23. Voir aussi *Jeanty v. Labrecque*, *supra*, note 12.