

NOTE D'INFORMATION SUR LE MARCHÉ DE LA DISTRIBUTION AUX ÉTATS-UNIS ET NOTES SUR L'APPLICATION DU ROBINSON PATMAN ACT ET LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES RELATIVES AUX RELATIONS COMMERCIALES ENTRE FOURNISSEURS ET REVENDEURS

AMBASSADE DE FRANCE

LE CONSEILLER COMMERCIAL
A NEW YORK

810 SEVENTH AVENUE #38
NEW YORK, NY 10019
TELEPHONE : (212) 307-8811
TELECOPIE : (212) 315-1017

New York, le 14 décembre 1999,

La Mission d'Information sur l'Evolution de la Distribution
Commission de la Production et des Echanges
Assemblée Nationale

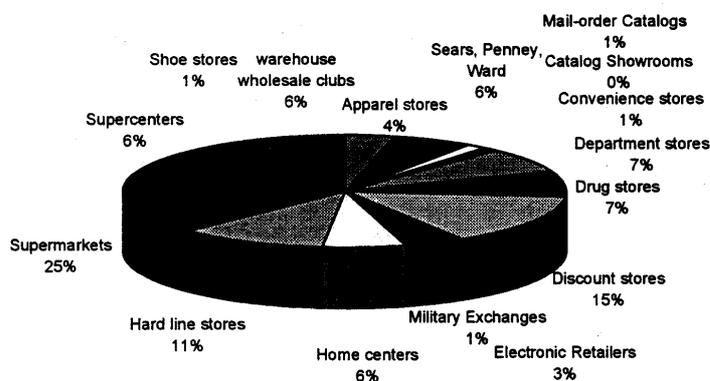
Informations sur le marché de la distribution aux Etats-Unis en réponse aux questions posées par télécopie du 3 novembre 1999.

Dénombrement des grandes surfaces de ventes et chiffres d'affaires / catégorie de surface

Le marché américain de la vente au détail représente 2 700 milliards de dollars, c'est dire l'importance du secteur aux Etats-Unis. Comme on le voit ci-dessous, les canaux de distribution sont définis en fonction du type de produit commercialisé et du concept de vente.

Les statistiques suivantes portent sur les 100 premiers groupes aux Etats-Unis.

Type/taille des canaux de distribution (sur la base des 100 premiers groupes aux Etats-Unis)



La distribution américaine est relativement concentrée. Les 100 premiers « retailers » représentent environ un tiers du marché soit 892 milliards de dollars.

On trouvera en Annexe 1 la liste des 100 premiers groupes ainsi que les domaines de la distribution dans lesquels ils interviennent, leur chiffre d'affaires et leur nombre d'établissements.

La **distribution alimentaire** a généré 443 milliards de dollars en 1998 tous points de distribution confondus. Elle a donc réalisé 16.4% du total des ventes au détail. Suite à la vague de concentrations qui se poursuit depuis quelques années dans ce secteur, seuls les cinq premiers opérateurs en distribution alimentaire réalisent 40% des ventes actuellement contre 20 opérateurs il y a cinq ans. On parle ensuite de groupes d'importance régionale.

Les dix premiers distributeurs en produits alimentaires en 1998

Rang	Société	Ville maison-mère	Nombre de magasins	Ventes 1998 en milliards de dollars
1	The Kroger Company	Cincinnati, Ohio	2.151	43.1
2	Wall-Mart + Sam's Club	Bentonville, Arkansas	2.901	39.0
3	Albertson's, Inc.	Boise, Indiana	2.470	36.0
4	Safeway Stores, Inc.	Pleasanton, Californie	2.251	27.1
5	Ahold USA	Atlanta, Georgie	999	22.2
6	Winn-Dixie Stores	Jacksonville, Floride	1.168	13.6
7	Publix Super Markets	Lakeland, Floride	586	12.1
8	Costco	Issaquah, Washington	217	11.2
9	Great A & P Tea Co.	Montvale, New Jersey	759	10.2
10	Food Lion	Salisbury, Caroline du Nord	1.157	10.2
TOTAL			14.659	224.7

Source : the Food Institute - 2 août, 1999

Centrales d'achat des enseignes de la grande distribution.

Les supermarchés ont tous leurs centrales d'achat (« buying offices »), centralisées ou régionalisées. En annexe 2 figure une liste des centrales d'achat des premiers groupes américains du secteur alimentaire.

Pour information, le PEE de New York réalise actuellement une note-répertoire sur le mode de référencement d'un produit alimentaire en GMS comprenant un répertoire des centrales d'achats des supermarchés américains. Ce document devrait être publié au cours du 1^{er} trimestre 2000.

Conditions dérogeant aux conditions générales de vente

Les Etats-Unis sont un pays où, plus qu'ailleurs, tout est matière à négociation et à tous les niveaux. Les producteurs accordent donc des avantages à leurs clients en fonction de divers critères, les plus évidents étant des discounts sur le volume ou la rapidité de règlement ou l'exclusivité, critères que l'on peut considérer comme partie des conditions générales de ventes.

Il faut aussi tenir compte de la pratique à outrance des rabais et discounts aux Etats-Unis. Les producteurs proposent un « suggested retail price » mais les prix proposés au détail sont bien souvent inférieurs.

Certains « vertical agreements » entre acheteurs et vendeurs comme la fixation du prix de revente «vertical price fixing » sont considérés comme violation de la loi ; toutefois, les autorités sont beaucoup plus tolérantes sur les autres types d'accords.

Les fabricants puissants ou qui proposent des produits à haute valeur ajoutée peuvent exercer un type de levier sur leurs clients. A priori, les pressions exercées par les producteurs auprès des distributeurs sur la fixation du prix, interdites par la Loi puisqu'elles sont une entrave à la concurrence, sont peu fréquentes - ou peu connues -. Il ne faut pas négliger non plus le rôle de la FTC dans ce domaine (cf. annexe 3. les poursuites engagées contre Nine West, accusé de s'être entendu avec les grands magasins pour fixer les prix de façon uniforme entre les grands magasins et ses propres points de vente).

Le producteur impose par contre des restrictions sur le mode ou le lieu de commercialisation du produit, sur les limitations territoriales, les obligations de services etc. et exerce une pression par la livraison (ou non ou partielle) de la marchandise, mesures qui peuvent aussi s'avérer être anti-concurrentielles.

Le droit de référencement (cf articles annexe 4)

La concurrence pour obtenir le meilleur espace dans les rayonnages est féroce et la pression des détaillants vis à vis de leurs fournisseurs est forte. Le droit de référencement est estimé à 9 milliards de dollars par an qui s'échangent de façon très occulte entre fabricants et distributeurs.

Le droit de référencement (« slotting fee ») a débuté au début des années 70 avec une guerre entre les fabricants de cigarettes pour le placement de leurs produits aux rayons des magasins (à la vue du consommateur). A la fin des années 70, du fait du nombre important d'introductions de nouveaux produits, les supermarchés (les supermarchés conventionnels, superstores et warehouses) ont commencé à imposer des « slotting fees » pour le placement des « nouveaux » produits en rayon (produits innovants, extensions de marque, de ligne, ventes saisonnières etc inclus). Ces pratiques, dominantes dans le secteur agroalimentaire, se sont étendues à d'autres secteurs d'activité : informatique, édition, presse, habillement, pharmacie, alcools ainsi qu'à de nombreux types de vente au détail jusqu'aux « convenience stores ».

Actuellement, plus de 8 producteurs sur 10 des secteurs agroalimentaire et des biens de consommation paieraient ce type de « fee ».

Face aux fabricants qui reprochent aux détaillants de nuire à la concurrence par ces pratiques, les grands détaillants américains, de l'agroalimentaire en particulier, justifient ce coût « qui les aide à assurer une meilleure compétitivité » dans le processus de sélection du produit. Rappelons qu'il existe un choix de plus de 100 000 produits agroalimentaires, un supermarché moyen peut en contenir 30 000.

On estime l'introduction de nouveaux produits à 10 000 / an et moins d'un produit sur cinq survit plus de 12 mois sur le marché. Selon les détaillants, les coûts de ces référencements sont donc importants.

Le succès des grandes surfaces à récolter ce type de droit de la part des petits et grands producteurs montre l'importance qu'elles détiennent sur le marché et la concurrence extrêmement forte qui existe aux Etats-Unis.

Les détaillants attendent des fabricants ou producteurs qu'ils leur fournissent un « business plan » de leurs produits et qu'ils aient développé un programme de promotion et d'« incentives » attachés à leur lancement.

Les fournisseurs doivent la plupart du temps participer aux programmes de promotion et de publicité du détaillant (programmes de fidélisation, couponing, publicité radio, parfois TV, démonstrations sur lieu de vente, copromotions dans la presse). Pour indication, la part des investissements engagés par les détaillants ne représentait en 1998 que 40% de leur budget en promotion, 40% étant payé par les producteurs et 20% par les fonds de copromotion.

De plus, les détaillants requièrent des rabais sur le volume avec la mise en place d'un nouveau produit.

Le droit de référencement ne concerne plus seulement les nouveaux produits. On recense à présent une panoplie de droits directs - ou indirects - qui correspondent aux « slotting fees » : selon une association du secteur agroalimentaire, une pratique consiste, par exemple, à définir un objectif de volume pour une durée de six mois et ensuite infliger au fabricant un « failure fee » (frais d'échec) conséquent si le produit n'a pas atteint les objectifs de vente au bout de la période. De plus, le magasin peut interrompre la commercialisation du produit et forcer le fabricant à racheter le produit.

Le droit de référencement ne concerne plus seulement les nouveaux produits : on parle aussi de « pay to stay fee » qui prendrait la forme de « location » chargée par certaines chaînes pour maintenir un produit sur un emplacement convoité par des concurrents.

Dans une période de forte concentration, le rachat d'un détaillant par un autre peut aussi donner lieu à des frais au moyen desquels le nouveau propriétaire permet au fabricant de rester référencé.

Il existe également d'autres types de commissions comme le « street money » pour un emplacement du produit en bout d'aile etc..

Toutefois, ces nouveaux « fees » restent exceptionnels, selon un distributeur interrogé.

Les coûts de référencement commencent à 5.000 dollars pour un produit distribué dans un magasin (en fonction de la taille de la chaîne et du nombre de produits à référencer) et atteignent plusieurs milliers de dollars pour une introduction au niveau national.

Ils sont négociés secrètement, payables à l'avance, et ne sont pas publiés.

Dans certains cas, le paiement du droit peut se traduire par la livraison gratuite d'un produit au lieu d'un versement : il s'agit du « free fill ».

Même les chaînes de magasins et magasins de produits naturels opposés jusqu'à présent à ces pratiques réclament à présent soit des caisses gratuites lors de l'ouverture d'un magasin (Whole Foods), soit l'engagement du fournisseur de poser un encart publicitaire dans leurs brochures (Nature's Best), soit un coût de référencement de 15.000 dollars (Wild Oats).

Si ce type de pratique est absorbé par les grands fabricants, il est souvent difficilement supporté par les petits producteurs dont l'accès à des marchés plus importants est limité.

La légalité de ces pratiques dans le cadre du Robinson-Patman Act est actuellement débattue devant le House Judiciary Committee.

ANNEXES

ANNEXE 1 - Tableau des cent premiers groupes de grande distribution aux Etats-Unis

CV	Convenience Store
D	Department
DR	Drug Store
DS	Discount
E	Electronic
GM	General Merchandise
HC	Home Center
HS	Hard Line Specialty
S	Supermarket
SC	Supercenter
SH	Shoe Store
V	Variety
WC	Warehouse Wholesale Club

Société	CA 1998	Nombre de magasins	CA moyen par magasin	Secteur
Wal-Mart	137 634 000	3599	38242,28952	DS, SC, WC
Sears, Roebuck and Co	41 322 000	3043	13579,36247	D, HS, C, HC
Kmart	33 674 000	2161	15582,60065	DS
Dayton Hudson Corp	30 951 000	1182	26185,27919	DS, D
JC Penney	30 678 000	3904	7858,094262	D, DR, C
The Home Depot	30 219 000	761	39709,59264	HC
Kroger	28 203 304	2207	12779,02311	S, CV
Safeway	24 484 200	1497	16355,51102	S, CV
Costco	24 269 877	278	87301,71583	WC
American Stores Co	19 866 725	1580	12573,87658	S, DR
Dell Computer	18 243 000			C, E
Ahold USA	16 182 000	1031	15695,44132	S
Albertson's	16 005 115	983	16281,90743	S, DR
Federated Department Stores	15 833 000	403	39287,84119	D, C, E
Walgreen	15 307 000	2549	6005,100039	DR
CVS	15 273 600	4122	3705,385735	DR
Fred Meyer	14 878 771	1065	13970,677	SC, S HS
Winn-Dixie Stores	13 617 485	1168	11658,80565	S
May Department Stores Co	13 072 000	393	33262,08651	D
Rite Aid	12 731 900	3821	3332,085841	DR
Lowe's	12 244 882	484	25299,34298	HC
Publix	12 067 125	586	20592,36348	S
Toys "R"Us	11 170 000	1481	7542,201215	HS, AS

Food Lion	10 219 474	1207	8466,838442	S
A & P	10 179 358	839	12132,72706	S
Best Buy	10 077 906	311	32404,84244	HS, AS
The Limited Inc	9 346 911	5382	1736,698439	AS, C, HS
Circuit City	9 338 149	587	15908,26065	HS, AS
Gap Inc	9 054 462	2428	3729,185338	AS, C, HS
Office Depot	8 997 738	702	12817,2906	HS, AS
Meijer	8 127 000	117	69461,53846	SC, S HS
TJX Cos.	7 949 101	1246	6379,695827	AS, HS
Dillard's	7 796 741	335	23273,85373	D
Gateway	7 467 925	154	48493,01948	E, HS
Staples Inc.	7 123 189	913	7801,959474	HS, AS
H.E. Butt	7 000 000	258	27131,78295	S
Army and Air Force Exchange	6 782 726	167	40615,12575	GM
Saks Inc.	6 219 893	352	17670,15057	D, AS, C
7-eleven	5 573 600	5626	990,6861002	CV
CompUSA	5 286 041	162	32629,88272	HS, AS
SuperValu	5 091 339	345	14757,50435	S
Nordstrom	5 027 890	97	51833,91753	D, C AS
Venator Group	4 555 000	6002	758,9136954	HS, AS, SH
Office Max	4 337 768	832	5213,663462	HS
Consolidated Stores	4 193 712	2450	1711,719184	DS, HS
Menard	4 000 000	139	28776,97842	HC
Giant Eagle	3 966 000	198	20030,30303	S
Blockbuster Entertainment	3 893 400	6381	610,1551481	HS
Kohl's	3 681 763	213	17285,2723	D
Pathmark	3 655 211	132	27690,99242	S
Montgomery Ward	3 634 000	252	14420,63492	D
Fleming Cos	3 600 000	282	12765,95745	S
Tandy Corp	3 591 200	7030	510,8392603	HS
BJ's Wholesale Club	3 552 181	96	37001,88542	WC
Hevlinger	3 443 600	244	14113,11475	HC
Hannaford Bros	3 323 588	150	22157,25333	S
Longs Drugs Stores	3 266 904	381	8574,551181	DR
AutoZone Inc	3 242 922	2657	1220,520135	HS
Dollar General	3 220 989	3687	873,6069976	DS
Hy-Vee Food Stores	3 203 000	221	14493,21267	S, CV
Service Merchandise	3 169 525	350	9055,785714	CS
Barnes & Nobles Inc.	3 005 608	1009	2978,798811	HS, E
Spiegel	2 935 411	586	5009,233788	C, AS
Penn Traffic Co	2 828 109	233	12137,80687	S
Shaw's	2 800 000	126	22222,2222	S
Sherwin Williams	2 786 000	254	10968,50394	HS
Heilig- Meyers	2 726 358	1249	2182,832666	HS
Payless ShoeSource	2 615 500	4570	572,3194748	SH
Borders Group	2 595 000	1176	2206,632653	HS

Aldi	2 515 000	505	4980,19802	S
Ames Department Stores	2 507 218	453	5534,697572	DS
Wegman's Food Markets	2 457 000	55	44672,72727	S
Randall's Food Markets	2 419 023	115	21034,98261	S
QVC	2 403 000	5	480600	E, HS
Raley's	2 400 000	117	20512,82051	S
Pep Boys	2 398 708	638	3759,730408	HS
Neiman Marcus Group	2 373 347	32	74167,09375	D, C, HS
Family Dollar	2 361 930	3017	782,8737156	DS
ShopKo	2 351 183	147	15994,44218	DS
Caldor	2 300 000	145	15862,06897	DS
Grand Union	2 286 300	217	10535,9447	S
Micro Warehouse	2 220 018			E
Ross Stores	2 182 361	349	6253,183381	AS
Harris Teeter	2 132 223	144	14807,10417	S
PETsMART	2 109 322	534	3950,041199	HS
Circle K	2 097 810	2313	906,9649805	CV
Belk	2 097 060	212	9891,792453	D
Jitney Jungle	2 054 126	198	10374,37374	S
Payless Cashways	1 909 860	154	12401,68831	HC
Bruno's	1 883 227	149	12639,10738	S
Weis Markets	1 867 492	194	9626,247423	S, HS
Fingerhut	1 850 000			C, E
Musicland	1 846 882	1346	1372,1263	HS
Footstar	1 829 100	3110	588,1350482	SH
Burlington Coast Factory	1 813 897	253	7169,55336	AS
Schnuck Markets	1 800 000	90	20000	S
CDW Computer Centers	1 733 489			C, E
Stater Bros	1 726 107	112	15411,66964	S
Navy Exchange Service	1 690 000	113	14955,75221	GM
Ingles Markets	1 659 900	207	8018,84058	S

ANNEXE 2 - Centrales d'achats des premiers dix distributeurs de produits agro-alimentaires

SOCIETE	CENTRALE D'ACHAT
The Kroger Company (Corporate Office) 1014 Vine Street Cincinnati, OH 45202-1100 Tél : 513/7762.4000 Fax : 513/762.1295 www.kroger.com	The Kroger Company (Corporate Office) 1014 Vine Street Cincinnati, OH 45202-1100 Tél : 513/7762.4000 Fax : 513/762.1295
Wal-Mart Supercenters 702 S.W. Eighth Street Bentonville, AR 72716 Tél. 501/273.4000 Fax 501/273.8751 www.wal-mart.com	Wal-Mart Supercenters 702 S.W. Eighth Street Bentonville, AR 72716 Tél. 501/273.4000 Fax 501/273.8751

<p>Albertson's Inc. (Corporate Office) 250 Parkcenter Boulevard Boise, ID 83706 Tél. 208/385.6200 Fax 208/385.6631 www.albertsons.com.</p>	<p>Albertson's, Inc. (Salt Lake Distribution Center) 620 West 600 North North Salt Lake City, UT 84054 Tél. 801/299.7000 Fax 801/299.7098</p>
<p>Safeway Stores, Inc. (Corporate Office) 5918 Stoneridge Mall Road Pleasanton, CA 94566-0009 Tél. 510/467.3000 Fax 510/467.3323 www.safeway.com (Randalls)</p>	<p>Safeway Inc. (Northern California Division) 5918 Stoneridge Mall Road Pleasanton, CA 94588 Tél. 510/467.3000 Fax 510/490-8936</p>
<p>Ahold USA, Inc. One Atlanta Plaza Suite 2575 950 East Paces Ferry Road Atlanta, GA 30326 Tél. 404/262.6050 www.aholdusa.com (Pathmark)</p>	<p>Pathmark Stores, Inc. 200 Milik Street Carteret, NJ 07008 Tél. 732/499.3000 Fax 732/499.3100 www.pathmarkstores.com</p>
<p>Winn-Dixie Stores, Inc. (Corporate Office) 5050 Edgewood Court Jacksonville, FL 32254-3699 Tél. 904/783.5000 Fax 904/783.5048</p>	<p>Winn-Dixie Stores, Inc. 5233 Commonwealth Avenue Jacksonville, FL 32254 Tél. 904/695.7800 Fax 904/695.7843</p>
<p>Publix Super Markets (Jacksonville Division) 9786 West Beaver Street Jacksonville, FL 32220 Tél. 904/781.8600 Fax 904/693.6111</p>	<p>Publix Super Markets (Jacksonville Division) 9786 West Beaver Street Jacksonville, FL 32220 Tél. 904/781.8600 Fax 904/693.6111</p>
<p>Costco Companies Inc. 999 Lake Drive Issaquah, WA 98027 PO Box 34331 Seattle, WA 98124-1331 Tél. 425/313/8100 Fax 425/313.8114 www.costco.com</p>	<p>Costco Companies Inc. 999 Lake Drive Issaquah, WA 98027 PO Box 34331 Seattle, WA 98124-1331 Tél. 425/313/8100 Fax 425/313.8114 www.costco.com</p>
<p>The Great Atlantic & Pacific Tea Company, Inc. (Corporate Office) Two Paragon Drive Montvale, NJ 07645 Tel. 201/573.9700 Fax 201/930.4034 www.aptea.com</p>	<p>The Great Atlantic & Pacific Tea Company, Inc. (Corporate Office) Two Paragon Drive Montvale, NJ 07645 Tel. 201/573.9700 Fax 201/930.4034 www.aptea.com</p>
<p>Food Lion, Inc. 2110 Executive Drive Salisbury, NC 28145-1330 Tél. 704/633.8250 Fax 704/636.5024 www.foodlion.com</p>	<p>Food Lion, Inc. 2110 Executive Drive Salisbury, NC 28145-1330 Tél. 704/633.8250 Fax 704/636.5024 www.foodlion.com</p>

AMBASSADE DE FRANCE AUX ETATS-UNIS
SERVICES DE L'EXPANSION ECONOMIQUE

13 Décembre 1999

APPLICATION DU ROBINSON PATMAN ACT

Le Robinson Patman Act de 1936 (pièce jointe) est un amendement au Clayton Act qui en précise la section 2 qui interdit les pratiques de prix discriminatoires. Le Robinson Patman Act est de l'avis de tous les spécialistes un texte dont la complexité est légendaire et qui est habituellement comparé à un labyrinthe. Il comprend en effet à la fois des exceptions et des moyens de défense qui ont tous fait l'objet d'interprétations jurisprudentielles.

Pour répondre à la question de savoir comment il est appliqué il convient après avoir rappelé les principes qui sous-tendent ce texte de présenter dans leurs grandes lignes les différents critères en se référant aux interprétations qu'ont pu en donner les tribunaux.

1 - Les principes généraux.

L'objectif de la loi Robinson Patman est de s'assurer qu'un vendeur n'ait pas recours à des pratiques de prix discriminatoires qui ne seraient pas justifiées par des différences de coût ou de situation commerciale. Toutefois la Cour Suprême a mis en garde contre les interprétations trop larges du texte qui conduiraient à « des prix uniformes et rigides qui seraient en contradiction avec les autres principes des lois antitrust ». Autrement dit, le souci des auteurs de la loi de protéger les petits distributeurs des grandes chaînes de distribution qui sont en mesure de soutirer des prix plus bas à leurs fournisseurs, doit être concilié avec les exigences des autres dispositions des lois antitrust qui sont de lutter contre les pratiques qui restreignent la concurrence. Un arrêt de la Cour Suprême de 1993, *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp* se référant à la décision de la Cour de 1979, *Great Atlantic & Pacific Tea Co v. FTC*, confirme que le Robinson Patman Act condamne les pratiques de prix discriminatoires que dans la mesure où elles risquent de porter atteinte à la concurrence. Le Congrès n'a pas eu l'intention d'interdire les différences de prix « qui résultent ou qui amplifient la dynamique de la concurrence ».

2 - L'interprétation jurisprudentielle des différents critères de la section 2(a) de la loi.

La section 2 (a) de la loi interdit de pratiquer, dans le cadre de relations commerciales, des prix discriminatoires à l'égard d'acheteurs de produits de même type et de même qualité, lorsque l'effet d'une telle discrimination peut conduire à restreindre substantiellement la concurrence, ou entraîner la constitution d'un monopole.

- **Les prix discriminatoires:** il s'agit d'un exercice comptable qui revient à constater la différence des prix qui ont été effectivement payés par deux ou plusieurs acheteurs. La jurisprudence a été

amenée à préciser que le texte ne concerne pas de simples offres ou l'octroi de licences et il ne s'applique qu'aux achats et ventes de produits, à l'exclusion donc des services (arrêt de 1993 de la Cour d'Appel du 6^{ème} Circuit *Metro Communications v. Ameritech Mobile Com*). Lorsqu'un service accompagne la vente du produit, la loi s'applique si la transaction est essentiellement axée sur le produit (arrêt précité).

- **Les produits en cause doivent être de même type et de même qualité** : les caractéristiques physiques des produits doivent être suffisamment semblables pour que la loi s'applique.

- A ces conditions s'ajoute l'**effet des pratiques discriminatoires sur la concurrence**. Cet élément est important car la loi ne s'applique qu'aux prix discriminatoires qui restreignent substantiellement la concurrence. En pratique l'atteinte à la concurrence peut viser deux catégories, d'une part les concurrents du vendeur, d'autre part les concurrents de l'acheteur.

Dans ce dernier cas l'examen porte sur le préjudice causé à l'acheteur qui n'a pas bénéficié des conditions les plus favorables. A cet égard il est précisé que ces acheteurs doivent être en concurrence dans la même zone géographique et se situer au même niveau de commercialisation. Cependant la loi s'applique si un grossiste vend à des détaillants qui sont en concurrence avec un distributeur qui aurait bénéficié de conditions plus avantageuses. Souvent les tribunaux ont conclu à l'existence d'un préjudice en s'appuyant sur l'ampleur même de la discrimination (arrêt de la Cour Suprême de 1983 *Falls City Industries v. Vanco Beverage Inc*) ou sur les ventes manquées (arrêt de 1997 de la Cour d'Appel du 9^{ème} Circuit, *Chroma Lightning v. GTE Products Corp*). Cependant si le vendeur peut démontrer que l'acheteur pouvait prétendre au prix le plus avantageux, par exemple en achetant en quantité suffisante, le préjudice ne sera pas retenu. Certains tribunaux ont décidé qu'il y avait préjudice si l'acheteur défavorisé n'avait pas eu connaissance de la possibilité de bénéficier d'un meilleur prix (arrêt de 1994 de la Cour d'Appel du 1^{er} Circuit, *Caribe BMWv. Bayerische Motoren Werke*).

Dans le premier cas, communément appelé « *primary line injury* », l'examen porte sur l'effet préjudiciable des pratiques discriminatoires sur les concurrents du fournisseur qui a vendu à bas prix. Les plaignants doivent établir que le fournisseur a eu recours à des pratiques de prix déloyales comme des ventes en dessous des coûts de production pendant une période suffisamment longue. Une action peut aussi être intentée en montrant que la politique de prix répond à un objectif anticoncurrentiel (par exemple tentative de monopole).

3 - Les principaux moyens de défenses.

La loi Robinson Patman comporte un certain nombre de moyens de défense permettant de justifier des prix discriminatoires : « Rien dans le présent article ne saurait empêcher des différences de prix qui ne font que tenir compte des différences dans les coûts de fabrication, de vente ou de livraison résultant des méthodes ou qualités différentes dans lesquelles les produits sont vendus ou livrés aux acheteurs.... ».

Ainsi les différences de prix entre acheteurs peuvent être justifiées par des réductions de coûts pour le vendeur. Dans un arrêt de 1990, *Texaco v. Hasbrouck*, la Cour Suprême a été amenée à préciser dans quelles conditions des rabais octroyés à un acheteur pour prendre en compte son rôle dans le système de distribution, pouvaient être légitimes. La décision précise qu'une différence de prix qui se limite à compenser le marketing effectué par le distributeur n'est pas illégale. Dans cette affaire cependant la Cour Suprême a jugé que Texaco n'avait pas apporté la preuve d'un lien entre les rabais ainsi consentis et les économies que cette société aurait du faire en dépense de marketing.

Un autre moyen de défense est prévu par la section 2 (b). Il est fondé sur la nécessité de baisser les prix à l'égard de certains acheteurs afin de pouvoir de bonne foi rester compétitif par rapport au prix des autres vendeurs. Le fournisseur qui invoque ce moyen de défense devra s'appuyer sur des éléments de fait permettant de justifier la réduction des prix au regard des conditions de la concurrence (arrêt de la Cour Suprême de 1978 *United States v. United States Gypsum Co.*).

4 - Les dispositions de la loi Robinson Patman tendant à lutter contre les moyens indirects de discrimination.

Pour empêcher que des acheteurs ne contournent les obligations de prix non discriminatoires, les sections 2(c), 2(d) et 2(e) déclarent illégales tous les moyens discriminatoires indirects tels le paiement de commissions, indemnités ou compensations non justifiées, ou la fourniture de services sur des bases inégalitaires.

Sur ce dernier point la Federal Trade Commission, agence indépendante qui au plan administratif est chargée de l'application de la loi, a publié des directives concernant la prise en charge inégale de la publicité et des promotions pour clarifier les exigences de la loi telles qu'interprétées par la jurisprudence, *Federal Trade Commission Guides for Advertising Allowances and Merchandising Payment and Services 1997* (disponible sur le site internet de la FTC <www.ftc.gov>, cliquer sur antitrust puis sur guidelines).

La section 2(c) a pour objet de lutter contre le paiement de commissions, courtages ou autres indemnités, qui ne serait pas lié à des services rendus dans le cadre de la vente ou de l'achat de marchandises. De telles pratiques qui ont pour effet de réduire le prix payé par l'acheteur sont indirectement la cause de discriminations illégales. La jurisprudence a tendance à interpréter de façon extensive la notion de paiement pour inclure tout élément de valeur qui n'a pas de justification commerciale.

5 - Les actions illégales des acheteurs.

C'est la section 2 (f) de la loi qui applique les mêmes principes aux acheteurs en déclarant illégal le fait de solliciter ou de recevoir en toute connaissance de cause des prix discriminatoires. Pour qu'un acheteur soit condamné il faut établir qu'il y a eu infraction à la section 2 (a) de la loi Robinson Patman (cf supra). En outre, le demandeur doit apporter la preuve que « le distributeur

savait ou aurait du savoir qu'il avait reçu un prix discriminatoire prohibé par la loi » (arrêt de 1953, *Automatic Canteen Co of America v. FTC*)./.

PEE de Washington: MH FORGET

AMBASSADE DE FRANCE AUX ETATS-UNIS
SERVICES DE L'EXPANSION ECONOMIQUE

13 Décembre 1999

**QUELLES SONT LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES QUI S'APPLIQUENT
AUX RELATIONS COMMERCIALES ENTRE FOURNISSEURS ET REVENDEURS ?**

Aux Etats Unis, les relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs sont régies par la loi du contrat. Le droit américain ne dispose pas de législation spécifique dont l'objet serait d'encadrer les droits et obligations des parties en matière de distribution. Néanmoins, le contrat doit demeurer conforme aux dispositions de la législation antitrust.

Réglémentant les atteintes à la liberté du commerce et au libre jeu de la concurrence, la législation antitrust comprend en effet des dispositions affectant le contrat de distribution. La première loi fédérale en droit de la concurrence fut le *Sherman act* de 1890 qui énonce une interdiction fondamentale de « tout contrat qui viserait à mettre un frein au développement du commerce ». Par la suite, le Congrès adopta en 1914 le *Clayton act* ainsi que le *Federal Commission Act*. La section 3 du *Clayton Act* encadre les pratiques des clauses d'exclusivité et des contrats liés, et la section 5 du *Federal Trade Commission Act* interdit « toute pratique de concurrence déloyale ».

Composé de lois anciennes énonçant des principes généraux, le droit de l'antitrust demeure un droit fondé sur les précédents extrêmement complexe et fluctuant au gré des évolutions économiques.

La jurisprudence a ainsi encadré, sur le fondement du droit de l'antitrust, les pratiques contractuelles en matière de distribution.

La pratique des prix imposés

La pratique des « prix imposés » consiste pour le fournisseur à contraindre le revendeur à un prix fixe pour la vente. Communément appelé *resale price maintenance* ou encore *vertical price fixing*, cette disposition contractuelle est considérée comme illégale aux Etats Unis sur le fondement de la législation antitrust. Le fondement juridique est avant tout la section 1 du *Sherman act* de 1890 mais aussi la section 5 du *Federal Trade Commission Act*.

Les clauses sont déclarées illégales *en soi (per se)* par la jurisprudence sans considération des conséquences économiques. Les tribunaux ont de cette manière mis en place un mécanisme de preuve pouvant s'analyser comme une présomption irréfragable. En effet, la seule preuve de l'existence, explicite ou implicite, d'une pratique de prix imposé par le fabricant à son distributeur suffit à provoquer une condamnation judiciaire.

Les tribunaux n'hésitent pas alors à sanctionner les pratiques implicites de contrôle des prix à la revente qui se sont développées, le plaignant devant démontrer l'existence d'une « conspiration » (Arrêt de la Cour Suprême de 1984 *Monsanto V. Spray ripe service*). Le fabricant a la possibilité de « suggérer un prix » à la condition qu'il ne soit pas destiné à assurer un contrôle effectif des prix.

Le recours aux ventes liées.

Les ventes liées sont interdites tant par la section 1 du *Sherman act* de 1890 que par la section 3 *Clayton act* adopté en 1914.

La vente liée, ou accord de *tying*, est l'adjonction dans un contrat de vente d'une condition non souhaitée par l'acheteur. En matière de distribution, cette clause consiste dans la plupart des cas pour le vendeur à conditionner la vente d'un produit à l'achat par le revendeur d'un autre produit en même temps.

Bien que la jurisprudence considère les ventes liées comme illégales en soi, l'illégalité ne sera prononcée qu'en considération du pouvoir économique du vendeur dans le contrat. Ainsi, le plaignant doit apporter cumulativement trois éléments de preuve afin de provoquer la condamnation du fabricant : la présence de deux produits distincts, un pouvoir économique suffisamment important du fabricant, une potentialité commerciale non négligeable du produit lié à la vente. La vente liée est ainsi déclarée illégale au regard des conséquences économiques pour la concurrence.

Le refus de vente.

Le contentieux relatif au refus de vente est abondant aux Etats-Unis. Cette pratique est, en effet au coeur de la problématique de l'antitrust pouvant s'analyser soit comme l'expression naturelle de la liberté du commerce, soit comme un exemple d'abus de position dominante.

Le refus de vente n'est pas en soi illégal mais doit être démontré au regard de la *Rules of reason*. La règle de la raison signifie que les tribunaux ont l'obligation de vérifier dans les faits l'existence d'une atteinte « déraisonnable à la liberté du commerce et de la compétition, mais non pas de procéder à un contrôle d'opportunité des pratiques contractuelles » (Arrêt de la Cour Suprême de 1978, *National Socy of Professional Engs V. United States of America*).

Sur le fondement des principes du *Sherman act*, la jurisprudence sanctionne uniquement les accords tacites « reflet d'une conspiration à l'encontre de la libre concurrence ». Les tribunaux font alors la distinction entre un refus unilatéral isolé qui est admis, et un refus concerté qui est sanctionné.

Une condamnation pour atteinte aux lois antitrust pourra alors intervenir uniquement si les pratiques commerciales développées tendent à favoriser « un monopole horizontal assimilable à un boycottage ». Le boycottage s'analysant comme un refus concerté de vente destinée étouffer la concurrence en usant, pour le fabricant, de sa position dominante.

La pratique des clauses d'exclusivités.

La possibilité d'avoir recours à des clauses d'exclusivité est régie par la section 3 du *Clayton act*.

La pratique des clauses d'exclusivité peut avoir des effets bénéfiques sur l'économie en favorisant une forme d'intégration verticale. Aussi, les tribunaux valident la légalité de celle-ci en fonction de leur justification économique mais à condition toutefois « qu'elle ne procède pas en fait à une intégration horizontale comparable à un boycottage ».

Deux types accords d'exclusivité sont à distinguer.

D'une part, les clauses d'exclusivité territoriale (*exclusive dealership*) qui accordent une distribution exclusive d'un produit à un revendeur. Le fournisseur s'assure ainsi un service permanent dans la revente de son produit de la part de son revendeur.

D'autre part, les clauses de fourniture exclusive qui obligent le revendeur à acheter uniquement les produits du fournisseur. Le revendeur est alors dégagé des problèmes de concurrence sur le produit à l'intérieure de son territoire.

Cependant, un fournisseur peut souhaiter augmenter le nombres de ses débouchés pour ses produits, et de la même façon un revendeur peut avoir besoin de plusieurs produits pour survivre économiquement. De plus, le danger pour la libre concurrence est que le développement et la multiplication des clauses d'exclusivité rendent difficile, voire impossible, l'accès au marché de nouveau fournisseurs ou revendeurs. La légalité des clauses d'exclusivité est alors déterminée par le fonctionnement de la *rule of reason* (Arrêt de la Cour Suprême de 1961, *Tampa Elec Co V. Nashville Coal Co*). Pour cela, la jurisprudence procède à une approche qualitative en obligeant à une étude de l'impact économique réel des dispositions contractuelles./.

Bibliographie.

- Les dispositions du *Sherman act*, du *Clayton act*, et du *Federal Commission Act* sont disponible depuis le site Internet : www4.law.cornell.edu/uscode/ (titre 15 de l'US Code)
- **Distrbution Law : antitrust principles and practice** de Theodore Banks. Aspen Law & Business, 1999, 2 tomes de 900 pages chacun.
- **Legal aspect of Selling & Buying** sous la direction de Philipp Zeidman. Mc Graw-Hill Compagny. 1993.
- **Executive Summary of the Antitrust Law**. Article de Richard Steur
- **Antitrust Aspect of Drafting Distributor Agreement**. Article de Robert James