

# Étude thématique





# Étude thématique : concurrence et distribution

<b>Introduction</b>	57
Un secteur économique structurant	57
L'investissement de l'Autorité	60
<b>Les barrières à l'implantation de nouveaux établissements</b>	63
<b>Les barrières réglementaires</b>	63
Les barrières réglementaires liées à la législation sur l'urbanisme commercial	63
Les barrières réglementaires dans les départements d'outre-mer	69
<b>Des barrières non réglementaires liées à certaines pratiques de gestion du foncier commercial</b>	71
Le diagnostic général	71
Les recommandations	74
<b>Organisation des acteurs de la distribution et pouvoir de marché</b>	74
<b>Analyse des relations au sein des réseaux de distribution</b>	75
Gestion du foncier commercial	77
Étanchéité des réseaux de distribution	78
Les propositions formulées par l'Autorité	82
<b>Le contrôle des concentrations</b>	84
La question des seuils de contrôlabilité	85
La question du niveau d'indépendance des magasins dans le cadre du contrôle	91
Les délimitations des marchés pertinents et l'importance des parts de marché dans l'analyse concurrentielle	96

<b>Relations fournisseurs – distributeurs</b>	101
<b>La puissance d'achat des distributeurs</b>	101
Les sources de la puissance d'achat	103
Les effets de la puissance d'achat sont souvent positifs pour les consommateurs	105
Les constats de pratiques anticoncurrentielles fondées sur la puissance d'achat demeurent relativement rares	110
Les effets ambigus de la puissance d'achat sur les producteurs et sur l'amont	112
Les effets ambigus de la puissance d'achat sur la concurrence entre distributeurs	119
<b>Distribution exclusive et sélective</b>	121
La distribution exclusive	124
La distribution sélective	127
Commerce en ligne et réseau de distribution sélective ou exclusive	128
<b>Le management catégoriel : analyse d'une nouvelle pratique</b>	133
Une pratique nouvelle et relativement peu formalisée	134
Les risques identifiés	134
La mise en place d'une grille d'analyse	136
<b>Conclusion</b>	137

# Étude thématique : concurrence et distribution

## Introduction

La distribution peut se définir comme la « *fonction économique consistant à assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation* »<sup>1</sup>. Elle est l'une des incarnations de la notion économique de « marché », lieu de rencontre de l'offre et de la demande. Ainsi, le principe fondamental de la liberté d'entreprendre doit y prévaloir. Mais cette liberté s'exerce dans les limites posées par la loi. Dans ce contexte, la distribution entre dans le champ d'application du droit de la concurrence, lequel a pour mission de veiller à l'égalité des conditions d'accès aux marchés des entreprises tout en contribuant à protéger les intérêts des consommateurs et à satisfaire ainsi l'équilibre économique général. Les entreprises opérant dans ce secteur ont donc toute latitude d'organiser comme elles l'entendent leur réseau, leur stratégie, leurs contrats, pour autant qu'elles ne portent ce faisant atteinte à la concurrence. L'Autorité de la concurrence, qui est compétente pour y veiller comme en tout autre secteur, a fait de celui-ci une priorité compte tenu de son importance pour l'économie et de son incidence sur le bien-être et le pouvoir d'achat des Français. Elle s'est penchée au cours des trois dernières années sur de très nombreux aspects du fonctionnement concurrentiel, que ce soit en examinant au cas par cas des dossiers individuels (de concentration ou de pratique anticoncurrentielle alléguée) ou en effectuant un travail plus général de veille et, en tant que de besoin, d'alerte et de recommandation, travail qui ne se substitue en aucun cas au contentieux au cas par cas, mais permet de le replacer dans une perspective plus générale d'explication et d'expertise au bénéfice des acteurs eux-mêmes et des autres intéressés.

## *Un secteur économique structurant*

La distribution, qui fait le lien entre les activités économiques menées en amont et en aval, joue un rôle déterminant pour permettre aux producteurs d'accéder au marché aval, grâce aux distributeurs qui sont en relation directe avec les consommateurs. Le secteur de la distribution exerce une influence majeure sur la qualité de vie des citoyens car il conditionne l'accès à un large choix de biens, parmi lesquels

1. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

des produits de première nécessité. En amont, les distributeurs interagissent avec une grande variété d'acteurs, notamment des fournisseurs, mais également des entreprises de transport, des sociétés de logistique ou encore des fournisseurs d'énergie ou des collecteurs de déchets.

Toute mesure impactant le fonctionnement de ce secteur transversal a ainsi une incidence sur d'autres activités économiques et leurs acteurs respectifs. Les réponses apportées à un problème identifié doivent donc prendre en compte l'influence qu'elles auront également tout au long de la chaîne économique.

Les évolutions qu'a connu ces dernières décennies le secteur de la distribution, avec notamment l'émergence de la grande distribution et des magasins de *discount*, ont offert aux consommateurs un choix plus large mais ont surtout participé activement à la lutte contre les hausses de prix, y compris en période de crise. Les consommateurs ont ainsi pu disposer d'une part plus importante de leur revenu pour la consommation d'un éventail plus large de biens et de services, ce qui a stimulé en retour l'innovation et la croissance de l'économie.

Par ailleurs, la combinaison de la concentration et de l'intégration verticale a donné à certains distributeurs une puissance d'achat qui leur permet de négocier des conditions d'achat avantageuses. Ce pouvoir de négociation a induit une restructuration des activités des fournisseurs, lesquels cherchent une flexibilité et un pouvoir de négociation équivalents dans leurs chaînes d'approvisionnement respectives pour répondre aux exigences des distributeurs.

Même si elles ont contribué à l'augmentation de la concurrence, de la pression sur les marges et de la compétitivité de la chaîne économique, ces évolutions n'ont pas été sans effets sur les petits magasins indépendants, les producteurs de matières premières agricoles, les PME industrielles ou encore certaines catégories de consommateurs. Le secteur de la distribution, enjeu central des économies libérales, cristallise ainsi beaucoup d'attentes tant de la part des pouvoirs publics que des acteurs de la chaîne économique.

Un exemple en a été donné ces dernières années dans les importantes fluctuations de prix qu'a connues le secteur agro-alimentaire. Entre 2007 et 2008, les prix de plusieurs produits agricoles se sont ainsi fortement accrus, ce qui a entraîné une augmentation des prix des denrées alimentaires pour les consommateurs. Une nouvelle évolution en ce sens s'amorce depuis l'automne 2010. De nombreuses questions sont ainsi posées quant au fonctionnement de la chaîne agro-alimentaire.

Ces interrogations ne sont pas nouvelles. Elles ont fait l'objet de plusieurs rapports, dont le celui remis par Guy Canivet en octobre 2004, intitulé *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*<sup>2</sup>, le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française du 23 janvier 2008, rédigé sous la présidence de M. Jacques Attali<sup>3</sup>

2. G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », octobre 2004.

3. J. Attali, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », janvier 2008.

ou encore le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente remis par M<sup>me</sup> Marie-Dominique Hagelsteen le 12 février 2008<sup>4</sup>. Les parlementaires sont également particulièrement actifs dans ce domaine, comme l'ont montré les débats ayant précédé l'adoption de la loi de modernisation de l'économie. Cette attention portée au secteur de la distribution n'est pas propre à la France. Ce secteur a fait l'objet d'enquêtes sectorielles dans de nombreux États membres de l'Union européenne comme le Royaume-Uni, les Pays-Bas, les pays nordiques, l'Irlande, l'Espagne, le Portugal ou la Roumanie. En Allemagne, le Bundeskartellamt vient d'annoncer le lancement d'une enquête sectorielle qui visera à examiner les conditions de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement dans le secteur des produits alimentaires.

Au niveau de l'Union européenne, les questions liées à la distribution sont aussi particulièrement débattues. Ainsi, le Parlement européen s'est-il déclaré sur « *la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation* » (déclaration du 19 février 2008<sup>5</sup>). L'adoption de cette déclaration a recueilli la signature de plus de 430 parlementaires. Ce document témoigne d'une certaine méfiance vis-à-vis des « *grands supermarchés* » et de leurs « *supercentrales européennes* », accusés d'abuser de leur position dominante en portant atteinte tout à la fois aux fournisseurs, à l'emploi et à l'environnement, entraînant, en outre, « *une diminution de la palette de produits proposés [...] un appauvrissement du patrimoine culturel représenté et [...] une diminution du nombre de points de vente* ».

La Commission européenne, quant à elle, a publié le 9 décembre 2008 une communication sur les « *prix des denrées alimentaires en Europe* ». Cette communication, adoptée dans le contexte de la hausse des prix des denrées alimentaires, porte sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Dans ce document, la Commission a constaté un phénomène de consolidation concernant aussi bien les fournisseurs que les distributeurs. Elle a observé que ce mouvement de concentration pouvait conduire à des gains d'efficacité grâce à des économies d'envergure et d'échelle, notamment par le biais de la baisse des coûts logistiques, ce qui peut entraîner des pressions à la baisse sur les prix. Elle a néanmoins relevé un certain nombre de pratiques susceptibles de poser des problèmes de concurrence, comme les accords d'achats en commun, les prix de ventes imposés, mais également la commercialisation de produits sous marque de distributeurs, les ventes liées ou les accords d'approvisionnement. La communication de la Commission a ainsi dressé un bilan nuancé, s'agissant notamment de la question des centrales d'achat, qui peuvent avoir des effets positifs ou négatifs pour la concurrence selon les circonstances et nécessitent donc une analyse au cas par cas.

La Commission européenne a également adopté le 5 juillet 2010 un rapport intitulé *Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la*

4. M.-D. Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », février 2008.

5. Publié au JOUE du 6 août 2009, 2009/C 184 E/04.

*distribution à l'horizon 2020*. Le rapport et le document de travail des services de la Commission qui l'accompagne fournissent une analyse factuelle du secteur visant à identifier les éventuels dysfonctionnements de ce marché. Dans ces documents, la Commission analyse le fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement, des fournisseurs aux consommateurs, identifiant une série de problèmes susceptibles de nuire au fonctionnement concurrentiel du secteur de la distribution, comme la complexité des règles sur l'urbanisme commercial. La Commission a aussi fait le constat d'un manque de règles ou de mise en œuvre efficace des règles régissant les pratiques commerciales déloyales et les relations contractuelles entre les différents acteurs.

Enfin, la Commission a adopté récemment le règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées<sup>6</sup>, en application duquel il faut désormais tenir compte, dans l'examen des accords verticaux, non seulement de la part de marché du fournisseur, comme c'était le cas sous l'empire du précédent règlement (CE) n° 2790/99, mais également de la puissance d'achat des distributeurs.

### ***L'investissement de l'Autorité***

Les interactions, parfois conflictuelles, de la distribution avec les opérateurs présents aux divers stades du processus de production peuvent ainsi induire des comportements susceptibles d'être appréhendés par le droit de la concurrence. L'activité du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence, en matière consultative comme en matière contentieuse, reflète la diversité et l'abondance de ces problématiques concurrentielles.

Les relations de distribution peuvent, d'abord, conduire certaines entreprises à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, d'entente ou d'abus de position dominante. Ainsi, certains producteurs ou certains distributeurs peuvent s'entendre horizontalement – avec un ou plusieurs de leurs concurrents – sur les prix qu'ils pratiquent ou sur la répartition de certains marchés géographiques ou de certains clients. Des opérateurs, figurant à des niveaux différents du processus de production, peuvent aussi s'entendre verticalement, afin de s'abstraire du jeu de la concurrence. Enfin, des opérateurs en situation de position dominante peuvent, par certaines de leurs actions, abuser de cette position pour s'affranchir du jeu concurrentiel. Certaines de ces pratiques peuvent néanmoins s'avérer justifiées, au cas par cas, par des gains d'efficacité dont une partie équitable est retransmise aux consommateurs.

Outre l'examen des pratiques individuelles des opérateurs, l'Autorité a pour attribution d'appréhender des questions structurelles, notamment dans le cadre du contrôle des concentrations, les opérations de croissance externe des entreprises cherchant parfois à accroître ainsi leur pouvoir de marché.

6. JOUE n° L 102, 23 avril 2010.



Si ces problématiques et d'autres, comme l'incidence des réglementations applicables ou la montée en puissance du commerce en ligne, valent quel que soit le secteur économique concerné, elles se posent avec une acuité particulière dans le cas du commerce et de la distribution alimentaire, dont la dynamique concurrentielle est aujourd'hui fragile à certains égards.

En France, les barrières à l'entrée, notamment réglementaires, sont peut-être plus importantes que dans le reste de l'Union européenne. L'existence d'une réglementation telle que par exemple la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite « loi Galland », qui visait à rendre effective l'interdiction de la revente à perte en imposant une définition du seuil de revente à perte, a eu, en pratique, pour effet de faciliter le déplacement des négociations commerciales du prix unitaire facturé vers les réductions de prix hors factures et les accords de coopération commerciale, c'est-à-dire en faveur de l'augmentation des « marges arrière ». La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a montré que la loi Galland avait pu constituer le terreau de pratiques d'ententes et d'abus de position dominante.

Une autre particularité du secteur de la distribution en France est sa forte concentration. L'Autorité a ainsi relevé dans un récent avis sur les contrats d'affiliation<sup>7</sup> qu'en 2008, les grandes surfaces d'alimentation générale (hypermarchés, supermarchés et magasins de *hard discount*) fournissaient plus des deux tiers du marché des produits alimentaires, l'alimentation spécialisée et l'artisanat commercial (boulangeries, boucheries, charcuteries) environ un sixième, les petites surfaces d'alimentation générale et les magasins de produits surgelés ne représentant que moins d'un dixième du marché. Les grandes surfaces d'alimentation générale se partagent en deux formats principaux : les supermarchés représentaient 41 % du chiffre d'affaires du secteur et les hypermarchés 56 %. Au premier semestre 2009, les six principaux groupes de distribution à dominante alimentaire, tous d'origine française (Auchan, Carrefour, Casino, E. Leclerc, ITM Entreprises et Système U), détenaient près de 85 % de parts de marché.

Au niveau des zones de chalandise, une même configuration semble exister, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité, comme le montrent les données récoltées durant l'enquête sectorielle menée par l'Autorité dans le cadre de l'avis précité. Ainsi, s'agissant des hypermarchés, au moins 40 % des zones de chalandise où étaient présents les distributeurs ayant répondu à l'enquête peuvent être considérées comme concentrées. S'agissant du commerce de proximité, la concentration y est élevée dans plus de 85 % des communes échantillonnées et 65 % des communes de plus de 100 000 habitants. Le cas de Paris est particulièrement révélateur à cet égard puisqu'un opérateur (le groupe Casino) y détient, soit par le biais de magasins intégrés, soit par le biais de magasins affiliés, plus de 60 % des surfaces de vente, son suiveur immédiat en détenant moins de 20 % (le groupe Carrefour).

7. Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010.

Avant sa transformation en Autorité, le Conseil de la concurrence avait consacré de nombreuses ressources au secteur de la distribution. Il avait ainsi publié plusieurs avis notables comme l'avis 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution, l'avis 00-A-02 du 4 février 2000 relatif à une demande d'avis sur un projet de réforme de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, l'avis 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée ou encore l'avis 07-A-12 concernant la législation relative à l'équipement commercial.

Le secteur de la distribution figure également au premier rang des priorités de la politique de concurrence de l'Autorité. En effet, c'est compte tenu du caractère prioritaire de ce secteur que l'Autorité a mis en œuvre, dès le premier semestre 2010, son nouveau pouvoir d'intervenir de sa propre initiative en matière consultative. Ainsi, le 25 février 2010, elle a décidé de procéder à une enquête sectorielle concernant les contrats d'affiliation des magasins indépendants et les modalités de gestion du foncier commercial. Le 19 mars 2010, elle a également lancé une enquête sectorielle concernant les contrats de « management par catégorie » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs. Ces deux enquêtes ont débouché sur deux avis rendus le 7 décembre 2010<sup>8</sup>. Ces avis s'inscrivent dans la continuité des analyses antérieures de l'institution.

Par son rôle consultatif, l'Autorité peut s'exprimer sur toute question de concurrence et, le cas échéant, faire des propositions dans ses avis. À la différence d'une décision contentieuse, ces avis, visant à fournir des grilles d'analyse et nourrir la réflexion, ne comportent pas de qualification juridique ni ne mettent en cause des pratiques qui pourraient être individuellement reprochées à tel ou tel acteur. Ils s'appuient simplement sur des premières analyses, fouillées mais nécessairement moins individualisées que celles qui seraient effectuées dans le cadre d'affaires individuelles, pour en tirer des enseignements sur le fonctionnement d'un secteur, sur les enjeux concurrentiels d'un type de pratique donné, etc. Ces enseignements, non contraignants pour les intéressés, peuvent néanmoins les éclairer, les guider et, dans certains cas, les faire réfléchir à l'opportunité de faire évoluer leur comportement s'ils l'estiment approprié. Ils peuvent aussi, en particulier lorsqu'ils sont assortis de recommandations, inspirer des réflexions, voire des réformes, aux pouvoirs publics.

Au cours de la période récente, l'Autorité a ainsi pleinement utilisé ses fonctions de recommandation aux pouvoirs publics et d'étude sectorielle. Son expérience en la matière rejoint les conclusions de la Commission européenne relatives à l'urbanisme commercial et à l'interdiction de la revente à perte, et les complète sur d'autres questions, comme celle du commerce en ligne. L'avis qu'elle a rendu sur les relations contractuelles entre groupes de distribution et magasins affiliés devrait contribuer à affiner l'analyse de la concurrence au niveau local et de la gestion du foncier commercial.

---

8. Avis 10-A-25 et 10-A-26 du 7 décembre 2010.

La présente étude a pour objet de dresser un bilan concurrentiel du secteur à travers les principales problématiques rencontrées par le Conseil puis par l'Autorité au cours des dernières années.

Dans sa première partie, elle présente les facteurs, liés tant à l'environnement qu'aux pratiques des différents acteurs, qui peuvent entraver l'implantation de nouveaux établissements. Dans sa deuxième partie, elle s'intéresse à la façon dont les opérateurs du secteur structurent leurs organisations, tant du point de vue interne que par le biais d'acquisitions, éventuellement susceptibles d'être examinées sous l'angle de l'outil spécifique du contrôle des concentrations. Dans une dernière partie, elle aborde les principales problématiques verticales du secteur.

## Les barrières à l'implantation de nouveaux établissements

En France, la croissance rapide de la grande distribution dès les années 1960 a suscité des craintes relatives à l'affaiblissement du petit commerce. Le législateur a cherché, par le contrôle du développement des grandes surfaces alimentaires, à concilier les objectifs de protection du petit commerce et de promotion d'une offre variée et de prix aussi concurrentiels que possible pour les consommateurs. Il a ainsi introduit des dispositions visant à réguler les implantations commerciales. Toutefois, cet environnement réglementaire, qui renforce la difficulté intrinsèque de trouver des emplacements adaptés à l'implantation d'une grande surface, tend parfois à freiner le libre jeu de la concurrence, au détriment des consommateurs.

A ces barrières à l'entrée de source réglementaire semblent s'en ajouter d'autres, qui sont dues à certaines pratiques de gestion du foncier commercial par les opérateurs eux-mêmes. Ainsi, sur l'ensemble du territoire français, de nombreuses contraintes limitent les possibilités d'implantation de nouveaux établissements.

### Les barrières réglementaires

#### *Les barrières réglementaires liées à la législation sur l'urbanisme commercial*

Le foncier commercial destiné à accueillir un commerce alimentaire ou à dominante alimentaire doit répondre à des critères en termes de surface (par exemple, en périphérie, le foncier nécessaire à l'implantation d'une surface est quatre à six fois plus important que la surface de vente), de localisation (de façon à être facilement accessible, situé à proximité des principaux bassins de vie et des axes de circulation), d'agencement (par exemple, pour le commerce de proximité, il est préférable que les locaux soient de plain-pied), et enfin de conformité au regard des plans locaux d'urbanisme, des schémas de cohérence territoriale et des plans d'occupation des sols.

Dès lors, les terrains ou immeubles permettant l'implantation d'une surface commerciale suffisamment étendue pour être attractive sont rares.

Le 12 décembre 2006, la Commission européenne adressait à la France un avis motivé dans lequel elle mettait en cause la législation relative à l'urbanisme commercial. La Commission estimait que certains aspects de la législation française étaient contraires aux principes de liberté d'établissement et de prestation de services, ainsi qu'à la directive n° 2006/123/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive Services ».

Dans ce contexte, le gouvernement a mis en place une Commission de modernisation de l'équipement commercial, chargée de proposer une réforme de la législation. Cette commission a fait une liste de propositions, sur lesquelles le gouvernement a souhaité obtenir l'avis du Conseil de la concurrence.

Ainsi, dans l'avis 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation sur l'équipement commercial, le Conseil a examiné l'impact sur la concurrence des dispositions qui étaient alors en vigueur. Au vu d'un bilan concurrentiel qui s'est avéré négatif, il a formulé au gouvernement plusieurs propositions ayant induit certaines modifications législatives.

## **Le cadre législatif de l'urbanisme commercial**

À la date de la saisine du Conseil, la législation sur l'équipement commercial consistait en un régime d'autorisation préalable des ouvertures et extensions de surfaces commerciales. Ce régime d'autorisation résultait de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « loi Royer ».

La loi Royer avait pour objectif d'encadrer le développement de la grande distribution, en vue d'assurer un développement équilibré des différentes formes de commerce et, en particulier, de préserver les petits commerces de proximité en centre-ville. À cette fin, elle avait défini quatre orientations :

- l'affirmation de la liberté d'entreprendre dans le cadre d'une concurrence saine et loyale;
- la récapitulation des objectifs caractéristiques du commerce (animation de la vie sociale, contribution à la compétitivité de l'économie nationale et à la qualité de vie);
- l'interdiction de l'écrasement de la petite entreprise et du gaspillage des équipements commerciaux;
- la préservation des activités commerciales en centre-ville et dans les zones rurales.

En vue d'atteindre ces objectifs, la loi avait transformé la procédure d'examen préalable à la délivrance du permis de construire, instaurée par la loi n° 69-1263 du 31 décembre 1969 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, pour les commerces de plus de 3 000 m<sup>2</sup>, en procédure d'autorisation d'ordre économique, distincte du droit de l'urbanisme.

Initialement, la loi Royer exigeait une autorisation pour toute création ou extension de plus de 200 m<sup>2</sup> de commerces de plus de 1 000 m<sup>2</sup> dans les communes de

moins de 40 000 habitants et de plus de 1 500 m<sup>2</sup> dans les communes de plus de 40 000 habitants. Les autorisations étaient délivrées par des commissions départementales d'urbanisme commercial. Ces commissions statuaient essentiellement au regard du principe d'interdiction de l'écrasement de la petite entreprise, la mise en œuvre des trois autres orientations étant, dans les faits, passée au second plan. Par la suite, la loi Royer avait été modifiée par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, dite «loi Raffarin». Cette dernière avait abaissé le seuil d'autorisation de 1 000 à 300 m<sup>2</sup> et avait transformé les commissions départementales d'urbanisme commercial en commissions départementales d'équipement commercial.

La loi Royer avait également été amendée par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite «loi Sapin», et la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite «loi SRU». Ces lois avaient élargi le champ d'application de la loi Royer aux hôtels et équipements cinématographiques, institué une instance d'appel au niveau national et introduit de nouveaux critères à prendre en considération, de nature économique, environnementale, urbanistique ou encore tenant à la politique des transports.

L'application de la législation relative à l'équipement commercial pouvait ainsi paraître contestable en raison de son bilan concurrentiel négatif.

### Un bilan concurrentiel négatif

Dans son avis 07-A-12, le Conseil a dressé le bilan de la législation relative à l'urbanisme commercial.

Il a d'abord relevé que le régime d'autorisation préalable des ouvertures et extensions de surfaces commerciales n'avait qu'imparfaitement atteint son objectif principal de maintien d'un équilibre entre les différentes formes de commerce. Ce succès mitigé devait être mis en balance avec les effets sur la concurrence du régime d'autorisation préalable.

En effet, en instaurant une autorisation spécifique pour les surfaces de plus de 1 000 m<sup>2</sup>, la loi Royer avait institué une barrière réglementaire à l'entrée sur le marché et en durcissant les conditions d'obtention de cette autorisation, la loi Raffarin avait renforcé cette barrière.

À cet égard, la France était dans une situation extrême par rapport aux autres États pour lesquels des données étaient disponibles, ainsi que l'avait constaté l'OCDE<sup>9</sup>. En effet, dans l'ensemble des États étudiés, le secteur de la distribution se caractérisait par ses nombreuses barrières à l'entrée relatives, notamment, à la disponibilité et au prix du foncier. Mais, en France, l'obligation d'obtenir une autorisation administrative préalable, en fonction d'autres critères que ceux relevant de l'économie de l'installation envisagée, constituait un obstacle supplémentaire.

9. V. O. Boylaud et G. Nicoletti, «La réforme de la réglementation dans le commerce de détail», *Revue Economique de l'OCDE*, n° 32, 2001, pp. 282-305.

De plus, cette barrière pesait sur les opérateurs de façon inégale en raison, d'une part, de l'existence d'un seuil et, d'autre part, d'un biais constaté dans l'attribution des autorisations en faveur des projets d'extension. Ainsi, le seuil exprimé en mètres carrés incitait les opérateurs à privilégier les petits formats, quand de plus grands formats auraient pu être plus efficaces. Tel a notamment été le cas s'agissant des ouvertures de maxi-discomptes. De plus, les commissions départementales d'équipement commercial étaient davantage disposées à accorder des autorisations d'extension que des autorisations d'ouverture, ce qui a favorisé les opérateurs en place.

Le régime d'autorisation préalable a donc engendré des distorsions de concurrence et modifié les incitations des opérateurs dans un sens qui n'était pas toujours celui recherché ni même anticipé par le législateur.

Cette barrière à l'entrée était plus importante encore pour les opérateurs étrangers car, pour ces derniers, la constitution du dossier de demande d'autorisation était complexe et la probabilité de se voir accorder une autorisation plus faible.

*In fine*, le régime d'autorisation préalable a eu des effets distorsifs sur le nombre d'opérateurs et sur les choix de ces derniers en matière d'investissement, de localisation, de mode de développement et, en définitive, sur la structure concurrentielle du marché. En particulier, il a limité les possibilités de croissance interne et, ce faisant, incité les opérateurs à se développer par croissance externe, favorisant alors la concentration du secteur et contribuant à renforcer la position des distributeurs en place dans leurs relations avec les fournisseurs.

Cette concentration du secteur et la consolidation de la puissance financière des principaux groupes de distribution qui en a résulté ont, en retour, pu contribuer à renforcer les barrières à l'entrée sur le marché pour les plus petits opérateurs et pour les nouveaux entrants. En effet, certains groupes ont pu acquérir la maîtrise foncière des zones éligibles à l'implantation d'équipements commerciaux, ce qui a abouti à faire obstacle à l'implantation de concurrents potentiels.

Au niveau local, la concentration du secteur s'est manifestée par l'existence de zones dans lesquelles seules une ou deux enseignes d'hypermarchés étaient présentes. La prise en compte des conditions d'exercice de la concurrence parmi les objectifs poursuivis par la législation sur l'équipement commercial n'a donc pas permis d'éviter l'apparition de zones dans lesquelles l'intensité de la concurrence est insuffisante.

Cette pénurie de concurrence a pu avoir un effet négatif sur les prix et sur l'emploi, en engendrant des hausses tarifaires défavorables aux consommateurs et en pénalisant les créations d'emplois.

En définitive, le régime d'autorisation préalable avait créé et renforcé des barrières à l'entrée sur le marché. Dès lors, le bilan en demi-teinte, s'agissant de l'objectif principal d'équilibre entre les différentes formes de commerce, et négatif, s'agissant de la concurrence, militait en faveur d'une réforme en profondeur.

## Les propositions formulées par le Conseil

Le Conseil a estimé que le régime d'autorisation administrative préalable s'était avéré insuffisant pour freiner le déclin du petit commerce, la dévitalisation des centres-villes et la désertification des zones rurales, lesquels avaient d'autres causes que le développement incontrôlé des grandes surfaces et pouvaient être résolu autrement, notamment grâce à l'attribution d'aides directes, par exemple, dans le cadre d'une politique d'aménagement du territoire.

En outre, l'exemple des autres États européens montrait qu'il était possible de ne soumettre l'implantation des surfaces commerciales qu'à une seule autorisation, sur la base de documents d'urbanisme, sans pour autant renoncer aux objectifs poursuivis par la législation française.

Aussi, à titre principal, le Conseil a recommandé, d'une part, de supprimer le dispositif de consultation des commissions départementales d'équipement commercial et, d'autre part, de réduire l'examen des projets d'installation et d'extension de surfaces commerciales à la seule instruction du permis de construire au regard du droit commun de l'urbanisme et des documents d'urbanisme de portée générale.

Néanmoins, une telle suppression présentait des risques, compte tenu du poids du passé et des caractéristiques propres à la grande distribution. En particulier, la présence d'opérateurs disposant d'une puissance financière importante et l'existence de positions dominantes locales pouvaient priver les consommateurs d'une partie des bénéfices attendus d'une telle réforme.

Le Conseil a donc préconisé d'accompagner la suppression du régime d'autorisation préalable par des mesures de nature à assurer un meilleur contrôle des risques liés à la constitution de positions dominantes. Il a ainsi recommandé d'abaisser les seuils du contrôle des concentrations pour tenir compte des intérêts des consommateurs et des enjeux de concurrence sur les zones de chalandise, spécifiques au secteur de la distribution. Il a également appelé de ses vœux la mise en place d'un dispositif permettant d'imposer des remèdes structurels, pour remettre en cause, en cas d'abus, les positions dominantes acquises, lorsque les seuls remèdes comportementaux se révéleraient insuffisamment efficaces.

Toutefois, dans l'hypothèse où le législateur opterait plutôt pour un aménagement de la législation, le Conseil a proposé des améliorations de nature à réduire les atteintes à la concurrence. À tout le moins, il a donc préconisé de :

- rehausser les seuils d'autorisation, en rétablissant, *a minima*, le niveau antérieur à celui de la loi Raffarin ;
- supprimer les critères de nature économique en ce que ces critères tendaient à se substituer au marché en formulant des anticipations sur l'évolution de la demande et en portant un jugement sur la capacité d'un projet à satisfaire cette demande ;
- revoir la composition des commissions départementales d'équipement commercial ;
- abaisser le seuil d'examen des concentrations dans le commerce de détail, afin de mieux prévenir la constitution ou le renforcement de positions dominantes locales et de contrôler l'incidence des changements d'enseigne.



Ces recommandations ont été confortées par les propositions de la Commission pour la libération de la croissance, présidée par M. Jacques Attali, qui a remis son rapport au président de la République en janvier 2008. Dès le 1<sup>er</sup> février 2008, le Premier ministre et le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi ont annoncé le dépôt d'un projet de loi de modernisation de l'économie destiné à stimuler la croissance, le pouvoir d'achat et l'emploi, grâce à un ensemble de mesures concernant, notamment, l'équipement commercial. Ces annonces ont été concrétisées dans le projet de loi de modernisation de l'économie déposé aux assemblées dans les semaines qui ont suivi.

S'agissant de la modification de la législation sur l'urbanisme commercial, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite « LME », a finalement repris la seconde série de préconisations du Conseil de la concurrence<sup>10</sup>.

Elle a ainsi :

- relevé le seuil d'autorisation de 300 à 1 000 m<sup>2</sup> ;
- supprimé les critères de nature économique, les commissions départementales devant se prononcer sur les effets du projet en matière d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs ;
- transformé les commissions départementales d'équipement commercial et la commission nationale d'équipement commercial, respectivement, en commission départementale d'aménagement commercial et en commission nationale d'aménagement commercial, et modifié leur composition.

S'agissant plus spécifiquement du droit de la concurrence, la LME a abaissé les seuils de notification des opérations de concentration dans le secteur de la distribution, offrant ainsi à l'Autorité la possibilité d'assurer un contrôle plus vigilant<sup>11</sup>.

Parallèlement, elle a fourni à l'Autorité un outil lui permettant de traiter les abus rendus possibles en raison de positions dominantes acquises par le passé, que ce soit par le biais d'une concentration ou d'une ouverture d'enseigne<sup>12</sup>. Cet outil autorise l'Autorité à imposer des injonctions structurelles quand les autres outils disponibles ont échoué à assurer le rétablissement de l'ordre concurrentiel.

Toutefois, la LME ne devait être qu'une étape de la réforme de la législation sur l'équipement commercial. En effet, le Premier ministre a confié à M. Jean-Paul Charié, qui était rapporteur de la LME, la préparation d'une réforme de plus grande ampleur. Dans son rapport présenté le 2 janvier 2009, M. Charié préconisait l'abrogation des dispositions légales encadrant l'implantation des grandes surfaces de vente<sup>13</sup>.

À l'initiative de M. Charié, la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale a, depuis lors, engagé une réflexion en vue d'une intégration du droit de

10. Art. 102 de la LME. Voir art. L. 750-1 et s. du Code de commerce.

11. Art. L. 430-2 II du Code de commerce. Voir partie « Le contrôle des concentrations » de cette étude.

12. Art. L. 752-26 du Code de commerce.

13. J.-P. Charié, député, *Pas de cité réussie sans commerce, pas de vitalité sans intérêt général – Avec le commerce, mieux vivre ensemble*, Paris, La Documentation française, 2009.



l'urbanisme commercial dans le droit commun et d'une suppression du pouvoir d'avis conforme des commissions départementales d'aménagement commercial<sup>14</sup>. Ainsi, en juin 2010, une proposition de loi de MM. Ollier et Piron a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et transmise au Sénat<sup>15</sup>. Le principe directeur de cette proposition de loi, qui se concentre essentiellement sur certaines zones du centre-ville, est d'intégrer l'urbanisme commercial au droit commun de l'urbanisme. Si cette proposition était adoptée, une seule autorisation serait nécessaire : le permis de construire.

### *Les barrières réglementaires dans les départements d'outre-mer*

Le cas particulier des départements d'outre-mer (DOM) mérite une analyse spécifique. En effet, l'isolement et l'exiguïté de ces marchés ne suffisent pas à eux seuls à expliquer les fortes différences de prix constatées par rapport à la métropole et, là encore, le contexte réglementaire local joue un rôle défavorable pour la concurrence. Si des objectifs tels que l'aménagement du territoire ou le développement local peuvent appeler des réponses adaptées au moyen d'outils *ad hoc*, une réglementation trop intrusive, aux effets mal anticipés, pourrait s'avérer parfois contre-productive. La meilleure forme de régulation de la distribution, en métropole comme outre-mer, est celle qui permet de fluidifier le jeu concurrentiel, afin de stimuler la compétitivité des entreprises.

L'Autorité de la concurrence, dont la création a coïncidé avec la crise de 2009 dans les départements d'outre-mer (ci-après « DOM »), a fait de la question du pouvoir d'achat dans les DOM une de ses priorités<sup>16</sup>.

En particulier, saisie pour avis par le secrétaire d'État à l'outre-mer de la situation de la concurrence dans les DOM, elle a rendu un avis 09-D-45 relatif aux mécanismes d'importation et de commercialisation des produits de grande consommation dans les DOM. Cet avis constituait le second volet de son intervention consultative dans les DOM, après l'avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les DOM.

Tout en prenant en compte la situation spécifique des DOM et les particularités du contexte réglementaire local, l'Autorité a souligné, dans l'avis 09-A-45, qu'une approche interventionniste par la régulation des prix était contre-productive, le développement de la concurrence étant le meilleur moyen de promouvoir une économie locale moins dépendante et plus compétitive, au bénéfice de la collectivité tout entière.

14. P. Ollier, J. Gaubert, députés, *Rapport d'information n° 2312 sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, 18 février 2010.

15. AN, proposition de loi relative à l'urbanisme commercial, n° 2490, 3 mai 2010. Voir M. Piron, député, *Rapport n° 2566 fait, au nom de la Commission des affaires économiques, sur la proposition de loi relative à l'urbanisme commercial*, 1<sup>er</sup> juin 2010, ainsi que D. Braye, sénateur, *Rapport n° 180, fait au nom de la Commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative à l'urbanisme commercial*, 15 déc. 2010.

16. Voir Autorité de la concurrence, *Outre-mer. Dynamiser la concurrence au service de tous*, Paris, La Documentation française, coll. « Délic », 2011, 157 p.

Dans les DOM, la petite taille des marchés et leur éloignement des principales sources d'approvisionnement constituent des obstacles naturels à l'obtention de prix. Aux surcoûts qui en résultent, s'ajoute la taxe d'octroi de mer qui accroît mécaniquement les prix de vente aux consommateurs<sup>17</sup>.

L'Autorité a donc préconisé de réexaminer les dispositifs d'aides aux entreprises implantées dans les DOM, qu'il s'agisse de l'octroi de mer, des exonérations de charges ou encore des subventions versées aux industriels locaux. De telles mesures n'apparaissent justifiées que si leurs coûts à court terme, en termes de prélèvement ou de renchérissement des prix, sont compensés par le développement, à moyen terme, d'une industrie locale compétitive.

À ce stade, les éléments recueillis ont enseigné que ces mesures d'aide étaient peu incitatives à l'amélioration de la compétitivité des entreprises locales, voire encourageaient des prix élevés. À titre d'illustration, les marges et les prix des yaourts, du café ou de l'eau de source produits localement sont parfois plus élevés que ceux des produits importés ou vendus en métropole, en dépit des aides et protections dont bénéficiaient les producteurs locaux.

Ces exemples pourraient conduire à envisager une suppression progressive de l'octroi de mer et à instaurer un mécanisme d'évaluation des différentes aides allouées, notamment en termes de compétitivité des entreprises locales.

De manière générale, l'Autorité a recommandé de faciliter le jeu concurrentiel en supprimant les barrières réglementaires à l'entrée et en améliorant l'information des consommateurs. Plus précisément, elle a recommandé de lever les obstacles réglementaires qui s'opposent à l'arrivée de nouveaux acteurs, condition nécessaire à la pleine mise en œuvre du processus concurrentiel.

À cet égard, elle a considéré que, outre les réformes déjà engagées dans le cadre de la LME, la suppression du contrôle exercé par les commissions départementales d'aménagement commercial sur les projets d'implantation de plus de 1 000 m<sup>2</sup> et la diminution des seuils de notification pour les opérations de concentration impliquant des grandes surfaces implantées dans les DOM étaient de nature à promouvoir une structure du marché de la distribution de détail plus concurrentielle.

Le législateur, dont le diagnostic a rejoint ces recommandations, a d'ores et déjà abaissé le seuil de notification des opérations de concentration de 15 à 7,5 millions d'euros, pour les opérations relatives au commerce de détail outre-mer.

Par ailleurs, l'Autorité a souligné que le contrôle des prix ne pouvait pas constituer une solution aux problèmes de concurrence identifiés : en raison des risques de définition erronée des prix de vente, de revente ou des marges qu'elle comporte et des difficultés de mise en œuvre, la réglementation des prix doit demeurer une mesure d'exception portant sur des secteurs ou des étapes du circuit d'approvisionnement clairement identifiés sur lesquels le jeu de la concurrence est mis en échec. À défaut, une telle mesure pourrait aggraver le déficit de concurrence

17. Depuis la loi n° 84-747 du 2 août 1984, le régime de l'octroi de mer autorise les conseils régionaux à lever des taxes sur les produits introduits ou produits dans les départements d'outre-mer. Les biens produits localement peuvent bénéficier d'exonération pour des motifs de développement économique local.

déjà constaté dans les DOM sans pour autant parvenir à faire diminuer les prix de façon durable.

En parallèle de son intervention en faveur de l'abaissement des barrières réglementaires à l'implantation de nouveaux établissements en métropole comme dans les départements d'outre-mer, l'Autorité a également identifié des barrières non réglementaires. Elle a ainsi pu constater que certains comportements mis en œuvre par les opérateurs en place et reposant, en partie, sur la rareté du foncier commercial, pouvaient entraver les nouvelles implantations.

### **Des barrières non réglementaires liées à certaines pratiques de gestion du foncier commercial**

Dans son avis 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, l'Autorité a observé que le niveau de concentration de certaines zones de chalandise, s'agissant des hypermarchés et du commerce de proximité, paraissait figé à un niveau élevé en raison de barrières à l'entrée, en partie liées à certains comportements des opérateurs, à l'adresse desquels elle a formulé des observations.

#### ***Le diagnostic général***

Le régime d'autorisation administrative préalable, qui forme en tant que tel un premier obstacle à l'entrée, peut se doubler d'une seconde barrière lorsque de nombreux recours sont exercés contre les autorisations d'implantation et les permis de construire. En effet, les autorisations sont fréquemment contestées devant les tribunaux administratifs et les permis de construire font également l'objet de recours, formés tant par les concurrents que par des associations, notamment environnementales.

Ces recours ne sont pas *a priori* abusifs en eux-mêmes. Néanmoins, ils accroissent sensiblement le coût et la longueur des procédures d'autorisation et rendent incertaine l'issue des processus d'implantation.

Ces incertitudes conduisent les opérateurs à assortir les actes d'acquisition de foncier commercial de conditions suspensives liées à l'obtention des différents permis et autorisations. La durée de ces clauses suspensives est en général de dix-huit mois et n'excède trente-six mois qu'exceptionnellement.

Globalement, la durée nécessaire à l'implantation d'un hypermarché, entre la recherche du foncier commercial et la finalisation du projet, peut prendre entre sept à dix ans. Certains projets peuvent même être abandonnés lorsque la durée des différentes procédures administratives excède les délais permis par les conditions suspensives.

En plus de ces difficultés procédurales, l'Autorité a exprimé des préoccupations à l'égard de certains types de comportements en matière de foncier commercial.

Trois types de pratiques ont retenu l'attention dans la mesure où elles sont susceptibles de constituer, par leur objet ou par leurs effets, une barrière à l'entrée de nouveaux opérateurs :

- la détention de foncier inexploité ;
- la saturation de zones de chalandise par l'implantation de plusieurs magasins sur une même zone ;
- l'insertion de clauses de non-concurrence dans les contrats de cession et d'acquisition du foncier commercial.

La détention de foncier inexploité repose fréquemment sur des justifications *a priori* raisonnables, telles que le projet d'agrandissement d'un magasin, l'attente d'un permis de construire ou d'une autorisation administrative, etc. Elle peut toutefois traduire, dans certains cas, des stratégies anticoncurrentielles. Ainsi, pour un opérateur souhaitant empêcher l'entrée d'un concurrent, des stratégies consistant, soit en la revente d'un site accompagnée d'une clause de non-concurrence ou de préférence, soit en la location d'un site à des opérateurs non concurrents, sont moins onéreuses qu'un gel du foncier commercial.

De même, l'implantation, dans une même zone de chalandise, de plusieurs magasins d'une même enseigne ou d'enseignes différentes appartenant à un même groupe, pourrait être qualifiée d'abus de position dominante, si elle s'inscrivait dans une stratégie d'exclusion des entrants potentiels.

Pour leur part, les pratiques consistant à assortir la revente de terrains bâtis ou non bâtis de clauses de non-concurrence d'une durée pouvant aller jusqu'à cinquante ans, pour celles de ces clauses qui comportent une limitation de durée, et transmises lors des opérations de revente ultérieures, contribuent à accroître les barrières à l'entrée sur le marché de la distribution à dominante alimentaire et pourraient constituer, dans certains cas, des pratiques anticoncurrentielles.

Il en est de même de la présence, dans certains contrats de vente, de droits de priorité pouvant durer jusqu'à cinquante ans et donnant un avantage concurrentiel important au bénéficiaire en lui permettant d'avoir connaissance des offres faites par des acquéreurs potentiels et d'anticiper, voire d'empêcher l'arrivée d'un concurrent en faisant jouer son droit de priorité.

Les opérateurs avancent généralement trois justifications à ces clauses de non-concurrence :

- les clauses de non-concurrence tendraient d'abord à préserver la diversité commerciale et l'attractivité d'une zone commerciale, en empêchant qu'un second magasin alimentaire ne vienne s'installer en lieu et place d'un magasin de vêtements, de bricolage, etc. ;
- les clauses de non-concurrence viseraient ensuite à empêcher l'implantation de magasins susceptibles d'agir en passager clandestin. Souvent, l'enseigne alimentaire, par ses opérations publicitaires, par le nombre de ses clients et par sa compétitivité, engendre des flux de clientèle et donc des externalités positives pour les autres magasins de la zone commerciale. Les clauses de non-concurrence

- auraient alors pour but de protéger cette enseigne en raison de son rôle moteur dans le dynamisme de la zone ;
- enfin, les clauses de non-concurrence permettraient de préserver la rentabilité d'un nouveau magasin en cas de transfert ou d'agrandissement. Un opérateur peut, en effet, être amené à fermer un magasin pour se réinstaller plus loin, soit à la demande d'une collectivité territoriale ou d'une administration, soit de sa propre initiative. Une telle opération entraînant un coût significatif, les opérateurs auraient donc recours aux clauses de non-concurrence pour garantir la profitabilité du nouveau magasin. Cependant, dans ces situations, les opérateurs eux-mêmes indiquent que les clauses de non-concurrence ne sont pas utiles car, le plus souvent, l'acheteur du terrain est une municipalité ou un promoteur souhaitant y bâtir des logements.

Dans son avis, l'Autorité a estimé que ces justifications n'étaient pas *a priori* toutes également convaincantes, en particulier celles relatives à la protection des investissements. En effet, les investissements réalisés dans le secteur de la distribution ne sont pas particulièrement risqués, au dire même des opérateurs. En outre, une large proportion des investissements effectués ne sont pas des actifs spécifiques, si bien que l'entrée d'un concurrent ne cause pas de dommage irrémédiable aux concurrents déjà implantés, qui peuvent, s'ils le désirent, revendre leur foncier bâti et non bâti.

De même, les externalités positives engendrées par l'implantation d'un commerce alimentaire sur une zone de chalandise peuvent être monétisées (*via* une hausse des loyers ou du prix de vente du foncier disponible sur la zone après l'installation d'une grande surface alimentaire, par exemple) par le propriétaire des terrains voisins et rétrocédées au commerce alimentaire, qui paierait moins cher son installation initiale, dès lors que le vendeur du terrain détient encore du foncier commercial à proximité des terrains vendus.

Enfin, l'argument tiré de la protection de la diversité des commerces est à relativiser dans la mesure où il s'agit d'un intérêt déjà protégé par le droit de l'urbanisme : d'une part, d'importants obstacles, notamment administratifs, existent déjà à l'entrée de commerces alimentaires et, d'autre part, il revient aux consommateurs par leurs actes d'achat, de déterminer le niveau souhaitable de diversité commerciale (magasins alimentaires, de vêtements, de bricolage, etc.). Du reste, ces derniers pourraient préférer disposer de davantage de magasins alimentaires dans la même zone de chalandise, si cela accroît la concurrence et diminue les prix.

Dès lors, les clauses de non-concurrence ne semblent pas pouvoir être justifiées de manière générale et abstraite, sur la base des analyses effectuées à ce stade par l'Autorité, alors même qu'elles présentent des risques notables pour la concurrence. L'Autorité a donc formulé un certain nombre de recommandations à cet égard.

## *Les recommandations*

Dans son avis 10-A-26, l'Autorité a formulé des propositions afin de faciliter l'implantation de nouveaux magasins.

S'agissant en particulier du foncier commercial, elle a proposé de supprimer les clauses de non-concurrence et de droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial. Plusieurs options ont été examinées dans l'avis. Il pourrait, par exemple, être envisagé de ne supprimer les clauses de non-concurrence et les droits de priorité que dans les zones où le degré de concentration dépasse un certain seuil. Une autre possibilité consisterait à autoriser des clauses de non-concurrence limitées dans le temps et relatives à des surfaces foncières peu susceptibles d'accueillir un nouvel opérateur.

L'Autorité a relevé que ces deux solutions présenteraient un certain nombre de difficultés de mise en œuvre. Dans ces conditions, elle a suggéré, en l'état, que la solution la plus adaptée serait de supprimer les clauses de non-concurrence tant dans les contrats à venir que dans les contrats passés.

L'analyse de l'Autorité rejoint celle de la Competition Commission britannique. En effet, cette dernière a souligné la portée anticoncurrentielle des clauses restrictives d'exploitation par lesquelles un groupe de distribution vendant un terrain interdit à l'acheteur d'exploiter ce terrain pour une activité de distribution ou de revendre ce terrain à un autre groupe de distribution (*restrictive covenant*). Elle a également considéré que la durée de certaines exclusivités territoriales par lesquelles un distributeur se protège de l'implantation de distributeurs concurrents était excessive<sup>18</sup>.

La mise en œuvre des recommandations de l'Autorité est entre les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par l'avis. Une intervention du législateur pourrait cependant s'avérer, par ailleurs, opportune pour assurer durablement la fluidité du secteur.

## **Organisation des acteurs de la distribution et pouvoir de marché**

La liberté, pour un distributeur, de choisir son mode d'organisation interne, est essentielle au fonctionnement concurrentiel des marchés. Ainsi, un distributeur peut choisir un modèle intégré, dans lequel la tête de réseau est propriétaire des magasins, ou bien préférer s'appuyer sur un réseau de commerçants franchisés ou affiliés auxquels il transmet son enseigne et son savoir-faire. Les différents modèles d'organisation ont chacun leur justification en termes d'efficacité économique, et il n'appartient pas à une autorité de concurrence de marquer une préférence pour

18. Voir Competition Commission, «The supply of groceries in the UK market investigation», 2008 (disponible sur le site Internet de la Competition Commission : <http://www.competition-commission.org.uk>).

l'un ou pour l'autre, mais seulement de déterminer dans quelle mesure ces structures fonctionnent de façon concurrentielle, à partir de leurs données propres.

Pour autant, compte tenu du contexte défavorable aux implantations nouvelles, évoquées dans la première partie de cette étude, il est important de permettre une mobilité interenseignes en faisant en sorte que la compétition entre les différents groupes de distribution attire des magasins affiliés à des enseignes concurrentes qui souhaitent pénétrer dans les zones de chalandise auxquelles ils n'ont pas accès. La préservation de la concurrence passe donc par la capacité d'une mobilité effective, et conforme à leur statut juridique, des magasins indépendants, qu'ils soient franchisés de grands groupes intégrés ou adhérents d'un groupement coopératif. L'Autorité de la concurrence a donc porté une attention particulière aux modalités des relations contractuelles entre magasins indépendants et groupes de distribution. Cette analyse de l'organisation interne des grands réseaux de distribution est complémentaire de l'examen des opérations de croissance externe des opérateurs, éventuellement susceptibles d'être examinées sous l'angle de l'outil spécifique du contrôle des concentrations.

### Analyse des relations au sein des réseaux de distribution

Dans son avis 10-A-26 précité, l'Autorité a regroupé sous les termes « magasins indépendants » ou « magasins affiliés » l'ensemble des magasins exploités par des commerçants indépendants et affiliés soit à l'un des groupements coopératifs (tels que les groupes E. Leclerc, ITM Entreprises, Système U), soit à l'un des groupes intégrés (tels que Casino, Carrefour, Auchan) par un contrat de franchise ou autre contrat assimilé.

Alors que les magasins intégrés sont détenus et gérés directement par un groupe de distribution, qui décide de la politique commerciale des magasins en s'appuyant sur ses salariés pour la mettre en œuvre, les magasins indépendants disposent d'une certaine liberté commerciale, dans les limites de la politique commerciale fixée par la tête de réseau et spécifiée dans les statuts et les règles de fonctionnement. En France, les magasins indépendants sont majoritaires dans l'ensemble des hypermarchés, supermarchés et commerces de proximité.

Cette situation peut s'expliquer par l'intérêt que trouve un groupe de distribution à déléguer à un opérateur indépendant la responsabilité de développer l'activité d'un commerce plutôt que de la confier à un salarié. Le groupe peut ainsi limiter sa prise de risque et s'appuyer sur des commerçants ayant une connaissance détaillée des caractéristiques des marchés locaux. L'opérateur autonome, quant à lui, a tout intérêt à développer son activité commerciale, puisqu'il conserve les revenus qui en résultent, après versement des paiements dus au groupe auquel il est affilié. Comme le souligne l'avis 10-A-26, si, en théorie, les magasins indépendants affiliés à un même groupe de distribution sont à même de se concurrencer les uns les autres en exploitant leur autonomie en matière de définition de leur politique commerciale, plusieurs facteurs sont susceptibles de limiter l'intensité de cette concurrence.



Tout d'abord, la tête de réseau peut exercer une influence significative sur la stratégie commerciale des magasins indépendants, par exemple, en termes d'assortiment de produits. La tête de réseau peut en effet définir un assortiment minimum commun à tous les magasins exploités sous la même enseigne (en particulier en ce qui concerne les « marques propres »), et ce afin de maintenir l'image et l'identité de l'enseigne. La capacité des linéaires étant limitée, les magasins indépendants voient donc leur liberté d'approvisionnement considérablement réduite. La politique commerciale en matière de marques de distributeurs est particulièrement contraignante, car elle impose non seulement un assortiment commun à tous les magasins de l'enseigne, mais aussi prévoit que ceux-ci ne puissent pas référencer de produits sous marques de distributeurs concurrents.

Ensuite, la liberté tarifaire des magasins indépendants peut être contrainte par au moins deux facteurs. D'une part, les groupements coopératifs peuvent pratiquer des prix communs toute l'année, en vertu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite « loi NRE », qui permet « la réalisation d'opérations commerciales publicitaires ou non pouvant comporter des prix communs ». D'autre part, dès lors que les magasins indépendants s'approvisionnent principalement auprès de la centrale d'achat du groupe dont ils dépendent, le groupe de distribution peut maîtriser les prix d'achat d'une importante proportion des produits vendus par les magasins indépendants, et limiter ainsi leur aptitude à concurrencer les autres magasins détenus par ou affiliés à la même tête de réseau.

Pour ces différentes raisons, l'Autorité peut, comme elle l'a fait dans son avis 10-A-26, appréhender la concentration des marchés de détail au niveau du groupe de distribution, dans la mesure où les magasins indépendants affiliés à un même groupe n'exercent pas les uns sur les autres la même pression concurrentielle que des magasins indépendants ou des magasins intégrés de groupes de distribution concurrents. À cet égard, l'avis a conclu qu'une proportion significative des zones de chalandise françaises était caractérisée par un degré de concentration élevé, notamment dans le cas des hypermarchés et du commerce de proximité.

Le degré de concentration élevé de certaines zones de chalandise découle pour partie de la moindre demande qui peut, fréquemment, y être constatée, mais provient également du fait que, dans une proportion très significative de zones de chalandise, les groupes de distribution détiennent ou affilient plus d'un magasin. Il s'explique notamment par l'absence ou la très faible présence de certains groupes de distribution dans certaines zones ou sur certains formats. Ainsi, le commerce de proximité demeure majoritairement concentré autour des opérateurs Casino et Carrefour. Sur le format des hypermarchés et, à un degré moindre, des supermarchés, il demeure très fréquent qu'un groupe de distribution ne soit confronté qu'à la concurrence de deux ou trois opérateurs.

Plusieurs barrières à l'entrée et au développement de magasins, quel que soit le format retenu pour s'implanter dans une zone de chalandise donnée, ont été relevées par l'Autorité. Celles-ci résultent principalement de la réglementation entourant l'exercice de l'activité de commerce alimentaire et des difficultés liées à l'acquisition de foncier commercial, ainsi que de l'étanchéité des différents réseaux de distribution.



### *Gestion du foncier commercial*

Les contraintes administratives liées à l'implantation de magasins de surface supérieure à 1 000 m<sup>2</sup> ont été exposées dans la première partie de cette étude, et expliquent en partie les niveaux de concentration élevés de certaines zones de chalandise.

En centre-ville, d'autres contraintes opérationnelles et économiques s'ajoutent aux obligations réglementaires pour rendre également délicates de nouvelles implantations, notamment celles supérieures à 400 m<sup>2</sup>. D'une part, les immeubles permettant l'implantation d'une surface commerciale suffisamment étendue pour être attractive demeurent relativement rares. D'autre part, pour l'obtention de ces locaux, les opérateurs de la distribution alimentaire sont en concurrence avec des sociétés d'autres secteurs dont les marges supérieures leur permettent fréquemment de surenchérir sur les offres des groupes de distribution alimentaire.

L'Autorité s'est intéressée dans son avis 10-A-26 à certaines stratégies pouvant être mises en œuvre par des groupes de la grande distribution, relatives au foncier commercial, telles que le gel de foncier commercial et les clauses de non-concurrence introduites dans les contrats de cession et d'acquisition de terrains ou d'équipements commerciaux conclus avec des partenaires extérieurs au groupe. De telles clauses de non-concurrence ou de priorité peuvent en effet contribuer à accroître les barrières à l'installation de nouveaux magasins.

S'agissant des contrats de vente de foncier entre une tête de réseau et un magasin affilié qu'elle a pu analyser, l'Autorité a constaté que certains incluaient des clauses similaires de priorité au profit du groupe en cas de revente du terrain ou des équipements commerciaux.

Les deux types de droit de priorité observés sont, d'une part, le droit de préférence, qui donne au réseau d'origine le privilège de la première offre de rachat, et, d'autre part, le droit de préemption qui permet au réseau d'origine de s'aligner sur l'offre de rachat formulée par un groupe concurrent. Dans la plupart des contrats analysés par l'Autorité pour son avis 10-A-26, le droit de priorité survit même après le terme du contrat, pour des durées allant d'un à quinze ans. Il est en outre souvent assorti d'un droit d'agrément prévoyant que si le groupe renonce à son droit de priorité, il conserve un droit de regard en exigeant la possibilité d'agréer ou non le repreneur.

Les opérateurs justifient l'insertion de tels droits par la nécessité de préserver leurs réseaux de magasins affiliés et d'en pérenniser le parc. Mais comme l'Autorité l'a souligné, ces droits viennent alors s'ajouter aux durées d'engagement déjà longues et aux clauses de non-réaffiliation, qui répondent aux mêmes justifications de protection des réseaux, de savoir-faire et d'image.

L'Autorité a considéré que les droits de préemption pouvaient par ailleurs donner un avantage concurrentiel important au groupe bénéficiaire en l'informant des offres faites par des acquéreurs potentiels, lui permettant d'anticiper, voire d'empêcher, l'implantation d'un concurrent. Elle a estimé que ce type de clauses pouvait dans cette mesure contribuer à dissuader les groupes de distribution concurrents

d'entrer en négociation avec le propriétaire souhaitant vendre son magasin. En effet, leurs offres de rachat ont peu de chance d'aboutir, compte tenu des droits de priorité pouvant les suppléer à conditions et termes équivalents dans la conclusion du contrat de vente. En outre, l'absence d'incitation des groupes concurrents à formuler des offres de rachat diminue le pouvoir de négociation du propriétaire du magasin relativement à celui de la tête de réseau, qui peut alors, à moindre coût, assurer la pérennité de son réseau.

L'Autorité a également souligné les préoccupations de concurrence que faisaient naître les droits de préférence qui obligent l'affilié à proposer en priorité la vente de son magasin à sa tête de réseau. De telles obligations imposent au propriétaire de proposer son bien à la vente à sa tête de réseau, préalablement à toute mise en concurrence avec d'autres acheteurs potentiels. Le magasin mis en vente n'est donc pas soumis aux règles du marché, sa valorisation étant prévue soit dans le contrat initial, soit à dire d'expert. L'Autorité a conclu que cette méthode était de nature à minorer la valeur du magasin et à favoriser la tête de réseau bénéficiaire du magasin, en lui permettant de maintenir des magasins dans son réseau à moindre coût.

Finalement, la rareté du foncier, conjuguée aux différentes clauses introduites dans les contrats de vente du foncier visant à limiter la cession des terrains ou des équipements commerciaux, constituent autant de barrières à l'implantation de nouveaux magasins et au développement de groupes de distribution concurrents des opérateurs déjà bien implantés.

Si des obstacles empêchent l'implantation de magasins par un nouvel opérateur, celui-ci dispose néanmoins de la possibilité d'attirer à lui des magasins déjà affiliés auprès d'autres groupes de distribution. Ce raisonnement, qui est valable aussi bien au niveau national qu'à celui de la zone de chalandise, contraste toutefois avec le constat d'une très faible mobilité des magasins.

### *Étanchéité des réseaux de distribution*

L'Autorité a remarqué dans son avis 10-A-26 que l'étanchéité entre les différents réseaux de distribution alimentaire résultait, d'une part, de la relation de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs affiliés, et, d'autre part, de la faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes.

En effet, il apparaît que depuis 2005, les taux de rotation des magasins indépendants, entendus comme les magasins gérés par des sociétés indépendantes des groupes de distribution ou associées à ces derniers, sont relativement faibles. Selon les enseignes, les taux de départ (nombre de magasins indépendants ayant quitté le réseau entre 2005 et 2009 rapporté au nombre de magasins indépendants en 2005) sont compris entre 0 et 1 % pour les hypermarchés, 4 et 15 % pour les supermarchés, 2 et 4 % pour la proximité et 4 et 5 % pour les maxi-discompteurs. À titre de comparaison, une durée indicative des relations contractuelles entre le magasin et sa tête de réseau de cinq ans permet, potentiellement, un renouvellement complet du parc de magasins affiliés tous les cinq ans, soit un taux de départ

potentiel de 100 % très largement supérieur aux taux effectivement constatés sur les différents formats de distribution.

L'Autorité a souligné que l'absence de mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents ne résultait pas particulièrement d'une réticence des groupes de distribution à accueillir des magasins indépendants, mais plutôt de l'absence de volonté ou des difficultés que rencontrent les magasins indépendants à changer de réseau. La stabilité des opérateurs indépendants peut être liée à l'attachement qu'ils portent à leur enseigne mais aussi au risque commercial que représente un changement d'enseigne. En effet, le gérant d'un magasin ne peut avoir la certitude que sa clientèle restera fidèle à son magasin plutôt qu'à son enseigne. En outre, tout changement d'enseigne implique une modification du mode de gestion (modalités d'approvisionnement, système informatique, etc.), et de l'agencement du magasin, ainsi que de l'assortiment et des prix, tant à l'achat qu'à la revente, des marchandises.

Sur la base des travaux menés à ce stade, l'Autorité a exprimé l'avis que l'absence de mobilité des magasins indépendants semblait notamment trouver son explication dans les relations contractuelles qu'entretiennent les groupes de distribution alimentaires avec leurs magasins affiliés.

### **L'approvisionnement quasi exclusif des magasins auprès de leur tête de réseau**

La plupart des opérateurs indépendants sur la situation desquels l'Autorité a pu se pencher sont tenus par une obligation de non-concurrence pendant toute la durée de la relation avec le groupe de distribution auquel ils sont affiliés, leur interdisant d'exercer une activité de commerce alimentaire autre que dans le magasin en cause et de s'affilier à une enseigne concurrente.

En outre, si relativement peu de réseaux exigent de leurs magasins affiliés une exclusivité d'approvisionnement auprès de leur centrale, le taux de fidélité des magasins (c'est-à-dire la proportion des achats effectuée par un magasin indépendant affilié à un groupe auprès de la centrale d'achat de ce groupe) paraît particulièrement élevé, le plus souvent égal ou supérieur à 80 %, les autres achats concernant principalement des produits d'origine locale, les produits de boucherie et les produits frais (légumes, fruits).

Plusieurs caractéristiques des modalités d'approvisionnement des magasins peuvent expliquer l'importance de ces taux de fidélité. Premièrement, la quasi-totalité des opérateurs exigent de leurs magasins indépendants une exclusivité d'approvisionnement pour ce qui concerne les produits vendus sous marque du distributeur. Ceux-ci tendant à représenter 30 à 40 % de l'assortiment défini par les groupes de distribution, les magasins sont donc dans l'obligation de s'approvisionner auprès de leur centrale pour une part importante de leurs achats. Deuxièmement, certains contrats comprennent également des clauses d'approvisionnement minimum ou prioritaire qui accroissent encore le taux d'approvisionnement des magasins indépendants auprès de la centrale de leur groupe.

Troisièmement, les coûts logistiques associés à un approvisionnement diversifié, le droit de regard de certains franchiseurs sur les achats libres de leurs franchisés, les remises de quantité incluses dans certains contrats d'approvisionnement et les réticences de la plupart des centrales à livrer des magasins affiliés à un réseau concurrent conduisent les magasins indépendants à privilégier pour leur approvisionnement la centrale d'achat de leur réseau.

Cette quasi-exclusivité d'approvisionnement des magasins indépendants auprès des centrales d'achat de leurs têtes de réseau constitue un obstacle à l'entrée de tout nouvel opérateur de distribution, contraint d'ouvrir ses propres magasins pour commercialiser ses produits.

### **Les relations contractuelles entre magasins indépendants et tête de réseau**

Les relations entre un magasin indépendant et la tête de réseau sont formalisées par de multiples documents contractuels : contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat d'approvisionnement, contrat de licence de marque, contrat de location-gérance, statuts, règlement intérieur, etc. Du fait de la complexité et de l'enchevêtrement des différents engagements auxquels il doit souscrire, le candidat à l'affiliation, ou l'affilié arrivé à échéance de son contrat, pourrait hésiter à mettre en concurrence les différentes enseignes, ce qui contribuerait à freiner la mobilité des magasins affiliés entre les différents réseaux.

Dans son avis, l'Autorité s'est donc penchée sur l'économie des contrats liant les magasins indépendants aux groupes auxquels ils sont affiliés et leurs conséquences sur la mobilité des opérateurs présents sur les marchés aval de la distribution. Elle a relevé plusieurs dispositifs contractuels qui pouvaient avoir pour conséquence de restreindre la mobilité des commerçants indépendants entre les différents groupes de la distribution, en dissuadant les affiliés de sortir d'un réseau. Ces dispositifs concernent les durées relativement longues des engagements, les décalages des échéances des différents contrats liant un même commerçant au groupe auquel il est affilié, des droits d'entrée à paiement différé qui s'apparentent finalement à des coûts de sortie pouvant être rédhibitoires, des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence postcontractuelles qui pèsent sur le commerçant affilié, et les droits de priorité au profit des têtes de réseau.

S'agissant des liens contractuels entre magasins affiliés et groupe de distribution, l'Autorité a constaté que leurs durées relativement longues, supérieures à cinq ans dans de nombreux cas, ne paraissaient pas toujours justifiées et soulevaient des préoccupations de concurrence. Elle a constaté en particulier que certains contrats présentaient une durée très longue pouvant atteindre trente années. D'autres contrats peuvent être de durées plus courtes mais sont souvent tacitement reconductibles pour une durée équivalente à la durée initiale. La résiliation de ces contrats reste possible mais est rendue coûteuse par l'existence de clauses d'indemnisation en cas de rupture anticipée de l'engagement.

En outre, les différents contrats entre les groupes de distribution et leurs affiliés peuvent être de durées différentes, la résiliation de l'un d'eux n'entraînant pas automatiquement la rupture des autres. Dans cette configuration, la durée de l'engagement contractuel entre les parties peut être artificiellement prolongée, et dissuader le magasin de rompre les relations avec le groupe auquel il est affilié.

D'autres caractéristiques des contrats observées par l'Autorité conduisent à augmenter significativement les coûts que supporterait un opérateur s'il décidait de quitter le réseau auquel il est affilié. Ces coûts peuvent être directs, tels que le paiement différé de droits d'entrée, mais aussi indirects, tels que les droits de priorité conférés à la tête de réseau sur la vente du magasin affilié ou les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence postcontractuelles.

Des droits d'entrée sont prévus par certains réseaux de distribution, correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires prévisionnel du magasin affilié. Lorsque les contrats prévoient le paiement différé de ces droits, le magasin affilié ne doit les verser que lorsqu'il décide de quitter le réseau. En définitive, ces droits représentent un « droit de sortie », qui s'ajoute aux autres clauses contractuelles pour dissuader l'affilié de rompre sa relation avec le réseau, alors que des versements échelonnés pendant la durée d'engagement seraient plus soutenables pour l'affilié.

### **Clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation postcontractuelles**

L'Autorité a relevé dans son avis 10-A-26 la présence, dans la plupart des contrats d'affiliation examinés, de clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence postcontractuelles. Une clause de non-réaffiliation fait interdiction à l'affilié, une fois rompu le contrat avec le groupe de distribution, de poursuivre une activité commerciale en s'affiliant à un groupe concurrent. En principe, l'opérateur indépendant est seulement restreint dans sa liberté d'affiliation à un autre réseau. Une clause de non-concurrence est plus restrictive, dans la mesure où elle interdit l'exercice par l'affilié d'une activité similaire à celle du réseau qu'il quitte.

Ces clauses postcontractuelles sont le plus souvent d'une durée d'un an. Leurs conditions d'application varient, certaines ne s'appliquant qu'en cas de rupture anticipée du contrat, d'autres indifféremment suivant que le contrat arrive à échéance ou est rompu avant son terme, et portent sur des périmètres différents selon les enseignes et selon la densité de population dans les zones concernées. Ainsi, ces clauses peuvent concerner un territoire étendu d'un rayon de 30 km en zone rurale, ou d'un rayon de 5 à 20 km en zone urbaine.

Les opérateurs justifient ces restrictions postcontractuelles par la nécessité de protéger le savoir-faire transmis aux magasins affiliés qui décident de quitter le réseau, en limitant la possibilité qu'auraient les affiliés de détourner le savoir-faire spécifique acquis auprès de l'enseigne qu'ils quittent à leur seul profit ou au profit d'un autre réseau.

L'avis 10-A-26 de l'Autorité présente la grille d'analyse de ces clauses au regard des règles de concurrence, qui prévoient leur exemption dans la mesure où elles sont

véritablement nécessaires à la protection du savoir-faire, à l'identité commune et à la réputation du réseau, et où elles sont proportionnées aux objectifs poursuivis. En l'état, le savoir-faire qui pourrait être l'objet d'une protection par des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation semble finalement limité, ces clauses ne paraissant pas remplir, par ailleurs, les conditions de nécessité et de proportionnalité prévues par le droit de la concurrence.

Ces analyses sont à rapprocher de l'approche établie de l'Autorité, et avant elle du Conseil de la concurrence, sur les préoccupations que peuvent faire naître des contrats de durées longues ou de portées particulièrement restrictives entre partenaires commerciaux. L'étude thématique sur l'exclusivité et les contrats de long terme<sup>19</sup>, ainsi que l'avis 10-A-26, synthétisent l'analyse économique de ces clauses contractuelles et l'approche juridique des autorités de concurrence à leur égard. Si ces engagements peuvent être nécessaires pour stimuler les investissements spécifiques à l'activité concernée, pour les prémunir contre certaines formes de parasitisme et pour préserver l'image et la stabilité d'un réseau de distribution, ils peuvent aussi avoir des effets restrictifs de concurrence lorsqu'ils ne sont pas proportionnés aux objectifs poursuivis.

### *Les propositions formulées par l'Autorité*

L'Autorité, ayant constaté qu'une proportion substantielle de l'ensemble des magasins indépendants était affiliée à des groupes de distribution desquels il paraissait artificiellement coûteux de se séparer, a suggéré plusieurs mesures permettant d'améliorer la fluidité des réseaux de distribution.

### **Des conditions d'affiliation plus transparentes**

La multiplicité des documents contractuels nécessaires à la formalisation des relations entre un magasin indépendant et le groupe de distribution auquel il s'affilie peut être une source d'opacité et d'insécurité juridique. La mise en concurrence des conditions proposées par différents groupes de distribution peut s'en trouver gênée, et peut conduire les opérateurs indépendants à s'engager contractuellement auprès d'un groupe sans parfaitement réaliser les conséquences que ces contrats impliquent.

Pour prévenir ces risques, l'Autorité a recommandé dans son avis 10-A-26 que les opérateurs formalisent, au sein d'un accord-cadre unique, les termes de la relation entre l'affilié et sa tête de réseau, en le complétant le cas échéant de contrats d'application. Cet accord-cadre unique pourrait notamment regrouper les dispositions communes aux différents volets de la relation telles la clause de durée, les conditions de résiliation, les conditions de résolution des litiges ou encore les clauses attributives de juridiction. Il aurait ainsi l'avantage de rendre les termes de la relation plus transparents et limiterait la présence de clauses contradictoires et l'insécurité juridique afférente.

<sup>19</sup>. Cons. conc., *Rapport annuel 2007*, Paris, La Documentation française.

L'Autorité a aussi recommandé que cet accord-cadre unique soit communiqué le plus en amont possible des négociations. En effet, le processus d'affiliation à une enseigne peut s'avérer très long et implique souvent des investissements importants, tant humains que financiers, de la part du candidat à l'affiliation. Lorsqu'arrive la dernière phase de négociation et celle de la signature du contrat, le candidat est donc peu disposé à contester ou tenter de négocier les conditions d'affiliation qui lui sont alors transmises. En outre, en l'état, la comparaison des conditions d'affiliation avec celles des groupes concurrents est trop tardive car le candidat ne peut que difficilement renoncer à son projet d'affiliation, sauf à renoncer aux investissements d'ores et déjà fournis et à entamer un nouveau processus d'affiliation auprès d'un autre groupe de distribution. Dans ces conditions, il apparaît donc important que le candidat à l'affiliation ait communication, le plus en amont possible, du projet d'accord cadre unique et de ses éventuels contrats d'application.

L'Autorité a également recommandé que soit renforcée l'information précontractuelle à l'attention des candidats à l'affiliation. Elle préconise que les opérateurs fournissent les informations concernant la durée des engagements, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, pour l'intégralité de la relation contractuelle qui, comme on l'a vu, peut être formalisée par divers documents (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, contrat de location-gérance, statuts de la société d'exploitation, pacte d'associés, etc.). De plus, il serait utile que les opérateurs fassent figurer parmi les informations données à ce stade, la présence de clauses restreignant la liberté de l'affilié lors de la rupture ou à l'échéance de la relation contractuelle, clauses concernant entre autres, les éventuels droits de priorité au profit de la tête de réseau, les clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence postcontractuelles.

### **Des engagements moins longs et une harmonisation des conditions de résiliation**

L'Autorité a relevé dans l'avis 10-A-26 les durées relativement longues des contrats d'affiliation, ayant constaté que ces derniers pouvaient aller de trois à trente ans. Elle a aussi souligné que ces durées d'engagement étaient *a priori* bien plus longues que celles qui paraissaient nécessaires, compte tenu des explications fournies, à l'amortissement des investissements spécifiques engagés par les parties. Ces investissements paraissant en outre peu risqués et peu susceptibles d'être la proie de parasitisme, elle a suggéré aux opérateurs de limiter la durée des engagements contractuels prévus entre les têtes de réseau et leurs magasins affiliés. Elle a recommandé que ces contrats ne soient pas de durées supérieures à cinq ans et qu'ils ne soient pas tacitement reconductibles, de manière à inciter les parties à entrer en négociations sur les termes d'un éventuel renouvellement.

En outre, l'Autorité a recommandé que les opérateurs unifient la durée et le mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation entre un groupe de distribution et un magasin affilié, ceci étant facilité par le regroupement des différents contrats dans un accord-cadre unique. Cette harmonisation permettrait



d'éviter que les relations contractuelles ne soient artificiellement prolongées et faciliterait la mobilité des opérateurs indépendants entre les groupes de distribution.

Concernant les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence postcontractuelles, et au regard du règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales, l'Autorité a suggéré que leur durée pourrait être limitée à un an et au seul magasin faisant l'objet du contrat.

Enfin, et conformément aux préconisations émises par le ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi pour venir en aide aux PME, l'Autorité a recommandé que les clauses prévoyant le paiement différé des droits d'entrée soient supprimées, y compris dans les contrats en cours d'exécution, et que leur soit substituée la possibilité d'étaler sur une durée suffisamment courte le paiement du droit d'entrée.

Tout en soulignant la liberté, pour les groupes du secteur de la distribution, de choisir le mode d'organisation interne le plus efficace et de structurer leurs contrats de façon à promouvoir l'investissement et la stabilité de leur réseau, l'Autorité s'est donc attachée, par son travail de veille et de conseil, à donner aux opérateurs les moyens de s'assurer que dans tous les cas où c'est possible et opportun, les engagements souscrits restent proportionnés aux objectifs et n'emportent pas d'objet ou d'effets restrictifs de concurrence. Cette approche équilibrée est également celle qu'adopte l'Autorité face aux stratégies de croissance externe des opérateurs, lorsqu'il s'agit d'examiner des opérations de concentration.

## Le contrôle des concentrations

La LME a transféré la responsabilité du contrôle des concentrations du ministre de l'Économie à l'Autorité, laquelle s'est donné trois objectifs : accélérer les délais de traitement des dossiers pour correspondre au rythme de la vie économique, faciliter le dialogue et la résolution des affaires par des engagements, et accroître la transparence. Sur ce dernier point, l'Autorité a publié, le 16 décembre 2009, des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, au terme d'une consultation publique<sup>20</sup>.

Le rôle de l'Autorité dans l'examen des concentrations s'est renforcé dans le secteur du commerce de détail, notamment grâce à l'abaissement des seuils de notification obligatoire. L'Autorité a également récemment affiné son approche de la prise en compte des franchisés dans le cadre de ce contrôle. Enfin, sur le plan structurel, l'analyse du secteur de la distribution est dorénavant bien établie, tant sous l'angle de la délimitation des marchés pertinents que de l'appréciation concurrentielle proprement dite.

D'une manière générale, le contrôle des concentrations permet d'empêcher des rapprochements qui limiteraient substantiellement la concurrence, par exemple par la création ou le renforcement de positions dominantes au niveau local. L'Autorité peut ainsi être amenée à accepter des engagements de la part des parties afin de

20. Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, publiées le 16 décembre 2009.



limiter les niveaux de concentration locale par le biais de cessions de magasins. Depuis la création de l'Autorité, deux opérations, dans le commerce de détail, ont fait l'objet d'engagements de cession : l'opération Mr. Bricolage/Passerelle<sup>21</sup> et la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution<sup>22</sup>. Par ailleurs, le contrôle des concentrations, dans le secteur de la distribution, permet souvent de jouer un rôle de dissuasion pour des opérations susceptibles de réduire la concurrence, les entreprises pouvant renoncer d'elles-mêmes à ces dernières. Enfin, le contrôle des concentrations permet à l'Autorité de renforcer sa connaissance générale des marchés, notamment à l'échelle locale. Le contrôle s'applique aussi bien aux effets horizontaux que certaines opérations sont susceptibles de produire, tels qu'une augmentation des prix au détriment des consommateurs (qui peuvent aussi pâtir d'une diminution dans la diversité des produits proposés), qu'aux risques de renforcement de la puissance d'achat, qui font l'objet d'un développement spécifique dans la troisième partie de la présente étude. Est aussi pris en compte le rôle de contre-pouvoir que peut jouer la grande distribution dans le cas de concentrations de producteurs de biens de grande consommation. En France, la grande distribution peut en effet représenter, dans certains cas, un pouvoir de négociation très significatif vis-à-vis des fabricants, notamment du fait de l'essor continu des marques de distributeurs.

### *La question des seuils de contrôlabilité*

#### **La nécessité de seuils spécifiques dans le commerce de détail**

Le constat d'une concentration préoccupante de la grande distribution alimentaire est régulièrement fait depuis quelques années, mais jusqu'en mars 2009 de nombreuses opérations, comme la reprise sur le plan local d'un ou de quelques magasins, ne faisaient pas l'objet d'un examen préalable par les autorités de concurrence, parce que de dimension inférieure aux seuils de contrôlabilité en vigueur. Cette situation était peu satisfaisante dans la mesure où l'évolution de la structure concurrentielle de ces marchés passe précisément, le plus souvent, par des opérations de prise de contrôle de magasins isolés, opérations qui sont peu perceptibles à l'échelle nationale, mais susceptibles de conduire à de très forts niveaux de concentration locale et d'affaiblir la concurrence au détriment des consommateurs des zones concernées. Seules les opérations les plus importantes, telles que, par exemple, la prise de contrôle de Promodès par Carrefour en 2000, la prise de contrôle de Monoprix par Casino cette même année, ou le rachat d'acteurs de taille moyenne par les principaux acteurs du secteur, ont ainsi pu être contrôlées<sup>23</sup>.

21. Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010.

22. Décision 10-DCC-025 du 19 mars 2010.

23. Si le contrôle des opérations notifiées a accompagné le mouvement de concentration, il ne l'a néanmoins guère ralenti. En 1996, Auchan a acquis Docks de France (75 hypermarchés anciennement à l'enseigne « Mammouth ») ainsi que les supermarchés ATAC. De même, la fusion de la société Carrefour et de la société Promodès a ajouté 119 hypermarchés à l'enseigne « Continent » ou « Champion » aux 156 hypermarchés à l'enseigne « Carrefour » (l'opération a de plus donné au groupe Carrefour, qui détenait déjà 961 supermarchés et maxi-discounters des enseignes Stoc, Comod, Marché Plus et Ed, le contrôle de 976 supermarchés des enseignes Champion, Shopi, Codec, 8 à Huit, Provençia et Score).

Déjà, dans un avis du 14 mars 1985 relatif aux centrales d'achat et à leurs regroupements, la Commission de la concurrence soulignait le caractère trop élevé des seuils d'applicabilité du contrôle des concentrations, qui rendait celui-ci inefficace pour faire face à la concentration des distributeurs.

Au cours des dernières années, plusieurs rapports ont appelé l'attention des pouvoirs publics sur cette question. Le rapport Canivet déplorait ainsi que le relèvement des seuils de notification après 2004 rendait non contrôlable la plupart des petites opérations de prise de contrôle de supermarchés et pouvait conduire à la constitution de positions dominantes locales. Dans le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, rédigé sous la présidence de M. Jacques Attali, il était ainsi préconisé « *d'abaisser les seuils de notification ex ante des opérations de concentration touchant le secteur de la distribution et du commerce de détail* » (décision 206). Ce rapport faisait le constat que ces seuils de contrôlabilité étaient à l'époque très élevés par rapport au chiffre d'affaires moyen d'un magasin indépendant et que le rachat d'un tel magasin, y compris par un groupe de distribution important, pouvait donc échapper au contrôle des concentrations. Enfin, le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente remis par M<sup>me</sup> Marie-Dominique Hagelsteen a souligné que le renforcement des mécanismes de contrôle des concentrations au niveau local était nécessaire au transfert vers les consommateurs des gains attendus de la négociabilité des tarifs.

Ces constats étaient d'autant plus prégnants dans le contexte de l'application des lois Royer et Raffarin qui avaient instauré de très fortes barrières à l'entrée sur les marchés. Le Conseil de la concurrence avait alerté sur ce point les pouvoirs publics, notamment dans son avis 07-A-12 sur la réforme de la réglementation sur l'équipement commercial. Dans cet avis, le Conseil avait notamment indiqué que : « [...] *La loi Royer et la loi Raffarin ont plutôt encouragé qu'empêché la constitution de ces groupes et renforcé les positions dominantes locales. Parallèlement, le contrôle des concentrations, dont le rôle est justement d'éviter notamment la création ou le renforcement de positions dominantes, s'est révélé en partie inadapté compte tenu des spécificités du secteur de la distribution, en dépit des réformes mises en place avec la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. Ainsi, les changements d'enseignes de magasins indépendants ne sont pas contrôlables. De même, l'acquisition, par un grand groupe intégré, d'un magasin indépendant n'est pas soumise au contrôle prévu aux articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce si la cible acquise a un chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros. Or le chiffre d'affaires moyen des magasins de 400 m<sup>2</sup> et plus était en 2004 de 5,9 millions d'euros et si les 100 plus grands hypermarchés réalisent chacun plus de 140 millions d'euros de chiffre d'affaires, les plus petits hypermarchés peuvent se situer en dessous de ce seuil. Pourtant, sur une zone de chalandise donnée, ces opérations peuvent être de nature à conférer à une enseigne une position dominante.* »

Le passage d'un seuil de 300 à 1000 m<sup>2</sup> pour le contrôle de l'ouverture de nouvelles surfaces a fait craindre que la concentration locale ne s'accroisse encore.

Dans l'avis sur l'équipement commercial ci-dessus mentionné, le Conseil préconisait ainsi l'abaissement des seuils de notification de concentration<sup>24</sup>.

Au surplus, il faut relever que les simples changements d'enseigne ne sont généralement pas contrôlables : les magasins indépendants liés par un contrat de franchise ou un contrat d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants ne font *de facto* pas l'objet d'un contrôle au titre des concentrations lorsqu'ils changent par exemple de tête de réseau.

Prenant acte de ces difficultés, la LME a ainsi procédé à une réduction très significative des seuils du contrôle des concentrations.

Le II de l'article L. 430-2 du Code de commerce précise les nouveaux seuils applicables :

*« II.-Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :*

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;*
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;*
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité. »*

Cette nouvelle disposition vise ainsi à mieux prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise, en permettant d'examiner des opérations qui ne sont pas soumises au contrôle des concentrations en vertu des seuils du I de l'article L. 430-2 du Code de commerce<sup>25</sup>.

L'abaissement des seuils a ainsi conduit l'Autorité à contrôler de très nombreuses opérations dans le secteur de la distribution. Entre sa création le 2 mars 2009, et le 31 décembre 2010, 101 décisions ont été rendues dans le secteur du commerce de détail (code INSEE 52), sans compter les 28 décisions rendues dans le secteur du commerce et de la réparation automobile (code INSEE 50). Sur les

24. Au § 114 de l'avis, le Conseil relevait ainsi : *« Les seuils actuels de contrôle des concentrations sont peu adaptés aux enjeux de concurrence sur les zones de chalandise et pourraient être abaissés pour tenir compte de cette spécificité de la distribution et des intérêts des consommateurs. »*

25. Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations précisent que pour vérifier qu'une opération excède le premier seuil de 75 M€, il convient de tenir compte de l'ensemble des activités des entreprises concernées, et non seulement de celles de commerce de détail. En revanche, le second seuil de 15 M€ ne s'applique qu'aux activités de commerce de détail elles-mêmes. Par ailleurs, la notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Les seuils prévus à l'article L. 430-2-II du Code de commerce ne s'appliquent qu'aux entreprises exploitant au moins un magasin de commerce de détail en France. Une entreprise qui exploite des magasins de commerce de détail à l'étranger, mais aucun en France, ne sera pas soumise aux seuils de l'article L. 430-2-II. Elle reste, en revanche, soumise aux seuils prévus à l'article L. 430-2-I.

292 décisions de l'Autorité en matière de concentrations, près de 35 % ont ainsi concerné le secteur du commerce (44 % en incluant le commerce et la réparation automobile).

Si, depuis la création de l'Autorité, seules deux opérations ont donné lieu à des engagements de cessions de magasins, il ne faut pas négliger le rôle dissuasif et pédagogique d'un contrôle plus étroit, du fait de la baisse des seuils, certains acteurs préférant renoncer à engager des frais pour des opérations susceptibles d'être interdites.

## Des seuils spécifiques pour les DOM

Compte tenu de la spécificité des marchés dans les collectivités territoriales d'outre-mer, l'Autorité a plaidé, dans son avis 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les DOM, en faveur de l'institution d'un seuil encore plus bas sur ces territoires, en établissant, comme en métropole, un seuil dérogatoire pour le commerce de détail.

Avant l'entrée en vigueur de la LME, l'article L. 430-2 du Code de commerce avait déjà introduit une notification facultative limitée au secteur du commerce de détail à dominante alimentaire, notamment lorsque la part de marché de la nouvelle entité dépassait 25 %. Le contrôle des concentrations dans les DOM ne constituait qu'une faculté pour le ministre qui pouvait l'exercer dans un délai de trois mois après l'opération et la notification n'était obligatoire que sur décision de ce dernier. Par ailleurs, ces opérations emportaient une dérogation au principe de suspension de l'opération visé à l'article L. 430-4 du Code de commerce. Devant l'accroissement du nombre des concentrations outre-mer, hors du commerce de détail alimentaire, la LME a aligné les seuils dans les DOM et collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy<sup>26</sup> sur les nouveaux seuils prévus pour les entreprises de distribution, en ajoutant un III à l'article L. 430-2 du Code de commerce et en l'étendant à tous les secteurs économiques.

L'article 41 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services a abaissé le second seuil de contrôle à 7,5 millions d'euros de chiffre d'affaires s'agissant du commerce de détail. Le III de l'article L. 430-2 précise :

*« III. - Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :*

<sup>26</sup>. La Polynésie française et Wallis-et-Futuna, également collectivités d'outre-mer, ne sont pas visées par le texte.

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros, ou à 7,5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail;
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité.»

Pour apprécier si le second seuil est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans chacun des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer pris isolément.

Deux illustrations d'opérations domiennes ayant fait l'objet d'un contrôle de l'Autorité ou, précédemment, du Conseil, méritent ici d'être évoquées.

Tout d'abord, l'Autorité a récemment examiné l'acquisition par le groupe Hoio de certaines sociétés du groupe Louis Delhaize<sup>27</sup>. Ces deux groupes étaient notamment présents dans le secteur de la distribution de détail à dominante alimentaire en Guyane, à la Martinique et à la Guadeloupe. Le groupe Hoio souhaitait acquérir auprès du groupe Delhaize l'hypermarché Cora de Cayenne, une cinquantaine de magasins de proximité à l'enseigne Ecomax situés en Guyane, à la Martinique et en Guadeloupe, ainsi que la société Propadis, grossiste alimentaire situé en Guyane. Le groupe Hoio n'était pas présent, antérieurement à l'opération, sur les marchés de la distribution de détail à dominante alimentaire de la Guyane et de la Guadeloupe. En revanche, il exploitait à la Martinique des supérettes sous sa propre enseigne, Super H, ainsi que des supermarchés sous enseigne Casino et des hypermarchés sous enseigne Géant. L'Autorité a donc examiné les effets de l'opération sur les différentes zones de chalandise de l'île : plaine foyaisaise, zones du Marin, du François, de Ducos, du Robert, de Sainte-Marie, et du Lorrain. Sur cette dernière zone, l'Autorité a considéré que l'acquisition d'un magasin Ecomax renforcerait la position dominante que le groupe Hoio détenait déjà avec l'exploitation d'un Casino et d'un Super H. Sur les autres zones, l'Autorité a constaté que la présence de plusieurs autres groupes de distribution permettait le maintien d'une concurrence suffisante. Elle a ainsi finalement autorisé l'opération, sous réserve de l'engagement pris par le groupe Hoio de céder à un tiers le magasin acquis sur la zone du Lorrain.

En 2007, le Conseil de la concurrence avait également analysé en détail un dossier concernant le secteur de la vente d'équipements de la maison<sup>28</sup>. Compte tenu des parts de marché des parties à l'opération et de leurs concurrents, le Conseil a estimé que des problèmes sérieux quant au maintien d'une concurrence suffisante étaient posés en Guadeloupe, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement; en Guyane, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement, ainsi que

27. Décision 10-DCC-025 du 19 mars 2010.

28. Avis 07-A-06 du 16 juillet 2007.

sur chacun des trois marchés de la distribution de produits électrodomestiques ; en Martinique, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement. Le calcul d'indices de concentration Herfindahl-Hirschman (HHI) conduisait également à des valeurs, en niveau postconcentration et en variation, largement supérieures aux seuils signalant la présence de risques concurrentiels. De plus, les magasins But et Conforama exploités par les parties étaient, parmi les acteurs dont la présence avait été constatée sur les marchés concernés, les plus proches substituts (taille, produits, services et gammes de prix similaires). Sur tous ces marchés, le reste de la concurrence était particulièrement atomisé, la part du premier concurrent ne dépassant pas dans le meilleur des cas le cinquième de celles de But et Conforama réunis. L'analyse des effets unilatéraux de cette opération laissait donc craindre une réduction substantielle de la concurrence, la nouvelle entité pouvant notamment être incitée à augmenter sensiblement les prix de l'une des enseignes après l'opération, puisque les risques de baisse des ventes de la nouvelle structure étaient relativement limités, les consommateurs perdus suite à la hausse de prix se reportant prioritairement vers la seconde enseigne du nouveau groupe. De plus, le Conseil a relevé que la nouvelle entité disposerait d'une avance considérable sur ses concurrents en termes d'assortiments des produits proposés, de notoriété, de publicité et de puissance d'achat. Enfin, le Conseil a relevé qu'en raison de la taille restreinte des marchés et de leur insularité, les barrières à l'entrée étaient élevées. Il a aussi estimé que les gains d'efficacité liés à l'opération mis en avant par les parties notifiantes n'étaient pas suffisamment justifiés et certains pour contrebalancer ces atteintes à la concurrence, notamment parce que la transmission, au bénéfice du consommateur, des économies de coûts projetées était peu probable. En conséquence, le Conseil a considéré que seuls des engagements structurels pourraient permettre de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées. Le ministre de l'Économie, dans sa décision finale, a en partie suivi les préconisations du Conseil en ce qui concerne les magasins qui devaient être cédés au titre des engagements pris par l'acquéreur.

Ces deux exemples illustrent notamment la manière dont le contrôle des concentrations peut protéger le consommateur final, dont la voix, face aux regroupements d'entreprises, est trop souvent peu perceptible.

## La contrôlabilité de la création des centrales d'achat

Au-delà de la problématique des seuils, il convient également d'évoquer la question de la contrôlabilité, en droit des concentrations, des centrales d'achat. Cet examen nécessite en effet une analyse très détaillée de la structure créée, qui ne relève du contrôle des concentrations que si elle fonctionne de manière durable.

Par exemple, dans sa décision relative à l'opération Opéra, le Conseil d'État<sup>29</sup> a considéré que la centrale d'achat Opéra, filiale commune de Casino, Perrachon et Cora, n'avait pas les caractéristiques d'une entreprise économique autonome : *« Si la société Opéra a pour rôle essentiel d'effectuer le "réfèrencement" des fournisseurs de*

29. CE, 31 mai 2000, n° 213161, Société Cora.

*ses maisons mères pour une gamme importante de produits et de négocier les conditions d'achat avec les producteurs ainsi "référéncés", les décisions d'achat continueront à être prises par les maisons mères et leurs filiales, qui restent présentes en tant qu'acheteurs sur le marché de l'approvisionnement en produits de grande distribution; que la société Opéra doit négocier les délais de règlement par référence aux pratiques antérieures de ses maisons mères et ne peut accorder d'escomptes de paiement qu'avec leur accord; que si la société Opéra est chargée d'acheter en propre certains produits afin de les revendre à ses mandants, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette activité, qui ne porte que sur une part très faible des achats des maisons mères et de leurs filiales, suffise à lui conférer le caractère d'une entité économique autonome; qu'il suit de là qu'en estimant que la société Opéra n'avait pas, dans son fonctionnement quotidien, un caractère d'autonomie suffisant pour que sa création puisse être regardée comme une concentration, le ministre n'a pas entaché sa décision d'une inexacte qualification des faits de l'espèce.»*

La création de cette centrale d'achat n'était donc pas contrôlable.

Toutefois, une éventuelle absence de contrôlabilité de la création de centrales d'achat ne préjuge en rien de son examen sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans sa décision 05-D-62 du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie, le Conseil, sur saisine du ministre de l'Économie, a analysé, au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce, le rapprochement des puissances d'achat de Leclerc et Système U, en concluant toutefois au non-établissement des pratiques<sup>30</sup>.

### ***La question du niveau d'indépendance des magasins dans le cadre du contrôle***

L'introduction par la LME de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail entraîne une augmentation du nombre des opérations notifiées. Ces affaires concernent souvent des contrats de franchise, d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants ou encore des contrats de concession automobile. En effet, plusieurs grands réseaux de distribution à dominante alimentaire ou spécialisée ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des affiliés ou adhérents, franchisés notamment, à une tête de réseau. Se pose ainsi la question de l'application du droit des concentrations aux relations existant au sein de tels réseaux, en termes de nature du contrôle, de calcul du chiffre d'affaires ou encore d'évaluation du pouvoir de marché.

Dans ses lignes directrices, l'Autorité a indiqué que la seule conclusion d'un contrat de distribution n'était susceptible de conférer une influence déterminante, au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce, que dans des cas très particuliers<sup>31</sup>.

30. Voir not. décisions 93-D-21 du 8 juin 1993, 95-D-34 du 9 mai 1995 ou 03-D-11 du 21 février 2003.

31. Dans sa communication consolidée du 21 février 2009 en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, la Commission rappelle également que « afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels) ».



Ainsi, s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même *a priori* lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne<sup>32</sup>.

La Commission européenne a également réaffirmé ce principe s'agissant des contrats de franchise : « [...] *Les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur.* »<sup>33</sup>

Les contrats de distribution sont cependant susceptibles, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait, de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité examine ainsi toutes les clauses qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale, par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent tout ou partie du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau, que dans les possibilités de changer de réseau. Elle détermine alors si ces clauses sont suffisantes pour conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur l'entreprise de son adhérent.

En particulier, il est possible qu'un accord de franchise ou d'adhésion à un réseau de commerçants indépendants s'accompagne d'une acquisition d'actifs (fonds de commerce, stocks, locaux) susceptible de donner à la tête de réseau le contrôle des actifs du franchisé ou de l'adhérent. L'opération par laquelle ces actifs sont acquis est alors susceptible de relever du droit des concentrations s'il est possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et si les seuils en chiffre d'affaires sont atteints<sup>34</sup>. De la même manière, si la tête du réseau de distribution prend au capital de l'adhérent une participation qui lui permet d'exercer un

---

32. Dans sa décision 09-DCC-23 du 23 juillet 2009, l'Autorité relevait : « *Au cas d'espèce, les contrats de commission affiliation prévoient que les sociétés d'exploitation concernées seront libres de définir leur stratégie commerciale et notamment de fixer leurs tarifs, AFFIPART ayant cependant la possibilité d'indiquer à ces dernières un prix maximum conseillé. Par ailleurs, les sociétés d'exploitation assumeront les risques financiers et commerciaux liés à leur activité et devront ainsi supporter, notamment, le coût des invendus. KLABI, via AFFIPART, n'exercera donc pas d'influence déterminante sur les sociétés d'exploitation concernées.* »

33. Communication consolidée du 21 février 2009 précitée. Dans sa décision M. 940 du 9 juillet 1997, la Commission avait également estimé que les dispositions « typiques » (obligation pour le franchisé de respecter les normes de commercialisation du franchiseur, préservation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur, etc.) d'un accord de franchise n'étaient pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continuait de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité (gestion du stock et de l'approvisionnement, fixation des prix).

34. Dans sa décision M. 890 du 26 juin 1997, la Commission a de même souligné que « *le simple fait que l'accord de franchise fasse partie de l'opération ne saurait exempter l'ensemble de l'opération de l'application du règlement sur les concentrations* ».



contrôle unique ou conjoint sur ce dernier, l'opération peut sans difficulté être qualifiée de concentration<sup>35</sup>.

Le cas où seule une participation minoritaire est acquise est plus délicat : une telle prise de participation peut principalement avoir pour objectif de protéger les intérêts financiers des actionnaires minoritaires en tant qu'investisseurs et ne suffit *a priori* pas, à elle seule, à conférer au franchiseur une influence déterminante sur le franchisé. Néanmoins, ce type d'opération peut s'accompagner d'une modification des statuts de l'entreprise concernée et l'Autorité apprécie au cas par cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent<sup>36</sup>.

En fonction des autres prérogatives sur la gestion de l'entreprise éventuellement conférées par les statuts à l'actionnaire minoritaire et des stipulations du contrat d'enseigne, le contrôle exercé par la tête de réseau sur l'adhérent peut également être conjoint, les deux devant nécessairement s'entendre sur la politique commerciale du ou des points de vente, ou exclusif, la tête de réseau détenant seule la possibilité de déterminer cette politique. Lorsque la tête de réseau exerce déjà un contrôle conjoint sur l'adhérent, constitue également une concentration l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif de l'adhérent.

Il faut souligner que les notions d'influence déterminante, au titre de la contrôlabilité, et de pouvoir de marché, qui forme le cœur de l'analyse concurrentielle proprement dite, ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisés, concessionnaires, adhérents coopérateurs, etc.), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau. L'Autorité examine ainsi au cas par cas s'il convient de considérer que, sur une même zone de chalandise, les magasins contrôlés par la tête de réseau, d'une part, et ceux exploités sous la même enseigne, mais que la tête de réseau ne contrôle pas, d'autre part, sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle les uns sur les autres.

35. Cependant, dans son récent avis 10-A-26 du 7 décembre 2010, l'Autorité relevait que « ces prises de participations constituent le plus souvent des opérations de concentration mais, dès lors qu'elles ne franchissent pas les seuils de notification applicables au commerce de détail (L. 430-2-II du Code de commerce) ou qu'elles ont été effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie et l'abaissement des seuils de notification appliqués au commerce de détail, elles n'ont pas vocation à être contrôlées par le droit de la concurrence ». L'Autorité, constatant que ces pratiques pouvaient produire un effet de verrouillage des magasins, nécessitaient d'être encadrées : « Cet encadrement des prises de participations pourrait notamment consister à interdire les clauses d'enseigne dans les statuts et pactes d'associés des sociétés d'exploitation. En effet, ces clauses qui confèrent un droit de veto au groupe de distribution sur toute décision relative au changement d'enseigne du magasin en cause, empêchent le cas échéant l'affilié de changer de réseau à l'arrivée à terme du contrat. »

36. Les lignes directrices précisent par exemple que « [...] si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête de réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère alors que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence déterminante. Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent de facto l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De tels statuts dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une S.A.R.L.), voir même de la détention d'une seule action de préférence ».

La récente opération Mr. Bricolage/Passerelle<sup>37</sup> a permis de faire un point détaillé sur la prise en compte des franchisés dans l'analyse de la concentration. Cette affaire est d'autant plus intéressante qu'elle a fait l'objet d'une procédure contentieuse devant le Conseil d'État.

Dans cette affaire, l'Autorité a procédé à l'examen de l'acquisition par le groupe Mr. Bricolage du groupe Passerelle, tous deux actifs dans le secteur de la distribution d'articles de bricolage, de décoration et de jardinage. Si l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence sur le marché amont de l'approvisionnement, l'Autorité a en revanche constaté qu'elle renforçait de façon significative la présence du groupe Mr. Bricolage sur certaines zones de chalandise. L'Autorité a finalement autorisé l'opération sous réserve d'engagements sur huit zones<sup>38</sup>, permettant de remédier aux problèmes concurrentiels identifiés dans certaines zones de chalandise, dans lesquelles le nombre de magasins contrôlés par le groupe devra être réduit.

Les réseaux de Mr. Bricolage et du groupe Passerelle comportent des magasins détenus en propre, mais également exploités par des adhérents. Dans sa décision, l'Autorité a appliqué de manière rigoureuse les critères développés dans ses lignes directrices :

*«[...] Le pouvoir de marché d'un groupe de distribution doit s'apprécier en tenant compte des magasins détenus en propre et de ceux exploités en franchise, quel que soit leur statut juridique, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome par rapport au franchiseur.*

*En l'espèce, différents types de magasins franchisés doivent être distingués, à savoir : les membres acheteurs du réseau Le Club, les magasins Mr. Bricolage et Catena, les magasins Le Club sous enseigne "Les Briconautes" et les magasins Le Club sans enseigne.*

*S'agissant des membres acheteurs du réseau Le Club, ceux-ci sont totalement autonomes en matière de politique commerciale vis-à-vis de la tête de réseau. En effet, ces magasins ont uniquement donné à la centrale Le Club un mandat à l'achat leur permettant, s'ils le souhaitent, de bénéficier des conditions d'approvisionnement de la centrale en produits de bricolage et jardinage et ce, sans aucune obligation de volume d'approvisionnement. Ces magasins ne sont tenus à aucune autre obligation vis-à-vis de la centrale que le paiement des commandes. Par conséquent, ils ne doivent pas être pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité.*

*S'agissant des magasins Mr. Bricolage et Catena/Super Catena, les contrats intitulés "Charte de l'adhérent à l'enseigne Mr. Bricolage", d'une durée de [...], imposent aux affiliés le respect de la politique commerciale élaborée par Mr. Bricolage en matière de communication publicitaire, une exclusivité d'approvisionnement à hauteur de [> 50 %] de leurs achats (>80 %) pour les produits développés en marque de*

37. Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010.

38. Afin d'éviter que l'opération ne porte atteinte à la concurrence, Mr. Bricolage a pris deux types d'engagements de nature à réduire ou supprimer le cumul de parts de marché. Il s'est engagé d'une part, sur sept zones de chalandise (La Bresse, Lannion, Paimpol, Coulommiers, Auch, Saint-Girons, Oléron) à ne pas renouveler les contrats conclus avec certains de ses adhérents et, d'autre part, sur une zone de chalandise, à céder l'un de ses magasins (Mende).

distributeur) et leur interdit de modifier leur point de vente sans l'accord de la tête de réseau. Les contrats contiennent également des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit de Mr. Bricolage en cas de cession de leur magasin. Les magasins Le Club sous enseigne "Les Briconautes" sont exploités par des adhérents, dans le cadre de contrats d'adhésion d'un an renouvelables tacitement. Ces adhérents se sont engagés à utiliser l'enseigne conformément aux directives de la tête de réseau, participer à [...] opérations promotionnelles par an, durant lesquelles ils doivent mettre en vente les produits au prix indiqué sur les documents publicitaires, et à référencer [>50 %] des lignes de produits Le Club. De plus, Le Club se réserve la possibilité de fixer des prix maximums et une partie des adhérents est tenue de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du Club en cas de cession de leur magasin en dehors du périmètre familial.

Il convient donc de prendre en compte tant les magasins Mr. Bricolage et Catena/Super Catena que ceux sous enseigne Les Briconautes pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité.

Concernant les magasins le Club sans enseigne, on peut relever que ceux-ci sont relativement indépendants : ces magasins, exploités dans le cadre de contrat d'adhésion [confidentiel], ne sont pas soumis à une politique d'enseigne, [confidentiel]; en revanche, ils recourent à des campagnes de publicité opérées par le groupe, mais sans aucune obligation d'y participer. De plus, le contrat donne la possibilité au Club d'instituer des prix maximums.»

Les sociétés Mr. Bricolage et Bric'Oléron ont demandé l'annulation de la décision de l'Autorité pour excès de pouvoir. Dans un arrêt du 23 décembre 2010, le Conseil d'État a rejeté ces requêtes, confirmant en tous points la décision de l'Autorité<sup>39</sup>. L'approche de l'Autorité est donc dorénavant bien assise s'agissant de la prise en compte des franchisés, que ce soit dans l'analyse de la contrôlabilité ou dans l'analyse concurrentielle. Il en va de même des approches en termes de délimitation des marchés pertinents, qui, à l'issue de plusieurs années d'exercice du contrôle, sont relativement stabilisées.

39. CE, 23 décembre 2010, n° 337533, Mr. Bricolage. Le Conseil d'État a relevé notamment : « [...] L'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, qui est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante [...] exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome [...]; qu'en procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière, de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximum, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé [...] l'Autorité de la concurrence n'a pas non plus commis d'erreur de droit.»

## *Les délimitations des marchés pertinents et l'importance des parts de marché dans l'analyse concurrentielle*

La pratique tant nationale<sup>40</sup> que communautaire<sup>41</sup> distingue deux catégories de marchés : ceux qui mettent en présence les entreprises du commerce de détail et les consommateurs pour la vente des biens de consommation (les marchés en aval) et ceux de l'approvisionnement en ces mêmes biens (les marchés en amont). Ces deux marchés sont évidemment liés, le comportement des intervenants sur le marché de l'approvisionnement étant dépendant de la demande finale des consommateurs.

### **Les marchés en aval**

En matière de contrôle des concentrations, le type de produit vendu est l'un des critères les plus importants pour délimiter les marchés dans le domaine du commerce de détail. Ainsi, classiquement, lorsque plus d'un tiers du chiffre d'affaires d'un magasin provient de produits alimentaires, le commerce est réputé à dominante alimentaire. Cette distinction sur la base d'un seuil de chiffre d'affaires a déjà été retenue par le Conseil de la concurrence, notamment dans son avis 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution. De même, au sein du commerce de détail non alimentaire, une distinction est généralement opérée entre le commerce non spécialisé et le commerce spécialisé, c'est-à-dire, selon la classification de l'INSEE, les commerces qui réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires sur une seule gamme de produits.

Le format et la taille du magasin constituent également des critères importants de délimitation des marchés en ce que, notamment, il en découle l'aptitude du point de vente considéré à commercialiser un plus ou moins grand nombre de produits ou à offrir certains services (parkings, galeries marchandes, etc.). Dans plusieurs secteurs, tels que le bricolage ou la jardinerie, des marchés spécifiques ont ainsi été identifiés pour les grandes surfaces spécialisées (GSS), distincts de ceux des grandes surfaces alimentaires (GSA) et du commerce de proximité. Pour délimiter les marchés dans ce type d'affaires, l'Autorité procède généralement en suivant la pratique décisionnelle « *Blokker/Toys'r'Us* »<sup>42</sup> qui, dans le domaine de la distribution de jouets, a retenu un marché pertinent de la distribution de produits opérée *via* des points de vente proposant au consommateur final un assortiment complet de produits tout au long de l'année<sup>43</sup>. Il est apparu en effet que de telles grandes surfaces spécialisées proposaient des gammes de produits et assortiments plus étendus, ainsi que des services d'accueil et de conseils aux consommateurs. De plus, le petit commerce ne représente généralement qu'une part marginale des

40. Voir not. avis 97-A-14 du 1<sup>er</sup> juillet 1997, 98-A-06 du 5 mai 1998 et 00-A-06 du 3 mai 2000. Voir également avis 97-A-04 du 21 janvier 1997.

41. Voir not. décisions de la Commission dans les affaires M. 1221 du 3 février 1999, M. 1684 du 25 janvier 2000 et M. 2115 du 28 septembre 2000.

42. Décision n° M. 890 (CE) de la Commission, 26 juin 1997.

43. Dans l'affaire *Cafom/Fincar* précitée, cette approche a notamment amené le Conseil à ne pas inclure dans le marché du meuble les grandes surfaces alimentaires qui ne commercialisent que de manière ponctuelle quelques meubles en kit ou des meubles de jardin.

achats, remplissant essentiellement une fonction de dépannage ou ne s'adressant qu'à une fraction de clientèle (personnes non motorisées, etc.).

En se référant à ces deux critères, à savoir le type de produit vendu et la taille des magasins, les autorités de concurrence ont ainsi pu délimiter avec précision les marchés de produits pertinents dans les secteurs du bricolage, des jardineries, de l'habillement, de l'équipement de la maison, des articles de sports, des jouets, des articles de culture et loisirs, de l'automobile ou encore des stations-service.

Par ailleurs, s'agissant plus spécifiquement du commerce de détail à dominante alimentaire, ont été distingués six marchés en utilisant plusieurs critères, notamment la taille des magasins, leurs techniques de ventes, leur accessibilité, la nature du service rendu et l'ampleur des gammes de produits proposés : les hypermarchés, les supermarchés, le commerce spécialisé, le petit commerce de détail, les maxi-discompteurs, la vente par correspondance.

Toutefois, il est tenu compte du fait que, dans certaines configurations géographiques et pour certains produits de consommation courante, la demande des consommateurs peut être partiellement satisfaite par les hypermarchés, les supermarchés, les supérettes, les maxi-discompteurs et les rayons alimentaires des grands magasins dits « populaires ». De même, la demande pour produits non alimentaires peut être, dans certaines situations, satisfaite indifféremment par les hypermarchés et les grandes surfaces spécialisées dans le sport, l'électroménager, l'électroacoustique, le mobilier, le bricolage, les vêtements ou les chaussures.

De plus, si le service rendu globalement par les hypermarchés (diversité des produits, profondeur des gammes, accessibilité, prix bas) est spécifique et n'est rendu par aucune autre forme de commerce, le critère de taille qui détermine, entre les supermarchés et les hypermarchés, l'étendue de l'assortiment des gammes, doit être utilisé dans chaque cas avec précaution, des magasins dont la surface est située à proximité du seuil qui sert à les distinguer ( $2\,500\text{ m}^2$ ), soit en dessous, soit au-dessus, pouvant se trouver, dans les faits, en concurrence directe. Sont donc prises en considération les conditions dans lesquelles le marché fonctionne effectivement, notamment le fait que, dans un certain nombre de configurations géographiques, un hypermarché peut être habituellement utilisé par certains consommateurs comme un magasin de proximité, en substitution d'un supermarché. En revanche, la réciproque n'est presque jamais vérifiée et l'est d'autant moins que la taille de l'hypermarché en question est importante.

S'agissant des marchés aval de la distribution, l'analyse de la dimension géographique est fondée sur les temps de déplacement des clients des magasins généralement constatés. Selon la taille des magasins, ils sont compris entre 10 et 15 minutes en voiture pour les supermarchés et 15 à 30 minutes pour les hypermarchés mais l'attractivité de magasins de même format peut varier selon la densité de l'équipement commercial d'une zone. En particulier, lorsqu'ils sont situés dans des zones où l'équipement en hypermarchés reste limité, par exemple dans les zones rurales, les hypermarchés peuvent exercer une attractivité très forte sur les populations résidant dans des communes éloignées.

Dans ses décisions récentes<sup>44</sup> relatives à des opérations de concentration concernant des hypermarchés ou des supermarchés, l'Autorité a rappelé que, selon le type de magasins concernés, les conditions de la concurrence devaient s'apprécier sur deux zones différentes :

- une première zone où se rencontrent la demande des consommateurs d'une zone et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès en moins de 30 minutes de déplacement en voiture ;
- une seconde zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et des autres formes de commerce équivalentes, situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture, ces dernières formes de commerce pouvant comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés et les magasins discompteurs.

Enfin, dans sa décision 10-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, l'Autorité a délimité un marché pertinent du commerce d'alimentation générale de proximité incluant l'ensemble des magasins d'une surface inférieure à 1 000 m<sup>2</sup> et les magasins de maxi-discompte<sup>45</sup>.

## Les marchés en amont

L'analyse de l'impact d'une concentration entre distributeurs sur les marchés de l'approvisionnement est une des spécificités du secteur de la distribution en contrôle des concentrations. Cette originalité tient au caractère particulièrement important de la prise en compte de la puissance d'achat de certains groupes du commerce de détail.

La délimitation des marchés de l'approvisionnement s'opère généralement du point de vue du fournisseur. À ce titre, le degré de flexibilité dans la modification de l'offre des fournisseurs est un des éléments importants de l'analyse. D'une manière générale, les producteurs fabriquent des produits ou groupes de produits particuliers et ne sont pas en mesure de se reconvertir facilement dans la fabrication d'autres produits. Un fabricant de produits d'épicerie sèche, par exemple, ne peut pas commencer à fabriquer des boissons alcoolisées sans des investissements considérables et l'acquisition d'un savoir-faire supplémentaire.

L'Autorité a constaté à plusieurs reprises qu'au niveau de l'approvisionnement, il existait autant de marchés que de familles de produits sur lesquels porte la négociation, chaque distributeur mettant en concurrence les divers fournisseurs sur chacun de ces marchés<sup>46</sup>. Cette analyse a été suivie par la Commission européenne, notamment dans l'affaire « Carrefour/Promodès »<sup>47</sup>.

44. Voir not. décision 10-DCC-124 du 6 octobre 2010, § 11.

45. D'autres critères peuvent néanmoins être pris en compte pour évaluer l'impact d'une concentration sur la situation de la concurrence sur les marchés de la distribution de détail, ce qui peut conduire à affiner les délimitations usuelles présentées *supra*. En particulier, la distinction entre les trois formats, à savoir hypermarché, supermarché et magasin de proximité, n'est donc pas toujours aisément appréhendable à partir des seules indications de surfaces commerciales.

46. Voir not. avis 97-A-04 du 21 janvier 1997.

47. Décision n° M. 1684 (CE) de la Commission, 25 janvier 2000.

Les marchés de l'approvisionnement comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients tels que les grossistes, les détaillants ou d'autres entreprises (par exemple les cafés/hôtels/restaurants).

Dans l'affaire Carrefour/Promodés citée ci-dessus, vingt-trois groupes de produits ont ainsi été retenus<sup>48</sup>. Ces délimitations en termes de groupes de produits peuvent être affinées au cas par cas, notamment dans le cadre de l'examen de concentrations dans le commerce spécialisé. Par exemple, alors que la décision Carrefour ne retenait qu'un groupe «bricolage», la décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010, relative à l'acquisition par le groupe Mr. Bricolage du groupe Passerelle, reprenant la pratique tant nationale que communautaire en matière de fusion d'acteur de distribution de produits de ce secteur, en listait onze<sup>49</sup>.

Enfin, même si elle a jusqu'à présent été laissée ouverte par les autorités de concurrence, la question d'une délimitation plus fine encore en fonction des canaux de distribution peut se poser (commerce de détail à dominante alimentaire, magasins spécialisés, livres services de gros, secteur de la restauration, etc.). En effet, pour certains producteurs, les différents débouchés ne sont pas facilement interchangeables. Des différences dans la taille des contenants, la présentation et le conditionnement (qui nécessitent parfois des machines spéciales ou d'autres moyens de production), des stratégies de ventes différentes (par exemple, pour le commerce de détail à dominante alimentaire et la restauration), la nécessité d'avoir des connaissances et des contacts différents pour les divers canaux de distribution, et de disposer d'une logistique différente, rendent plus difficile tout passage à un autre débouché.

### Le critère de la part de marché

La part de marché détenue par les principaux intervenants est la mesure la plus courante du degré de concentration sur un marché. Ainsi, lorsque les marchés aval sont analysés, il est considéré qu'une zone est fortement concentrée si un petit nombre d'entreprises détient une part importante du marché. Mais un degré élevé de concentration peut correspondre à des situations très contrastées ; ainsi, une forte concentration peut résulter de la présence d'un faible nombre d'intervenants sur le marché ou de la coexistence de quelques entreprises de grande taille et d'un nombre élevé d'entreprises de taille réduite. Quant aux marchés amont, les autorités de concurrence ont également dégagé au fil des instructions successives des critères en termes de seuils de sensibilité des parts de marché.

48. **Produits de Grande Consommation (PGC)** : (1) Liquides ; (2) Droguerie ; (3) Parfumerie/hygiène ; (4) Épicerie sèche ; (5) Parapharmacie ; (6) Produits périssables en libre-service. **Frais traditionnel** : (7) Charcuterie ; (8) Poissonnerie ; (9) Fruits et légumes ; (10) Pain et pâtisserie fraîche ; (11) Boucherie. **Bazar** : (12) Bricolage ; (13) Maison ; (14) Culture ; (15) Jouets/loisir/détente ; (16) Jardin ; (17) Automobile. **Électroménager/Photo/Cinéma/Son** : (18) Gros Électroménager ; (19) Petit Électroménager ; (20) Photo/Ciné ; (21) Hi-fi/Son ; (22) TV/Vidéo. **Textile** : (23) Textile, chaussures.

49. Décoration, revêtements de murs, sols, carrelage, outillage, quincaillerie et rangement, électricité et luminaires, équipements sanitaires, matériaux de construction, menuiserie, jardinage.



### *S'agissant des marchés aval*

Si le chiffre d'affaires est généralement le critère retenu pour évaluer la part de marché, il est néanmoins fréquent, compte tenu de la difficulté d'obtenir ces éléments lors du test de marché réalisé dans les délais contraints du contrôle des concentrations, qu'à défaut, ou en complément, la surface de vente soit utilisée comme un indicateur significatif, dans la mesure où il existe une corrélation entre la surface de vente et le chiffre d'affaires. Lorsqu'elle utilise cet indicateur seul, il est tenu compte du fait que le chiffre d'affaires au mètre carré croît avec la taille des magasins. En effet, les hypermarchés ont une productivité plus élevée au mètre carré que les magasins de taille plus modeste en raison de conditions d'approvisionnement favorables, de taux de rotation élevés des produits alimentaires et de l'importance croissante de la part des produits non alimentaires, généralement nettement plus chers que ces derniers.

Le constat d'une concentration excessive dans la grande distribution est largement partagé. Néanmoins, s'agissant d'opérations de grande ampleur, comme Carrefour/Promodès, l'analyse concurrentielle peut-être délicate compte tenu des délais contraints de la procédure, lorsque de très nombreuses zones de chalandise sont potentiellement affectées. L'application, en première analyse, d'un seuil d'alerte de 50 % des parts de marché de la nouvelle entité peut ainsi servir de critère « d'écrémage ». C'est d'ailleurs souvent en utilisant dans son analyse un tel seuil de parts de marché que la Commission européenne procède, d'une manière générale, lorsqu'elle décide de renvoyer une affaire à un État membre au titre de l'article 9 du règlement « concentrations »<sup>50</sup>. Au-delà de ce seuil, la position des parties sur la zone concernée doit être ainsi appréciée plus avant (parts des autres concurrents, entrées potentielles, etc.).

### *S'agissant des marchés amont*

Il existe une interdépendance étroite entre le marché de la distribution et le marché de l'approvisionnement. Ce sont les volumes vendus par les sociétés de distribution sur les marchés aval – et donc leurs parts de marché – qui déterminent le volume de leurs achats, qui sera d'autant plus grand que la part détenue par le détaillant sur le marché de la vente est élevée. Or, plus le volume des achats est important, plus les conditions d'achat accordées à la société de distribution par ses fournisseurs sont, en règle générale, favorables.

Dès 1985, dans son avis relatif aux « super-centrales », la Commission de la concurrence avait esquissé une réflexion à partir des seuils que connaissait la législation relative aux concentrations. Cet avis mentionne que si une concentration dans un secteur de la distribution atteint 20 % d'un marché, « *tout producteur, lors même qu'il a pris soin, en bon gestionnaire, de diversifier ses débouchés et les risques correspondants, est dans une situation de dépendance économique qui justifie non pas l'interdiction de*

<sup>50</sup>. Régl. (CE) n° 139/2004 du Conseil, 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. L'article 9 de ce règlement est relatif à la procédure de renvoi vers les États membres d'un dossier de dimension communautaire.



*toute nouvelle concentration de la demande par la distribution, mais la possibilité de la contrôler, de l'assortir de certaines conditions, voire d'y faire obstacle si un bilan économique prévisionnel apparaît alors négatif».*

Dans sa décision « Carrefour/Promodès », la Commission européenne a estimé que ce « taux de menace » pourrait être atteint lorsqu'un fournisseur réalise plus de 22 % de son chiffre d'affaires avec un même distributeur. Ce pourcentage provient d'une moyenne des réponses obtenues lors du test de marché, les services de la Commission ayant demandé à plusieurs centaines de fournisseurs d'indiquer à partir de quel pourcentage de leur chiffre d'affaires ils considéraient que la perte d'un client représenterait une menace pour l'existence même de leur entreprise. Il englobe néanmoins tous les groupes de produits, les réponses recueillies faisant apparaître des différences selon les catégories considérées. Mais il est intéressant de souligner qu'au terme de son instruction, un tel résultat d'un seuil de 22 % avait également été obtenu lors du test de marché dans l'affaire Rewe/Meinl. Cependant, ce seuil de part de marché à partir duquel une présomption de domination/dépendance pourrait apparaître ne saurait constituer un chiffre « coupe-ret ». Ce premier constat doit être affiné.

L'analyse de la puissance d'achat effectuée dans le cadre du contrôle des concentrations repose sur des principes qui sont développés dans la troisième partie de cette étude, consacrée aux relations entre fournisseurs et distributeurs.

## Relations fournisseurs – distributeurs

La puissance d'achat de la grande distribution soulève parfois des craintes relatives, notamment, à la fragilisation des fournisseurs, même si le bilan tiré par l'Autorité est nuancé à ce stade. Les relations verticales entre fournisseurs et distributeurs peuvent également soulever des préoccupations de concurrence liées aux restrictions apportées à la concurrence intramarque ou intermarque au moyen de clauses d'exclusivité ou d'accords de distribution sélective. Enfin, dans un contexte d'évolution rapide des techniques de distribution et des outils marketing, l'Autorité est vigilante face à l'apparition de nouvelles pratiques dont l'impact concurrentiel est encore mal connu, comme c'est le cas pour le management catégoriel.

### La puissance d'achat des distributeurs

Comme on l'a vu dans la deuxième partie de cette étude, la tendance à la concentration dans le secteur de la distribution peut soulever des préoccupations relatives à la réduction de la concurrence sur les marchés aval, et à une possible dégradation de la situation des consommateurs dans les zones de chalandise concernées. Cette concentration suscite également un deuxième type de craintes, concernant un déséquilibre accru dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, le renforcement de la grande distribution lui permettant d'exiger des

petits fournisseurs des concessions qui pourraient affaiblir considérablement ces derniers, voire les faire disparaître. Le Parlement européen a ainsi adopté en 2008 une déclaration « sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation »<sup>51</sup>, affirmant « que les grands supermarchés abusent de leur pouvoir d'achat pour contraindre les fournisseurs [...] à baisser leurs prix jusqu'à des niveaux intenable, et pour leur imposer des conditions déloyales », et invitant la Commission européenne à enquêter sur les conséquences de la concentration du secteur européen de la grande distribution et en particulier à évaluer tout abus de puissance d'achat résultant de cette concentration.

La pratique du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence révèle un tableau plus nuancé. La puissance d'achat acquise par les grands distributeurs ne paraît pas constituer, dans de nombreux cas, une menace pour le fonctionnement concurrentiel des marchés<sup>52</sup>. Une vigilance reste cependant de mise face à certaines configurations (voir *infra*).

D'un point de vue théorique, les effets de la puissance d'achat peuvent souvent être proconcurrentiels : le transfert de profits entre fournisseurs et distributeurs n'est pas en soi un problème pour les consommateurs (même s'il peut l'être pour les acteurs concernés), et la puissance d'achat peut être bénéfique si la concurrence en aval permet de répercuter les baisses de prix aux consommateurs. Par ailleurs, les constats de pratiques anticoncurrentielles s'appuyant sur la puissance d'achat sont restés relativement rares à ce stade. Ainsi, les cas d'abus de dépendance économique ayant donné lieu à une condamnation sont exceptionnels et il s'agit essentiellement d'abus commis par des fournisseurs vis-à-vis d'acheteurs en situation de dépendance, mais jamais par des opérateurs de la grande distribution. Cela ne veut pas dire que des déséquilibres entre producteurs et distributeurs ne sont pas problématiques, mais que la solution à ces problèmes consiste moins à appliquer les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles qu'à mobiliser d'autres outils comme ceux relatifs aux pratiques restrictives de concurrence du titre IV du livre IV du Code de commerce.

La liberté, pour un producteur, de choisir son mode de distribution, et par la suite, la liberté, pour des partenaires commerciaux, de négocier les termes de leur relation contractuelle, sont des ressorts essentiels du fonctionnement concurrentiel des marchés. Il peut apparaître opportun d'intervenir directement, par le biais de la régulation, sur le partage des profits dans la chaîne de valeur lorsque ce partage paraît trop déséquilibré, notamment, en faveur de la grande distribution. Toutefois, lorsque le législateur choisit cette option, il existe un risque de contournement des dispositions adoptées, par les stratégies des acteurs, finalement au détriment des consommateurs. Cela a été le cas pour la loi Galland, destinée à protéger les fournisseurs et les petits concurrents de la grande distribution en précisant les

51. Parlement européen, 19 février 2008, Déclaration sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation (précitée), publiée au JOUE le 6 août 2008.

52. Avis 00-A-02 du 4 février 2000.

modalités de l'interdiction de la revente à perte. D'une part, comme l'a expliqué le Conseil de la concurrence dans son avis 04-A-18<sup>53</sup>, cette loi a favorisé le déplacement des négociations commerciales vers les marges arrière. Les avantages commerciaux obtenus en amont ne pouvant être répercutés en aval, les conséquences de cette loi ont été défavorables aux consommateurs. D'autre part, la définition du seuil de revente à perte résultant de la loi Galland a servi de mécanisme facilitateur à des pratiques anticoncurrentielles de fixation des prix de revente<sup>54</sup>, sanctionnées par le Conseil dans plusieurs décisions<sup>55</sup>.

Globalement, si une régulation de la puissance d'achat s'avérait nécessaire, elle devrait surtout s'attacher à renforcer la concurrence sur le marché aval, par un contrôle structurel sur le degré de concentration du marché, afin de garantir que la puissance d'achat s'exercera dans un sens favorable aux consommateurs : « *Sur le marché aval, la puissance d'achat des entreprises de la grande distribution est en général considérée comme favorable aux consommateurs dès lors que la concurrence qui s'exerce en aval conduit les distributeurs à répercuter dans les prix de détail les concessions qu'ils obtiendront de leurs fournisseurs.* »<sup>56</sup>

### ***Les sources de la puissance d'achat***

Lors des négociations entre un fournisseur et un client (par exemple un distributeur), chaque partie peut obtenir des conditions d'autant plus avantageuses qu'elle dispose d'une alternative crédible en cas d'échec des négociations. La puissance d'achat résulte de l'asymétrie entre les « points de menace » du fournisseur et du distributeur. En effet, il est généralement moins difficile pour un opérateur de la grande distribution de se passer d'un de ses fournisseurs que l'inverse. Certes, il peut être difficile pour un distributeur de remplacer à brève échéance un fournisseur qui représentait des volumes importants, mais les distributeurs ont souvent la possibilité de s'intégrer verticalement ou de favoriser l'apparition d'un nouvel entrant en lui garantissant un volume d'achats suffisant. Ces alternatives sont crédibles, comme en témoigne l'essor important des marques de distributeurs. Réciproquement, il peut être tout aussi difficile pour un fournisseur de réorienter des volumes de ventes importants vers des débouchés alternatifs. Ainsi, un fournisseur menacé de déréférencement risque de perdre une partie significative de ses profits. Les consommateurs étant souvent plus fidèles à leur magasin qu'à une marque en particulier, le déréférencement risque d'entraîner une perte de profits plus importante pour le fournisseur que pour le distributeur, dont les clients se

53. Avis 04-A-18 du 18 octobre 2004.

54. Le fournisseur pouvait en effet fixer, dans ses conditions générales de vente, le prix facturé déterminant le seuil de revente à perte, tarif public qui devait être identique pour tous ses distributeurs en raison du principe de non-discrimination, et ensuite, négocier avec chaque distributeur le montant des marges arrière. La déconnexion entre le prix facturé et le prix unitaire effectif (net des marges arrière) permettait ainsi au producteur de fixer un prix plancher uniforme à ses distributeurs.

55. Décisions 05-D-70 du 19 décembre 2005 et 07-D-50 du 20 décembre 2007.

56. Avis 00-A-02 du 4 février 2000.

reporteront probablement vers les produits de fournisseurs concurrents<sup>57</sup> : les marchés des produits de grande consommation n'étant généralement pas caractérisés par une forte concentration, il existe des solutions d'approvisionnement alternatives (marques de producteurs concurrentes ou marques de distributeurs). Le fournisseur risque donc d'être dans l'impossibilité, à court terme, de maintenir son niveau de production. Dans le cas de petites entreprises qui ne peuvent pas rapidement ajuster leur outil de production pour réduire leurs coûts fixes, la perte d'un gros contrat peut entraîner de graves difficultés financières.

Pour évaluer la puissance d'achat d'un acheteur vis-à-vis d'un ou plusieurs fournisseurs, le principal critère à prendre en compte est la proportion des ventes du (ou des) fournisseur(s) que cet acheteur représente, que l'on pourra comparer à la proportion des ventes de l'acheteur que représente le fournisseur. Un acheteur disposera d'une puissance d'achat significative s'il représente une part suffisante du marché de l'approvisionnement en un certain type de produits pour menacer d'infliger des pertes significatives à ses fournisseurs, parce que ceux-ci ne disposent pas à brève échéance de réelles alternatives, et qu'en retour, ces fournisseurs ne représentent pas une part prépondérante de son chiffre d'affaires ou que le distributeur peut aisément leur substituer d'autres partenaires, de sorte que la menace de déréférencement est crédible. Ainsi, lorsque les achats d'un distributeur atteignent un certain seuil de chiffre d'affaires d'un fournisseur, ce dernier peut être dans l'impossibilité de trouver rapidement des débouchés alternatifs pour des volumes aussi importants, et le distributeur est donc un partenaire indispensable.

Comme indiqué précédemment, la Commission européenne a identifié à plusieurs reprises, sur la base de déclarations des fournisseurs, un seuil correspondant en moyenne à 22 % de leur chiffre d'affaires<sup>58</sup>.

Notons que l'existence d'une puissance d'achat significative n'implique pas nécessairement la détention d'une position dominante. Un fournisseur peut ainsi être en situation de dépendance économique vis-à-vis d'un de ses distributeurs sans que celui-ci soit en position dominante sur le marché de l'approvisionnement. C'est notamment pour cette raison que l'article L. 420-2 du Code de commerce relatif aux abus de position dominante a été complété dès 1986 par une disposition relative aux abus de dépendance économique, permettant de contrôler le comportement d'opérateurs qui, sans nécessairement être en position dominante, sont en raison de leur poids sur le marché des partenaires obligés, soit de leurs fournisseurs, soit de leurs clients.

Les critères retenus par la jurisprudence pour caractériser de façon générale une situation de dépendance économique peuvent être utilisés comme indicateurs de la puissance d'achat d'un opérateur de la grande distribution : forte notoriété de

57. Pour la France, les données recueillies en avril 1998 dans une étude de l'INSEE montrent que les clients des grandes surfaces ont tendance à limiter le nombre d'enseignes qu'ils fréquentent : 35 % n'en visitent régulièrement qu'une seule, 40 % deux, et 25 % trois ou plus. En raison de leur préférence pour des approvisionnements peu fréquents dans un seul lieu, les consommateurs ne vont pas nécessairement changer d'enseigne parce que leur magasin aura retiré de la vente une de leurs marques préférées ou un petit nombre d'entre elles.

58. Commission européenne, décisions M. 1221 du 3 février 1999, Rewe/Meinl; M. 1684 du 25 janvier 2000 Carrefour/Promodès; M. 5047 du 23 juin 2008 Rewe/Adeg.

l'opérateur vis-à-vis duquel le plaignant est en situation de dépendance ; part de marché importante de cet opérateur ; part importante dans le chiffre d'affaires du dépendant ; enfin et surtout, impossibilité, pour le dépendant, de trouver un partenaire alternatif en cas de rupture de la relation contractuelle. Dans le cas de la grande distribution, il convient donc d'évaluer la capacité des fournisseurs à substituer à ce distributeur d'autres enseignes ou canaux de distribution, et les coûts de report qu'une telle substitution entraînerait<sup>59</sup>.

### *Les effets de la puissance d'achat sont souvent positifs pour les consommateurs*

#### Des économies de coûts qui peuvent profiter aux consommateurs

Indépendamment de la structure concurrentielle, la puissance d'achat d'un distributeur est généralement d'autant plus grande que les volumes qu'il achète sont importants. Il peut ainsi bénéficier d'économies d'échelle ou de gamme engendrées par ses volumes de commandes. Il peut aussi réduire ses coûts d'approvisionnement – notamment en obtenant des rabais supplémentaires – si, de par sa taille et son expérience du secteur, il est capable de s'intégrer vers l'amont, de faciliter l'entrée de nouveaux producteurs ou de faire appel à des producteurs concurrents existants, de mettre en place des procédures d'achat compétitives (mécanismes d'enchères par exemple), ou d'être mieux informé des évolutions des coûts et de la demande.

Lorsqu'elle s'exerce par le biais de négociations bilatérales et qu'elle conduit des fabricants disposant d'un certain pouvoir de marché à diminuer leurs prix, la puissance d'achat joue dans le sens de l'efficacité économique. Elle devient un « contre-pouvoir de marché » qui incite les producteurs à réduire, à court terme, leurs marges et, à plus long terme, leurs coûts de production. Si les marchés amont sont peu concurrentiels, la puissance d'achat a des effets positifs puisqu'en empêchant le producteur de fixer un prix de vente élevé, elle atténue le phénomène de double marginalisation et profite au consommateur, et ce même lorsque l'intensité de la concurrence en aval est limitée. Enfin, la puissance d'achat est susceptible de déjouer des pratiques anticoncurrentielles, par exemple en permettant à un acheteur de déstabiliser une entente entre producteurs par des achats importants.

Ces effets de la puissance d'achat sur les prix peuvent ensuite s'étendre sur le marché aval, au bénéfice des consommateurs finaux. L'intensité de la concurrence sur ce marché aval influence fortement l'ampleur des gains que tirent les consommateurs de l'exercice de la puissance d'achat. D'abord, plus la concurrence sur le marché aval est forte, plus le taux de répercussion des rabais est élevé. Ainsi, si la puissance d'achat résulte d'une opération de concentration entre des acheteurs, la

59. Dans un arrêt du 15 octobre 2008, SCEA Vergers de la Motte, la cour d'appel de Paris a précisé que « l'état de dépendance économique se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'ensuit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ».

diminution des prix d'achat qui pourrait en résulter doit être mise en balance avec l'accroissement du pouvoir de marché des acheteurs sur le marché aval. Ensuite, une concurrence importante entre les acheteurs sur le marché aval évite que la puissance d'achat et les gains qu'elle génère ne permettent aux acheteurs qui en bénéficient de diminuer leur productivité sur d'autres aspects de leur chaîne de valeur. L'ampleur de la répercussion des rabais aux consommateurs finaux joue un rôle important dans le bilan concurrentiel de l'exercice de la puissance d'achat. En effet, comme on le verra plus en détail, les effets de la puissance d'achat sur l'investissement des producteurs ou sur la concurrence entre les acheteurs sont théoriquement ambigus. Il est donc préférable que le détenteur de la puissance d'achat soit incité à répercuter au consommateur les rabais obtenus, afin de compenser d'éventuels effets négatifs sur d'autres aspects du fonctionnement des marchés.

### **Puissance d'achat et contrôle des concentrations**

Cette approche se retrouve dans le contrôle des opérations de concentration, comme il a déjà été évoqué dans la deuxième partie de la présente étude, qu'il s'agisse de concentrations entre opérateurs du marché amont ou entre acteurs de la distribution.

Dans le cas d'une concentration entre producteurs, le contre-pouvoir des acheteurs peut atténuer les risques liés au renforcement du pouvoir de marché en amont. À plusieurs reprises, l'Autorité – ou avant elle le Conseil de la concurrence – a en effet estimé qu'une opération était peu susceptible de produire des effets défavorables à la concurrence lorsque les entreprises clientes disposaient d'une puissance d'achat compensatoire à même de contrer une augmentation unilatérale des prix ou des comportements d'éviction<sup>60</sup>. Les grandes enseignes de vente au détail sont réputées disposer d'une puissance d'achat potentiellement importante en raison de leur poids dans le chiffre d'affaires de leurs fournisseurs et de la concentration de ce secteur. Pour évaluer ensuite si cette puissance d'achat peut effectivement être exercée envers les fabricants d'une catégorie de produits donnée, l'Autorité tient notamment compte du poids de la grande distribution dans le chiffre d'affaires de l'entité fusionnée et, inversement, du poids de l'entité fusionnée dans le chiffre d'affaires de ces enseignes, de l'attachement du consommateur final aux marques de l'entité fusionnée, de la variété des référencements sur les linéaires pour la catégorie de produits étudiés, et de la concurrence à laquelle sont soumises ces enseignes, qui les inciterait à changer de fournisseur en cas de hausse des prix.

Lorsqu'il s'agit d'une opération de concentration concernant des distributeurs, les gains d'efficacité éventuellement induits par le renforcement de la puissance d'achat doivent être mis en regard de la possible réduction de la concurrence sur le marché aval. Tout d'abord, le pouvoir de marché accru de la nouvelle entité sur le marché aval réduit les gains que les consommateurs peuvent espérer tirer de l'accroissement de la puissance d'achat. En outre, les modalités d'exercice de la puissance d'achat, qui peuvent prendre d'autres formes qu'une réduction des

<sup>60</sup>. Voir avis 98-A-09 du 29 juillet 1998, 04-A-20 du 22 octobre 2004 et 04-A-16 du 28 juillet 2004.

prix (octroi de « marges arrières » ou d'exclusivités par exemple), et l'ampleur des rabais éventuellement obtenus sont inconnues au moment de l'opération. À titre d'exemple, lors de l'examen de l'opération Cafom/Fincar<sup>61</sup>, le Conseil a évalué la possibilité d'obtention d'avantages tarifaires (compte tenu notamment du pouvoir de négociation des offreurs), la forme que peuvent prendre ces avantages (les baisses de prix unitaires ayant plus de chances d'être rétrocédées aux consommateurs qu'un abaissement des coûts fixes du distributeur par le biais de droits de référencement accrus), le maintien d'une concurrence suffisante entre les entreprises clientes (pour que le consommateur final bénéficie effectivement de ces rabais), et la nécessité de l'opération pour la réalisation des gains allégués (la création d'une centrale d'achat commune, qui n'entraîne pas de restriction de concurrence sur le marché aval, étant également à même d'accroître la puissance d'achat des distributeurs). Sur ces différents critères, les circonstances ne permettaient pas, en l'espèce, de démontrer de manière définitive un accroissement de la puissance d'achat susceptible de bénéficier au consommateur et les gains d'efficacité allégués n'ont été pris en compte ni dans l'avis final, ni dans la définition des remèdes.

### Le cas particulier des centrales d'achat et de référencement

Dans le secteur de la grande distribution, les centrales d'achat ne sont pas le propre des groupes intégrés : les regroupements d'indépendants disposent généralement eux aussi de centrales d'achat au niveau national ou régional, qui leur permettent de se fédérer dans le but de négocier plus efficacement avec les fournisseurs et faire baisser les prix. Une tendance récente est le regroupement de grandes chaînes de supermarchés au sein de « supercentrales européennes », complémentaires aux alliances nationales, dont les adhérents peuvent être actifs sur des marchés géographiques nationaux distincts.

Le regroupement d'entreprises indépendantes, éventuellement concurrentes les unes des autres, en vue d'achats en commun fait l'objet d'une section spécifique des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité aux accords de coopération horizontale<sup>62</sup>. Selon la Commission, « *les accords d'achat groupé visent généralement à créer une puissance d'achat susceptible de conduire à une baisse des prix ou à une amélioration de la qualité des produits ou des services pour les consommateurs. Toutefois, la puissance d'achat peut aussi, dans certains cas, poser des problèmes de concurrence* ». Plusieurs problèmes potentiels sont ainsi identifiés. Sur le marché aval, la concurrence pourrait être réduite si, du fait d'un approvisionnement commun pour une grande partie des produits, les entreprises sont moins incitées à se faire concurrence en prix. Par ailleurs, une puissance d'achat accrue pourrait avoir des effets négatifs sur les incitations des fournisseurs à développer la qualité de leurs produits et l'innovation. Enfin, la puissance d'achat des parties à l'accord d'achat groupé pourrait être utilisée pour fermer le marché aux acheteurs concurrents

61. Avis 07-A-06 du 16 juillet 2007.

62. Commission européenne, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n° C11, 14 janvier 2011.



en limitant leur accès aux fournisseurs efficaces, surtout si les fournisseurs sont en nombre limité et qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché en amont.

La Commission préconise donc dans un premier temps d'examiner un tel regroupement en tant qu'accord de coopération horizontale. L'accord pourra généralement être exempté au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à condition que la part de marché cumulée des parties n'excède pas 15 % tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente. Dans le cadre de la révision de ces lignes directrices en 2010, l'Autorité s'est montrée favorable au maintien de ce seuil, plutôt qu'à son assouplissement un temps envisagé par la Commission et par d'autres autorités de la concurrence en Europe, afin de pouvoir continuer à contrôler finement, par le biais d'une analyse détaillée des effets pro et anticoncurrentiels, un renforcement de la puissance d'achat par le biais d'accords, comme elle le fait dans le cadre du contrôle des concentrations. En France, compte tenu du poids des centrales d'achat, le maintien d'un seuil à 15 % était nécessaire pour préserver la possibilité de contrôler l'impact sur la concurrence d'un éventuel renforcement de leur puissance d'achat. Cette position de l'Autorité, qui rejoint les préoccupations des parlementaires, a été entendue par la Commission, le seuil restant finalement inchangé.

Par ailleurs, s'il y a coopération entre des acheteurs concurrents n'opérant pas sur le même marché aval (par exemple des détaillants opérant sur des marchés géographiques différents et qui ne peuvent être considérés comme des concurrents potentiels), les lignes directrices précisent qu'il est peu probable que l'accord d'achat groupé ait des effets restrictifs sur la concurrence, à moins que les parties ne bénéficient, sur les marchés d'achat, d'une position qui pourrait être utilisée pour éroder la position concurrentielle d'autres opérateurs sur leurs marchés de vente respectifs.

Lorsque cette première évaluation ne fait pas apparaître de problème de concurrence, il convient d'apprécier les accords verticaux pertinents entre l'alliance et ses membres ou entre l'alliance et des fournisseurs (par exemple, exclusivités d'approvisionnement, primes de référencement, rabais rétroactifs). Ces accords, s'ils ne contiennent pas de restrictions caractérisées, sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010 relatif aux restrictions verticales, à condition que les parts de marché du fournisseur et du distributeur soient toutes deux inférieures à 30 %<sup>63</sup>. Alors que ce seuil ne concernait auparavant que le fournisseur (sauf dans le cas d'accord de fourniture exclusive), depuis l'adoption du nouveau règlement sur les accords verticaux, il concerne à la fois le fournisseur et le distributeur, parties à l'accord. Si la part de marché du fournisseur doit bien être calculée sur le marché sur lequel il vend les produits considérés, celle du distributeur

63. Le règlement d'exemption ne présume nullement de l'illégalité des accords conclus entre des entreprises dont une au moins possède une part de marché supérieure à 30 %. Au-delà de ce seuil, il convient seulement, en l'absence de toute présomption de légalité ou d'illégalité, de mener une analyse économique individualisée, en fonction de paramètres tels que la nécessité d'amortissement des investissements, le partage du risque, les modes de reconduction et de résiliation des contrats ou encore la dispersion de la demande.



doit être calculée sur le marché sur lequel il se fournit et non sur celui ou ceux où il revend les produits considérés.

En ce qui concerne les centrales d'achat ou de référencement, le Conseil de la concurrence a rappelé dans son avis 97-A-04<sup>64</sup> les grands principes dégagés dans sa pratique antérieure : « *Les centrales d'achat et de référencement ont une mission qui ne se limite pas à la seule négociation de rabais et de remise mais contribuent à rationaliser l'approvisionnement des magasins dans l'intérêt des producteurs comme des distributeurs. D'une manière générale, les restrictions de concurrence inhérentes à l'existence même d'une centrale comme celles qui peuvent résulter de l'effet cumulatif de ces centrales sur un marché doivent être appréciées au regard de l'amélioration de l'efficacité de la distribution et des services rendus aux fournisseurs, qui peuvent avoir pour effet d'aviver la concurrence ou d'accroître l'efficacité économique des producteurs.* »

Dans cet avis, le Conseil avait notamment souligné que la mise à la disposition collective de services commerciaux peut contribuer à améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises de la distribution et être favorable à l'exercice de la concurrence. Il avait ainsi évoqué l'adhésion à la centrale Paridoc de groupes d'influence régionale aux côtés d'un distributeur important au plan national, ce qui avait permis aux premiers de subsister en bénéficiant de conditions tarifaires et de la logistique du second. Plus généralement, les associations de coopératives d'achat ou les regroupements d'entreprises individuelles peuvent constituer un contrepoids à la puissance contractuelle des producteurs les plus importants et des grands distributeurs et contribuer au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché aval.

Une particularité du secteur de la grande distribution en France, par rapport aux autres pays européens, est le poids des groupements coopératifs réunissant des distributeurs indépendants les uns des autres, qui développent des centrales d'achat ou de référencement communes<sup>65</sup> dont l'usage est réservé à leurs adhérents. Si le magasin indépendant bénéficie des conditions commerciales négociées par sa centrale d'achat auprès des fournisseurs, il garde sa liberté de décision en matière de politique commerciale (prix, assortiment, opérations promotionnelles), dans les limites de la politique commerciale décidée par le groupement. Les centrales d'achat constituées par des groupements de magasins indépendants semblent *a priori* avoir un bilan concurrentiel positif puisqu'elles combinent une puissance d'achat accrue sur le marché amont avec le maintien d'une concurrence entre leurs adhérents sur le marché aval.

L'Autorité a cependant nuancé cette analyse dans son avis 10-A-26 précité<sup>66</sup>. Si, théoriquement, les magasins indépendants opérant sous une même enseigne sont à même de se concurrencer les uns les autres, leur politique commerciale est cependant, pour les raisons qui ont été évoquées précédemment, en grande partie

64. Avis 97-A-04 du 21 janvier 1997.

65. Contrairement à la centrale d'achat, la centrale de référencement n'achète pas les produits, mais sélectionne seulement des produits ou des fournisseurs auprès desquels les membres du réseau peuvent acheter à des prix convenus.

66. Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010.

déterminée par la tête de réseau. De ce fait, l'intensité de la concurrence qu'ils exercent les uns sur les autres est en pratique relativement limitée.

### ***Les constats de pratiques anticoncurrentielles fondées sur la puissance d'achat demeurent relativement rares***

Si diverses formes d'exercice de la puissance d'achat telles que les déréfèrèncements ou menaces de déréfèrèncement peuvent éventuellement être sanctionnées en tant qu'abus de position dominante ou de dépendance économique, ou encore en tant que pratiques concertées, de tels cas sont relativement rares dans la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité de la concurrence. En effet, ne peuvent être sanctionnées au regard du droit de la concurrence que les pratiques de déréfèrèncement ou de renégociation ayant pour objet ou pour effet réel ou potentiel de restreindre la concurrence de façon sensible. De tels cas n'ont que rarement été portés à la connaissance de l'Autorité au cours des dernières années.

### **Abus de position dominante et de dépendance économique**

Selon les termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce, « *la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* », caractérisées notamment par l'absence de contreparties offertes à la renégociation de conditions commerciales, peut constituer un abus de position dominante. Toutefois, le distributeur le plus important d'un marché dispose rarement d'une part de marché, telle qu'il puisse être qualifié de dominant, sauf lorsque ce marché est étroitement cloisonné, sur une base géographique par exemple. Quant aux abus de dépendance économique, selon l'article L. 420-2 du Code de commerce, ils requièrent trois conditions cumulatives : l'existence d'une situation de dépendance économique, une exploitation abusive de cette situation et une affectation, réelle ou potentielle, du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le marché. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en accords de gamme, en pratiques abusives ou déloyales (en matière de prix, de délais de paiement ou de modalités de vente ou d'achat) telles que celles visées à l'article L. 442-6 du Code de commerce, mais les pratiques les plus fréquemment relevées dans la pratique décisionnelle du Conseil puis de l'Autorité ont consisté en une rupture brutale des relations commerciales, par le biais notamment d'une forte hausse ou baisse des prix d'achat ou de vente.

À titre d'illustration, dans l'affaire 07-D-18, un producteur de pommes à cidre saisissait le Conseil des pratiques de renégociation des accords d'approvisionnement d'un important cidrier. Le Conseil a relevé toutefois qu'en dépit du fort pouvoir de négociation dont disposaient les cidriers à la suite de multiples opérations de concentration, le producteur de pommes à cidre disposait de solutions alternatives équivalentes, telles que les coopératives de collecte ou les exportations *via* des négociateurs indépendants. En outre, aucun abus, sous la forme d'une rupture brutale et unilatérale des relations contractuelles, n'avait pu être

constaté, les contrats signés entre le groupe cidrier et le plaignant ayant été exécutés jusqu'à leur échéance.

Plus généralement, une certaine prudence s'est imposée dans le recours à la qualification d'abus de dépendance économique qui, sur un total d'une quarantaine de saisines, n'a finalement été retenue qu'à moins de dix reprises<sup>67</sup>. En effet, au regard de la jurisprudence, cette disposition tend à accorder à une entreprise en situation de dépendance un droit particulier à une plus grande stabilité dans ses relations commerciales, et ce alors même que les renégociations des accords commerciaux participent du fonctionnement efficace et concurrentiel d'un marché et d'une économie. Par conséquent, lorsqu'elle est saisie d'un abus de dépendance économique, l'Autorité veille à vérifier, d'une part, qu'il existe bien une atteinte à la concurrence, par exemple lorsque la pratique en cause est susceptible de porter atteinte à la survie économique du dépendant ou de générer des désavantages significatifs dans la concurrence, et, d'autre part, que le plaignant ne dispose d'aucune autre solution alternative que celle proposée par l'entreprise dont il allègue être dépendant – situations qui, en pratique, demeurent rares. De fait, les abus de dépendance allégués mettent plus fréquemment en cause les fournisseurs que les distributeurs – et n'ont même jamais concerné un opérateur de la grande distribution – dans la mesure où un distributeur particulier est rarement un débouché indispensable à un fournisseur.

### Pratiques concertées

Les distributeurs peuvent choisir de combiner leur puissance d'achat aux fins d'obtenir des conditions de vente plus avantageuses de la part de leurs fournisseurs. De tels regroupements, par exemple au sein d'une centrale de référencement ou d'achat, ne sont pas en eux-mêmes prohibés. En revanche, les négociations qui sont alors conduites ne doivent pas s'appuyer sur des pratiques ayant pour objet ou pour effet potentiel de restreindre le jeu de la concurrence. En particulier, les « boycotts » constituent des actions concertées limitant artificiellement l'accès des fournisseurs visés au marché final et la fixation des prix par le libre jeu du marché. Ainsi, dans deux affaires de boycott organisés par des centrales d'achat ou de référencement de distributeurs indépendants<sup>68</sup>, le Conseil de la concurrence a dû rappeler que les distributeurs indépendants membres d'une centrale doivent demeurer libres de s'approvisionner en produits auprès de fournisseurs non référencés.

Le Conseil de la concurrence a en revanche conclu à des non-lieux dans deux autres affaires invoquant également une entente entre des distributeurs visant à

67. Voir les décisions 96-D-44 du 18 juin 1996, 96-D-51 du 3 septembre 1996, 04-D-26 du 30 juin 2004 et 04-D-44 du 15 septembre 2004.

68. Décisions 99-D-01 du 5 janvier 1999 et 94-D-60 du 13 décembre 1994.

opérer un transfert de marges de l'amont vers l'aval de la filière<sup>69</sup>. Les pratiques alléguées revêtaient la forme d'exigences de renégociations de contrats de commercialisation et de ristournes supplémentaires suite à la création d'une union de coopératives ou d'une centrale de référencement commune à deux grands distributeurs. Sans se prononcer sur la licéité de ces pratiques au regard de certaines dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce pour l'application desquelles il n'est pas compétent, le Conseil a estimé qu'en l'absence de tentative de boycott et d'alignement des conditions commerciales des membres des groupements de cette union, ces pratiques de renégociation participaient d'un fonctionnement concurrentiel du marché, compte tenu notamment des informations progressivement obtenues par chacun des opérateurs sur les conditions accordées aux fournisseurs et aux distributeurs concurrents. En outre, au vu des parts de marché des distributeurs concernés<sup>70</sup>, de la notoriété des marques des fournisseurs concernés par ces négociations, de la fréquente obtention de contreparties par les fournisseurs en échange des ristournes accordées et du caractère limité des déréférencements observés, le Conseil a estimé que les distributeurs concernés n'avaient pas restreint l'accès de leurs fournisseurs concernés au marché aval.

### *Les effets ambigus de la puissance d'achat sur les producteurs et sur l'amont*

#### **Les risques liés au déséquilibre des pouvoirs de négociation : fragilisation des producteurs et réduction des investissements**

Comme la Commission de la concurrence l'indiquait déjà dans un avis du 14 mars 1985, « *le libre choix de l'acheteur est un des ressorts majeurs de la concurrence et le principal moyen par lequel le commerce stimule, chez les producteurs, la productivité, l'amélioration de la qualité des produits et des services ainsi que l'abaissement des prix.* » Il en résulte que la négociation des accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assortis ou au contraire le refus de référencer, comme le déréférencement, ne constituent pas, en eux-mêmes, des pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil de la concurrence précisait dans son avis 97-A-04 précité que « *[l]es accords de référencement sont fréquemment l'objet de renégociations conduisant à une modification des accords initiaux. En effet pour un distributeur l'intérêt économique*

69. Décisions 03-D-11 du 21 février 2003 et 05-D-62 du 10 novembre 2005. Dans la décision 95-D-34, le Conseil a été saisi de pratiques similaires (renégociation des conditions de vente et demandes de participation publicitaires faites à l'occasion de cette opération de concentration) sous le grief d'ententes entre le distributeur et ses fournisseurs. Toutefois, ce grief n'a pas été retenu par le Conseil, la première pratique n'ayant pas revêtu un caractère général suffisant et la seconde ayant été assortie de contreparties réelles. Cette décision a été réformée par la cour d'appel de Paris, qui dans son arrêt, considère « *qu'à la différence d'une négociation bilatérale qui, sauf hypothèses d'abus de position dominante ou de dépendance économique non visées en l'espèce, doit être considérée comme l'exercice normal d'une négociation commerciale entre un vendeur et un acheteur, la généralisation à tous les fournisseurs ou à une partie substantielle d'entre eux, d'une offre indifférenciée de conditions de renégociation, a pour objet ou pour effet d'entraîner leur adhésion à une harmonisation des pratiques et à une uniformisation des conditions de vente, partant, de neutraliser ou d'affaiblir le risque concurrentiel.* ». Cet arrêt a cependant été cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 avril 1998, au motif qu'il n'était pas établi que les parties avaient librement consenti à l'entente en vue de limiter l'accès au marché ou à la libre concurrence (pourvoi n° 96-13.735).

70. 15 % du marché de l'approvisionnement pour Lucie et 11 % à 14 %, selon les catégories, dans le cas d'Opera.

*d'un accord avec un fournisseur dépend pour partie des conditions que ce même fournisseur aura accordées à d'autres distributeurs, conditions qui ne sont pas connues avec précision lors de la négociation de l'accord mais qui peuvent apparaître en cours d'application de celui-ci». Le Conseil concluait que «le référencement comme le déréférencement ne sont pas a priori illicites et les difficultés certaines qu'ils peuvent faire subir au producteur en cause ne sauraient en elles-mêmes être qualifiées d'abus».*

De fait, le partage des profits entre les opérateurs amont et aval ne relève pas *a priori* des règles de concurrence : lorsque l'exercice de la puissance d'achat au travers de négociations bilatérales a pour seule conséquence un transfert de profit des fournisseurs vers les distributeurs, le surplus collectif et le bien-être des consommateurs en particulier ne sont pas affectés, et il n'y a pas d'impact sur l'intensité de la concurrence. Si, du fait de l'évolution des techniques, des produits et des goûts des consommateurs, certains fournisseurs font preuve d'une moindre capacité d'innovation et d'adaptation et peuvent être amenés à connaître des difficultés financières et même à disparaître, à mesure que les distributeurs leur substituent des concurrents plus performants, ce processus relève du fonctionnement concurrentiel des marchés et ne nuit pas, en principe, aux consommateurs. D'un point de vue théorique, il n'est en effet pas certain qu'il existe des motivations rationnelles qui conduiraient un distributeur à exiger des conditions commerciales incompatibles avec la survie d'un nombre significatif de fournisseurs de façon à ce que la concurrence diminue sur le marché amont concerné, puisque ceci se ferait finalement à son détriment. De plus, c'est lorsque le marché d'approvisionnement réunit de nombreux offreurs de petite taille que le risque de situation de dépendance est le plus élevé ; or, la probabilité est alors très faible de voir l'intensité concurrentielle de ce marché diminuer du fait que, par un comportement d'achat trop sévère, les distributeurs auraient fait disparaître certains producteurs. Enfin, pour de nombreux marchés d'approvisionnement, la faiblesse des barrières à l'entrée ou la facilité des importations diminuent encore la probabilité d'une disparition de la concurrence.

Toutefois, dans son avis 08-A-07 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes<sup>71</sup>, le Conseil de la concurrence a estimé que si la politique de concurrence n'a pas pour vocation d'intervenir dans la répartition des surplus entre les opérateurs, «*la fragilisation du secteur amont via le pouvoir de marché proche de l'oligopsone de l'aval est susceptible, à moyen terme, d'entraîner une réduction de l'offre ou de sa diversité, nuisible au bien-être collectif. De plus, en s'octroyant une très forte part du profit de la chaîne économique, les distributeurs pourraient réduire la part de leurs fournisseurs jusqu'à limiter les investissements amont en deçà du niveau nécessaire au bon fonctionnement de la filière*». Cette analyse rejoint le constat plus général formulé dans l'avis 00-A-02 relatif à un projet de réforme de la régulation des relations commerciales : «*Le sens actuel de l'évolution des rapports entre producteurs et distributeurs et le déséquilibre croissant des forces en présence pourraient conduire à des abus de nature à compromettre la rentabilité d'entreprises qui en seraient victimes,*

71. Avis 08-A-07 du 7 mai 2008.

*à les contraindre à réduire leurs dépenses d'investissement, de recherche et de développement, à réduire leur capacité d'innovation et, par conséquent, de nature à restreindre à terme la concurrence.»*

Les effets de la puissance d'achat des entreprises clientes sur l'investissement des producteurs, et donc sur la qualité et la variété de leurs produits ou sur leurs coûts de production, sont ambigus. D'un point de vue empirique, ces effets sont mal connus, et selon la théorie économique, ils peuvent jouer en sens contraires. Leur impact net dépend notamment de l'intensité de la concurrence en amont et en aval. Si le marché amont est peu concurrentiel, on peut présumer que la puissance d'achat des distributeurs, qui mettent leurs fournisseurs en concurrence, peut inciter ces derniers à investir afin de regagner un certain pouvoir de négociation vis-à-vis des distributeurs. Sur un marché amont concurrentiel, en revanche, les effets de la puissance d'achat peuvent s'avérer plus ambigus. La diminution des marges et de la capacité de financement des producteurs peut rendre des dépenses d'investissement importantes difficilement envisageables. Tel pourrait notamment être le cas si la volatilité des prix ou la concurrence entre les producteurs atténue déjà les marges de ces derniers, comme dans certaines filières agricoles. Le degré de concurrence en aval joue lui aussi un rôle déterminant sur les incitations des distributeurs à promouvoir l'investissement de leurs fournisseurs. En effet, si la concurrence en aval est suffisamment forte, l'investissement réalisé par les fournisseurs d'une enseigne peut constituer un élément important de sa compétitivité (à condition que cet investissement bénéficie effectivement à ce distributeur plutôt qu'à ses concurrents). Les grands distributeurs auraient d'autant plus d'intérêt à promouvoir l'investissement des producteurs que leur puissance d'achat leur permet de s'attribuer une part importante du surplus généré par ces investissements. Cependant, un risque de *hold-up* peut exister dans le cas d'investissements spécifiques – c'est-à-dire qui n'ont pas de valeur en dehors de la relation avec un distributeur particulier : si les distributeurs disposent d'un fort pouvoir de négociation et peuvent renégocier les contrats à leur avantage, la rémunération de ces investissements n'est pas assurée, ce qui pourrait décourager les producteurs de les entreprendre. Ceci peut être problématique pour les petites et moyennes entreprises, notamment celles qui commercialisent leurs produits sous marques de distributeurs.

L'Autorité suit donc avec une particulière attention les rapports producteurs/distributeurs. Ainsi qu'il sera développé plus loin, elle a déjà rendu plusieurs avis sur des filières agricoles comme les fruits et légumes, le lait ou les ovins. Elle pourra utiliser à l'avenir son pouvoir d'intervenir de sa propre initiative en matière consultative afin d'établir un diagnostic du fonctionnement concurrentiel dans tel ou tel secteur et de procéder à un certain nombre de recommandations à destination des acteurs économiques, du gouvernement ou de la représentation nationale. Comme déjà mentionné, elle s'est saisie à deux reprises de la question de la grande distribution. Par ailleurs, la loi de modernisation de l'économie l'a aussi dotée de nouveaux outils permettant de prévenir une concentration excessive des entreprises et de dissuader ou de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, visant

par exemple à l'éviction de fournisseurs. Enfin, il faut souligner que les solutions que l'Autorité peut apporter sont sans préjudice des autres outils pouvant être mobilisés en faveur des producteurs. D'une part, le ministre de l'Économie peut, comme il l'a fait récemment, faire un usage plus fréquent des dispositions sur la loyauté des relations commerciales. D'autre part, si des manques étaient constatés dans le dispositif existant, il pourrait y avoir lieu, pour le législateur, d'adapter la législation en conséquence.

### Le rôle des marques de distributeurs

La commercialisation de produits sous marques de distributeurs est une tendance croissante dans le secteur de la grande distribution. Dans certains formats de distribution, comme les magasins maxi-discount, ces produits représentent même la majorité des références proposées. La loi NRE définit précisément les marques de distributeur dans son article 62 : « *Est considéré comme produit vendu sous marque de distributeur le produit dont les caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui en assure la vente au détail et qui est le propriétaire de la marque sous laquelle il est vendu.* » Ces produits sont généralement fabriqués par des fournisseurs indépendants du distributeur, qui acceptent de se soumettre à un cahier des charges plus ou moins détaillé et qui renoncent à apposer leur marque propre sur ces produits.

À première vue, les marques de distributeurs accroissent la variété des produits proposés aux consommateurs et leur développement est donc positif pour la concurrence. Toutefois, les effets du développement des marques de distributeurs sur la structure concurrentielle des marchés amont sont ambigus. La détention de marques de distributeurs est pour les acheteurs un moyen privilégié d'améliorer leur position vis-à-vis de leurs fournisseurs lors des négociations commerciales, et ceci, d'autant plus que ces marques de distributeurs sont proches des marques nationales et représentent donc une réelle alternative à celles-ci. L'intégration verticale des acheteurs et des offreurs pourrait donc accroître les problèmes de débouchés pour les offreurs amont indépendants, et à l'extrême, entraîner des risques d'éviction. Toutefois, le Conseil de la concurrence a rencontré, dans certaines affaires qui lui ont été soumises, des cas où la concentration dans la grande distribution a facilité le développement de petites et moyennes entreprises qui, jusqu'alors, ne disposaient pas des moyens commerciaux d'accroître leurs débouchés. Il en avait notamment fait la remarque dans ses avis 97-A-04 et 98-A-06. Le développement des marques de distributeurs a ainsi permis à de nombreuses petites et moyennes entreprises de s'adresser à une clientèle qu'elles n'auraient pu autrement atteindre.

En ce qui concerne l'incitation des producteurs à innover, l'impact des marques de distributeurs est ambivalent. La collaboration entre les fournisseurs de marques de distributeurs et les chaînes de grande distribution peut permettre aux premiers d'améliorer leur offre et de mieux l'adapter aux attentes des consommateurs. Mais ces producteurs doivent souvent entreprendre des investissements spécifiques pour répondre au cahier des charges défini par le distributeur, ce qui les soumet



au risque de voir les bénéfices résultant de ces investissements captés par le distributeur. Quant aux autres producteurs, ils peuvent être découragés d'investir si leurs innovations sont imitées rapidement par les marques de distributeurs, la grande distribution ayant accès à des informations privilégiées aussi bien sur les nouveaux produits disponibles que sur leur succès auprès des consommateurs.

## Le cas spécifique des filières agroalimentaires

La chaîne d'approvisionnement alimentaire relie trois secteurs importants pour l'économie : le secteur agricole, l'industrie agroalimentaire et le secteur de la distribution. Ces secteurs représentent 6 % de la valeur ajoutée de l'UE et 12 % de l'emploi dans l'UE. Or les spécificités du secteur agricole engendrent une forte instabilité qui est à l'origine de crises récurrentes. Cette situation particulière est reconnue explicitement par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui permet des dérogations à l'application du droit de la concurrence dans le domaine agricole<sup>72</sup>. Le Conseil a ainsi adopté un règlement<sup>73</sup> qui fait de l'application des règles de concurrence au secteur agricole le principe général. Toutefois, il en exempte les accords mis en œuvre par des organisations de producteurs (OP) ou associations les regroupant (AOP) « dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles », à condition de ne pas éliminer la concurrence.

Les organisations de producteurs, dont la vocation est de renforcer la position des producteurs sur le marché en regroupant davantage l'offre, ont pour rôle d'assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande notamment en quantité et en qualité, de promouvoir la concentration de l'offre et la mise en marché de la production des membres, de réduire les coûts de production et de régulariser les prix à la production. Cependant, elles ne sont pas autorisées à fixer des prix de vente, ce qui constituerait une entente anticoncurrentielle. Comme le soulignait déjà le rapport Canivet, une approche trop globalisante, et par les prix, des relations entre acteurs de la filière, parfois résumées à un simple affrontement entre production et distribution, est réductrice. D'autres solutions moins restrictives de concurrence, comme la contractualisation, semblent plus appropriées pour assurer une meilleure stabilité des revenus des producteurs.

Dans une communication du 28 octobre 2009 intitulée « Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe », la Commission européenne souligne que « le manque de transparence sur le marché, les inégalités des rapports de forces et les pratiques anticoncurrentielles ont conduit à des distorsions sur le marché, avec des effets négatifs sur la compétitivité de l'ensemble de la chaîne alimentaire ». Elle s'appuyait sur les conclusions du Groupe de haut niveau sur la compétitivité

72. L'article 42 du TFUE précise que « les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévue à l'article 43, paragraphe 2, compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 ».

73. Initialement le règlement (CEE) n° 26/62, aujourd'hui codifié dans le règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006.



de l'industrie agroalimentaire, créé en 2008 sous l'égide de la Commission, réunissant des États membres ainsi que des responsables de l'industrie agroalimentaire, de la société civile et des associations professionnelles, qui étaient chargés de dresser l'inventaire des principaux défis à relever par l'industrie alimentaire européenne. Ses travaux ont notamment abouti, en 2009, à la formulation de trente recommandations, portant entre autres sur l'amélioration du pouvoir de négociation des producteurs grâce à leur regroupement en coopératives, la création d'un forum de haut niveau pour promouvoir les meilleures pratiques contractuelles entre producteurs, transformateurs et distributeurs, et l'étude de l'impact des marques de distributeurs sur la compétitivité des petites et moyennes entreprises agroalimentaires<sup>74</sup>.

La spécificité du secteur agricole est que les biens produits sont très souvent périssables, ce qui a une double conséquence. D'une part, à court terme l'offre est plus inélastique que dans d'autres secteurs puisqu'elle ne peut être lissée par la gestion des stocks. La volatilité des cours que cette inélasticité engendre peut alors créer pour les agriculteurs des problèmes de trésorerie importants. Du fait de la difficulté d'obtenir des financements adéquats, certains agriculteurs peuvent être acculés à la faillite ou tout au moins empêchés d'entreprendre les investissements nécessaires à la pérennité de leurs exploitations. D'autre part, un problème de *hold-up* se pose en des termes particulièrement aigus, par exemple parce qu'un producteur n'a que très peu de temps pour trouver un acheteur alternatif lorsque la grande surface avec laquelle il avait un accord refuse la livraison.

Dans l'avis 08-A-07 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes<sup>75</sup>, le Conseil a souligné que face à une demande très concentrée et aléatoire, le caractère atomisé de l'offre, son caractère aléatoire et sa faible élasticité à court terme entraînaient un rapport de force déséquilibré entre l'amont et l'aval et une forte volatilité des prix à même de réduire le bon fonctionnement de la filière. Tout en rappelant que cette situation appelle un renforcement de la concurrence entre les enseignes, le Conseil a également estimé qu'*« il peut s'avérer bénéfique d'encourager les producteurs à se regrouper afin de peser davantage dans les relations commerciales, ce que permettent les AOP (associations d'organisations de producteurs) de commercialisation »*. Ce regroupement doit cependant se faire dans le respect du droit de la concurrence, afin de s'opérer dans des conditions qui, tout en étant bénéfiques aux producteurs et facteurs de renforcement du secteur et de son efficacité économique, ne finissent pas par porter atteinte au pouvoir d'achat des ménages. Le Conseil a notamment rappelé qu'une AOP ne peut être reconnue par un État membre que *« si l'association ne détient pas une position dominante sur un marché déterminé, à moins que cela ne soit nécessaire à la poursuite des objectifs visés à l'article 33 du traité »*<sup>76</sup>, en précisant que cette dernière possibilité ne doit être utilisée que de manière exceptionnelle.

74. Recommandations 14 à 16.

75. Avis 08-A-07 du 7 mai 2008.

76. Règlement (CE) n° 1182/2007 du Conseil du 26 septembre 2007, établissant des règles spécifiques pour le secteur des fruits et légumes, art. 5.

De même, tout en considérant que ces AOP de commercialisation restent la solution la plus simple au déséquilibre des pouvoirs de négociation, le Conseil a estimé que des échanges d'informations au sein d'« AOP de gouvernance » ayant pour objet de limiter le caractère aléatoire de l'offre contribueraient également à rééquilibrer le pouvoir de négociation avec l'aval. Compte tenu du caractère atomisé de l'offre, des difficultés que rencontrerait une AOP de gouvernance à être reconnue si elle était en position dominante, de l'absence de barrière à l'entrée, et de l'existence d'un service de diffusion d'informations précises en accès libre, le Conseil a en effet estimé que de tels échanges d'informations entre entreprises ne seraient pas générateurs d'effets anticoncurrentiels, dès lors qu'ils ne visent pas à diffuser des prix recommandés ou obligatoires.

Par ailleurs, dans un contexte de crise de la filière laitière à l'échelle européenne et de chute brutale des prix à la production, l'Autorité a été sollicitée par la commission des affaires économiques du Sénat pour rendre un avis sur le fonctionnement de ce secteur<sup>77</sup>. L'Autorité a souligné dans son avis 09-A-48 que, dans une industrie marquée par une forte volatilité des prix, le déséquilibre des relations producteurs-collecteurs<sup>78</sup> pèse sur les investissements et sur la viabilité même des entreprises productrices de lait. Ce déséquilibre du pouvoir de négociation pourrait être sans conséquence si, comme dans certains pays, la collecte était essentiellement assurée par des coopératives puissantes dont le statut implique en principe qu'elles prennent en compte les intérêts de producteurs puisque ces derniers en sont actionnaires. Mais en France, à peine 50 % de la collecte est assurée par des coopératives (qui ne représentent que 35 % du chiffre d'affaires des produits transformés), le reste étant le fait d'industriels privés.

Selon l'Autorité, une réponse appropriée aux difficultés que traverse la filière est le développement de contrats pluriannuels, entre les producteurs et leurs acheteurs, qui définiraient des volumes, des prix et les conditions de leur évolution à moyen terme et des éléments de qualité, ce qui garantirait aux producteurs une meilleure visibilité, et aux transformateurs, une meilleure prévisibilité de leurs approvisionnements et de leurs coûts. L'une des difficultés de la contractualisation réside dans la multiplicité de fournisseurs qu'ont les grands industriels privés. Si une négociation concertée des prix de l'ensemble des acteurs au niveau national serait contraire au droit de la concurrence, l'extrême inverse, c'est-à-dire une négociation de chaque transformateur avec chaque producteur, limiterait inévitablement les bénéfices à attendre de la contractualisation en termes de restauration du pouvoir de négociation des producteurs. La négociation avec le transformateur devra donc être menée par une offre regroupée au sein d'organisations de producteurs soit sur le modèle d'une coopérative, avec transfert de propriété, soit sur celui d'une association disposant uniquement d'un mandat la chargeant de commercialiser le produit. L'Autorité a préconisé notamment de tenir compte

77. Avis 09-A-48 du 2 octobre 2009.

78. 70 % des producteurs se trouvent dans une situation où leur acheteur s'approvisionne auprès d'au moins 500 autres producteurs.

des gains d'efficacité dont peuvent, dans certaines conditions, être porteuses les coopérations entre éleveurs.

Suite aux deux avis de l'Autorité mentionnés ci-dessus, la loi a prévu le développement de la contractualisation entre les producteurs de lait et de fruits et légumes et leurs acheteurs. Saisie par le ministre de l'Économie d'une demande d'avis, l'Autorité, tout en se félicitant de la promotion de la contractualisation, a souligné dans son avis 10-A-28 du 13 décembre 2010 que l'effectivité de cette démarche dépendrait fortement de l'adhésion des acteurs au dispositif retenu. Elle a par ailleurs recommandé de conserver une certaine souplesse dans la durée des contrats avec l'utilisation de clauses de rendez-vous, et a mis en garde contre les risques d'utilisation anticoncurrentielle des clauses de prix, qui pourraient permettre aux producteurs ou aux acheteurs de se coordonner de manière à réduire la concurrence aux dépens des consommateurs.

Par ailleurs, l'Autorité s'est félicitée, dans un avis rendu le 15 février 2011, de l'introduction de la contractualisation dans la filière ovine<sup>79</sup>. Toutefois, comme l'accord interprofessionnel portait uniquement sur les transactions passées entre les éleveurs et les acheteurs intermédiaires, l'Autorité a recommandé, pour une pleine efficacité du dispositif, que la contractualisation implique l'ensemble des maillons de la filière : éleveurs, intermédiaires mais aussi distributeurs.

### *Les effets ambigus de la puissance d'achat sur la concurrence entre distributeurs*

Les effets de la puissance d'achat sur le degré de concurrence entre les distributeurs sont ambigus, en particulier dans le cas où il existe des asymétries entre réseaux de distribution. Grâce à leurs prix d'achat préférentiels, les acheteurs dotés d'une puissance d'achat pourraient être susceptibles, à long terme, d'évincer leurs concurrents moins puissants du marché aval et donc d'y diminuer l'intensité de la concurrence. La Commission a identifié un tel « effet de spirale » dans les fusions Rewe/Meinl<sup>80</sup> et Carrefour/Promodès<sup>81</sup>, concernant chacune deux opérateurs majeurs de la grande distribution sur leur marché national. Comme indiqué dans la deuxième partie de la présente étude, dans l'une comme dans l'autre de ces fusions, un test de marché a révélé que le « point de menace » au-delà duquel un fournisseur risquait la faillite en cas de déréférencement correspondait en moyenne à 22 % de son chiffre d'affaires. La concentration pouvait donc accroître le pouvoir de négociation de la nouvelle entité au point de lui permettre d'exiger des rabais bien plus importants que ceux accordés aux autres distributeurs. La nouvelle entité pourrait alors utiliser ces conditions d'achat favorables pour améliorer sa position sur le marché de la distribution, ce qui entraînerait une nouvelle amélioration de ses conditions d'achat, et la spirale ainsi décrite pourrait conduire à une

79. Avis 11-A-03 du 15 février 2011.

80. Décision n° M. 1221 (CE) de la Commission, Rewe/Meinl.

81. Décision n° M. 1684 (CE) de la Commission, Carrefour/Promodès.

concentration tant sur le marché de la distribution que de l'approvisionnement, ce qui nuirait *in fine* aux consommateurs.

Cet effet d'éviction serait d'autant plus à prendre au sérieux que les rabais obtenus par certaines entreprises clientes peuvent avoir pour corollaire une augmentation des prix d'achat de leurs concurrents moins puissants, selon la théorie du *waterbed effect*. D'une part, les exigences de prix bas peuvent accroître la concentration sur le marché des producteurs, donc leur pouvoir de marché, ce qui conduirait à une augmentation des prix amont dont souffriraient plus particulièrement les acheteurs moins puissants. D'autre part, les distributeurs concurrents de ceux dotés d'une forte puissance d'achat voient leur pouvoir de négociation se réduire du fait de la diminution de leur chiffre d'affaires sur le marché aval. Ainsi, même à court terme, l'effet de la puissance d'achat sur le niveau des prix de revente est ambivalent, certains consommateurs pâtissant de hausses de prix, d'autres (les clients des distributeurs puissants) bénéficiant de baisses. Toutefois, l'impact négatif peut être particulièrement sensible pour les consommateurs les plus vulnérables, s'ils n'ont pas accès aux enseignes de la grande distribution, parce qu'ils sont trop isolés ou qu'ils ne peuvent pas se déplacer.

Il demeure néanmoins que les rabais sélectifs (accordés par les fournisseurs à certains de leurs clients seulement) peuvent s'avérer favorables à l'efficacité économique et intensifier la concurrence entre les entreprises clientes. En premier lieu, les rabais préférentiels peuvent découler, pour une part significative, de la plus grande efficacité productive permise par les volumes importants achetés par certaines entreprises clientes. Par ailleurs, en déstabilisant des ententes entre producteurs et, plus généralement, en accroissant la concurrence sur les marchés amont, la puissance d'achat peut engendrer une diminution des prix d'achat qui bénéficie à tous les distributeurs. En outre, les distorsions induites à long terme par une différenciation croissante des prix d'achat doivent être comparées à l'intensification de la concurrence à court terme.

Les rabais octroyés à certains distributeurs profitent au consommateur final, directement, puisque l'entreprise qui en bénéficie va diminuer son prix, et indirectement, puisque les différentes entreprises clientes vont chercher à améliorer leur part de marché sur le marché aval en regroupant leurs achats, en investissant, en diminuant leurs prix, pour augmenter leurs volumes d'achats afin de bénéficier de rabais. Enfin, si les rabais ne sont octroyés qu'aux distributeurs les plus efficaces, la diminution des prix d'achat qui en résulte est susceptible de profiter à de nombreux consommateurs tandis que la croissance des parts de marché de ces distributeurs accroît l'efficacité productive.

Pour conclure, il manque à ces différentes considérations théoriques des analyses empiriques validant soit les hypothèses retenues, soit les résultats obtenus. À l'heure actuelle, la seule étude ayant considéré l'impact des différentiels de prix d'achat est celle de la Competition Commission britannique<sup>82</sup>, qui a globalement

---

82. Voir Competition Commission, « Groceries market investigation, Final report » précité.

estimé qu'ils n'avaient pas induit de distorsions de concurrence sur le secteur de la distribution de détail.

L'Autorité rappelle donc que, si la puissance d'achat des distributeurs peut servir de support à certaines pratiques anticoncurrentielles, qui doivent naturellement être sanctionnées, la détention, par un acheteur, d'un fort pouvoir de négociation vis-à-vis de ses fournisseurs n'est pas en soi nuisible au fonctionnement concurrentiel des marchés. Ce dernier implique en effet la liberté, pour l'acheteur, de mettre en concurrence ses fournisseurs afin de s'efforcer d'obtenir les meilleures conditions d'approvisionnement. Plus généralement, les autorités de concurrence évitent, autant que possible, de s'immiscer dans les négociations contractuelles entre partenaires commerciaux. Toutefois, certaines clauses contractuelles peuvent s'avérer restrictives de concurrence. Ainsi, en ce qui concerne la distribution sélective et exclusive, les détails des accords verticaux entre fournisseurs et distributeurs font l'objet d'une analyse fine visant à identifier les possibles risques pour la concurrence, tout en reconnaissant l'impact généralement proconcurrentiel de la plupart des restrictions de ce type.

### Distribution exclusive et sélective

La deuxième partie de cette étude a montré comment les clauses contractuelles régissant les rapports entre les groupes de distribution et les magasins leur étant affiliés pouvaient contribuer à restreindre la mobilité de ces derniers et ainsi à limiter la concurrence sur les marchés de la grande distribution.

De façon plus générale, dans les secteurs de la distribution au sens large, les relations entre les fournisseurs et les distributeurs sont souvent caractérisées par des engagements contractuels limitatifs destinés à organiser la distribution de biens ou de services.

Compte tenu de la nature de certains des produits en cause, les fabricants peuvent légitimement vouloir en réserver la commercialisation à des distributeurs sélectionnés par eux dans le cadre d'un réseau sélectif ou exclusif. Un tel choix vise à améliorer les services rendus aux consommateurs, sous forme de présentation, de valorisation et d'exposition des produits, de conseils prodigués aux acheteurs et éventuellement de services après-vente. Dès lors que ces services sont coûteux, il peut être économiquement efficace de vouloir permettre aux distributeurs qui offrent ces services de préserver leurs incitations à les offrir. La mise en place de réseaux de distribution sélective et/ou exclusive vise alors à inciter les distributeurs sélectionnés à investir dans des services à la vente de qualité ou à consentir des investissements spécifiques sans craindre le parasitisme d'autres distributeurs qui, n'ayant pas à supporter les coûts induits par ces investissements, pourraient vendre les produits à des prix inférieurs et ainsi attirer les consommateurs.

Dans la mesure où ces services commerciaux sont valorisés par les consommateurs, les restrictions verticales destinées à en encourager l'offre peuvent avoir un caractère proconcurrentiel, même si elles limitent l'intensité concurrentielle en

restreignant le nombre de distributeurs aptes à distribuer le produit ou bien en limitant la liberté commerciale par d'autres biais (territoires exclusifs, distribution exclusive, contrainte sur la gamme des produits distribués).

La Commission européenne estime que certaines restrictions verticales ne sont pas en soi préjudiciables et peuvent améliorer l'efficacité économique, dès lors que la concurrence est suffisante aux différents stades du commerce. Elle considère alors que cette catégorie d'accords remplit normalement les conditions d'exemption prévues à l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et peut bénéficier de l'application du règlement (UE) n° 330/2010, dès lors que ni le fournisseur ni l'acheteur cocontractant ne détient plus de 30 % de part de marché, ces parts étant établies sur le marché sur lequel les deux opérateurs se rencontrent.

Cependant, d'autres accords verticaux, alors même qu'ils sont mis en œuvre par des acteurs détenant moins de 30 % de part de marché, ne bénéficient pas de cette présomption positive, parce qu'ils contiennent des restrictions de nature à entraver la concurrence au détriment des consommateurs. En particulier, les accords visant à restreindre la liberté des distributeurs de déterminer leurs prix de vente, à protéger certains territoires ou certaines clientèles, ne peuvent bénéficier de l'application du règlement d'exemption. L'insertion de telles restrictions, dites caractérisées, dans un contrat a pour conséquence d'exclure l'intégralité de l'accord du bénéfice de l'exemption par catégorie. Les lignes directrices de la Commission précisent en outre que l'accord en question est présumé relever de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. Toutefois, même si la Commission note « *qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3* »<sup>83</sup>, elle précise que les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu des conditions de ce même paragraphe.

Certaines clauses contractuelles sont également exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 330/2010 (précité), comme les obligations d'exclusivité de vente ou d'approvisionnement de durée supérieure à cinq années, et les clauses de non-concurrence postcontractuelles<sup>84</sup>. Le règlement continue toutefois à s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical, si celles-ci sont dissociables des clauses exclues du bénéfice de l'exemption. Les clauses exclues du bénéfice de l'application du règlement d'exemption ne sont entachées d'aucune présomption, si bien qu'elles doivent faire l'objet d'une analyse au cas par cas afin d'apprécier si elles relèvent de l'article 101 du TFUE.

Parmi les restrictions caractérisées excluant l'application du règlement d'exemption, deux types de clauses concernent plus particulièrement les accords de distribution exclusive et/ou sélective. Premièrement, tout accord de distribution exclusive qui limite, outre les ventes actives<sup>85</sup> vers d'autres territoires exclusifs, les ventes pas-

83. Voir paragraphe 47 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

84. Voir art. 5. du règlement (UE) n° 330/2010.

85. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales entendent par ventes actives « *le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage [...] ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire [...]* ».

sives<sup>86</sup> destinées à satisfaire la demande explicite de clients individuels, ne peut bénéficier du règlement d'exemption par catégorie.

Deuxièmement, est exclu du champ d'application du règlement n° 330/2010 tout accord de distribution sélective prévoyant de restreindre les ventes, passives ou actives, des distributeurs agréés aux utilisateurs, qu'ils soient professionnels ou consommateurs finals, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du réseau d'exercer son activité depuis un établissement n'ayant pas reçu d'agrément.

Dans ce contexte, l'essor du commerce en ligne déplace les frontières traditionnelles des systèmes de distribution exclusive ou sélective, dans la mesure où l'utilisation d'Internet par un distributeur pour vendre ses produits est considérée comme une forme de vente passive. Ainsi, l'Autorité, comme le Conseil avant elle, estime que tout accord prévoyant une interdiction ou des restrictions excessives portant sur les ventes des distributeurs *via* Internet est exclu du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

Pour autant, les accords entre fournisseurs et distributeurs, qu'ils soient analysés au regard du droit des ententes ou vus comme des pratiques unilatérales, ne sont pas interdits *per se*. Ils doivent faire l'objet d'une analyse concurrentielle fondée sur la nature et la portée des pratiques que le fabricant généralise dans son réseau.

L'Autorité, et le Conseil avant elle, a eu de nombreuses occasions de se prononcer sur la nature plus ou moins restrictive de restrictions verticales mises en œuvre par des entreprises. Dans son rapport annuel pour l'année 2007, le Conseil de la concurrence a ainsi publié une étude thématique portant sur l'analyse de l'exclusivité et des contrats de long terme, dans laquelle il a exposé les principaux mécanismes par lesquels des accords d'exclusivité et/ou de long terme pouvaient conduire à l'éviction de concurrents efficaces, et a détaillé la méthodologie suivie pour apprécier les effets d'exclusion en fonction des caractéristiques de chaque cas. Dans la suite de cette section, l'analyse des accords de distribution exclusive est donc seulement succinctement rappelée. Les systèmes de distribution sélective, dès lors qu'ils s'appuient sur des critères qualitatifs, objectifs et non discriminatoires, ne soulèvent généralement pas de préoccupations de concurrence. La conciliation de tels systèmes avec l'essor du commerce électronique a néanmoins suscité de nouveaux débats, les ventes en ligne remettant en cause les frontières traditionnelles de ces réseaux de distribution. L'Autorité veille à ce que les fabricants, pouvant craindre que les ventes par Internet nuisent à l'intégrité de leur image de marque, ou menacent le fondement même de leurs stratégies de distribution, puissent se préserver sans pour autant restreindre sans justifications concurrentielles la possibilité pour leurs distributeurs d'utiliser ce canal de distribution prometteur.

---

86. Une vente passive est une transaction faisant suite à la prospection de l'acheteur, non sollicitée par le vendeur.



## *La distribution exclusive*

Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, un fournisseur choisit de ne vendre son produit qu'à un seul distributeur en vue de sa revente sur un territoire déterminé. Ce distributeur s'engage à limiter ses ventes actives vers d'autres territoires accordés exclusivement à d'autres distributeurs.

### **L'impact concurrentiel des accords d'exclusivité**

Le Conseil de la concurrence rappelait dans la décision de mesures conservatoires (08-MC-01) que les exclusivités de distribution ou d'achat ne sont pas anticoncurrentielles par elles-mêmes, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires, par exemple pour assurer la rentabilité d'une activité, en raison notamment de l'existence d'investissements spécifiques que l'entreprise n'engagerait pas si elle ne bénéficiait pas d'une exclusivité. Les accords d'exclusivité peuvent aussi être justifiés par la réalisation de gains d'efficacité qui profitent aux parties concernées et aux consommateurs et à des raisons d'ordre technique, liées à l'organisation du processus productif.

Toutefois, les accords d'exclusivité peuvent avoir un objet ou des effets restrictifs de concurrence tant sur les marchés amont qu'aval. Sur les marchés amont, ils peuvent verrouiller les marchés de l'approvisionnement et ainsi limiter la concurrence intermarque, en limitant l'accès de nouveaux fournisseurs à la demande ou en conduisant à une augmentation de leurs coûts, créant une barrière artificielle à l'entrée qui peut permettre à l'entreprise qui l'a instaurée de maintenir ou de renforcer son pouvoir de marché. L'effet de verrouillage est d'autant plus important que l'entrée sur le marché impose des coûts fixes élevés. En effet, l'existence de coûts fixes d'entrée implique que le nouvel opérateur doit pouvoir atteindre dans un délai raisonnable une échelle minimum, sans quoi l'entrée ne peut être rentable. Par conséquent, si l'accès à la demande est limité en raison d'accords d'exclusivité entre les fabricants déjà présents sur le marché et les distributeurs, l'entrée de nouveaux fournisseurs peut être compromise. Ce mécanisme peut être d'autant plus important qu'il concerne des activités bénéficiant d'externalités de réseau, dès lors qu'un nouvel opérateur est limité dans ses capacités à atteindre la taille critique nécessaire à sa pérennité.

Les obligations d'exclusivité ont aussi des conséquences sur l'intensité de la concurrence intramarque. Elles facilitent l'augmentation des prix aux consommateurs, en limitant leur possibilité de faire jouer la concurrence entre plusieurs distributeurs de produits de même marque.

La littérature économique sur les relations verticales a, par ailleurs, montré que certains accords d'exclusivité, lorsqu'ils n'ont pas d'effets d'exclusion, peuvent avoir des effets collusifs, sous la forme d'une réduction de la concurrence intermarque. Ainsi, l'exclusivité territoriale, qui a pour conséquence mécanique de supprimer



la concurrence intramarque dans une zone de chalandise donnée, peut en outre réduire les incitations des fabricants à se faire concurrence agressivement<sup>87</sup>.

Dans chaque cas, les obligations contractuelles doivent être analysées dans leur ensemble, afin d'apprécier leurs effets d'exclusion, réels ou potentiels, et, le cas échéant, les gains d'efficacité qu'elles permettent de réaliser. Une attention particulière doit également être apportée aux dispositions qui impliquent une relation d'exclusivité entre les parties et à celles qui accroissent la durée effective de l'engagement qui les lie.

Dans la décision 07-MC-01, le Conseil de la concurrence a rappelé son approche générale de l'analyse des accords d'exclusivité : « *La conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante. Si, en effet, de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet – constaté ou potentiel – d'éviction qu'elles comportent un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce.* »

Il a aussi rappelé les principales caractéristiques des obligations à prendre en compte : « *Il convient tout d'abord de s'assurer que les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.* » La méthodologie du Conseil et de l'Autorité concorde avec l'approche de la Commission européenne exposée dans les lignes directrices sur les restrictions verticales et dans sa communication sur les principes d'application de l'article 102 du TFUE aux pratiques d'exclusion<sup>88</sup>.

D'une manière générale, l'Autorité évalue l'impact concurrentiel des arrangements contractuels qui lui sont soumis à l'aune de leur portée, de leur pouvoir d'engagement, de leur durée effective et de leur justification technique ou économique. Elle examine non seulement les clauses explicites d'exclusivité, mais aussi les pratiques qui, de par les avantages consentis par le fournisseur à l'acheteur, induisent, *de facto*, l'exclusivité ou la quasi-exclusivité d'achat. Elle accorde une attention particulière aux modalités de sortie des contrats.

### Les pratiques d'exclusivité dans les circuits d'approvisionnement des départements d'outre-mer

Dans l'avis 09-A-45 relatif aux mécanismes d'importation et de commercialisation des produits de grande consommation dans les DOM, l'Autorité a constaté des écarts de prix parfois substantiels entre la métropole et les DOM pour les

87. P. Rey et J. Stiglitz, « The role of exclusive territories in producers' competition », *RAND Journal of Economics*, vol. 26 (3), 1995.

88. Communication de la Commission, relative aux orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (devenu l'article 102 du TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE n° C45, 24 février 2009.

produits de grande consommation. Selon les relevés effectués sur un échantillon de produits importés de métropole dans les quatre DOM, les écarts de prix en magasin avec la métropole dépassent 55 % pour plus de 50 % des produits échantillonnés, un pourcentage trop élevé pour trouver sa source exclusivement dans les frais de transport et l'octroi de mer.

L'Autorité a de plus noté que le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire dans les DOM présente un niveau de concentration élevé, certains groupes détenant des parts de marché en surfaces commerciales supérieures à 40 %, soit sur la totalité du département concerné, soit sur une ou plusieurs zones de chalandise.

Elle a relevé que cette faible concurrence sur le marché de détail était d'autant plus préjudiciable aux consommateurs ultramarins qu'en amont, les importateurs-grossistes auxquels fabricants et distributeurs font souvent appel sont, eux aussi, relativement peu incités du fait de l'absence de pressions concurrentielles, à faire preuve de plus d'efficacité et à pratiquer des prix compétitifs.

En particulier, les pratiques d'exclusivités territoriales liant fréquemment fabricants et importateurs dans chaque DOM atténuent la capacité des distributeurs à arbitrer entre différents importateurs-grossistes ou entre ces derniers et les industriels implantés en métropole, réduisant ainsi la concurrence entre produits d'une même marque, voire entre produits de marques différentes.

Plus généralement, du fait de ces exclusivités, les distributeurs ultramarins ne peuvent finalement arbitrer qu'entre un nombre de fournisseurs plus restreint qu'en métropole. Le distributeur échouant ou n'étant pas incité à faire jouer la concurrence entre les importateurs-grossistes, ces derniers parviennent donc à prélever des marges commerciales conséquentes, oscillant entre 20 et 60 % pour un nombre élevé de références, voire approchant ou dépassant parfois 100 %.

Ainsi, les particularités des circuits d'approvisionnement des marchés domiens permettent aux opérateurs de s'abstraire dans une mesure notable du jeu concurrentiel.

À cet égard, l'Autorité a préconisé de mutualiser les circuits logistiques, estimant nécessaire de travailler à l'amélioration de ces circuits entre la métropole et les territoires domiens. En effet, la segmentation de l'approvisionnement entre différents opérateurs et intermédiaires empêche la réalisation d'économies d'échelle tout en accroissant le cumul des marges à chaque stade de la chaîne d'approvisionnement.

Nul doute que les collectivités locales et l'État gagneraient à mettre en place dans chaque DOM une mission d'études avec pour objectif de définir les modalités de création et de fonctionnement de centrales d'approvisionnement et de stockage régionales, qui, par la mutualisation des moyens, réduiraient les coûts et permettraient aux distributeurs de mieux faire jouer la concurrence entre fabricants et intermédiaires.

Par ailleurs, à l'occasion de l'examen de la demande d'avis, des pratiques mises en œuvre à différents niveaux de la chaîne importation-distribution et susceptibles de recevoir la qualification d'ententes anticoncurrentielles (telles que prix de revente imposés, ententes horizontales, exclusivités de clientèle et d'approvisionnement, restrictions au commerce parallèle) ont été portées à la connaissance

de l'Autorité. L'Autorité a engagé de premières enquêtes qui sont actuellement en cours d'examen par ses services d'instruction dans des secteurs lui paraissant mériter une attention particulière (transports, manutention portuaire, biens d'équipement notamment).

### *La distribution sélective*

Le règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales définit la distribution sélective comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* »<sup>89</sup>.

Les accords de distribution sélective consistent pour les fournisseurs à choisir un nombre réduit de revendeurs, auxquels ils accordent un agrément basé sur certains critères liés à la nature des produits et relatifs, par exemple, à la formation du personnel de vente, aux services fournis dans les points de vente, à l'assortiment des produits, etc. Les principales restrictions imposées aux revendeurs concernent la revente à des distributeurs non agréés.

La distribution sélective, en particulier lorsqu'elle est fondée sur des critères de sélection qualitatifs, n'est en général pas préjudiciable à la concurrence, dès lors que trois conditions sont remplies : elle doit être nécessaire, basée sur des critères objectifs appliqués de façon non discriminatoire et être proportionnée aux exigences requises par la nature des produits.

Le règlement n° 330/2010 prévoit l'exemption par catégorie des accords de distribution sélective, dès lors que la part de marché du fournisseur et celle du distributeur sont toutes deux inférieures à 30 %. Cette condition sur les parts de marché des cocontractants assure que l'exemption par catégorie ne concerne que des accords qui ne sont pas susceptibles d'affaiblir la concurrence intramarque, parce qu'ils sont mis en œuvre sur un marché où la concurrence intermarque est suffisante.

Cependant, ce type de distribution comporte le risque d'affaiblir la concurrence intramarque, voire d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs et d'atténuer la concurrence entre fournisseurs et/ou acheteurs, s'il y a un effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions similaires sur un même marché.

En outre, comme indiqué précédemment, le règlement exclut de son champ d'application les accords comprenant un certain nombre de restrictions caractérisées, en particulier celles qui visent à restreindre les ventes (actives ou passives) aux utilisateurs finals des membres d'un système de distribution sélective.

À cet égard, l'utilisation d'Internet pour le développement de nouvelles méthodes de vente estompe les lignes de distinctions entre ventes passives et actives.

<sup>89</sup>. Règlement (UE) n° 330/2010, précité, art. 1, sous c).

## *Commerce en ligne et réseau de distribution sélective ou exclusive*

L'avènement du commerce en ligne modifie profondément les habitudes d'achat des consommateurs. Il démultiplie leurs possibilités de choix et intensifie la concurrence par les prix. De leur côté, les entreprises peuvent y voir une opportunité nouvelle d'accéder aux consommateurs et d'innover, en élargissant le spectre de leurs stratégies de distribution, que ce soit en termes de prix, de choix de variétés ou de qualités, de services associés au produit ou encore d'image de marque ou de réputation.

Cependant, la vente par Internet est aussi susceptible d'engendrer des externalités négatives au sein des réseaux de détaillants, plus particulièrement lorsque la stratégie de distribution du fabricant repose sur l'image de marque, sur la rotation et la variété des stocks, sur la qualité de l'environnement de vente et sur des services professionnels ne pouvant être offerts qu'à travers un réseau de distribution physique. La vente sur Internet peut par ailleurs être délicate à concilier avec des exclusivités territoriales.

Le risque de parasitisme paraît plus important lorsque les ventes en ligne sont organisées par un *pure player*, c'est-à-dire un opérateur qui est présent uniquement par le biais d'Internet et ne possède pas de magasin physique. En effet, alors qu'un distributeur agréé « classique », vendant les produits à partir d'un établissement dans lequel il a investi, n'a pas intérêt à ce que les ventes qu'il proposerait depuis un site Internet « cannibalisent » ses ventes physiques, un *pure player* a, au contraire, intérêt à attirer le plus de consommateurs possible grâce à une politique de prix attractive, ce qui lui est permis en raison de ses coûts de distribution plus faibles.

La pratique décisionnelle française, en cohérence avec l'analyse avancée par la Commission européenne dans le règlement d'exemption et ses lignes directrices sur les restrictions verticales, illustre la volonté de l'Autorité et, avant elle, du Conseil, de permettre un déploiement cohérent des différentes stratégies de distribution dans l'intérêt conjugué des fabricants, des distributeurs et des consommateurs.

Ainsi le Conseil s'est-il prononcé contre l'interdiction absolue de vendre sur Internet, faite par un fabricant aux distributeurs autorisés à intégrer son réseau de distribution<sup>90</sup>, tout en retenant qu'il était loisible au fournisseur de réserver la possibilité de vendre sur Internet aux distributeurs exploitant un lieu de vente physique autorisé, et d'exclure ainsi les *pure players*. Il a également précisé que, si les fabricants pouvaient imposer à leurs distributeurs des restrictions pour la vente en ligne, celles-ci devaient répondre aux mêmes objectifs et être comparables aux conditions s'appliquant au point de vente physique d'un distributeur agréé.

---

90. Les cas dans lesquels une interdiction absolue de vendre en ligne peut apparaître objectivement nécessaire et échapper, sans plus ample examen, à l'interdiction prévue par l'article 101, paragraphe 1, du TFUE sont précisés dans les lignes directrices de la Commission. Il y est clarifié que cette exception est applicable par exemple pour faire respecter une interdiction générale de vendre des substances dangereuses par Internet pour des raisons de sécurité ou de santé publiques.

Une première affaire faisait suite à la plainte d'une entreprise, Bijourama, spécialisée dans la vente sur Internet de produits d'horlogerie, de bijouterie, de joaillerie et d'orfèvrerie contre le fabricant de montres Festina après que ce dernier lui avait refusé l'agrément à son réseau de distribution sélective<sup>91</sup>. Dans son évaluation préliminaire, le Conseil avait souligné que ses préoccupations de concurrence étaient liées aux critères pouvant être imposés par le fabricant afin de sélectionner les membres de son réseau de distribution, et en particulier à ceux applicables à la vente sur Internet. Dans le cas d'espèce, le fabricant n'avait pas prévu de règles applicables à la distribution de ses produits *via* Internet.

Le Conseil se référait alors au règlement n° 2790/1999 ainsi qu'aux lignes directrices sur les restrictions verticales pour évaluer les engagements proposés par Festina consistant à rédiger un nouveau contrat de distribution sélective intégrant les stipulations contractuelles concernant les ventes en ligne. Les deux questions de concurrence identifiées par le Conseil au regard de la proposition d'engagements concernaient, premièrement, la volonté du fabricant de ne pas intégrer dans le réseau de distribution des opérateurs qui vendent exclusivement sur Internet, et deuxièmement, le contrôle par le fournisseur de la publicité non tarifaire effectuée par les membres du réseau sur leur site Internet, y compris le contrôle des liens avec d'autres sites ou des moteurs de recherche.

Sur la première question, le Conseil a précisé que, dès lors que la part de marché d'un fournisseur ne dépasse pas 30 %, que les accords de distribution ne contiennent aucune restriction caractérisée et qu'il n'existe pas d'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions similaires pratiquées par des opérateurs concurrents, un fournisseur n'avait pas à justifier l'exclusion des opérateurs qui vendent exclusivement sur Internet de son réseau de distribution sélective.

Sur la deuxième question, le Conseil a considéré que le fabricant pouvait exiger l'autorisation préalable de la publicité non tarifaire des détaillants ainsi que des liens publicitaires sur Internet, vers ou depuis des sites marchands ou non marchands, « *dès lors que ce contrôle repose sur le souci légitime de protéger la renommée de la marque et du réseau de distribution* ». En revanche, il a jugé que le contrôle du fabricant sur les référencement par des moteurs de recherche excédait ce qui était nécessaire à la protection de la marque, et pouvait porter atteinte « *de manière excessive à la liberté commerciale du détaillant en freinant de manière injustifiée ses possibilités de ventes passives* ». Le fabricant a ainsi modifié la rédaction du contrat de distribution afin d'autoriser explicitement tout référencement par un moteur de recherche.

Dans la décision 06-D-28, concernant la vente de matériel hi-fi, le Conseil a relevé que, en principe, l'interdiction générale et absolue de la vente sur Internet ne peut être justifiée et que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé et comparables avec celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé. Les fabricants ont proposé des engagements qui consistaient à prévoir la possibilité pour les revendeurs agréés

91. Décision 06-D-24 du 24 juillet 2006.

de vendre les produits *via* leur site Internet. Le Conseil a considéré que cette possibilité permettait de « concilier le respect de l'image de marque et de la haute technicité des produits avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique de nature à favoriser tant la concurrence intramarque qu'intermarque, au bénéfice du consommateur ». Un des fabricants souhaitait cependant exclure deux gammes de produits très haut de gamme de cette possibilité de vente sur Internet. Le Conseil a considéré que cette exclusion n'était pas acceptable, conduisant le fabricant en cause à limiter l'autorisation de vente sur Internet de ces produits « *aux clients pouvant attester d'une écoute préalable de ces produits chez un distributeur agréé et du bénéfice de conseils personnalisés pour leur installation* ».

Dans la décision 07-D-07, le Conseil a accepté les engagements de dix fabricants de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle commercialisés dans des réseaux de distribution sélective sur conseil pharmaceutique, renonçant à une interdiction générale et absolue de la vente en ligne et visant à mettre en place la possibilité pour les distributeurs agréés de créer un site Internet pour vendre les produits concernés. Le Conseil a rappelé qu'il était possible pour un fabricant de réserver la vente par Internet à ses distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique. Il a ajouté que cela permettait « *d'éviter le parasitisme qui risquerait de s'exercer, de la part des pure players Internet, à l'égard des distributeurs physiques auxquels de nombreux coûts sont imposés. Bien sûr, il est possible à un consommateur de se procurer des conseils dans un magasin physique puis d'acheter le produit à un moindre coût sur Internet, mais les exigences posées au commerce en ligne et la symétrie dans laquelle sont placés tous les distributeurs devraient permettre à la fois que soient offerts les services commerciaux (en ligne ou physique) et que les bénéfices du commerce en ligne profitent aux acheteurs de ces produits* ».

Le Conseil a ensuite évalué les exigences des producteurs sur les conditions qu'ils souhaitaient imposer aux sites Internet des distributeurs.

S'agissant des conditions relatives à la qualité du site Internet, le Conseil a accepté l'imposition de critères de qualité assurant le respect de l'image de marque des produits (présentation des produits, chartes graphiques, etc.) ainsi que l'utilisation des descriptifs des produits fournis par le fabricant, ou autorisés par lui. Il a cependant considéré que certaines conditions étaient trop restrictives, comme celle d'exiger que le site soit exclusivement réservé à la vente de produits vendus sur conseil pharmaceutique. Cette dernière condition aurait exclu la possibilité de vendre les produits en cause sur les plates-formes de mise en relation, alors que celles-ci peuvent avoir la capacité de satisfaire aux critères qualitatifs exigés des vendeurs agréés. De telles plates-formes permettraient de mettre en relation un distributeur agréé avec les acheteurs, sans que le distributeur ne soit dans l'obligation de développer son propre site Internet, et le Conseil a considéré qu'il était excessif d'exclure leur usage.

Le Conseil n'a pas accepté qu'un fabricant puisse interdire à ses distributeurs agréés d'offrir sur Internet des conditions de vente (prix, promotions, offre de fidélité) non équivalentes à celles proposées dans leurs points de vente physiques.

Il est intéressant de noter que la révision des lignes directrices sur les restrictions verticales a permis à la Commission européenne de préciser qu'elle considère comme restrictive toute obligation visant à imposer aux distributeurs des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas « globalement équivalentes à celles imposées pour la vente dans un point de vente physique »<sup>92</sup>. Ainsi, étant entendu que tous les critères permettant à un distributeur de sélectionner ses revendeurs exploitant un magasin physique ne sont pas transposables à l'identique à la vente en ligne, les conditions qu'il impose à la vente sur Internet doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables.

En outre, les nouvelles lignes directrices indiquent qu'un fournisseur ne peut interdire à ses distributeurs de recourir à des plateformes tierces de vente en ligne, tout en précisant qu'il peut exiger le respect des normes et des conditions convenues pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs<sup>93</sup>.

Le sujet de la conciliation entre un réseau de distribution sélective ou exclusive et le commerce en ligne a suscité de nombreux débats, et a donné lieu à des échanges nourris entre les parties concernées – fabricants, représentants de distributeurs traditionnels, acteurs de l'Internet, autorités de concurrence – au cours de la période de révision du règlement et des lignes directrices verticales. Certains fabricants souhaitaient pouvoir préserver leurs réseaux de points de vente physiques, sur lesquels ils s'appuient pour construire et maintenir leur réputation et leur image de marque. Ils considéraient les ventes sur Internet comme une menace pour cette image, car elles sont plus difficiles à maîtriser et contrôler. Certains acteurs de l'Internet, au contraire, militaient pour l'affranchissement des restrictions au commerce en ligne et l'obligation pour les fabricants de vendre aux *pure players*, et affirmaient que ce canal représente une source de croissance considérable.

La Commission a finalement adopté une position d'équilibre, en indiquant dans ses lignes directrices, d'une part, que les obligations visant à dissuader les distributeurs de vendre sur Internet seraient considérées comme des restrictions caractérisées, et d'autre part, qu'il était loisible aux fabricants d'imposer des normes de qualité pour l'utilisation des sites Internet élaborés par les distributeurs. Elle précise notamment qu'un fabricant conserve la possibilité d'exclure un *pure player* de son réseau, en exigeant qu'un distributeur dispose d'un ou plusieurs points de vente physiques comme condition pour obtenir son agrément. Cette position, cherchant l'équilibre entre le souhait légitime des fabricants de préserver leur image et la qualité de service associées à leurs produits, et la volonté également légitime de promouvoir un canal de vente efficace et plébiscité par les consommateurs, est illustrée dans une décision récente du Conseil de la concurrence

La décision 08-D-25 constitue la première décision de sanction prise par le Conseil dans une affaire relative à des restrictions imposées par un fabricant sur la liberté

92. Paragraphe 56 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

93. Paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales.



de ses distributeurs à vendre sur Internet<sup>94</sup>. Elle fait suite à la décision 07-D-07 et concerne les pratiques mises en œuvre par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, un fabricant de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Le Conseil avait formulé le grief à l'entreprise d'avoir totalement empêché ses distributeurs agréés, disposant de points de vente physiques, de vendre sur Internet les produits de certaines de ses marques.

Le Conseil a considéré que l'interdiction générale et absolue faite par Pierre Fabre à ses distributeurs agréés de vendre sur Internet constituait une restriction de leurs ventes passives, et excluait donc les accords entre le fabricant et ses distributeurs du bénéfice de l'exemption par catégorie. Il a estimé qu'une telle restriction avait un objet anticoncurrentiel : « [L]'interdiction de vente sur Internet qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation de concurrence inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre ces biens à des distributeurs non agréés. » Le Conseil a néanmoins rappelé que cette restriction était susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle.

Le fabricant mis en cause a défendu ses réticences à voir ses produits vendus par Internet par plusieurs justifications. Tout d'abord, il a indiqué que l'interdiction de vente sur Internet améliorerait la distribution des produits concernés en prévenant les risques de contrefaçon et de parasitisme des points de vente agréés (des officines dans le cas d'espèce). Ensuite, il a souligné que cette restriction garantissait le bien-être du consommateur qui, en se déplaçant dans une officine, bénéficiait de la présence physique d'un pharmacien lors de la délivrance du produit, ce qui pouvait éviter que le consommateur achète un produit non adapté à ses besoins. Enfin, il a expliqué que la distribution par Internet n'apporterait aucun surcroît de concurrence sur le marché des produits, et notamment aucune diminution des prix de détail.

Mais ces arguments n'ont pas emporté la conviction du Conseil. Sur le premier point, il a constaté que la possibilité, reconnue à la société mise en cause, de réserver à ses propres distributeurs agréés la vente des produits par Internet permettait de prévenir les risques de contrefaçon. Le fabricant avait la possibilité de contrôler la qualité des sites de ses propres distributeurs agréés et aurait ainsi pu combattre plus facilement les ventes sur les sites non autorisés. Sur la question du parasitisme, le Conseil a considéré que, puisque le système de distribution sélective prévu par le fabricant requérait la présence d'un pharmacien dans les lieux de vente agréés, toutes les officines étaient dans l'obligation de prévoir la présence et les services de conseil d'un pharmacien, et avaient donc à supporter ce coût,

<sup>94</sup>. La décision 08-D-25 du 29 octobre 2008 est actuellement pendante devant la cour d'appel de Paris qui, à la suite du recours formé par la requérante, a présenté à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante : « L'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue-t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE. »

qu'elles distribuent ou non leurs produits sur Internet. Le Conseil a donc estimé que le risque de parasitisme avancé par l'entreprise mise en cause n'était pas étayé. S'agissant du bénéfice que tireraient nécessairement les consommateurs de la présence d'un pharmacien pour la délivrance d'un produit, le Conseil a rappelé que les produits dermo-cosmétiques n'étaient pas des médicaments et que, si leur production était soumise à certaines normes de fabrication, leur distribution était libre. En outre, le Conseil a précisé qu'il n'était pas dans les pouvoirs d'un pharmacien d'établir un diagnostic, ni de prescrire un traitement dermatologique. Il a conclu que l'existence d'informations et de conseils détaillés sur un site Internet destiné à la vente de produits dermo-cosmétiques pouvait être suffisante pour assurer les achats à bon escient des consommateurs.

Enfin, le Conseil a considéré que l'hypothèse avancée par le fabricant, selon laquelle la distribution par Internet n'entraînait pas nécessairement de baisse des prix de détail, n'était pas démontrée et que, même si elle l'avait été, elle aurait été indifférente au cas d'espèce. En effet, en l'absence de la restriction litigieuse, les gains pour les consommateurs auraient pu aussi résider dans d'autres bénéfices, tels que l'amélioration du service proposé par les distributeurs, et pas seulement dans la baisse des prix.

### **Le management catégoriel : analyse d'une nouvelle pratique**

Dans un contexte marqué par une évolution rapide des technologies et une adaptation permanente des pratiques des acteurs de la distribution, l'Autorité de la concurrence s'efforce d'appliquer les règles du droit de la concurrence à des situations nouvelles, de façon à toujours préserver le bien-être des consommateurs. Si l'essor de la vente en ligne est assurément un des bouleversements majeurs qui ont marqué le secteur de la distribution au cours des dernières décennies, le développement des techniques de traitement des données a également provoqué des mutations profondes dans la gestion des magasins et la mise en valeur des produits. Parmi les innovations récentes en matière de marketing, l'Autorité s'est ainsi penchée sur les pratiques de management catégoriel, dont l'impact sur la concurrence soulève plusieurs questions.

S'étant saisie de sa propre initiative sur les pratiques de management catégoriel, l'Autorité a rendu un avis 10-A-25 qui identifie un certain nombre de risques potentiels et pose un cadre général dont l'objectif est d'aider les acteurs du secteur à s'organiser d'une manière cohérente avec des règles de concurrence<sup>95</sup>. Dans cet avis, elle s'est notamment attachée à évaluer la fréquence et la portée des « accords de management catégoriel », à identifier les motivations des opérateurs amont et aval à recourir à ce type de délégation et à apprécier le pouvoir d'influence du « capitaine de catégorie » sur le distributeur qui l'a choisi. Ceci lui a permis d'éva-

<sup>95</sup>. Avis 10-A-25 du 7 décembre 2010.

luer les risques soulevés par de tels accords et de proposer un certain nombre de recommandations aux acteurs de la grande distribution afin de leur permettre de s'assurer de la licéité de leurs pratiques.

### *Une pratique nouvelle et relativement peu formalisée*

Le management catégoriel consiste en une collaboration plus ou moins étroite entre un distributeur et un fournisseur, dans le but d'animer une catégorie de produit. Un exemple courant est celui de la catégorie « petit-déjeuner » où peuvent être inclus, selon les distributeurs, les cafés, les thés, les chocolats en poudre, les céréales, les biscottes, les brioches, les jus de fruit, les viennoiseries fraîches, etc. Le management par catégorie consiste alors, pour l'essentiel, à organiser la présentation de la catégorie de produits comme un ensemble cohérent plutôt que comme la juxtaposition de décisions indépendantes portant sur chaque produit de la catégorie. Pour être assisté dans sa mission d'organisation des rayons, le distributeur peut confier à un fournisseur « partenaire », parfois désigné sous le terme « capitaine de catégorie », la tâche d'élaborer des recommandations portant principalement sur l'assortiment, l'agencement du rayon ou *merchandising* ainsi que sur la politique de promotion relative à la catégorie de produits retenue.

Le management catégoriel est apparu sur le marché français au début des années 2000. S'il n'a pas immédiatement connu un essor aussi significatif que dans les pays anglo-saxons – apparemment du fait des relations très tendues qu'entretiennent fournisseurs et distributeurs sur le marché français – ces dernières années semblent toutefois marquer un réel développement de ces activités, plusieurs opérateurs ayant récemment initié ou systématisé ce type de collaboration. Toutefois, ces pratiques restent peu formalisées, et entourées d'une certaine opacité.

Au cours de l'instruction, l'Autorité a pu établir que les capitaines de catégorie agissent principalement en tant que conseillers des grands distributeurs mais ne seraient pas directement décisionnaires de la politique commerciale des distributeurs, ni pour leurs propres produits ni, *a fortiori*, pour ceux de leurs concurrents. Si la fréquence de ces partenariats varie très significativement selon les opérateurs, elle demeure néanmoins très significative pour certains fournisseurs, qui sont alors partenaires de plusieurs enseignes concurrentes. En outre, la plupart de ces partenariats n'ont été initiés que récemment, principalement au cours des quatre dernières années. Enfin, les motivations des opérateurs résideraient principalement, selon leurs déclarations, dans l'expertise spécifique que détiennent les fournisseurs, expertise que ces derniers souhaitent transmettre aux distributeurs afin de faire croître la catégorie des produits qu'ils fabriquent.

### *Les risques identifiés*

L'Autorité a relevé que certaines caractéristiques de ces collaborations pourraient susciter, selon les modalités de mise en œuvre de ces partenariats, des préoccupations de concurrence. Ainsi, le capitaine de catégorie posséderait des avantages

vis-à-vis de ses concurrents : dans certains cas, il a en effet accès à des bases de données exclusives, dans d'autres, il serait également favorisé dans son accès aux linéaires des magasins dont il est le partenaire. Les distributeurs, ayant délégué au capitaine de catégorie l'analyse des linéaires, n'exigent pas nécessairement de disposer des données transmises par les fournisseurs, et ne peuvent pas toujours procéder à une analyse détaillée des recommandations faites par le capitaine de catégorie pour identifier d'éventuels biais en sa faveur. Par ailleurs, les collaborations divulguées lors de l'instruction laissent penser qu'un même fournisseur peut être le partenaire de plusieurs distributeurs pour des catégories identiques de produits, ce qui pourrait favoriser une coordination anticoncurrentielle entre ces distributeurs.

### Les risques d'éviction de concurrents des linéaires

Le capitaine de catégorie, qui participe parfois à la politique d'implantation des produits en magasin, peut chercher à profiter de sa relation privilégiée avec le distributeur pour influencer significativement l'assortiment et l'agencement des rayons, à son avantage et au détriment de ses concurrents, surtout lorsqu'ils ont un moindre pouvoir de marché, notamment s'agissant de petites ou moyennes entreprises.

Par ailleurs, la spécificité du management par catégorie est de fréquemment s'appuyer sur des comparaisons entre produits. Lors des présentations qu'il peut être amené à faire au distributeur, le capitaine de catégorie pourrait être tenté de dévaluer volontairement la performance des produits concurrents en présentant des données erronées ou en faussant l'interprétation de données exactes. À cet égard, il peut être rappelé qu'en 2003, la société US Tobacco s'est vu infliger une amende de plus d'un milliard de dollars par les tribunaux des États-Unis pour avoir, en tant que capitaine de catégorie en position dominante sur le marché du tabac à chiquer, porté atteinte à la visibilité et à la présence en magasin des produits concurrents de l'entreprise Conwood par ses interventions en magasin, d'une part, et par des présentations dénigrantes des performances des produits concurrents, d'autre part<sup>96</sup>.

Enfin, les collaborations de management catégoriel sont l'occasion d'échanges d'informations privilégiés entre fournisseurs et distributeurs : d'une part, le fournisseur partenaire accède de façon exclusive à certaines données quantitatives transmises par le distributeur (données issues des cartes de fidélité, données sur les ventes, les prix et les stocks, par magasins et par référence sur une base hebdomadaire) et, d'autre part, le capitaine de catégorie peut anticiper de façon privilégiée les évolutions de la stratégie commerciale du distributeur.

### Les risques d'ententes, notamment entre distributeurs

Le management par catégorie peut également favoriser la réalisation d'ententes horizontales entre distributeurs. En effet, dans le cas où un même fournisseur

<sup>96</sup>. Cour d'appel du 6<sup>e</sup> circuit fédéral, *Conwood Co. v. US Tobacco Co.*, 290 F. 3d 768 123 S. Ct. 876 (2003).

exerce les fonctions de capitaine de catégorie auprès de plusieurs distributeurs de façon simultanée, le risque existe qu'il serve de pivot à une entente en facilitant la transmission d'informations entre distributeurs (entente dite *hub and spokes*). Un capitaine de catégorie pourrait ainsi informer ses distributeurs partenaires de leurs intentions respectives et permettre de ce fait la mise en œuvre d'une pratique concertée, consistant, par exemple, en une hausse des prix et/ou en une réduction de la variété des produits mis en vente.

### *La mise en place d'une grille d'analyse*

Relevant l'opacité du système, l'Autorité a invité les opérateurs du secteur et la Commission d'examen des pratiques commerciales à réfléchir à un code de bonnes pratiques. À ce stade de déploiement des activités de management catégoriel et au vu des éléments qui ont pu être rassemblés quant à leurs effets, l'Autorité a estimé que la seule application des dispositions du Code de commerce sur les abus de position dominante et les ententes suffisait à prévenir les risques concurrentiels identifiés.

Dans son avis, l'Autorité a fourni des grilles d'analyse qui pourront, d'une part, permettre aux opérateurs de vérifier la conformité de leurs pratiques avec le droit de la concurrence et, d'autre part, les aider par ailleurs à réfléchir à la réalisation d'un code de bonnes pratiques en matière de management catégoriel. L'Autorité a souhaité plus particulièrement souligner trois points :

Premièrement, elle a invité les opérateurs à plus de transparence en ce qui concerne la désignation d'un capitaine de catégorie. Il serait souhaitable que celle-ci soit rendue publique, par exemple par le biais d'un appel à candidatures décrivant les moyens mis en œuvre, de façon à ce que les concurrents puissent apprécier les effets de cette désignation sur leur présence dans les linéaires du distributeur partenaire. En effet, l'efficacité du droit de la concurrence dépend étroitement de la veille concurrentielle que peuvent mener les opérateurs susceptibles d'être lésés par certaines pratiques.

Deuxièmement, l'Autorité a invité les fournisseurs et les distributeurs à formaliser ce type de relations dans le cadre de contrats ou de conventions qui préciseraient les tâches relevant effectivement du capitaine de catégorie et celles relevant exclusivement du distributeur partenaire. Une large part des interrogations suscitées par le management catégoriel provient en effet de l'étendue variable des domaines d'intervention du fournisseur partenaire. Or cette « non-formalisation », qui entraîne par ailleurs l'absence de rémunération directe des prestations de management catégoriel, n'est pas étrangère aux suspicions qui pèsent sur cette pratique.

Troisièmement, l'Autorité a estimé que la Commission d'examen des pratiques commerciales pourrait jouer un rôle très utile dans la formulation de bonnes pratiques et dans l'exercice d'une certaine surveillance au moment où se développent ces collaborations entre distributeurs et fournisseurs, dans un cadre encore très flou et relativement opaque. Les effets de ces partenariats sur la concurrence dépendent étroitement de leurs modalités de mise en œuvre mais aussi du nombre

de distributeurs s'appuyant sur ce type de collaborations. Une attention particulière devrait donc être portée aux développements futurs des pratiques de management catégoriel, afin d'analyser dans quelle mesure des recommandations plus strictes, voire des dispositions législatives, doivent être énoncées pour assurer la conformité du management catégoriel avec les règles de la concurrence.

## Conclusion

La présente étude a montré la variété des problématiques concurrentielles qui pouvaient se poser dans le secteur de la distribution, secteur qui joue un rôle clé dans la chaîne de valeur des produits. Ainsi, les principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté des prix doivent pouvoir y trouver leur plus forte expression afin que l'équilibre économique général soit préservé. À ce titre, dans son rôle consultatif, l'Autorité a eu l'occasion de relever qu'une trop forte réglementation risquait d'induire des effets contreproductifs.

Dans ce contexte, l'Autorité mobilise à l'appui de son action dans le secteur de la distribution tous les outils prévus par le droit de la concurrence français, qui se répondent et se complètent. Elle maintiendra sa vigilance à l'égard des pratiques anticoncurrentielles.

Deux facteurs soutiendront en particulier cette volonté.

Le premier est lié au nouveau règlement n° 330/2010 relatif aux accords verticaux et à ses lignes directrices. Lors de la consultation préalable à son adoption, l'Autorité s'est montrée favorable au maintien des pratiques de prix imposés parmi les restrictions de concurrence caractérisées. Cette orientation a finalement été retenue. L'article 4, sous a) du règlement confirme que l'imposition de prix de détail est une pratique qui ne peut en aucune manière bénéficier de l'exemption par catégorie au regard du droit de la concurrence dont bénéficient les accords de distribution lorsque les parts de marché des fournisseurs et des distributeurs sont inférieures à 30 %. Néanmoins, les autorités de concurrence peuvent avoir à examiner les arguments en défense des entreprises dès lors que celles-ci sont en mesure d'établir de façon concrète et précise des effets proconcurrentiels et qu'elles démontrent le caractère nécessaire et indispensable de ces pratiques pour réaliser ces effets.

Le second tient à la mise en œuvre de la LME. Cette loi a confié à l'Autorité un nouveau rôle en matière de contrôle des concentrations. Elle a également assuré l'intégration des fonctions d'enquête et d'instruction des dossiers au sein de l'Autorité et a doté cette dernière d'un pouvoir d'intervention d'office en matière consultative, qu'elle a mis en œuvre dans le secteur de la distribution.

La mise en œuvre progressive de ces nouveaux outils permettra d'affiner la connaissance du secteur de la distribution et de suivre le développement des nouvelles pratiques commerciales, afin de déterminer si certaines d'entre elles sont susceptibles de poser des problèmes de concurrence. L'Autorité n'hésitera pas à développer son

action de conseil auprès notamment des pouvoirs publics, par le biais de ses avis, mais également, lorsque les situations analysées le justifieront, son rôle contentieux en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Toutefois, une faiblesse demeure. L'abaissement des seuils applicables au contrôle des concentrations permet de prévenir et d'adapter les projets de concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Il n'est en revanche d'aucun secours dans le cas où un opérateur abuse d'une position dominante acquise antérieurement à la LME, par voie de croissance externe ou interne. Un premier pas a été fait pour permettre à l'Autorité de faire face à ce problème, en lui permettant d'imposer des injonctions structurelles pouvant aller jusqu'à la cession de surfaces aux entreprises concernées. Le standard prévu par la loi, qui réserve de telles injonctions aux cas – *a priori* extrêmement rares – où l'opérateur poursuit son abus après une première condamnation, rend cet outil quasiment inapplicable en pratique.

Les conditions d'un recours plus effectif à cet outil seraient souhaitables, dans la mesure où la contrepartie aux pouvoirs de certains acteurs ne réside pas dans une « sur-réglementation » du secteur mais plutôt dans un contrôle structurel abouti.