



HAL
open science

Droits exclusifs d'importation outre-mer. Se poser les bonnes questions avant d'interdire ?

Florent Venayre

► To cite this version:

Florent Venayre. Droits exclusifs d'importation outre-mer. Se poser les bonnes questions avant d'interdire ?. Revue Lamy de la Concurrence, 2018. hal-01779786

HAL Id: hal-01779786

<https://hal.science/hal-01779786v1>

Submitted on 26 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droits exclusifs d'importation outre-mer.
Se poser les bonnes questions avant d'interdire ?

Florent Venayre *

(Référence : Venayre F., 2018, « Droits exclusifs d'importation outre-mer. Se poser les bonnes questions avant d'interdire ? », Revue Lamy de la Concurrence, Vol. 71, Avril, p 22-27.)

L'Autorité de la concurrence vient une nouvelle fois de sanctionner des accords exclusifs d'importation dans les départements d'outre-mer historiques, sur le fondement des dispositions introduites dans le code de commerce français par la loi Lurel. Mais le cadre législatif actuel favorise-t-il réellement les bonnes interrogations en matière de droits exclusifs d'importation ?

La loi Lurel¹ a introduit en droit français de la concurrence une prohibition spécifique à l'égard des exclusivités d'importation, valable uniquement dans les territoires ultramarins de la République dans lesquels elle s'applique². L'article L. 420-2-1 du code de commerce prohibe ainsi « *les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprise* ». L'Autorité de la concurrence a déjà fait usage de ce dispositif à plusieurs reprises, dans des cadres

* Maître de conférences HDR en Sciences économiques, GDI, EA 4240, Université de la Polynésie française.

¹ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

² A l'exclusion, donc, de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, mais dont les droits locaux de la concurrence ont repris à l'identique le dispositif de la loi Lurel.

procéduraux cependant différents³, faisant suite à une volonté rappelée par le Président de l'Autorité en fonction à l'époque des saisines concernées⁴. Elle vient de l'appliquer à nouveau aux Antilles-Guyane et à La Réunion⁵. Pour le dernier cas de l'île de La Réunion, l'affaire s'accompagne d'un abus de position dominante qui ne sera pas ici traité plus avant car il sort de notre champ d'analyse⁶.

Après avoir brièvement rappelé le cadre de l'affaire, nous verrons que les droits exclusifs sont établis et que les arguments avancés dans le dossier par les parties pour tenter de bénéficier de l'exemption prévue par le droit ont été rapidement écartés par l'Autorité de la concurrence (1.). Au-delà du cadre strict de l'espèce, ce principe général de l'interdiction des accords d'exclusivité n'est cependant pas sans poser de problème au regard des enseignements de la théorie économique (2.). Ainsi, si l'on peut comprendre qu'une interdiction mécanique soit plus aisée à manier par les autorités de concurrence, un traitement des exclusivités d'importation rejoignant celui classiquement réservé aux autres restrictions verticales serait plus opportun. Des pistes de réforme se dessinent à cet égard, qu'on ne saurait trop encourager pour une meilleure recherche de l'efficacité et de l'intérêt collectif du droit (3.).

1. Constatation des droits exclusifs et rejet des arguments d'exemption

Le groupe Dow Agrosociences en cause dans ce dossier fabrique un procédé de lutte contre les termites (Sentry Tech), qu'il commercialise dans différents territoires ultramarins par le biais de deux importateurs-grossistes, l'un pour l'île de La Réunion (Emeraude) et l'autre pour les trois départements du continent américain (Carib Termite Control, ou CTC). Les contrats qui lient Dow Agrosociences à ses deux importateurs, et dont la décision cite des extraits (voir par exemple points 27 et 36) sont sans équivoque et mentionnent très explicitement l'existence de clauses d'exclusivité. Les pratiques incriminées tombent ainsi de façon assez mécanique sous le coup de la prohibition des accords exclusifs édictée par la loi Lurel.

Bien entendu, la loi Lurel a également prévu une exemption possible au principe général d'interdiction qu'elle a instauré. Il s'agit de l'article L. 420-4, III., du code de

³ Décisions n° 15-D-14 du 10 septembre 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Bolton Solitaire SAS, Danone SA, Johnson & Johnson Santé et Beauté France SAS et Pernod-Ricard SA dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en outremer, n° 16-D-15 du 6 juillet 2016 relative au secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer et n° 17-D-14 du 27 juillet 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer.

⁴ Voir : Venayre F., 2014, « Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.

⁵ Décision n° 18-D-03 du 20 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de pièges à termites à base de biocides à La Réunion, aux Antilles et en Guyane.

⁶ Il s'agissait de refus de ventes que l'importateur exclusif de la Réunion avait opposé à une société cliente (Stop-Insectes). La décision fait état de « conditions de ventes discriminatoires ».

commerce, qui dispose que « *les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte* » ne sont pas concernés par la prohibition. Mais l'application de cet article est loin d'être aisée. Sa rédaction est d'ailleurs très proche de celle de l'exemption prévue par l'article L. 420-4, I., 2° pour les infractions au droit commun de la concurrence (articles L. 420-1 et L. 420-2), dont on sait qu'elle reste relativement théorique. Notons d'ailleurs que la démonstration de ces conditions d'exemption est dévolue aux entreprises mises en cause. Or, dans le cas des petites entreprises ultramarines, il est illusoire de croire qu'elles auront en interne les compétences ou les moyens (matériels et financiers) de s'adjoindre à l'extérieur les compétences nécessaires à une démonstration efficace des conditions d'exemption, même si ces dernières pourraient effectivement exister dans la réalité.

Dans le cas d'espèce, l'Autorité de la concurrence écarte ainsi assez facilement les quelques arguments avancés par les parties, assez peu ordonnés ou sourcés, voire un peu maladroits, y compris ceux avancés par le fabricant lui-même (points 68 à 80 de la décision). L'Autorité rappelle ainsi que « *lorsqu'une entreprise entend justifier une pratique en invoquant un progrès économique qui profite aux consommateurs, il lui appartient d'en démontrer la réalité et l'importance, notamment en versant au dossier des éléments probants et vérifiables* » (point 69). Les sociétés en cause ont par exemple essayé de faire valoir que les caractéristiques de dangerosité des produits utilisés nécessitaient que l'on veille à la formation initiale et continue des applicateurs licenciés (point 70) et à une traçabilité et une sécurité optimales (point 77). Mais l'Autorité s'est appuyée sur l'existence d'une réglementation du marché et de processus de certification des utilisateurs pour considérer qu'il n'était pas établi que les droits exclusifs permettaient d'aller au-delà de ce qui est actuellement déjà requis. Le résumé de la décision indique ainsi que les accords n'ont pas pu bénéficier d'une exemption, « *faute pour les sociétés mises en cause d'avoir démontré l'existence de motifs objectifs tirés de l'efficacité économique pouvant justifier l'octroi d'une exclusivité d'importation illimitée et d'avoir apporté la preuve ou, à tout le moins une estimation, du bénéfice – qualitatif ou financier – que le consommateur pouvait retirer d'une telle exclusivité d'importation* ».

Dans son analyse du cas réunionnais, l'Autorité note que « *la majorité des opérateurs présents sur le marché de la lutte anti-termites se fournissent en pièges à appâts à base du biocide hexaflumuron auprès des importateurs-grossistes* » (point 62), et elle complète son analyse en indiquant que les achats en ligne de tels pièges ne peuvent être utilisés que de façon marginale puisque Senti Tech n'est pas vendu sur Internet et que les autres marques vendus en ligne ne sont pas certifiées pour l'outre-mer. Pour le cas des Antilles-Guyane, l'Autorité souligne également que, « *contrairement aux allégations de CTC, les possibilités de contournement, que ce soit au travers d'un approvisionnement de la métropole en circuit court ou au travers d'achat sur Internet, apparaissent rarement utilisées et nécessiteraient des ressources plus importantes* » (point 129).

On notera cependant que, pour La Réunion, la part de marché d'Emeraude est « *de plus de 80 %, tous circuits de distribution confondus, y compris les achats en ligne* » (point 92), ce qui semble tout de même indiquer l'existence de solutions alternatives possibles à la

fourniture du procédé Senti Tech auprès de son grossiste-importateur exclusif, même si elles restent minoritaires. La décision n'évoque d'ailleurs pas la possibilité que l'importance des parts de marché des grossistes-importateurs puissent être éventuellement liées au fait que leur clientèle trouve, dans les prix pratiqués ou la qualité de service et de conseils fournis, une réponse satisfaisante à ses attentes. La décision ne fait pas état, à l'inverse, de doléances particulières des clients à cet égard, si l'on excepte le cas de l'entreprise Stop-Insectes qui a essuyé des refus d'approvisionnement de la part d'Emeraude, ce qui constitue une circonstance bien différente.

2. Principe général d'interdiction et place de l'analyse économique

On peut ainsi dans une certaine mesure regretter que la discussion n'ait pas fait l'objet d'une argumentation économique plus développée, mais il est vrai qu'attendu le cadre juridique applicable, la simple présence de clauses contractuelles d'exclusivité suffit à qualifier l'infraction. Les autres aspects n'interviennent pas que de manière subsidiaire, soit pour rejeter les demandes d'exemption, soit pour discuter de l'ampleur du dommage à l'économie⁷.

La lecture de la décision ne permet pas de connaître dans le détail l'argumentaire proposé par les parties sur ce point, mais l'idée générale avancée quant à la nécessité pour le fabricant de s'assurer d'un distributeur de qualité (importance du savoir-faire ou bonne utilisation des pièges, évoqués au point 31 de la décision) n'est quoi qu'il en soit pas étrangère à des éléments de théorie économique bien connus. Lester Telser, le brillant professeur de l'Université de Chicago aux parents facétieux, a ainsi, dès 1960⁸, justifié l'existence de restrictions verticales lorsque la commercialisation d'un produit est rendue plus efficace dans le cas d'une fourniture de services complémentaires comme, par exemple, un conseil de qualité à la clientèle. Cette idée, diffusée sous le nom de « théorie des services additionnels », montre que sans possibilité d'une appropriation de ses efforts de vente par le distributeur, ce dernier serait soumis à la concurrence d'opérateurs pouvant capter sa clientèle sans consentir le même niveau d'effort (*free-riding*). Ainsi, aucun distributeur ne serait finalement disposé à fournir au consommateur un niveau de conseil de qualité, ce qui serait dommageable aux intérêts du fabricant, mais également aux consommateurs eux-mêmes. En autorisant une certaine maîtrise de la stratégie du distributeur par son fournisseur (restrictions verticales), on réintroduit alors les incitations nécessaires à un effort de vente optimal.

Pour être parfaitement bien compris des lecteurs, mon propos n'est pas de tenter ici de justifier que, dans cette affaire, les parties auraient dû bénéficier de la clause d'exemption prévue par l'article L. 420-4, III. Il s'agit juste de souligner que l'inversion de la charge de la

⁷ On notera par exemple que le terme « intramarque » n'est employé qu'une seule fois, au point 129 dans l'analyse des dommages, tandis que le terme « intermarques » n'est pas employé du tout. Nous allons revenir sur ces terminologies qui sont en général, pour les économistes, au cœur des raisonnements verticaux.

⁸ Telser, L.G., 1960, « Why Should Manufacturers Want Fair Trade ? », *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, n° 1, p. 86-105.

preuve qui est prévue par la loi Lurel en matière de droits exclusifs n'offre d'une part que peu de chance aux petites entreprises ultramarines de pouvoir opposer un argumentaire efficace au service d'instruction de l'Autorité et, d'autre part, ne focalise pas le débat sur les éléments qui nous semblent plus opportuns au regard de la théorie économique, c'est-à-dire la nécessité de procéder à un réel bilan concurrentiel. A cet égard, les droits exclusifs ne devraient pas être distingués, dans leur traitement, des autres formes de restrictions verticales. Toutes sont en effet susceptibles de présenter tout à la fois des gains d'efficacité et des risques concurrentiels et la seule approche permettant de tenir pleinement compte de l'ensemble des effets potentiels de la pratique est un traitement par la règle de raison, par opposition au principe général de prohibition voulu par le législateur dans le cadre de la loi Lurel⁹.

En matière d'exclusivité d'importation comme pour les autres restrictions verticales, tout le problème est d'arriver à déterminer si des gains d'efficacité sont possibles et si ces gains peuvent être – au moins partiellement – restitués au consommateur final, ce qui implique de s'interroger sur le maintien d'une forme suffisante de concurrence dans la chaîne verticale. Les accords d'exclusivité, notamment territoriaux comme c'est le cas dans cette affaire, conduisent à une diminution, voire une disparition de la concurrence intramarque. Mais cette absence de concurrence entre distributeurs différents d'un même produit peut ne pas générer de problème rédhibitoire s'il se maintient une concurrence intermarques suffisante. Cette dernière peut même être renforcée par l'existence de restrictions verticales, si ces dernières permettent effectivement aux distributeurs exclusifs de s'approprier leurs efforts de vente. On peut alors assister au contraire à une intensification de la concurrence au niveau aval de la chaîne verticale, chaque distributeur exclusif pouvant être incité à tenter de gagner des parts de marche sur les autres distributeurs exclusifs de produits concurrents (substituables mais différenciés), du fait de la totale appropriation des efforts réalisés à cet effet.

Les éléments disponibles dans la décision tendent à montrer que de tels effets n'étaient pas présents dans l'affaire traitée. En effet, le procédé Senti Tech est un moyen de lutte contre les termites qui comporte des pièges à appât imprégnés de biocide et se distingue, en cela, d'autres moyens de lutte, dont notamment les traitements par barrières chimiques. Le principe actif des pièges de Senti Tech est l'hexaflumuron qui est la seule molécule dont l'utilisation soit à la fois autorisée par la réglementation, puisse bénéficier des certifications idoines et qui soit efficace sur les espèces ultramarines de termites (points 10 à 12 et 18 de la décision). On croit donc comprendre, à la lecture de la décision, que le marché produit se réduit au seul procédé Senti Tech. Dès lors, cela signifierait qu'aucune concurrence intermarques n'est possible. La disparition de la concurrence intramarque consécutive à la mise en place de pratiques d'exclusivités aurait dès lors des conséquences particulières, puisqu'elle reviendrait à supprimer toute forme de concurrence sur le marché étudié.

⁹ Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en outre-mer : Une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 131-140.

3. Quel devenir de l'affaire hors du cadre de la loi Lurel ?

Dans son communiqué de presse, l'Autorité de la concurrence a explicitement fait référence – dans son titre même – à la loi Lurel, ce qui est parfaitement légitime puisque c'est bien sur le fondement de l'article LP. 420-2-1 du code de commerce, créé par la loi Lurel, que les condamnations sont prononcées. Mais de fait, c'est cet aspect que les médias ont beaucoup mis en avant¹⁰. M. Victorin Lurel, sénateur de la Guadeloupe et ancien ministre des Outre-mer à l'origine de la loi éponyme a également publié un communiqué de presse dans lequel il « exprime toute [s]a satisfaction de constater que les infractions manifestes aux dispositions votées en 2012 sont une nouvelle fois reconnues par l'Autorité de la concurrence et dûment sanctionnées. Preuve, s'il en fallait, que le combat contre la vie chère est toujours d'actualité et que la loi Lurel offre un arsenal efficace de lutte aux pouvoirs publics ».

Mais la loi Lurel et l'article L. 420-2-1 étaient-ils réellement indispensables à la sanction des pratiques constatées ?

Le fait, pour un producteur, d'accorder une exclusivité – ici, territoriale – à son distributeur constitue un accord qui lie contractuellement les deux parties. Dans la mesure où cet accord met en œuvre des pratiques qui sont susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, il peut tomber sous le coup du droit commun de la concurrence, par le biais de l'interdiction des ententes – ici verticales – établie par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Dans le cas du dossier étudié ici, il aurait semble-t-il pu être possible d'étudier les pratiques sur le seul fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce, même en l'absence de l'existence d'une disposition ultramarine spécifique aux accords d'exclusivité d'importation. La procédure aurait alors pu également déboucher sur la condamnation des entreprises concernées, à la condition de montrer la nature anticoncurrentielle des actes en cause. La très forte diminution de la concurrence intramarque générée par la mise en place d'accords exclusifs d'importation, alliée à une concurrence intermarques également peu présente compte tenu de limitations imposées par la réglementation, la certification et les évaluations objectives de l'efficacité des principes actifs concurrents de celui utilisé par Senti Tech, seraient de nature à laisser penser, à la lecture de la décision, que l'infraction pourrait constituer une entente prohibée. Mais il resterait alors à charge pour l'Autorité, dans cette hypothèse, d'en fournir des éléments de preuve précis. Quoi qu'il en soit et de façon plus générale, si les accords d'exclusivité d'importation outre-mer n'étaient pas traités explicitement dans le cadre de la procédure introduite par la loi Lurel qui leur est dédiée, il resterait donc possible de les sanctionner au titre du droit commun de la concurrence, si toutefois leur nature anticoncurrentielle était avérée (mais si ce n'est pas le cas, leur sanction ne serait donc plus nécessaire).

¹⁰ Voir la dépêche AFP, qui a été reprise, souvent telle quelle, dans de très nombreux médias.

Certes, sur ce fondement du droit des ententes, les contraintes imposées par la procédure à l'Autorité de la concurrence auraient été plus importantes. Force est de reconnaître que l'article L. 420-2-1 constitue un fondement de procédure moins exigeant que l'article L. 420-1. Mais qu'il constitue en quelque sorte un « confort » pour les autorités de concurrence, par inversion de la charge de la preuve ou dans la mesure où il abaisse le standard de preuve requis, est une autre question. On peut ainsi comprendre que l'Autorité puisse trouver un intérêt immédiat à cette nouvelle procédure issue de la loi Lurel, mais la question qui doit intéresser le législateur est celle de l'intérêt global de la collectivité, non du seul standard d'efficacité et/ou de rapidité de la procédure vu par l'unique prisme de l'autorité de concurrence.

Le cas de la Polynésie française a fourni récemment une parfaite illustration de l'intérêt que les autorités de concurrence trouvent à cette procédure et de l'incitation qu'elles en dégagent à la défendre ardemment¹¹. Lors du colloque organisé à l'Université de la Polynésie française en novembre 2017, une communication du Professeur Christian Montet, qui préconisait la suppression de l'interdiction systématique des accords d'exclusivité d'importation en droit polynésien, a essuyé des réactions extrêmement vives, pour ne pas dire agressives ou déplacées, de certains membres du service d'instruction de l'Autorité polynésienne de la concurrence qui étaient présents¹².

Pourtant, les enseignements de la théorie économique sont en l'espèce évidents : il faut se garder des certitudes en matière de restrictions verticales et rien ne justifie de conférer aux accords exclusifs d'importation, pas même dans de petits territoires insulaires, une dimension spécifique à cet égard. Quelques espoirs existent d'ailleurs de voir un retour prochain du traitement des accords exclusifs d'importation aux règles classiques du droit de la concurrence, dont il faut se réjouir.

Récemment, en effet, le Professeur Laurence Idot a mis en garde contre une « renationalisation rampante du droit des pratiques anticoncurrentielles » dont l'article L. 420-2-1 constitue l'un des éléments posant des problèmes de conformité avec le droit européen¹³. Plus récemment encore, le rapport du Club des juristes pour la réforme du droit de la concurrence a souligné qu'une « telle méthode législative qui vise à appréhender des cas particuliers doit être condamnée avec vigueur sinon l'on risque d'assister à la même dérive que celle que l'on connaît en droit des pratiques restrictives à l'article L. 442-6 du Code de

¹¹ Précisons ici que le dispositif de la loi Lurel a été repris en droit polynésien : l'article LP. 200-3 du code de la concurrence polynésien prohibe les droits exclusifs d'importation tandis que son article LP. 200-5, II. prévoit des exemptions dans des conditions identiques à celles des outre-mer français. Voir : Venayre F., 2017, « Prohibition des exclusivités d'importation à Tahiti : Fin de la (discrète) période pédagogique », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 64, Septembre, pp. 14-17.

¹² Voir : Montet C., « Exclusivités territoriales : revenir au droit commun », communication au colloque *Le Droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique : bilan et perspectives*, 21 & 22 novembre 2017, Université de la Polynésie française, Tahiti. Les actes du colloque sont à paraître dans le courant de l'année 2018 chez LexisNexis.

¹³ Idot L., 2017, « Halte à la renationalisation rampante du droit des pratiques anticoncurrentielles ! », *Concurrences*, n° 3-2017, pp. 1-3.

commerce » (point 144 du rapport)¹⁴. La proposition 40 du rapport consiste d'ailleurs à supprimer purement et simplement du code de commerce les articles L. 420-2-1 et L. 420-4, III.

On peut également noter qu'en Polynésie française, un projet de loi de révision de la partie législative du code de la concurrence, inspiré des recommandations du colloque dont il a été fait état plus haut, propose une réforme similaire avec la suppression des articles LP. 200-3 et LP. 200-5, II. du code de la concurrence polynésien. Le Conseil des ministres de la Polynésie française a annoncé la transmission de ce projet de loi à l'Assemblée de la Polynésie française le 7 février 2018, précisant dans son communiqué que : « *Les modifications apportées à la partie législative du code de la concurrence par la loi du pays sont du reste en adéquation avec les propositions des intervenants, locaux, nationaux et internationaux du colloque sur le droit de la concurrence organisé à l'Université de la Polynésie française les 21 et 22 novembre 2017 mais aussi celles du groupe d'experts nationaux ayant travaillé sur le rapport pour une réforme du droit de la concurrence du mois de janvier 2018* ».

Conclusion : des sanctions modérées, mais des injonctions importantes

Les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité dans cette affaire sont modérées. Tout d'abord, l'Autorité rappelle que les infractions à la législation sur l'interdiction des accords exclusifs « *ne revêtent pas le même caractère de gravité que les infractions au droit commun de la concurrence, ententes et abus de position dominante* » (point 123), conformément à ce qu'elle avait déjà indiqué dans une précédente décision¹⁵. Même si l'on comprend la teneur du propos, au sens où des clauses d'exclusivité constituent effectivement des pratiques moins abouties et moins susceptibles d'emporter des effets importants que des abus de position dominante ou des cartels, rappelons qu'il reste cependant possible, conformément à ce qui a été expliqué plus haut, de les sanctionner le cas échéant dans le cadre du droit commun de la concurrence, au titre des ententes verticales.

Ensuite, les entreprises en cause ont des chiffres d'affaires pour le moins modestes. CTC réalise en 2016 un chiffre d'affaires de 230 000 euros, « *dont la vente des produits Senti Tech aux Antilles et en Guyane représente la majeure partie* » (point 25), tandis que la société Emeraude réalise pour sa part, cette même année, un chiffre d'affaires global de 836 000 euros, « *dont la vente de produits Senti Tech représente moins d'un tiers* » (point 22), soit environ 250 000 euros. Le marché dont il est question ici est ainsi pour le moins réduit.

¹⁴ Canivet G. et Jenny F. (dir.), 2018, *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Rapport du Club des Juristes, Commission *ad hoc*, Janvier.

¹⁵ Décision n° 16-D-15, *op. cit.*, point 46.

Ces faibles chiffres d'affaires conduisent l'Autorité à s'éloigner de l'application de la méthode définie dans le communiqué sanctions¹⁶ et à prononcer des sanctions également faibles aux importateurs-grossistes dans le cadre de ces exclusivités d'importation, soit 5 000 euros chacune¹⁷. Le fabricant se voit pour sa part infliger une amende plus élevée de 60 000 euros. On notera cependant qu'aucune information concernant les chiffres d'affaires des sociétés Dow Agrosiences ne filtre dans la décision de l'Autorité, alors même que la faiblesse des chiffres d'affaires des importateurs ultramarins est soulignée à plusieurs reprises et qu'il est à l'inverse évoqué que les produits sont ceux d'un « *groupe de dimension internationale* », ce qui crée une « *grande disparité des entreprises impliquées* » (point 120 pour les deux citations).

Tous les éléments d'appréciation de la rationalité du calcul des amendes n'apparaissent donc pas nécessairement dans la décision et il est difficile de se départir d'une légère impression d'approximation, que vient corroborer le point 122 de la décision, qui indique que « *eu égard à l'effet correctif important sur le marché qu'auront les injonctions relatives à la suppression des clauses d'exclusivité, la fixation forfaitaire du montant des sanctions ne présente pas d'inconvénient sur le plan de la dissuasion* ».

Car c'est bien sur cet aspect des injonctions que la décision met l'accent. En sus des sanctions pécuniaires modestes, l'Autorité enjoint en effet aux entreprises, sous deux mois, de supprimer toute forme d'exclusivité dans les contrats d'approvisionnement (point 135). Sous ce même délai, les entreprises devront également informer l'ensemble de leurs clients de ces modifications contractuelles (point 136). A ces deux premières injonctions de cessation des pratiques et d'information, d'une certaine façon assez attendues, s'en ajoute une troisième plus surprenante. L'Autorité précise en effet que « *afin de laisser les marchés locaux s'adapter à ces changements* », il y a également lieu d'enjoindre « *de s'abstenir, pendant deux ans [...] d'insérer [...] toute disposition instaurant une exclusivité d'importation [...] laquelle serait, compte tenu des circonstances de droit et de fait constatées dans la présente affaire, insusceptible de satisfaire aux conditions d'exemption requises par le III. de l'article L. 420-4 du code de commerce* » (point 137). Ainsi, durant les deux années à venir, les entreprises en cause se verront privées du droit de faire valoir des arguments d'exemption à d'éventuels droits exclusifs. Il semble que cette dernière injonction constitue une forme de régulation *ex-ante* des comportements qui éloigne de l'usage traditionnel du droit des pratiques anticoncurrentielles et qui s'inscrit dans un esprit réglementaire plus large, effectivement porté par la loi Lurel¹⁸.

¹⁶ Communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Voir les points 118 et suivants de la décision.

¹⁷ Dans le cas de la société Emeraude, s'ajoute une amende complémentaire, de 5 000 euros également, pour l'abus de position dominante qui lui est reproché mais dont le dommage est lui aussi modéré (point 131).

¹⁸ Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *op. cit.*