



Espace Presse

Communiqués

Communiqués de 2015

1er avril 2015 : Rapprochements à l'achat dans le secteur de la grande distribution

L'Autorité de la concurrence rend son avis dans lequel elle propose une grille d'analyse générale des risques engendrés par les accords de coopération récemment conclus et formule des recommandations

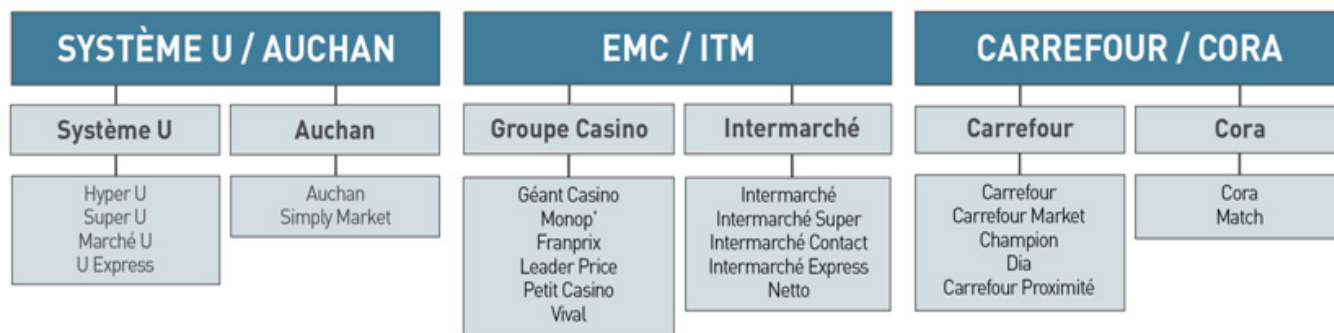
> *English version* 

L'Autorité a été saisie pour avis par le ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique et par la Commission des affaires économiques du Sénat concernant la question de l'impact concurrentiel des rapprochements de centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire.

Dans le cadre de l'instruction de ce dossier, l'Autorité a interrogé un nombre important d'acteurs économiques (distributeurs et fournisseurs) et procédé à de nombreuses auditions (20 dont 3 associations professionnelles et le Médiateur des relations commerciales agricoles).

CONTEXTE

Les accords de coopération



Trois rapprochements ont été opérés dans un délai extrêmement court, peu de temps avant - voire après pour le dernier d'entre eux - l'ouverture des

négociations annuelles :

- **Système U/ Auchan**

Le 10 septembre 2014, Système U Centrale Nationale a confié un mandat à Eurauchan pour la négociation des achats d'une partie des produits à marque nationale que ses enseignes commercialisent. L'accord concerne l'ensemble des fournisseurs de produits commercialisés sous marque nationale communs aux deux distributeurs (soit environ 300), à l'exclusion des PME et des entreprises fournissant des produits frais traditionnels, issus notamment des filières agricoles (fruits et légumes, fromages à la coupe, boulangerie, pâtisserie, viande, poisson).

- **ITM/Casino**

Le 7 novembre 2014, ITM Alimentaire International et EMC Distribution ont conclu un accord de coopération relatif à la négociation des achats d'une partie des produits à marque nationale (à l'exclusion des produits sous marque de distributeurs et des produits frais traditionnels) que leurs enseignes respectives commercialisent.

64 fournisseurs de produits de grande consommation sont concernés, la sélection ayant été effectuée en écartant les fournisseurs susceptibles de se trouver dans une situation de dépendance économique. Les deux distributeurs ont créé une entreprise commune (INCAA) qui négocie en exclusivité avec les fournisseurs concernés par le périmètre de l'accord.

- **Carrefour/Cora**

Le 22 décembre 2014, Carrefour et Provera ont conclu à leur tour une convention de partenariat prévoyant l'adhésion de Provera aux centrales de référencement de Carrefour.

L'accord de coopération porte sur une liste déterminée de fournisseurs de produits de grande consommation de marque nationale (103 en alimentaire et 37 en non-alimentaire) et exclut expressément les produits de la filière agricole, les produits frais traditionnels et les produits à marque de distributeur.

Ces accords de coopération ont été conclus dans un contexte particulier de guerre des prix exerçant une pression sur les marges des opérateurs

Le secteur de la grande distribution connaît depuis 2013 un contexte de baisse des prix susceptible de faire pression sur les marges des opérateurs, ce mouvement s'étant accentué au cours de l'année 2014.

Ce phénomène a pu avoir pour conséquence d'obliger certains distributeurs à réduire leurs marges pour rester attractifs : ainsi les groupes Auchan, Casino, Cora, Intermarché et Système U ont enregistré globalement une diminution de leurs marges sur l'année 2014, tandis que celles du groupe Carrefour sont restées relativement stables. Ces distributeurs expliquent que, dans ce contexte, un accord de coopération était nécessaire pour améliorer leurs conditions d'achat et restaurer leur compétitivité, sous peine d'être évincés à terme du marché aval en raison de la désaffection de consommateurs et/ou de la perte de magasins choisissant de s'affilier à des réseaux plus attractifs.

Ainsi successivement, Auchan et Système U, puis, par effet d'entraînement, Intermarché et Casino et enfin Carrefour et Provera ont annoncé leurs rapprochements à l'achat. La multiplication de ces accords a significativement renforcé le degré de concentration et a abouti à la constitution d'une puissance d'achat significative des opérateurs concernés, lesquels disposaient déjà d'un poids significatif au stade de la distribution de détail. Ainsi, à la suite de ces accords, le marché est réparti principalement entre quatre grands acheteurs (ITM/groupe Casino, Carrefour/Cora, Auchan/Système U et E. Leclerc), qui représentent ensemble plus de 90 % du marché.

Parts de marché des principaux acteurs de la distribution à dominante alimentaire sur le marché aval

AVANT	Parts de marché 2014 selon Kantar	APRES	Parts de marché suite aux accords (estimation)
Carrefour	21,8 %	ITM Entreprises/Groupe Casino	25,9 %
E. Leclerc	19,9 %	Carrefour/Cora	25,1 %
ITM Entreprises	14,4 %	Auchan/Système U	21,6 %
Groupe Casino	11,5 %	Leclerc	19,9 %
Groupe Auchan	11,3 %	Lidl	4,7 %
Système U	10,3 %	Aldi	2,2 %
Lidl	4,7 %		
Cora	3,3 %		
Aldi	2,2 %		

Source : Etude Kantar Worldpanel données 2014

Ces accords, intervenant au début du cycle de négociation annuel, ont suscité des craintes de la part des industriels, et ont pu déstabiliser un certain nombre d'opérateurs, conduisant à la vigilance particulière des pouvoirs publics quant au déroulement des négociations commerciales. C'est dans ce cadre que l'Autorité a été saisie pour avis.

METHODOLOGIE ET APPROCHE GENERALE

L'Autorité relève en premier lieu qu'en l'état, aucun de ces accords n'entre dans le champ du contrôle des concentrations mais que cette absence de contrôlabilité ne préjuge en rien de leur examen sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles et en particulier des règles relatives aux ententes. Cependant, elle rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une saisine pour avis, de qualifier les comportements spécifiques de tel ou tel acteur économique. En effet, seule la mise en œuvre d'une procédure contentieuse pleinement contradictoire lui permet d'effectuer une telle qualification.

-> Le présent avis ne constitue donc pas une appréciation individuelle des accords en cause, il vise uniquement à fournir une grille d'analyse

pour permettre aux intéressés de mieux appréhender les enjeux concurrentiels, et d'adapter, le cas échéant, leur comportement.

Les négociations commerciales dans le secteur de la grande distribution sont caractérisées par une certaine complexité, liée notamment au fait que le prix de vente concédé par le fournisseur est le reflet d'une multitude de critères, ainsi qu'aux dispositions réglementaires qui les régissent. Les accords objet du présent avis ajoutent à cette complexité en opérant une distinction entre plusieurs catégories de fournisseurs, multipliant les strates de négociation, et opérant des segmentations nouvelles entre différents aspects de la négociation pour certains d'entre eux.

-> Dans ce contexte, l'approche de l'Autorité est nécessairement nuancée d'autant que les accords en cause ont été conclus dans un délai extrêmement court. Ils ont d'ailleurs évolué au cours de l'instruction tant dans leur périmètre que dans leurs modalités ou dans leur nombre. Enfin, leur analyse dépend de très nombreux paramètres, tant structurels que comportementaux, qui peuvent varier dans une large mesure en fonction des catégories de produits concernés.

LES RISQUES CONCURRENTIELS LIÉS À CES ACCORDS

Si ce type d'accords peut conduire à des effets pro-concurrentiels notamment sur les niveaux de prix des produits de grande consommation achetés par les consommateurs, l'Autorité de la concurrence a néanmoins identifié plusieurs risques concurrentiels sur les marchés amont et aval.

Les risques sur les marchés aval

- **Les échanges d'informations**

Les négociations annuelles entre enseignes et fournisseurs portent sur le prix d'achat des produits, les remises et rémunérations au titre de la coopération commerciale, et peuvent être plus précises et détailler, selon les cas, l'assortiment, le lancement des nouveautés ou les opérations promotionnelles.

Or, plusieurs de ces informations pourraient présenter un caractère sensible si elles venaient à être échangées entre deux distributeurs concurrents.

En effet, ces échanges peuvent permettre aux distributeurs de comparer non seulement les contreparties qu'ils proposent aux fournisseurs mais aussi les rémunérations qui leurs sont associées. Les échanges pourraient ainsi avoir pour effet de lisser vers le bas les contreparties octroyées, qu'il s'agisse des assortiments, des lancements d'innovations ou des opérations commerciales. Ils pourraient également diminuer l'incitation des distributeurs à se faire concurrence à l'aval, notamment à travers leur politique promotionnelle et ainsi impacter négativement l'offre proposée par les distributeurs aux consommateurs.

- **La symétrie des conditions d'achat**

Les accords de coopération peuvent aussi entraîner une homogénéité des

prix d'achat des principaux produits de grande consommation, voire des autres postes de coûts comme la logistique. Un tel accroissement de la symétrie des coûts peut favoriser une collusion sur le marché de la distribution de détail, et ce d'autant plus que les coûts en question sont des coûts variables et qu'ils représentent une part importante des achats des distributeurs.

- ***Réduction de la mobilité inter-enseignes***

Les accords de coopération pourraient réduire l'incitation des partenaires à se faire concurrence sur l'affiliation de nouveaux magasins. Cette situation pourrait figer une partie significative du parc de magasins par un effet cumulatif de ces accords.

Les risques sur les marchés amont

- ***Les risques de limitation de l'offre, de réduction de la qualité ou de l'incitation de certains fournisseurs à innover ou investir***

Un nombre important de fournisseurs interrogés ont indiqué que le renforcement du pouvoir d'achat des distributeurs conduisait à une pression sur leur marges telle qu'ils jugeaient probable d'avoir à réduire ou limiter leur investissement, le lancement d'innovations sur le marché, ou encore à rationaliser leur offre.

- ***Les risques d'éviction des fournisseurs***

Les accords de coopération à l'achat sont susceptibles d'entraîner une diminution des prix d'achat pour les distributeurs vis-à-vis non seulement des fournisseurs concernés par ces accords mais aussi de leurs concurrents. En effet, les baisses de prix consenties par les fournisseurs concernés par les accords peuvent conduire à une baisse du chiffre d'affaires des seconds, par un effet volume (les fournisseurs concurrents moins compétitifs verront leurs ventes diminuer) et/ou par un effet prix (les fournisseurs concurrents se verront contraints de s'aligner sur les remises concédées par les fournisseurs concernés par les accords).

Suivant leur ampleur et la capacité du fournisseur à supporter une baisse de ses marges, il ne peut donc être exclu que les accords de coopération en cause puissent aggraver les difficultés de certains fournisseurs, concernés ou non par les accords. Il en est de même pour les contreparties supplémentaires pouvant être demandées par les distributeurs et dont seuls les plus importants fournisseurs pourraient bénéficier.

CARTOGRAPHIE DES DIFFÉRENTS NIVEAUX DE RISQUES PAR TYPE D'ACCORD :

	Auchan/Système U	Intermarché/Casino	Carrefour/ <u>Provera</u>
Risques sur les marchés (aval) de la distribution			
<i>Echanges d'informations sensibles</i>	Risques significatifs concernant l'ensemble des informations faisant l'objet des négociations (risques accrus du fait de l'absence de garantie structurelle et des difficultés liés à la distinction des négociations du triple net et des contreparties).	Risques significatifs concernant notamment les contreparties	
<i>Collusion liée à la symétrie accrue des coûts</i>	Risques significatifs dans la mesure où les accords portent sur des coûts variables, et où ils représentent une part significative des coûts des distributeurs.		
<i>Limitation de la mobilité inter-enseignes</i>	Risques qui ne peuvent être exclus (et dont le niveau est lié à des considérations comportementales).		

Risques sur les marchés (amont) d'approvisionnement			
<i>Limitation de l'offre, de réduction de la qualité ou de l'incitation de certains fournisseurs à innover ou investir et risques d'éviction</i>	Risques qui ne peuvent être exclus, en particulier concernant les catégories de produits suivantes, pour lesquelles la grande distribution représente le principal débouché :		
	Droguerie Epicerie sèche Parfumerie/hygiène	Droguerie Epicerie sèche Liquides Parfumerie/hygiène Produits périssables en libre service	

LA QUESTION SPECIFIQUE DE LA DEPENDANCE ECONOMIQUE

Les trois accords de coopération récemment conclus induisent un renforcement de la puissance d'achat de l'ensemble des distributeurs et, à ce titre, sont susceptibles de soulever des préoccupations quant à l'accroissement du déséquilibre entre distributeurs et fournisseurs.

Certains des distributeurs concernés expliquent avoir choisi, à titre de

précaution, de limiter le périmètre de leurs accords aux fournisseurs de taille importante, voire d'exclure certains fournisseurs sur la base d'un éventuel risque de dépendance économique. De nombreux acteurs du secteur ont néanmoins exprimé des craintes quant au risque que ces différents rapprochements ne favorisent des situations de dépendance économique de certains fournisseurs à l'égard des distributeurs dont ces derniers pourraient abuser.

L'instruction a permis de faire remonter l'existence de pratiques qui appellent à la vigilance

• Les pratiques de déréférencement

Dans le cadre de l'instruction, de nombreux cas de déréférencements ou de menaces de déréférencements ont été signalés. Les déréférencements signalés ont concerné des produits variés, dont des marques notoires et ont pu avoir une ampleur variable en fonction de la largeur de la gamme impactée et de leur durée.

-> Dans le contexte actuel de rapprochements à l'achat, de telles pratiques, notamment s'il s'avérait qu'elles sont généralisées, pourraient avoir un impact négatif sur la concurrence dans la mesure où elles pourraient conduire, à plus ou moins long terme, à une réduction des volumes, à une réduction de l'incitation des fournisseurs à investir, voire même, dans des cas extrêmes à l'éviction de certains d'entre eux.

• Les pratiques relatives aux exigences d'avantages sans contreparties

Le renforcement du pouvoir d'achat des distributeurs résultant notamment des récents rapprochements à l'achat entre distributeurs a également donné lieu à des demandes de renégociation des conditions commerciales dont plusieurs fournisseurs estiment qu'elles sont disproportionnées. Une majorité des fournisseurs interrogés indiquent avoir été confrontés à des demandes de déflation sensibles du prix triple net, lesquelles n'ont été accompagnées d'aucune proposition de contrepartie additionnelle de la part des distributeurs.

Par ailleurs, l'ANIA et le médiateur des relations agricoles ont souligné la généralisation de pratiques dites de « garantie de marge » consistant, pour un distributeur, à demander à ses fournisseurs de compenser, sans contreparties et au cours de l'exécution du contrat, la perte de marge résultant pour ce distributeur de la baisse de son prix de vente consommateur sur le produit concerné, en réponse à l'offre plus compétitive d'un concurrent.

-> De telles pratiques, qui sont examinées également avec attention par la DGCCRF au titre des dispositions du Titre IV relatives aux pratiques restrictives de concurrence, pourraient limiter l'incitation des distributeurs à se faire concurrence, et pourraient, en particulier s'il s'agit de pratiques généralisées, fragiliser certains fournisseurs, et les contraindre à réduire leurs investissements.

Les réflexions sur l'effectivité du dispositif actuel pour appréhender ces pratiques

L'Autorité a été interpellée par plusieurs opérateurs sur l'ineffectivité du dispositif actuel pour appréhender, dans un contexte de renforcement de la

puissance d'achat des distributeurs, des pratiques abusives mises en œuvre par ces derniers dans leurs relations avec leurs fournisseurs.

L'Autorité souligne que ces pratiques, qui concernent la relation bilatérale entre deux contractants, relèvent essentiellement du champ d'action de la DGCCRF au titre des règles relatives aux « pratiques restrictives de concurrence ». Ce n'est que lorsqu'elles sont susceptibles de compromettre le bon fonctionnement ou la structure de la concurrence, qu'elles peuvent être appréhendées par l'Autorité de la concurrence au titre de l'article L. 420-2 alinéa 2.

L'application de cette disposition suppose en effet d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre puis, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière, compte tenu de son impact sur le fonctionnement concurrentiel du marché.

Un rapide bilan de la pratique décisionnelle et la jurisprudence montre qu'en réalité la première étape n'est quasiment jamais atteinte, compte tenu de l'application cumulative de conditions très strictes. Cette approche a conduit par le passé au rejet de la plupart des plaintes, et on ne peut que constater que l'application de ce standard a eu pour effet jusqu'à présent de neutraliser l'application de cette disposition.

Cette situation peut soulever des préoccupations dans le contexte actuel de rapprochement des centrales d'achat dans le secteur de la grande distribution, dans la mesure où, faute de pouvoir caractériser un état de dépendance économique, l'Autorité se verrait privée de la possibilité d'examiner les effets de pratiques potentiellement problématiques pour la concurrence.

LES RECOMMANDATIONS

Les accords de rapprochement entre opérateurs et leur mise en œuvre dans le cadre des négociations commerciales conduites avec les fournisseurs sont potentiellement susceptibles d'être appréhendés, d'une part au regard de l'interdiction des ententes et d'autre part au regard de l'interdiction des abus de dépendance économique.

L'avis de l'Autorité donne un certain nombre de clés aux opérateurs pour procéder à une auto-évaluation de leurs projets d'accords ou des accords en cours, en mettant en relief les facteurs juridiques et économiques pertinents pour l'identification des éventuels effets restrictifs découlant desdits accords. En complément de cet exercice d'auto-évaluation, l'Autorité souligne, à la lumière des constats opérés tout au long de cet avis, l'opportunité d'ajuster en partie le cadre de mise en œuvre de ces règles afin d'accroître leur effectivité.

1 / L'Autorité invite les opérateurs à porter une attention particulière à la manière dont ils choisissent les fournisseurs concernés par le périmètre des accords

Certains des accords en cause reposent sur un processus de sélection de fournisseurs opéré sur la base de critères qui n'ont pas toujours été définis de manière très précise. Il apparaît souhaitable que les opérateurs concernés prennent certaines précautions quant à la sélection des fournisseurs, en s'appuyant sur des critères de sélection objectifs et non-discriminatoires

compte tenu des incidences que leur choix pourrait avoir sur le marché de l'approvisionnement.

2/ L'Autorité souligne, de façon générale, l'importance de renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution

Certains risques concurrentiels pourraient en effet être atténués par un abaissement significatif des barrières à l'entrée existant sur le marché de la distribution.

Concrètement, un tel abaissement pourrait être effectué à travers un assouplissement des conditions d'implantation des magasins et par un accroissement de la mobilité inter-enseignes. Sur ce dernier point, l'Autorité est favorable à la disposition retenue dans le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, présenté par le ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, et visant à limiter la durée des contrats d'affiliation entre les magasins et leur tête de réseau.

3/ L'Autorité préconise l'instauration d'une obligation légale d'information préalable pour tout nouvel accord de rapprochement

L'Autorité a proposé, dans la note d'étape, livrée en janvier au ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, l'introduction d'une obligation légale d'information de la part des distributeurs pour tout nouvel accord de rapprochement portant sur une partie significative du marché afin de lui permettre d'assurer son rôle de veille de manière efficace, préalablement à leur entrée en vigueur, laquelle a été retenue dans le projet de loi précité.

4/ L'Autorité propose une modification du dispositif permettant d'appréhender les abus de dépendance économique afin de le rendre plus effectif, tout en soulignant que les pratiques visées peuvent essentiellement être examinées au regard des règles relatives aux pratiques commerciales restrictives relevant de la compétence du ministère et des juridictions commerciales

L'Autorité formule des propositions visant à améliorer l'efficacité du dispositif permettant d'appréhender les abus de dépendance économique dans le cadre des relations entre distributeurs et fournisseurs. Elle propose, plus spécifiquement, une redéfinition de l'état de dépendance économique impliquant une nouvelle formulation de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Elle souligne cependant que les pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abus de dépendance économique sont également susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, ce qui peut conduire à l'engagement de poursuites parallèles au titre des deux dispositifs. Ce n'est donc qu'en complément de ce dispositif (basé sur l'art. L. 442-6), lorsque l'atteinte au marché est susceptible d'être vérifiée, que la nouvelle rédaction proposée de l'abus de dépendance économique aurait vocation à s'appliquer.

> Consulter le texte intégral de l'avis 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution

> Contacts presse :

Virginie Guin : 01 55 04 02 62 / Mel

Yannick Le Dorze : 01 55 04 02 14 / Mel



**Avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015
relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement
dans le secteur de la grande distribution**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 31 octobre 2014 sous le numéro 14/0083 A, par laquelle le ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu la lettre enregistrée le 31 octobre 2014 sous le numéro 14/0084 A, par laquelle le ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu la lettre enregistrée le 4 novembre 2014 sous le numéro 14/0087 A, par laquelle la commission économique du Sénat a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, sur le fondement de l'article L. 461-5 du code de commerce ;

Vu les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 12 mars 2015 ;

Les représentants des groupes Carrefour, Casino, Cora, Système U, des sociétés Auchan France, ITM Entreprises, INCAA, de deux fournisseurs de produits de grande consommation, de l'Association nationale des industries agro-alimentaires (ANIA), de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation (ILEC) et du médiateur des relations commerciales agricoles, entendus sur le fondement de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I.	Introduction	6
A.	LES DEMANDES D'AVIS	6
1.	LES DEMANDES D'AVIS DU MINISTRE.....	6
2.	LA DEMANDE D'AVIS DU SENAT	6
B.	L'ANALYSE PRÉLIMINAIRE DE L'AUTORITÉ ET LES PROPOSITIONS FORMULÉES DANS LE CADRE DES DÉBATS PARLEMENTAIRES.....	7
C.	LE CONTEXTE.....	8
D.	L'ACTIVITÉ DE L'AUTORITÉ DANS LE SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION.....	11
II.	Les caractéristiques du secteur de la distribution à dominante alimentaire	12
A.	LES ACTEURS DU SECTEUR.....	12
1.	LES FOURNISSEURS.....	13
2.	LES DISTRIBUTEURS	14
3.	LES CENTRALES D'ACHAT ET DE RÉFÉRENCEMENT	14
B.	LES ACCORDS DE COOPÉRATION RELATIFS À LA NÉGOCIATION DES ACHATS	14
1.	GÉNÉRALITÉS	14
2.	DESCRIPTION DES ACCORDS DE COOPÉRATIONS EN CAUSE.....	15
a)	Le partenariat Eurauchan / Système U.....	15
<i>Les partenaires.....</i>	<i>15</i>	
<i>SYSTEME U.....</i>	<i>15</i>	
<i>AUCHAN.....</i>	<i>15</i>	
<i>Les motivations évoquées</i>	<i>16</i>	
<i>Les fournisseurs concernés</i>	<i>16</i>	
<i>Les produits concernés</i>	<i>16</i>	
<i>Les modalités contractuelles de la coopération</i>	<i>16</i>	
b)	Le partenariat Intermarché / Casino	16
<i>Les partenaires.....</i>	<i>16</i>	
<i>CASINO</i>	<i>16</i>	
<i>ITM</i>	<i>17</i>	
<i>Les motivations évoquées</i>	<i>17</i>	
<i>Les fournisseurs concernés</i>	<i>18</i>	
<i>Les produits concernés</i>	<i>18</i>	
<i>Les modalités contractuelles de la coopération</i>	<i>18</i>	
c)	Le partenariat Carrefour / Provera.....	18

<i>Les partenaires</i>	18
<i>CARREFOUR</i>	18
<i>PROVERA</i>	19
<i>Les motivations évoquées</i>	19
<i>Les fournisseurs concernés</i>	20
<i>Les produits concernés</i>	20
<i>Les modalités contractuelles de la coopération</i>	20
III. L'analyse concurrentielle	21
A. LE CADRE DE L'ANALYSE	21
1. LA NON-CONTRÔLABILITÉ AU TITRE DES RÈGLES RELATIVES AU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS	22
2. LA PRATIQUE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE D'ENTENTES	23
a) Rappel des éléments constitutifs d'une infraction en matière d'entente	23
b) Apport des Lignes directrices horizontales de la Commission européenne	24
<i>Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1^{er} TFUE</i>	24
<i>Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3 TFUE</i>	25
3. LES CARACTÉRISTIQUES DES MARCHÉS CONCERNÉS.....	26
a) La délimitation du périmètre de l'analyse : les marchés en cause	26
<i>Les marchés amont de l'approvisionnement</i>	27
<i>Dimension produit</i>	27
♦ Segmentation par catégorie de produits	27
♦ Sous-segmentations envisageables pour certaines catégories de produits	28
♦ Sous-segmentation marques de distributeurs / marques de fournisseurs	28
♦ Sous-segmentation en fonction des canaux de distribution	30
<i>Dimension géographique</i>	31
<i>Les marchés en aval</i>	31
<i>Dimension produit</i>	31
<i>Dimension géographique</i>	33
b) L'appréciation du pouvoir de marché des parties	33
<i>Le seuil de sécurité</i>	34
<i>Estimation des parts de marché à l'aval</i>	34
<i>Estimation des parts de marché à l'amont</i>	35
<i>Le pouvoir compensateur</i>	37
c) Les autres caractéristiques des marchés concernés	38
B. L'ANALYSE AU TITRE DES REGLES RELATIVES AUX ENTENTES	39

1. LES RISQUES DE COORDINATION	40
a) Les risques concurrentiels liés aux échanges d'informations	40
<i>Les mécanismes de détermination du prix dans le secteur de la grande distribution.....</i>	<i>41</i>
<i>Les moyens mis en œuvre par les distributeurs pour garantir l'absence d'échange d'informations sensibles.....</i>	<i>42</i>
<i>La séparation de la négociation portant sur le prix triple net de celle portant sur l'ossature du plan d'affaires</i>	<i>42</i>
<i>La séparation de la négociation portant sur l'ossature du contrat-cadre de celle portant sur ses modalités d'application.....</i>	<i>42</i>
Les limites des mécanismes d'étanchéité mis en place	43
<i>Le respect des obligations de confidentialité</i>	<i>43</i>
<i>Concernant le prix triple net</i>	<i>44</i>
<i>Concernant les quantités</i>	<i>44</i>
<i>Concernant la politique promotionnelle du distributeur.....</i>	<i>44</i>
<i>Concernant les contreparties proposées par les distributeurs.....</i>	<i>45</i>
b) Les risques concurrentiels liés à une symétrie accrue des conditions d'achat	47
<i>L'homogénéisation des conditions d'achat entre distributeurs.....</i>	<i>47</i>
<i>L'homogénéisation d'autres coûts.....</i>	<i>47</i>
<i>Nature des coûts mis en commun</i>	<i>48</i>
c) Les risques de limitation de la mobilité inter-enseignes	48
d) L'analyse des effets potentiels des échanges d'informations et de l'uniformisation des conditions d'achat.....	49
<i>Le marché est-il propice à la coordination ?</i>	<i>50</i>
<i>La concurrence locale</i>	<i>51</i>
2. LES RISQUES D'ÉVICITION SUR LE MARCHÉ AVAL.....	56
a) L' « effet spirale ».....	56
b) L'origine des différences de prix d'achat entre distributeurs	58
c) L'évolution des prix et des parts de marché	58
d) Des « effets spirale » probablement limités	59
3. LES RISQUES DE LIMITATION DE L'OFFRE ET DE LA QUALITÉ ET DE RÉDUCTION DE L'INCITATION DES FOURNISSEURS À INNOVER OU INVESTIR.....	61
4. LES RISQUES D'ÉVICITION DE FOURNISSEURS SUR LES MARCHÉS AMONT	62
a) Les risques d'éviction liés aux effets sur le prix	63
b) Les risques d'éviction liés à la négociation de contreparties supplémentaires	64
c) Les critères de sélection des fournisseurs.....	65

5. SYNTHÈSE DES RISQUES CONCURRENTIELS AU TITRE DES RÈGLES RELATIVES AUX ENTENTES	66
C. L'ANALYSE DES EFFETS FAVORABLES À LA CONCURRENCE	68
1. LES GAINS D'EFFICACITÉ	68
a) Les gains liés à la réduction des coûts d'achat et leur impact sur la structure de la concurrence	68
b) Les gains de nature qualitative et l'effet d'incitation sur les fournisseurs ..	69
2. LA RÉPERCUSSION DES GAINS AU CONSOMMATEUR.....	70
D. L'ANALYSE AU TITRE DES RÈGLES RELATIVES AUX ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE	71
1. LA CARACTÉRISATION DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE.....	72
a) L'analyse des pouvoirs de négociation respectifs des fournisseurs et des distributeurs	73
<i>La comparaison de la proportion des ventes</i>	<i>74</i>
<i>Les limites de l'étude du partage des marges</i>	<i>76</i>
<i>Les limites de la comparaison des indices de concentration.....</i>	<i>77</i>
<i>L'analyse des solutions alternatives.....</i>	<i>78</i>
<i>Sur le report vers des marques concurrentes</i>	<i>79</i>
<i>Sur le caractère effectif des solutions alternatives.....</i>	<i>81</i>
<i>La prise en considération de l'impact cumulatif.....</i>	<i>81</i>
2. ANALYSE DES PRATIQUES ABUSIVES SUSCEPTIBLES D'AFPECTER LA STRUCTURE DE LA CONCURRENCE	82
a) Les pratiques relatives aux référencement.....	82
b) Les pratiques relatives aux exigences d'avantages sans contreparties	83
IV. Les adaptations envisageables du cadre juridique	85
A. UNE OBLIGATION DE NOTIFICATION PREALABLE A L'AUTORITÉ DES REGROUPEMENTS A L'ACHAT LES PLUS IMPORTANTS	86
B. L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS DE QUALIFICATION DE LA SITUATION DE DÉPENDANCE ECONOMIQUE	87
V. Conclusion	89

I. Introduction

1. A titre liminaire, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une saisine pour avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permet de porter une telle appréciation. Le présent avis vise notamment à fournir aux intéressés une grille d'analyse afin de leur permettre de mieux appréhender les enjeux concurrentiels, et d'adapter, le cas échéant, leur comportement.

A. LES DEMANDES D'AVIS

1. LES DEMANDES D'AVIS DU MINISTRE

2. Le 29 octobre 2014, le ministre de l'Economie de l'Industrie et du Numérique a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, concernant plusieurs accords de coopération dans le secteur de la grande distribution :
 - d'une part, deux contrats de mandat de négociation entre le groupe Auchan et la société Système U Centrale Nationale (demande enregistrée sous le n° 14/0084A), et ;
 - d'autre part, un protocole d'accord entre les sociétés ITM Alimentaire International et EMC Distribution (demande enregistrée sous le n° 14/0083A).
3. Dans ces saisines, le ministre invite l'Autorité à se prononcer sur les risques concurrentiels associés à ces accords ; il considère que *« ces partenariats pourraient présenter des risques du point de vue de la concurrence et notamment celui d'obtenir des avantages financiers des fournisseurs sans réelles contreparties et un alignement systématique des conditions commerciales. Par ailleurs, les échanges d'informations générés par ce partenariat, pourraient permettre aux deux enseignes concurrentes de coordonner leur politique commerciale »*. Il demande en outre d'examiner *« si la multiplication des accords de ce type dans un secteur très concentré n'est pas de nature à renforcer les risques identifiés »*.

2. LA DEMANDE D'AVIS DU SENAT

4. Concomitamment aux saisines pour avis du ministre, la Commission des affaires économiques du Sénat a saisi l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 461-5 du code de commerce, afin de lui demander d'examiner l'impact du mouvement de concentration des centrales d'achat de la grande distribution, notamment au niveau des marchés d'approvisionnement de produits agro-alimentaires et de se prononcer sur la

possibilité d'envisager, afin de « *rééquilibrer les relations commerciales entre grande distribution et industrie agroalimentaire* », un seuil de concentration au-delà duquel les opérateurs de la distribution ne pourraient pas se situer.

5. La Commission des affaires économiques du Sénat interroge en outre l'Autorité sur les éventuelles propositions de modification législative que l'Autorité pourrait préconiser en conséquence de son analyse.
6. Compte-tenu de la proximité des problématiques soulevées par ces trois demandes d'avis, il a été décidé le 17 novembre 2014, de les joindre.

B. L'ANALYSE PRÉLIMINAIRE DE L'AUTORITÉ ET LES PROPOSITIONS FORMULÉES DANS LE CADRE DES DÉBATS PARLEMENTAIRES

7. L'examen des demandes de saisines du ministre et du Sénat a été conduit au moment de la discussion devant le Parlement du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, présenté par le ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique. Dans ce contexte, plusieurs opérateurs ont porté à la connaissance de l'Autorité des propositions de modification législative visant à encadrer le renforcement du pouvoir de négociation des distributeurs à dominante alimentaire vis-à-vis de leurs fournisseurs et à renforcer l'efficacité des instruments de lutte contre les abus.
8. Ainsi, le Médiateur des relations commerciales et agricoles a insisté sur la nécessité de mettre en place des « *outils juridiques permettant de lutter contre les comportements abusifs* » dans le secteur de la grande distribution afin de « *rétablir un fonctionnement effectif de la concurrence sur le marché amont* ». Bien qu'un certain nombre de ces comportements abusifs relèvent davantage du domaine des pratiques commerciales restrictives et de la compétence du ministre de l'Economie et des juridictions commerciales¹, certains opérateurs ont souligné l'inefficacité des dispositions relatives à l'abus de dépendance économique, qui relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence, du fait de conditions d'application trop restrictives.
9. Au début du mois de janvier 2015, l'Autorité a ainsi été amenée à effectuer une analyse préliminaire des principaux enjeux concurrentiels liés aux rapprochements à l'achat, sur la base de laquelle elle a formulé plusieurs propositions de modification législative allant dans le sens d'une plus grande efficacité de son action. Plus précisément, l'Autorité a formulé deux propositions qu'elle a transmises aux saisissants : l'une visant à renforcer l'efficacité de son rôle de veille concernant les accords de coopération à l'achat susceptibles d'être conclus dans le secteur de la grande distribution, et consistant dans une obligation d'information de l'Autorité avant toute mise en œuvre d'un accord visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs (voir *infra* § 292), la seconde devant permettre un assouplissement des conditions de caractérisation d'un état de dépendance économique (voir *infra* §§ 293 et suivants), afin notamment de pouvoir appréhender utilement l'incidence sur la concurrence des pratiques d'opérateurs disposant d'un pouvoir d'achat significatif. D'ores et déjà, l'Assemblée Nationale, à l'occasion de l'examen du projet de

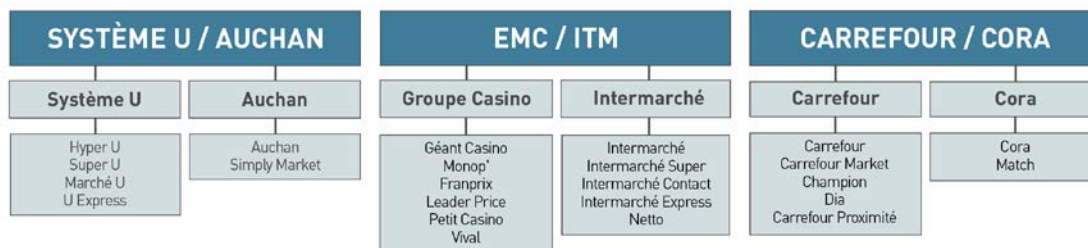
¹ Les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence visent à sanctionner les pratiques portant atteinte à la loyauté des relations commerciales et à l'équilibre des relations commerciales.

loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a retenu la première proposition de l'Autorité². La seconde, dont la nécessité est plus discutée (voir *infra* §§ 298 à 303) pourra être examinée à l'occasion de la discussion du projet de loi au Sénat.

C. LE CONTEXTE

10. Le présent avis concerne plus particulièrement trois rapprochements à l'achat :

Les accords de coopération en cause



Note : Périmètres groupes tels que définis par Planet Retail.

11. Ces trois rapprochements ont été opérés dans un délai extrêmement court, peu de temps avant (voire après pour le dernier d'entre eux) l'ouverture des négociations annuelles :
- le 10 septembre 2014, Système U Centrale Nationale a confié un mandat à Eurauchan pour la négociation des achats d'une partie des produits à marque nationale que ses enseignes commercialisent ;
 - le 7 novembre 2014, ITM Alimentaire International et EMC Distribution ont conclu un accord de coopération relatif à la négociation des achats d'une partie des produits à marque nationale que leurs enseignes respectives commercialisent ;
 - le 22 décembre 2014³, Carrefour et Provera ont conclu à leur tour une convention de partenariat prévoyant l'adhésion de Provera aux centrales de référencement de Carrefour.
12. Successivement, Auchan et Système U, puis Intermarché et Casino et enfin Carrefour et Provera ont ainsi annoncé leur rapprochement à l'achat en soulignant par ailleurs l'effet d'entraînement des différents accords : la conclusion des premiers aurait ainsi largement contribué à celle des suivants.
13. Ces accords de coopération ont par ailleurs été conclus dans un contexte économique particulier, qualifié par certains de « *guerre des prix* ». Le secteur de la grande distribution connaît en effet depuis 2013 un contexte de baisse des prix susceptible de faire pression sur les marges des opérateurs. Au cours de l'année 2014, l'évolution comparée de l'indice des prix dans la grande distribution et de l'indice des prix à la consommation indique des

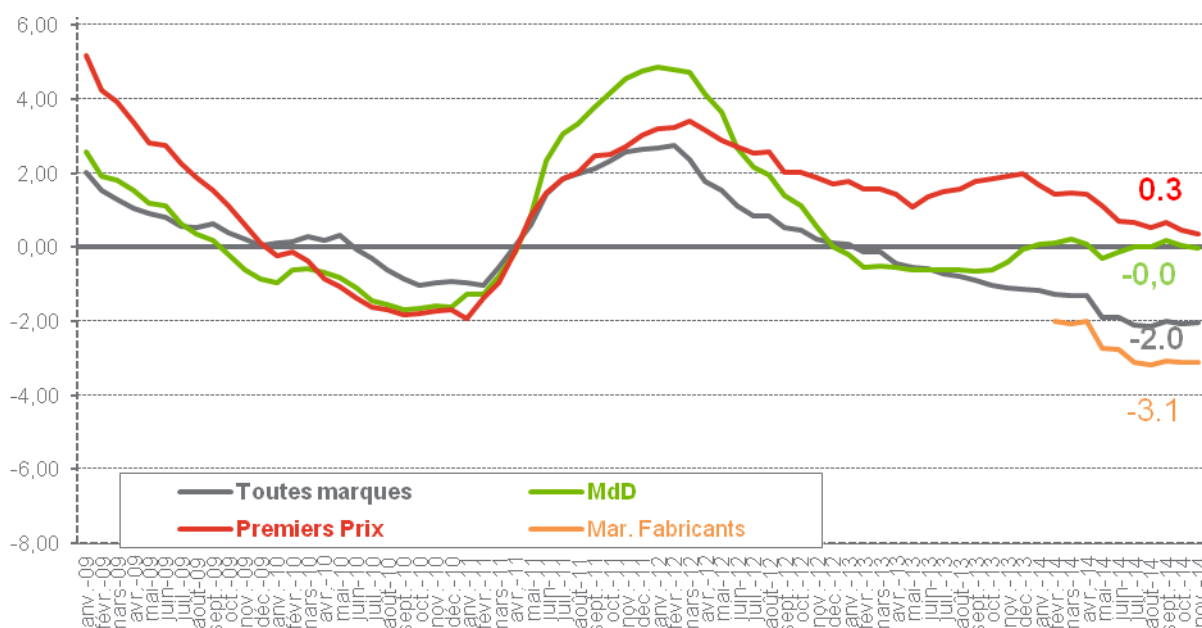
² Article 10 quater nouveau du projet de loi précité.

³ Soit quelques semaines après les saisines du ministère et du Sénat.

baisses plus marquées dans la grande distribution⁴. Les données publiées par la DGCCRF⁵ indiquent en outre que ces baisses ont touché l'ensemble des circuits, particulièrement les hypermarchés et, depuis la fin de l'année 2013, les enseignes du *hard discount*.

14. Tout comme c'était le cas lors de l'épisode de baisse des prix de détail relevé par le Conseil de la Concurrence en 2004 dans le cadre de son avis n° 04-A-18⁶, les évolutions tarifaires sont fortement différenciées entre marques premiers prix (ci-après « MPP »), marques de distributeurs (ci-après « MDD ») et marques de fabricant (ci-après « MDF »). La baisse des prix porte essentiellement sur les produits de marque nationale, et ce mouvement initié au début de 2013, s'est récemment renforcé, le prix de ces produits ayant baissé de 3,1 % sur l'année 2014.

Evolution de l'inflation à un an par type de marque



Source : Observatoire des prix et des marges, Prix offre (variation annuelle – France et régions) Novembre 2014

Note de lecture : Les données indiquées à droite des séries présentent les évolutions de prix à un an à la dernière date disponible. Par exemple, entre novembre 2013 et novembre 2014, les prix des marques de fabricants ont diminué de 3,1 %.

15. Parmi les facteurs structurels expliquant ce contexte déflationniste, peuvent être mentionnés le contexte légal qui, selon l'un des fournisseurs interrogés, a « entraîné l'intensification de la guerre des prix entre les enseignes » (les comportements tarifaires

⁴ INSEE, Indice des prix à la consommation.

⁵ Observatoire des prix et des marges, Prix offre (variation annuelle – France et régions), novembre 2014 <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Concurrence/observatoire-des-prix-et-des-marges>.

⁶ Avis n° 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée, § 44.

constatés avant la mise en place de la loi Galland⁷, qui avait neutralisé la concurrence tarifaire entre enseignes⁸, réapparaissent logiquement aujourd'hui⁹) ainsi que le rôle des comparateurs de prix, qui augmentent la transparence et facilitent les comparaisons entre enseignes.

16. Pour autant, ce contexte correspond également à une phase conjoncturelle. Le parallélisme des évolutions tarifaires constatées dans plusieurs pays de l'Union européenne¹⁰ semble montrer que la crise économique est l'un des facteurs explicatifs de la baisse des prix, susceptible d'accroître l'incitation des consommateurs à faire jouer la concurrence entre enseignes pour bénéficier des prix les plus avantageux, et la volonté de certaines d'entre elles¹¹ de repositionner leurs prix par rapport à la concurrence, ce qui peut avoir contribué à accroître la pression concurrentielle à laquelle sont soumis l'ensemble des réseaux de distribution¹².
17. Il ressort de l'examen des évolutions des marges des distributeurs à dominante alimentaire que les groupes Auchan, Casino, Cora, Intermarché et Système U enregistrent globalement une diminution de leurs marges sur l'année 2014, tandis que celles du groupe Carrefour demeurent relativement stables¹³. A partir de 2014, la diminution des prix pratiqués par les distributeurs résulte donc en partie d'une diminution de leurs marges.
18. Ces distributeurs expliquent que, dans ce contexte, les conditions d'achat dont ils bénéficiaient auraient entraîné un « *décrochage* » en prix leur faisant courir, à terme, un risque d'être évincés du marché aval en raison de la désaffection de consommateurs et/ou de la perte de magasins s'affiliant à des réseaux de distribution concurrents plus importants (voir *infra* §§ 189 et suivants), et que les accords de coopération leur aurait été nécessaire pour retrouver de la compétitivité.
19. Ces accords, intervenant au début du cycle de négociation annuel, ont suscité des craintes de la part des industriels, et ont pu déstabiliser un certain nombre d'opérateurs, conduisant

⁷ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite « *loi Galland* ».

⁸ Décision n° [14-D-19](#) du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, § 187.

⁹ Comme l'avait noté l'Autorité dans l'avis n° [10-A-26](#) du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire (§ 14), la modification de la loi Galland par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs dite « *loi Châtel* » et la levée de l'interdiction de discriminer pesant sur les fournisseurs par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite « *LME* » ont permis d'amorcer un retour de la concurrence tarifaire entre enseignes.

¹⁰ *Price and Promotion in Western Economies New areas to explore for retail recovery*, juillet 2014, IRI.

¹¹ Comme Géant Casino par exemple.

¹² Une présentation d'Eurauchan et Système U indique ainsi que « *La guerre des prix déclenchée par Géant Casino et Leclerc a mis sous pression les autres enseignes* ».

¹³ Il convient néanmoins de relever que, dans certaines enseignes, l'exploitation des magasins et la gestion de l'immobilier commercial relèvent de deux sociétés juridiquement distinctes. Pour ces magasins, les loyers seront alors considérés uniquement comme une charge alors qu'ils apparaissent également comme des revenus pour l'entité chargée de la gestion de l'immobilier. La même observation pourrait également être valable pour d'autres postes de coût.

les pouvoirs publics à souligner qu'ils resteraient vigilants quant au déroulement des négociations commerciales. C'est dans ce contexte que l'Autorité a été saisie pour avis.

D. L'ACTIVITÉ DE L'AUTORITÉ DANS LE SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION

20. Le secteur de la distribution occupe une place centrale dans la pratique décisionnelle et consultative de l'Autorité de la concurrence en raison de l'importance de ce secteur pour les consommateurs, et des nombreuses problématiques concurrentielles qui peuvent s'y poser.
21. L'action de l'Autorité a surtout porté sur la répression d'infractions au droit de la concurrence, et en particulier d'ententes entre fournisseurs et distributeurs sur les prix de détails, découlant d'une instrumentalisation de la loi Galland. En dehors de ce contentieux très spécifique et aujourd'hui dépassé, l'essentiel de l'intervention de l'Autorité a porté sur les opérations de concentration¹⁴ qui ont structuré le secteur, et sur des avis rendus sur la situation générale des grandes et moyennes surfaces ou relatifs aux différentes réformes visant à encadrer la grande distribution¹⁵. En 2010, l'Autorité consacrait également au secteur de la distribution l'étude thématique de son rapport annuel¹⁶.
22. Le Conseil, puis l'Autorité, ont ainsi suivi avec attention les évolutions du secteur en s'intéressant tant aux marchés amont de l'approvisionnement en produits de grande consommation¹⁷ qu'aux marchés aval de la distribution de détail à dominante alimentaire¹⁸. En 2012, l'Autorité a porté une attention toute particulière à la situation concurrentielle de la distribution alimentaire à Paris, relevant un déficit de concurrence sur le marché aval, lié à des raisons identifiées comme structurelles plutôt que

¹⁴ Voir notamment décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon et décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

¹⁵ Voir notamment avis n° [97-A-04](#) du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution, avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, et avis n° [10-A-25](#) du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « *management catégoriel* » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

¹⁶ Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence 2010, étude thématique « *Concurrence et distribution* ».

¹⁷ Voir notamment décision n° [94-D-60](#) du 13 décembre 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives ; décision n° 06-D-03 bis du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation ; décision n° 09-DCC-27 du 24 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société FRG par le Groupe Carrefour et décision n° 12-DCC-73 du 30 mai 2012 relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par la société Retail Leader Price Investissement (groupe Casino) et Messieurs Planes et Vernat.

¹⁸ Voir notamment avis n° [97-A-04](#) du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution ; avis n° [07-A-06](#) du 16 juillet 2007 relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison ; et décision n° 12-DCC-63 du 9 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Guyenne et Gascogne SA par la société Carrefour SA.

comportementales, et appelant au renforcement des dispositifs de contrôle *ex post* permettant d'agir sur la structure de marché¹⁹.

23. La question spécifique de la puissance d'achat et du pouvoir de négociation des distributeurs a également été examinée de longue date. Déjà en 1985, la Commission de la concurrence rendait un avis relatif « à la situation des centrales d'achat et de leurs groupements », dans lequel elle s'intéressait à l'impact de ce type d'entités sur le fonctionnement concurrentiel des marchés et sur le consommateur final. Elle consacrait alors le principe de « libre choix de l'acheteur » comme « l'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 »²⁰.
24. L'ensemble des avis ou études, mais aussi les quelques décisions portant plus précisément sur les regroupements à l'achat, dressent un tableau nuancé du bilan concurrentiel, lequel conduit l'Autorité à rester vigilante, voire à réexaminer avec attention la situation en cas d'apparition de nouvelles pratiques ou d'évolution des conditions de regroupement à l'achat dans ce secteur.
25. La conclusion successive de plusieurs accords de regroupement à l'achat et le contexte de discussion du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, conduisent précisément, à l'occasion des saisines pour avis de l'Autorité, à actualiser le bilan concurrentiel à l'aune de ces évolutions, afin d'en d'apprécier les impacts et de formuler le cas échéant des recommandations d'adaptation du cadre juridique applicable.

II. Les caractéristiques du secteur de la distribution à dominante alimentaire

A. LES ACTEURS DU SECTEUR

26. La distribution fait le lien entre les activités économiques menées en amont par les fabricants et les consommateurs en aval. C'est ainsi grâce aux distributeurs, qui sont en relation directe avec les consommateurs, que les fournisseurs accèdent au marché aval. Le rôle de la distribution est donc déterminant, et toute mesure affectant son fonctionnement est susceptible d'avoir une incidence sur d'autres activités tout au long de la chaîne économique.

¹⁹ Avis n° [12-A-01](#) du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

²⁰ Avis n° 240 du 14 mars 1985 relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements. Ce principe a également été réaffirmé par l'Autorité dans sa décision n° [03-D-11](#) du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra, § 67.

1. LES FOURNISSEURS

27. Sur le marché amont de la distribution à dominante alimentaire, les distributeurs sont en contact, en tant que *clients*, avec les fournisseurs de produits alimentaires et d'articles ménagers non alimentaires de consommation courante visant à la satisfaction des besoins récurrents des ménages.
28. Dans une récente étude concernant le secteur du commerce alimentaire de détail en Europe, la Commission européenne a observé une concentration des fournisseurs entre 2004 et 2012 qui a touché la plupart des catégories de produits²¹. L'indice de concentration moyen des fournisseurs relevé pour la France²² suit cette tendance, se situant en 2012 à 2 130, soit au niveau médian de l'échantillon analysé, les situations étant de surcroît variables d'une catégorie de produits à une autre.

Indices moyens de concentration des fournisseurs pour 23 catégories de produits²³

Pays	IHH moyen 2012
Danemark	2840
Pays-Bas	2839
Finlande	2594
Portugal	2427
Belgique	2337
Espagne	2173
France	2130
République Tchèque	2057
Hongrie	2017
Royaume-Uni	1766
Roumanie	1747
Pologne	1743
Italie	1590
Allemagne	1359

Source : *Etude de la Commission européenne*²⁴

²¹ Rapport de la Commission européenne, « *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector* », septembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf>. Voir en particulier p. 32, pp. 136-138, p. 306, et pp. 318 et s.

²² La Commission européenne se base, dans son étude, sur l'indice de Herfindahl-Hirschman (HHI), mesuré pour un ensemble de 23 catégories de produits (en incluant uniquement les produits à marque nationale, et excluant dès lors les produits sous marque de distributeur), « *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector* », septembre 2014, p. 136.

²³ Les catégories sont les suivantes : alimentation infantile, biscuit, beurre/margarine, légume en conserve, céréale, fromage, chocolat, café, dessert, huile, pain frais pré-emballé, légume surgelé, jus de fruit, charcuterie, crème glacée, lait, eau minérale, plat cuisiné, snack salé, boisson gazeuse, entrée/pizza, thé et yaourt.

2. LES DISTRIBUTEURS

29. Sur le marché aval de la distribution à dominante alimentaire, les entreprises du secteur du commerce de détail à dominante alimentaire sont en contact, en tant que *fournisseurs*, avec les consommateurs finals.
30. En France, les grandes surfaces alimentaires (hypermarchés et supermarchés) constituent le modèle de distribution dominant (plus de 60 % des ventes totales du commerce alimentaire en magasin en 2012)²⁵. Ce marché a également connu une concentration importante et compte aujourd'hui neuf acteurs actifs au stade aval de la vente²⁶ et, à la suite des trois rapprochements récemment opérés, six acteurs actifs au stade amont de l'achat. Les principaux acteurs sont soit des groupes majoritairement intégrés (Carrefour, Provera, Casino et Auchan), soit des groupements d'indépendants (E. Leclerc, Intermarché et Système U).

3. LES CENTRALES D'ACHAT ET DE RÉFÉRENCIEMENT

31. Les centrales d'achat et de référencement ont pour objectif de négocier, au profit de plusieurs distributeurs, des conditions d'achat plus avantageuses que celles que chacun d'eux pourrait obtenir individuellement s'il traitait isolément avec les fournisseurs. Les centrales d'achat nationales concernent tant les groupes intégrés que les regroupements d'indépendants, ces derniers disposant également de centrales d'achat au niveau régional.

B. LES ACCORDS DE COOPÉRATION RELATIFS À LA NÉGOCIATION DES ACHATS

1. GÉNÉRALITÉS

32. Les accords de coopération à l'achat visent généralement à créer une puissance d'achat susceptible de conduire à une baisse des prix, voire à une amélioration de la qualité des produits ou des services pour les consommateurs. Le contenu de ces accords peut varier s'agissant tant des modalités de coopération (par le biais de contrats ou par la création d'entreprises communes, de plein exercice ou non) que du périmètre (produits et fournisseurs concernés notamment) ou encore de l'objectif des négociations opérées en commun (obtention d'un indice tarifaire commun ou d'une dégradation tarifaire commune des indices respectifs, inclusion ou non des « *nouveaux instruments promotionnels* », etc.).
33. A plusieurs reprises²⁷, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont rappelé que quand bien même les accords de coopération, ou regroupements à l'achat « *aboutissent à des*

²⁴ Ibid, p. 138.

²⁵ DGCCRF Eco n° 25, *Panorama de la grande distribution alimentaire en France*, février 2014.

²⁶ Lesquels représentent 99,4% du marché de la distribution à dominante alimentaire en 2014 (Source World Panel Kantar).

²⁷ Voir notamment avis n° 240 du 14 mars 1985 relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements, § 4, décision n° [93-D-21](#) du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Sté européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora, p.8 et

transferts de ressources des producteurs vers les distributeurs, dont la puissance d'achat s'est accrue par le biais de la création d'une centrale commune de référencement, ces accords et pratiques ne peuvent être qualifiés [d'anticoncurrentiel] que dans le cas où il est établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence soit sur les marchés des produits en cause, en portant atteinte à la présence des producteurs sur ces marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs ».

34. En effet, à l'inverse du pouvoir de marché de l'offreur, dont le renforcement n'est pas toujours bénéfique, la puissance d'achat peut être pro-concurrentielle en ce qu'elle constitue un contre-pouvoir de marché qui incite les producteurs à réduire leurs marges et leurs coûts de production. Ces effets de la puissance d'achat peuvent ensuite s'étendre sur le marché aval, au bénéfice des consommateurs finaux si l'intensité de la concurrence sur ce marché aval est élevée. En effet, la réduction des coûts d'achat peut avoir des motivations variées suivant qu'il s'agisse pour le distributeur de reconstituer ses marges, ou bien de retrouver de la compétitivité en baissant ses prix aux consommateurs.

2. DESCRIPTION DES ACCORDS DE COOPÉRATIONS EN CAUSE

a) Le partenariat Eurauchan / Système U

Les partenaires

SYSTEME U

35. Le Groupement Système U (ci-après « *Système U* ») est un groupement coopératif intervenant sous diverses enseignes²⁸. Il est constitué de commerçants indépendants associés, selon leur localisation, au sein de quatre sociétés coopératives régionales²⁹, elles-mêmes membres d'une union de coopératives : Système U Centrale Nationale. Cette dernière intervient en qualité de centrale de référencement de Système U, et, à ce titre, négocie les conditions d'achat de ses adhérents avec les fournisseurs nationaux. Les produits référencés par cette centrale sont en grande partie ceux qui seront commercialisés par les magasins du groupe car même si les indépendants de ce réseau disposent, selon Système U, d'une très grande souplesse contractuelle, ils s'approvisionnent pour l'essentiel de leurs besoins auprès de cette centrale.

AUCHAN

36. Le groupe Auchan (ci-après « *Auchan* ») est présent sur le marché de la distribution alimentaire de détail sous diverses enseignes³⁰. La société Eurauchan est en charge du référencement et de la négociation des conditions d'achat des produits commercialisés par l'ensemble des magasins du groupe, qu'ils soient intégrés, ce qui représente l'essentiel du

décision n° [05-D-32](#) du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie, §§ 99 et 100.

²⁸ Hyper U, Super U, Internet U, Marché U, U Express, Utile, Unico, Eco Frais (source : KANTAR).

²⁹ Système U Ouest, Système U Nord-Ouest, Système U Sud et Système U Est.

³⁰ Auchan, Les Halles d'Auchan, Auchan Internet, Simply Market, Simply Market Internet, Atac, A2Pas, Proxi Marché, Galeries Gourmandes, Maximarché, Easy Marché, Fredi, Au Marché Vrac, PrixBas (Source KANTAR).

parc, ou affiliés. Concernant ces derniers, même si, selon Auchan, ils n'auraient pas l'obligation contractuelle de s'approvisionner auprès du groupe, dans les faits, ils assurent l'essentiel de leurs besoins auprès de leur structure centrale.

Les motivations évoquées

37. Les considérations qui, selon les parties, ont motivé la coopération à l'achat entre Auchan et Système U sont à la fois la position d'*outsiders* des deux enseignes, et la « *guerre des prix* » dans laquelle il leur serait très difficile de lutter sans réaliser de partenariat à l'achat. L'absence d'un tel accord de coopération leur ferait courir un risque d'éviction à moyen terme du fait du décrochage de prix des deux enseignes sur le marché amont de l'approvisionnement, et, à plus court terme, du fait du risque pesant sur la pérennité de certains magasins d'indépendants.
38. Concernant plus particulièrement Système U, ce dernier avance en outre un risque de perte d'adhérents dans la mesure où le contrat d'adhésion à l'enseigne est relativement souple pour les indépendants, leur permettant ainsi de sortir du réseau chaque année.

Les fournisseurs concernés

39. L'ensemble des fournisseurs de produits commercialisés sous marque nationale communs à Auchan et Système U sont concernés par l'accord de coopération, à l'exception des PME et des entreprises fournissant des produits frais traditionnels, ce qui représente au total environ 300 fournisseurs.

Les produits concernés

40. L'accord de coopération entre Auchan et Système U porte uniquement sur les marques nationales et internationales. Sont donc exclus : les produits frais traditionnels, issus notamment des filières agricoles (fruits et légumes, fromages à la coupe, boulangerie, pâtisserie, viande, poisson), les produits vendus sous marque de distributeurs, les produits premier prix, ainsi que les produits non marchands³¹.

Les modalités contractuelles de la coopération

41. Système U donne mandat à Auchan, pour une durée initiale d'un an, pour négocier les conditions d'achat triple net des produits des fournisseurs concernés, lesquelles seront ainsi communes aux deux groupes. Ces fournisseurs ont l'obligation de négocier ces conditions en exclusivité avec Eurauchan, qui agit pour le compte des deux distributeurs. Chaque distributeur garde ensuite la responsabilité de ventiler ce prix avec des contreparties au sein du contrat-cadre annuel.

b) Le partenariat Intermarché / Casino

Les partenaires

CASINO

42. Le groupe Casino (ci-après « *Casino* ») a à sa tête la société Casino Guichard-Perrachon, laquelle est chargée de définir et mettre en œuvre la stratégie de développement du groupe.

³¹ Lesquels correspondent en réalité aux frais généraux.

EMC Distribution (ci-après « EMC »), filiale à 100 % de la société Casino Guichard-Perrachon, agit en tant que centrale de référencement³² au nom et pour le compte de l'ensemble des enseignes du groupe Casino, et son activité porte sur les négociations des conditions d'achat de l'ensemble des produits alimentaires et non-alimentaires qui sont centralisées au niveau du groupe. Les produits ainsi référencés ont vocation à approvisionner l'ensemble des magasins du groupe³³, ainsi que des enseignes indépendantes³⁴.

43. Si, pour les produits sous marque de distributeurs, les magasins sont tenus de s'approvisionner exclusivement auprès des fournisseurs référencés par EMC, ils peuvent s'approvisionner pour une partie de leurs besoins en produits de marques nationales auprès de fournisseurs non référencés, mais cette possibilité qui demeure limitée à certaines enseignes, est marginale.

ITM

44. La société ITM Entreprises est contrôlée par la Société Les Mousquetaires, elle-même détenue par environ 1 400 associés personnes physiques, dits « Adhérents associés », et, en sa qualité de franchiseur, elle conclut des contrats d'enseigne avec les sociétés d'exploitation détenues et exploitées par ces adhérents.
45. La société ITM Alimentaire International est en charge du référencement et de l'approvisionnement pour les enseignes Intermarché et Netto. Le contrat d'enseigne prévoit seulement une obligation d'approvisionnement par préférence auprès des filiales du groupement, mais en pratique les magasins assurent l'essentiel de leurs besoins auprès de la structure centrale.

Les motivations évoquées

46. Selon les parties, l'accord de coopération aurait pour but de permettre aux deux groupes de retrouver de la compétitivité en termes de rentabilité et de prix de vente au consommateur. Leur décision de rapprochement ferait suite notamment au constat de l'impossibilité de suivre les prix proposés par leurs concurrents pour un certain nombre de références, une situation qu'ils jugeaient nuisible à l'attractivité de leurs enseignes pour les consommateurs. En l'absence d'un tel accord, il existerait pour eux un risque de marginalisation, en raison du poids de leurs concurrents historiques³⁵, dont l'un s'est renforcé en 2014³⁶, mais également de la nouvelle alliance entre Système U et Auchan.

³² Elle n'est pas une centrale *d'achat*, les actes d'achat (commandes, paiements, livraisons) étant passés par les sociétés dont dépendent les magasins (à savoir des filiales du groupe Casino pour les magasins intégrés et des sociétés indépendantes pour les magasins indépendants, affiliés ou franchisés).

³³ Géant Casino, Hyper Casino, Casino Supermarché, Franprix, Leader Price, Monoprix, Monop', Petit Casino, Casino Shop, Spar, Vival, Leader Price Express, Le marché d'à coté.

³⁴ Soit en France métropolitaine, principalement Galeries Lafayette (Lafayette Gourmet), Sherpa, Hypercashier, Newrest, et en Outre-mer les groupes Ho Hio Hen, Barbotteau, Nouy, Kin Siong et Chong.

³⁵ Groupe CARREFOUR et enseigne LECLERC.

³⁶ Décision n°14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société DIA France SAS par la société CARREFOUR France SAS.

Les fournisseurs concernés

47. Le contrat de coopération entre Intermarché et Casino porte sur 64 fournisseurs de produits de grande consommation. Intermarché et Casino ont tout d'abord choisi les « *principaux fournisseurs* » de produits de grande consommation à marque nationale communs à leurs enseignes, ils ont ensuite écarté ceux d'entre eux pour lesquels ils ne pouvaient exclure qu'existe un risque de dépendance économique, notamment, ceux réalisant l'essentiel de leur chiffre d'affaires en France. Ces choix semblent avoir été opérés sans que des critères quantitatifs ou qualitatifs déterminés aient été utilisés (voir *infra* §§ 217 et suivants), les parties ayant toutefois cherché à ce que l'accord ne porte pas sur plus de 15 % du marché considéré.

Les produits concernés

48. L'accord de coopération entre Intermarché et Casino ne porte que sur les produits de grande consommation à marque nationale, et exclut expressément les produits sous marques de distributeurs, les produits frais traditionnels, les carburants, les produits destinés aux activités de restauration, ainsi que les piles et ampoules³⁷.

Les modalités contractuelles de la coopération

49. Intermarché et Casino ont choisi de mettre en place une entreprise commune dénommée « *Intermarché Casino Achats* » (ci-après « *INCAA* »), disposant d'une personnalité juridique distincte, laquelle est chargée de négocier la totalité des conditions commerciales de référencement, c'est-à-dire le contrat-cadre annuel, pour le compte des deux groupes de distribution³⁸.
50. Les deux parties ont signé d'une part un accord fixant le cadre de leur coopération à l'achat, et d'autre part un mandat par lequel elles donnent pouvoir à la nouvelle entité (INCAA) pour négocier en leur nom et pour leur compte, et ce, pour une durée indéterminée résiliable annuellement. Les parties sont liées par une clause de non-concurrence les empêchant de conclure un autre accord de coopération d'achat. La société commune bénéficie par ailleurs d'une exclusivité des négociations avec les fournisseurs concernés par le périmètre de l'accord de coopération³⁹.

c) Le partenariat Carrefour / Provera

Les partenaires

CARREFOUR

51. Le groupe Carrefour (ci-après « *Carrefour* ») est constitué à la fois de points de vente intégrés et de franchisés dont l'approvisionnement est géré par plusieurs filiales faisant office chacune de centrale de référencement pour une partie des produits⁴⁰ : Interdits pour

³⁷ L'exclusion des « *piles et ampoules* » s'explique par le fait que l'achat de cette catégorie de produits est réalisé non par Intermarché Alimentaire France, partie à l'accord de coopération, mais par sa centrale spécialisée pour les articles de bricolage.

³⁸ En référence à l'article L. 441-7 du code de commerce.

³⁹ Article 3-3 de l'accord de coopération.

⁴⁰ A compter du 1^{er} janvier 2015.

les produits de grande consommation et les produits frais traditionnels, Carrefour Marchandises Internationales pour les produits non-alimentaires, Maison Johanes Boubee, pour le vin, et Carrefour World Trade pour les produits sous marque de distributeurs. Les commandes sont ensuite réalisées par les services d'approvisionnement de Carrefour.

52. Ces différentes centrales référencent les produits qui ont vocation à approvisionner l'ensemble des enseignes du groupe⁴¹, ainsi que des enseignes affiliées⁴², qui assurent l'essentiel de leurs besoins auprès des différentes centrales.

PROVERA

53. Les sociétés Provera France, Supermarché Match et Cora font partie du Groupe Louis Delhaize (qui a à sa tête la société Louis Delhaize SA, société anonyme ayant son siège social en Belgique).
54. Cora non alimentaire et Provera sont mandatées par Supermarché Match et Cora pour négocier en leur nom et pour leur compte les conditions d'approvisionnement respectivement des produits non-alimentaires et des produits alimentaires en France. Ces deux centrales référencent les produits qui ont vocation à approvisionner l'ensemble des enseignes du groupe⁴³, ainsi que des enseignes affiliées⁴⁴. Elles sont non seulement responsables du référencement mais aussi des achats pour le périmètre produit qui les concerne.
55. L'ensemble des magasins du groupe sont intégrés, si bien qu'ils réalisent l'essentiel de leurs achats en produits de grande consommation auprès de Cora non alimentaire et Provera⁴⁵.

Les motivations évoquées

56. Du point de vue de Cora, la coopération avec Carrefour aurait pour but de lui permettre de retrouver de la compétitivité en termes de prix. Cora a réalisé une étude afin de comparer les conditions d'achat dont il bénéficiait avec celles dont bénéficiait Carrefour, laquelle aurait fait apparaître un écart au niveau de ses conditions d'achat qui ne serait selon eux pas soutenable dans la durée.
57. Du point de vue de Carrefour, l'accord de coopération lui permet en premier lieu de bénéficier d'une rémunération significative. En second lieu, son intérêt consisterait à accentuer la pression concurrentielle à laquelle sont soumis ses principaux concurrents au niveau national en permettant à Cora, avec lequel il est peu en concurrence au niveau local, de retrouver de la compétitivité prix vis-à-vis de ces autres concurrents.

⁴¹ Carrefour, Carrefour Market, Carrefour Express, Carrefour City, Carrefour Montagne, Huit à 8, Shopi, Marche plus, Proxi, Carrefour Contact, Promocash, Ooshop, Online Carrefour, Dia.

⁴² Ces sociétés exercent une activité de grossiste alimentaire et fournissent principalement des points de vente de proximité (supérettes) : GIE Force 8 (SA Breguiboul, Lidis, Sico Distribution, Euro Cash Confiseur, DBC du Centre, GMS Négoce Alimentaire, Sefico, France, Confiserie, SA Magec), Saveur Nomade, Société d'Exploitation de la Grande Epicerie de Paris (SEGEP) et Sedda.

⁴³ Cora, Record, Match.

⁴⁴ Francap, Maximo, Migros France.

⁴⁵ Les approvisionnements extérieurs concernent des fournisseurs locaux ou régionaux.

Les fournisseurs concernés

58. L'accord de coopération entre Carrefour et Cora porte sur une liste déterminée de fournisseurs de produits de grande consommation, 103 en alimentaire et 37 en non-alimentaire.
59. S'agissant des critères ayant conduit au choix de ces fournisseurs, Carrefour et Cora ont seulement indiqué qu'il s'agissait des plus gros fournisseurs de produits de grande consommation travaillant déjà avec les deux groupes de distribution, et que le nombre de fournisseurs retenus tenait compte « *de la charge de travail supplémentaire induite par la mise en œuvre de l'accord et la capacité pour les équipes de négociation de Carrefour d'absorber cette charge de travail additionnelle* ». Ont par ailleurs été exclus du périmètre de l'accord les PME et les producteurs de la filière agricole.

Les produits concernés

60. La coopération à l'achat entre Carrefour et Cora ne porte que sur les produits de grande consommation à marque nationale, et l'accord exclut expressément les produits de la filière agricole⁴⁶. Les produits frais traditionnels et les produits à marque de distributeur seraient aussi exclus.

Les modalités contractuelles de la coopération

61. L'accord entre Carrefour et Provera prévoit que la société Provera, agissant pour le compte de Cora et Supermarché Match, adhère aux centrales de référencement alimentaire et non-alimentaire de Carrefour, pour une durée minimum de quatre ans, ce qui lui permet *in fine* de bénéficier des conditions d'achat de Carrefour qui négociera le contrat-cadre annuel⁴⁷ pour le compte des deux groupes de distribution. L'accord ne prévoit aucune exclusivité des négociations, de sorte que Provera pourrait théoriquement choisir de négocier en direct avec certains fournisseurs concernés.

⁴⁶ Soit les produit bruts non marketés comme le lait ou les œufs.

⁴⁷ En référence à l'article L. 441-7 du code de commerce.

III. L'analyse concurrentielle

62. Les négociations commerciales dans le secteur de la grande distribution sont caractérisées par une incontestable complexité, liée notamment au fait que le prix de vente concédé par le fournisseur est le reflet d'une multitude de critères (voir *infra* §§ 139 et 140), ainsi qu'aux dispositions réglementaires qui les régissent⁴⁸. Les accords objet du présent avis ajoutent à cette complexité en opérant une distinction entre plusieurs catégories de fournisseurs, en ajoutant une strate de négociation additionnelle, et en opérant des segmentations nouvelles entre différents aspects de la négociation pour certains d'entre eux (voir *infra* §§ 143 à 146). De ce fait, on peut s'interroger sur la parfaite lisibilité pour les opérateurs économiques du cadre juridique dans lequel se sont déroulées ces négociations commerciales.
63. Dans ce contexte, l'approche de l'Autorité est nécessairement nuancée d'autant que les accords en cause ont été conclus dans un délai extrêmement court, qu'ils ont évolué au cours de l'instruction tant dans leur périmètre que dans leurs modalités ou dans leur nombre, et que leur analyse dépend de très nombreux paramètres, tant structurels que comportementaux, qui peuvent varier dans une large mesure en fonction des catégories de produits concernés.
64. Ainsi, après avoir effectué un rappel du cadre juridique et économique de l'analyse (A), l'Autorité présente les risques concurrentiels (B) et les effets favorables (C) susceptibles de résulter de tels accords. Dans ce contexte de rapprochements successifs à l'achat, qui affecte de manière plus générale les relations entre fournisseurs et distributeurs, l'Autorité juge également opportun de s'intéresser à la problématique des éventuels abus de dépendance économique pouvant résulter d'une puissance d'achat. Le présent avis fournit donc une analyse des enjeux concurrentiels liés à la puissance d'achat, assortie de certaines réflexions concernant l'adéquation des règles juridiques actuellement en vigueur pour appréhender ces problématiques (D).

A. LE CADRE DE L'ANALYSE

65. Les accords en cause ne sont pas contrôlables au titre des règles relatives au contrôle des concentrations (1) ; ils relèvent bien, en revanche, des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles et en particulier aux ententes. Il convient donc d'effectuer un rappel de la pratique décisionnelle en matière d'ententes (2) avant de définir le cadre économique de l'analyse en détaillant caractéristiques des marchés concernés (3).

⁴⁸ Notamment par les dispositions relatives à la transparence des relations commerciales, prévues aux articles L. 441-1 et suivants du code de commerce.

1. LA NON-CONTRÔLABILITÉ AU TITRE DES RÈGLES RELATIVES AU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

66. Les accords de coopération en cause ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un contrôle préalable au titre des concentrations. En effet, pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article L. 430-1 du code de commerce, qu'il s'agisse « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». A ce titre, « *l'entreprise est de plein exercice si elle bénéficie de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale)* » et si « *elle opère sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché, par exemple en entretenant des relations avec leurs fournisseurs et leurs clients aux conditions de marché* »⁴⁹.
67. Dans un arrêt du 31 mai 2000 relatif à la centrale d'achat Opéra⁵⁰, le Conseil d'État a considéré que cette centrale, filiale commune de Casino, Perrachon et Cora, n'avait pas les caractéristiques d'une entité économique autonome, notamment parce que les décisions d'achat continuaient à être prises par les maisons-mères et leurs filiales, qui restaient présentes, en tant qu'acheteurs, sur le marché de l'approvisionnement en produits de grande distribution. La création de cette centrale d'achat n'était donc pas contrôlable au titre du contrôle des concentrations.
68. Comme détaillé *supra* (voir §§ 35 à 61), les accords de coopération objet du présent avis ont des structures et modes de fonctionnement variés. Dans l'accord entre Intermarché et Casino, les parties ont fait le choix de mettre en place une structure commune de négociation, à laquelle sont cédés certains éléments d'actifs et affectés des salariés, mais les achats demeurent réalisés individuellement par chacune des maisons-mères. Dans les accords entre Auchan et Système U d'une part et entre Carrefour et Provera d'autre part, un distributeur s'affilie à la centrale d'achats d'un autre distributeur sans que s'opère un contrôle d'actifs ou que des dispositions contractuelles confèrent un contrôle sur le distributeur affilié, ce dernier continuant d'acheter de manière autonome.
69. Dans l'état actuel des choses, aucun de ces accords n'entre donc dans le champ du contrôle des concentrations défini par la pratique décisionnelle en application de l'article L. 430-1 du code de commerce dès lors que les actes d'achats continuent à être effectués par chaque distributeur de manière individuelle et autonome. Toutefois, si les partenariats entre les enseignes concernées devaient évoluer vers une coopération plus poussée, ceux-ci pourraient être soumis à une obligation de notification au titre du contrôle des concentrations.
70. Par ailleurs, une absence de contrôlabilité de tels rapprochements à l'achat au titre du contrôle des concentrations ne préjuge en rien de leur examen sous l'angle des pratiques

⁴⁹ Projet révisé des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, §§ 52 et 53.

⁵⁰ Conseil d'Etat, décision du 31 mai 2000 relative à l'opération Opéra, n° 213161 213352.

anticoncurrentielles⁵¹. Ainsi, les accords objet du présent avis relèvent bien des dispositions du Titre II du Livre IV du code de commerce (relatives aux pratiques anticoncurrentielles) et en particulier des dispositions concernant les ententes, et leurs équivalents au niveau communautaire, en particulier l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

2. LA PRATIQUE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE D'ENTENTES

a) Rappel des éléments constitutifs d'une infraction en matière d'entente

71. Comme mentionné précédemment, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont affirmé à plusieurs reprises⁵² que même si des accords ou pratiques aboutissent à des transferts injustifiés de ressources des producteurs vers des distributeurs dont la puissance d'achat s'est accrue par le biais d'une concentration, ces accords ou pratiques ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions relatives au contrôle des ententes que dans les cas où il est établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence.
72. La qualification d'infraction au titre de l'article L. 420-1 du code de commerce, ou de l'article 101, paragraphe 1^{er} TFUE, suppose (i) en effet l'intervention de plusieurs entreprises, (ii) la constatation d'un ou plusieurs accord(s) de volonté, et (iii) une restriction de concurrence.
73. Des rapprochements entre distributeurs relatifs aux négociations à l'achat, tels que ceux objet du présent avis, relèvent de la qualification d'accord de volonté puisqu'ils sont mis en œuvre par le biais d'un ou plusieurs accords conclu(s) entre différents distributeurs. Les lignes directrices de la Commission européenne sur les accords de *coopération horizontale* (ci-après « *Lignes directrices horizontales* »)⁵³ fournissent un cadre d'analyse qui peut leur être appliqué.
74. Les relations verticales entre les centrales d'achat et les fournisseurs ou entre les centrales d'achats et leurs adhérents peuvent, quant à elles, être appréhendées en tant qu'*accords verticaux*. Toutefois, comme le précise la Commission européenne dans ses Lignes directrices horizontales, ce n'est que si l'appréciation au titre des règles relatives aux accords horizontaux ne fait pas apparaître de problème de concurrence qu'il y a lieu d'apprécier les accords verticaux pertinents⁵⁴. Ces accords sont couverts, à certaines conditions, par le règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales⁵⁵.

⁵¹ Voir, à titre d'illustration, la décision n° [05-D-62](#) du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie, dans laquelle le Conseil de la concurrence analyse le rapprochement de Leclerc et Système U au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce relatif aux ententes anticoncurrentielles.

⁵² Voir notamment avis n° 240 du 14 mars 1985 relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements, § 4, décision n° [93-D-21](#) du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Sté européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora, p.8 et décision n° [05-D-32](#) du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie, §§ 99 et 100.

⁵³ Lignes directrices de la Commission européenne du 14 janvier 2011 sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale (ci-après « *Lignes directrices horizontales* »).

⁵⁴ Lignes directrices horizontales, §§ 195 et 196.

⁵⁵ Ce règlement, le règlement n° 330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, à

b) Apport des Lignes directrices horizontales de la Commission européenne

75. D'une manière générale et comme le rappelle la Commission européenne dans ses Lignes directrices horizontales, les accords de coopération horizontale peuvent produire des avantages économiques substantiels, en partageant des risques, en réalisant des économies de coûts, et, dans certaines configurations, en augmentant les investissements réalisés, en améliorant la qualité ou en permettant davantage d'innovation. Mais ils peuvent aussi poursuivre un objet ou avoir des effets anticoncurrentiels, du fait, notamment, qu'ils sont susceptibles de favoriser l'émergence de comportements collusifs⁵⁶.

Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1^{er} TFUE

76. Les Lignes directrices horizontales précisent que si, en règle générale, les accords qui consistent à fixer les prix d'achat ont un objet anticoncurrentiel, tel n'est pas nécessairement le cas pour les accords d'achat groupé, en particulier lorsque les parties s'entendent sur les prix d'achat que le groupement est autorisé à payer à ses fournisseurs pour les produits faisant l'objet du contrat de fourniture⁵⁷. Dans cette situation, c'est aux effets des accords qu'il convient de s'intéresser, en vérifiant s'ils sont susceptibles d'avoir « une incidence défavorable sensible sur au moins un des paramètres de la concurrence sur le marché, tels que le prix, la production, la qualité ou la diversité des produits, ou l'innovation »⁵⁸.

77. La Commission européenne identifie principalement trois risques liés à ce type d'accords :

- sur les marchés (aval) de la distribution, un risque de réduction de l'incitation des distributeurs à se faire concurrence par les prix⁵⁹ ;
- sur les marchés (amont) de l'approvisionnement : (i) un risque de réduction de la qualité, de diminution de l'effort dans le domaine de l'innovation ou de limitation de l'offre, qui pourraient résulter de la pression des distributeurs sur les fournisseurs⁶⁰ et (ii) un risque d'éviction anticoncurrentielle d'autres acheteurs du fait d'une limitation de leur accès aux fournisseurs⁶¹.

78. Pour déterminer si l'accord sera susceptible, avec une probabilité raisonnable, d'avoir les effets anticoncurrentiels qui viennent d'être mentionnés, il convient d'examiner différents facteurs tels que « la nature et le contenu de l'accord, la mesure dans laquelle les parties, individuellement ou conjointement, possèdent ou obtiennent un certain pouvoir de marché et la mesure dans laquelle l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir de marché ou permet aux parties de l'exploiter »⁶².

certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (« Règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales »), prévoit un régime d'exemption de ce type d'accords. Son article 2(2) précise les conditions d'exemption. Les accords verticaux non couverts par ce règlement ne sont pas présumés illicites, mais appellent un examen au cas par cas des risques concurrentiels.

⁵⁶ Lignes directrices horizontales, §§ 213 à 216.

⁵⁷ Ibid, § 206.

⁵⁸ Ibid, § 27.

⁵⁹ Ibid, § 201.

⁶⁰ Ibid, § 202.

⁶¹ Ibid, § 203.

⁶² Ibid, § 27.

79. Les Lignes directrices horizontales invitent également à examiner si l'accord altère l'autonomie décisionnelle de l'une des parties, soit directement, du fait du dispositif de l'accord lui-même, soit indirectement, en modifiant les incitations de l'une des parties.

Appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3 TFUE

80. La seconde étape, qui consiste à apprécier l'accord horizontal au regard de l'article 101, paragraphe 3 n'a lieu d'être que s'il est avéré que cet accord a pour effet potentiel ou avéré de restreindre le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1^{er}. Elle consiste à « *déterminer les effets favorables à la concurrence produits par cet accord et à évaluer si ces effets favorables à la concurrence l'emportent sur les effets restrictifs sur la concurrence* »⁶³.
81. Un accord peut ainsi être exempté dès lors que quatre conditions cumulatives sont remplies :
- l'accord doit entraîner des gains d'efficacité ;
 - les restrictions de concurrence doivent être indispensables pour entraîner ces gains d'efficacité ;
 - les consommateurs doivent recevoir une partie équitable du gain qui en résulte ; et
 - l'accord ne doit pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.
82. Dans ses Lignes directrices horizontales, la Commission européenne précise que, lorsque la part de marché cumulée des parties à un accord de coopération à l'achat n'excède pas 15 %⁶⁴ tant sur les marchés amont que sur les marchés aval, il est probable que les conditions d'exemption visées à l'article 101, paragraphe 3 seront remplies⁶⁵. Le dépassement de ce seuil n'implique pas que l'accord sera présumé illicite : un accord d'achat groupé qui ne relève pas de cette « *zone de sécurité* » nécessitera cependant une appréciation détaillée de ses effets sur le marché⁶⁶.
83. De manière générale, si la Commission européenne reconnaît qu'un accord d'achat groupé peut entraîner des gains d'efficacité significatifs (tels que des gains d'efficacité sur les coûts ou ceux, plus qualitatifs, consistant en l'introduction de produits nouveaux ou plus performants sur le marché), elle précise que la probabilité que ces gains soient répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence causés par l'accord est d'autant plus faible que le pouvoir de marché des parties sur les marchés de vente est élevé⁶⁷.

⁶³ Ibid, § 20.

⁶⁴ Dans le cadre de la révision des lignes directrices de la Commission européenne en 2010, l'Autorité s'était montrée favorable au maintien de ce seuil, plutôt qu'à son assouplissement un temps envisagé par la Commission européenne et par d'autres autorités de la concurrence en Europe. L'objectif était, pour l'Autorité, 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 en matière de contrôle des concentrations.

⁶⁵ Lignes directrices horizontales, § 208.

⁶⁶ Ibid, § 209. .

⁶⁷ Ibid, §§ 217 à 219.

3. LES CARACTÉRISTIQUES DES MARCHÉS CONCERNÉS

84. Le risque de voir apparaître des effets restrictifs de concurrence à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'accords tels que ceux objet du présent avis dépend dans une large mesure du pouvoir de marché détenu par les parties, individuellement ou collectivement.
85. L'analyse du pouvoir de marché a pour point de départ la délimitation des marchés susceptibles d'être affectés par les accords (a). Outre les parts de marché des parties et leur évolution, cette analyse doit par ailleurs tenir compte des autres caractéristiques des marchés en cause, telles que, notamment, les barrières à l'entrée de nouveaux concurrents, le degré de concentration, leur transparence, leur stabilité ou encore leur complexité (b).
86. Dans le secteur de la grande distribution, l'ensemble de ces éléments incitent à une relative prudence, et ce, tout particulièrement dans le contexte actuel de rapprochements successifs de plusieurs opérateurs dans le cadre de coopérations à l'achat.

a) La délimitation du périmètre de l'analyse : les marchés en cause

87. Dans le cadre du présent avis, il apparaît utile de fournir des indications sur la manière dont les marchés peuvent être définis, afin de guider les parties dans leur appréciation de leur pouvoir de marché, et leur permettre de juger si leur accord est susceptible de relever de la « zone de sécurité » établie par la Commission européenne dans ses Lignes directrices horizontales (voir *supra* § 82).
88. La pratique tant nationale⁶⁸ que communautaire⁶⁹ 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 aval) et ceux de l'approvisionnement en ces mêmes biens (les marchés amont). L'analyse d'accords de coopération à l'achat doit tenir compte des conditions concurrentielles sur l'ensemble de ces marchés et du fait que ces marchés sont liés, le comportement des intervenants sur le marché de l'approvisionnement étant dépendant de la demande finale des consommateurs.
89. De manière classique, la délimitation de ces marchés, fondée sur la notion de « substituabilité » afin de tenir compte des pressions concurrentielles, a une double dimension : une dimension produit, et une dimension géographique⁷⁰.

⁶⁸ Voir, en dernier lieu, la décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

⁶⁹ Voir, notamment, décisions de la Commission du 3 février 1999, affaire COMP/M.1221 *Rewe/Meinl* ; du 25 janvier 2000, affaire COMP/M.1684 *Carrefour/Promodès* ; du 28 septembre 2000, affaire COMP/M.2115 *Carrefour/GB* et du 3 juillet 2008, affaire COMP/M.5112 *Rewe Plus/Discount*.

⁷⁰ Pour plus de précisions à ce sujet, voir notamment la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (Journal officiel C 372 du 09/12/1997), ainsi que le Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence 2001, Etude thématique « *Les marchés pertinents* » et le Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence 2013, Etude thématique « *Les marchés locaux* ».

Les marchés amont de l'approvisionnement

Dimension produit

90. S'agissant des marchés amont de l'approvisionnement, la substituabilité doit être définie du point de vue de l'offre⁷¹. En d'autres termes, pour identifier les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les acheteurs (les parties à l'accord de coopération), il convient d'examiner les solutions de remplacement dont disposent leurs fournisseurs.

◆ Segmentation par catégorie de produits

91. Comme le soulignait la Commission européenne dans l'affaire *Rewe/Meinl*⁷² « [...] *ce sont la souplesse des possibilités de modification de l'offre des producteurs ainsi que l'existence d'autres débouchés pour eux qui constituent les facteurs déterminants. Les producteurs fabriquent généralement des produits ou des groupes de produits particuliers (par exemple: des produits laitiers, du pain et de la pâtisserie) et ne sont pas en mesure de se reconvertir facilement dans la fabrication d'autres produits. [...] C'est pourquoi il n'est pas possible de considérer qu'il existe un seul marché de l'approvisionnement dans le secteur du commerce de détail de l'alimentation. Ce secteur achète, certes, un assortiment complet, dans la mesure où la demande de ses clients porte sur ce type d'assortiment. Toutefois, il n'est pas en mesure d'acheter un assortiment complet à un seul producteur. C'est pourquoi on ne peut partir du principe qu'il existe un marché de l'approvisionnement unique pour le commerce de détail de l'alimentation* »⁷³.
92. Dans cette affaire, puis dans l'affaire *Carrefour/Promodès*⁷⁴, la Commission européenne a retenu une segmentation en 23 catégories de produits distinctes.

Catégories de produits retenues par la Commission européenne dans l'affaire *Carrefour / Promodès*

Produits de grande consommation	Produits frais	Produits de « bazar »
(1) Liquides (2) Droguerie (3) Parfumerie et hygiène (4) Epicerie sèche (5) Parapharmacie (6) Produits périssables en libre service	(7) Charcuterie (8) Poissonnerie (9) Fruits et légumes (10) Pain et pâtisseries fraîches (11) Boucherie	(12) Bricolage (13) Maison (14) Culture (15) Jouets (16) Jardin (17) Automobile (18) Gros électroménager (19) Petit électroménager (20) Photo/ciné (21) Hi-fi/son (22) TV vidéo (23) Textile/chaussures

⁷¹ Lignes directrices horizontales, § 198.

⁷² Affaire COMP/M.1221 *Rewe/Meinl*.

⁷³ Décision de la Commission du 3 février 1999, affaire COMP/M.1221 *Rewe/Meinl*, § 76. Voir également décision de la Commission du 25 janvier 2000, affaire COMP/M. 1684 *Carrefour/Promodès*, § 15.

⁷⁴ Décision de la Commission du 25 janvier 2000, affaire COMP/M.1684 *Carrefour/Promodès*. Voir également les décisions de la Commission du 3 février 1999, affaire COMP/M.1221 *Rewe/Meinl*, du 28 septembre 2000, affaire COMP/M.2115 *Carrefour/GB* et du 4 mai 2006, affaire COMP/M.4096, *Carrefour/Hyparolo*.

93. Cette approche, consistant à délimiter des marchés correspondant à des familles de produits, est également retenue par l’Autorité⁷⁵, et, d’une manière générale, elle a été reconnue comme pertinente par les fournisseurs interrogés par l’Autorité au cours de l’instruction du présent avis, seuls quelques opérateurs ayant évoqué la possibilité de sous-segmentations plus fines pour certaines catégories.
94. Cette approche apparaît également pertinente pour l’analyse d’accords tels que ceux objets du présent avis. L’Autorité n’exclut cependant pas une délimitation plus fine de certaines catégories suivant les conditions dans lesquelles se déroulent les négociations. En effet, « au niveau des approvisionnements, on peut considérer qu’il existe autant de marchés que de familles de produits sur lesquelles porte la négociation, chaque distributeur mettant en concurrence les divers fournisseurs sur chacun de ces marchés »⁷⁶.

◆ **Sous-segmentations envisageables pour certaines catégories de produits**

95. D’autres sous-segmentations ont été envisagées par les autorités de concurrence et les informations dont dispose l’Autorité confirment que, pour certaines catégories de produits, une sous-segmentation additionnelle à la seule délimitation par catégorie de produits pourrait le cas échéant être envisagée afin d’évaluer de manière efficace l’impact d’accords de coopération à l’achat tels que ceux objet du présent avis.

◆ **Sous-segmentation marques de distributeurs / marques de fournisseurs**

96. Pour certaines catégories de produits, une sous-segmentation peut tout d’abord être envisagée en fonction du positionnement commercial du produit. En effet, la possibilité, du point de vue des fournisseurs, de remplacer la vente de produits sous marque de fournisseur (MDF), par des produits sous marque de distributeur (MDD), marque premier prix (MPP) ou encore marque *Hard Discount* (MHD) diffère selon les produits concernés. C’est la raison pour laquelle, en matière de contrôle des concentrations, les autorités de concurrence procèdent à une analyse au cas par cas afin de déterminer s’ils appartiennent ou non à des marchés pertinents différents.
97. Dans sa décision *Friesland Foods/Campina*⁷⁷, la Commission européenne précise qu’il convient d’examiner également si les deux types de marques sont, de façon générale, en concurrence étroite dans la perspective du client final et la mesure dans laquelle les fournisseurs en amont de produits MDD et/ou MDF, de même que les distributeurs prennent en compte, dans le cadre de leurs négociations en amont, la pression concurrentielle que les MDD et MDF exercent mutuellement les uns sur les autres au niveau du consommateur⁷⁸.
98. De la même manière, l’Autorité de la concurrence indique que « si l’analyse de l’opération concerne exclusivement le marché amont de l’approvisionnement des GMS, la pression concurrentielle que peuvent éventuellement exercer les uns sur les autres les producteurs

⁷⁵ Voir, notamment, décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

⁷⁶ Avis n° [97-A-04](#) du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution.

⁷⁷ Affaire COMP/M.5046, *Friesland Foods/Campina*.

⁷⁸ Décision de la Commission du 17 décembre 2008, affaire COMP/M.5046 *Friesland Foods/Campina*, §§ 179 et s.

de MDF et de MDD est étroitement influencée par le comportement des consommateurs sur les marchés aval mettant en relation les GMS avec les clients, et donc par la substituabilité, du point de vue des consommateurs, entre les différents produits. Les négociations entre les GMS et leurs fournisseurs prennent donc place dans un contexte concurrentiel différent selon le degré de différenciation des produits en termes de goût, de qualité, de prix ou d'emballage et selon la notoriété des marques de fabricants »⁷⁹.

99. A titre d'illustration, la Commission européenne a considéré que les produits vendus sous MDF et MDD appartiennent à un seul et même marché pour certains produits laitiers⁸⁰. L'Autorité a également retenu un seul marché pour la bière, les légumes surgelés ou encore la charcuterie salaison⁸¹. En revanche, la Commission européenne a pu admettre qu'il pouvait exister un marché spécifique des MDD, distinct de celui des produits de marques notoires d'envergure nationale ou internationale pour les serviettes hygiéniques⁸², et l'Autorité ou la Commission européenne ont retenu l'existence d'un marché distinct des MDD pour les spiritueux⁸³, certains produits d'hygiène⁸⁴, ou encore les fromages frais à pâte molle⁸⁵.
100. Les fournisseurs interrogés dans le cadre de l'instruction du présent avis confirment que, pour certaines catégories de produits, le marché MDD présente des caractéristiques très distinctes du marché MDF. En particulier, certains fournisseurs soulignent que les modes d'approvisionnement et la contractualisation sont différents : le marché MDD fonctionne par appels d'offres annuels et les détaillants peuvent normalement changer de fournisseurs d'une année à l'autre, tandis que les produits MDF font l'objet de négociations annuelles de gré à gré. Pour le marché MDD, les fournisseurs doivent répondre à des cahiers des charges et être capables de produire au meilleur coût pour une qualité donnée, tandis que pour les MDF la marque et les efforts promotionnels liés à celle-ci jouent un rôle important. Enfin, pour certaines catégories de produits, les opérateurs actifs sur le segment MDD et sur le segment MDF ne seraient pas les mêmes, avec, dans certains cas, une présence plus importante des PME sur le marché MDD. Pour certaines catégories de produits, il n'existerait ainsi, du point de vue des fournisseurs, qu'une substituabilité limitée entre MDD et MDF.

⁷⁹ Notamment la décision n° 13-DCC-23 du 28 février 2013 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe coopératif Agril de plusieurs sociétés du groupe Bakkavör.

⁸⁰ Décision de la Commission, affaire COMP/M.5046 *Friesland Foods/Campina*, § 196.

⁸¹ Avis n° [96-A-09](#) du 9 juillet 1996 relatif à la concentration Fisher/Sogebra – bières ; Décision n° 14-DCC-124 du 25 août 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Dujardin par le groupe Ardo – légumes surgelés ; Décision n° 14-DCC-85 du 20 juin 2014 relative à la prise de contrôle de certains actifs de la société Jean Caby par la société Financière Turenne Lafayette - charcuterie salaison industrielle.

⁸² Décision de la Commission du 21 juin 1994, affaire IV/M.430, *Procter et Gamble/Schickedanz*.

⁸³ Décision n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier français spiritueux par la Compagnie financière européenne de prise de participation.

⁸⁴ Décision de la Commission du 5 septembre 2007, affaire COMP/M.4533, *SCA/ P&G (European Tissue Business)*.

⁸⁵ Affaires COMP/M.4761 *Bongrain / Sodiaal / JV* et COMP/M.4533 *SCA/P&G*. Voir également les affaires COMP/M.623 *Kimberly-Clark/Scott Paper* (dans laquelle la Commission retient un seul et même marché) et COMP/M.2097 *SCA / Metsa Tissue* (dans laquelle la Commission retient deux marchés distincts pour les MDD d'une part et les MDF d'autre part du point de vue de l'approvisionnement et ce malgré le fait que, du point de vue du consommateur, MDD et MDF pouvaient être considérées comme substituables)

101. Les spécificités de certaines catégories de produits peuvent donc justifier une délimitation du marché consistant à considérer l’approvisionnement en MDF comme un marché autonome. Ce périmètre d’analyse semble d’autant plus adéquat pour analyser l’impact d’accords tels que ceux objet du présent avis, que le champ de ces derniers est limité aux MDF.

◆ Sous-segmentation en fonction des canaux de distribution

102. Une sous-segmentation des marchés peut également être envisagée en fonction des canaux de distribution⁸⁶. Dans sa décision *Carrefour/Promodès*⁸⁷, la Commission européenne avait ainsi relevé que « [...] *il existe des indices sérieux permettant de penser que certains marchés de l’approvisionnement peuvent également être définis en fonction des canaux de distribution, de telle sorte que l’approvisionnement du secteur du commerce de détail à dominante alimentaire pourrait constituer un marché autonome* »⁸⁸.

103. Dans les décisions récentes en matière de contrôle des concentrations entre fournisseurs, l’Autorité a défini des marchés distincts par canal de distribution par exemple dans les secteurs de l’eau en bouteille, des produits laitiers, de la salade, de la charcuterie salaison, ou de la volaille⁸⁹. Dans les décisions en matière de contrôle des concentrations entre distributeurs, l’analyse concurrentielle a également été effectuée sur le seul canal des grandes et moyennes surfaces⁹⁰.

104. Par ailleurs, les éléments rassemblés au cours de l’instruction du présent avis suggèrent qu’une sous-segmentation de marché par circuit de distribution peut être appropriée à tout le moins pour ce qui concerne certaines catégories de produits. En effet, ces éléments confirment l’analyse faite par la Commission européenne dans les affaires *Rewe/Meinl* ou *Carrefour/Promodès*, selon laquelle « *des différences dans les tailles des récipients, 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 de l’alimentation et la restauration), la nécessité d’avoir des connaissances et des contacts différents pour les divers canaux de distribution et de*

⁸⁶ Décision de la Commission du 3 février 1999, affaire M.1221 *Rewe/Meinl*.

⁸⁷ Décision de la Commission du 25 janvier 2000, affaire COMP/M.1684 *Carrefour/Promodès*. Voir également les décisions de la Commission du 3 février 1999, affaire COMP/M.1221 *Rewe/Meinl* et du 28 septembre 2000, affaire COMP/M.2115, *Carrefour/GB*.

⁸⁸ Décision de la Commission du 25 janvier 2000, affaire COMP/M.1684, *Carrefour/Promodès*.

⁸⁹ Voir décision n° 12-DCC-84 du 21 juin 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de Holding Saint Amand par la société Alma ; décision n°13-DCC-23 du 28 février 2013 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe coopératif Agrial de plusieurs sociétés du groupe Bakkavör ; décision n° 14-DCC-57 du 17 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Orlait, filiale de Sodiaal, de l’activité lait de consommation longue conservation de la coopérative Terra Lacta ; décision n°14-DCC-85 du 19 juin 2014 relative à la prise de contrôle de certains actifs de la société Jean Caby par la société Financière Turenne Lafayette ; et décision n°15-DCC-14 du 24 février 2015 relative à l’acquisition par LDC Volaille des actifs d’abattage et de commercialisation de volailles du groupe Glon Sanders.

⁹⁰ Voir, notamment, décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon, et décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

disposer d'une logistique différente rendent plus difficile tout passage à un autre débouché »⁹¹.

Dimension géographique

105. S'agissant de la dimension géographique des marchés de l'approvisionnement, l'Autorité, tout comme la Commission européenne, retient en principe des marchés de dimension nationale⁹².
106. Les opérateurs interrogés dans le cadre de l'instruction confirment globalement cette délimitation nationale des marchés ; certains soulignent cependant que le développement des structures internationales d'achat favoriserait une tendance à un élargissement géographique du fait de l'adoption de stratégies paneuropéennes d'approvisionnement.

Les marchés en aval

Dimension produit

107. Classiquement, lorsque plus d'un tiers du chiffre d'affaires d'un magasin provient de produits alimentaires, le commerce est réputé « à dominante alimentaire »⁹³. Au sein du commerce de détail à dominante alimentaire, ont été distingués six marchés, en utilisant plusieurs critères, tels que la taille des magasins, leurs techniques de ventes, leur accessibilité, la nature du service rendu et l'ampleur des gammes de produits proposés⁹⁴ :

Segmentation de marché au sein du commerce à dominante alimentaire

- (1) Hypermarchés (magasins à dominante alimentaire d'une surface légale de vente supérieure à 2 500 m²)
- (2) Supermarchés (entre 400 et 2 500 m²)
- (3) Commerce spécialisé
- (4) Petit commerce de détail ou superettes (moins de 400 m²)
- (5) Maxi-discompteurs
- (6) Vente à distance

108. Au sein du petit commerce de détail, sont distingués les petits libres-services, qui offrent un assortiment étroit de produits courants (surface inférieure à 120 m²), et les supérettes, dont l'offre de produits est un peu plus étendue (surface comprise entre 120 et 400 m²)⁹⁵.

⁹¹ Décision de la Commission du 3 février 1999, affaire M.1221 *Rewe/Meinl*, § 80, et décision de la Commission du 25 janvier 2000, affaire COMP/M.1684, *Carrefour/Promodès*.

⁹² Voir en dernier lieu la décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS. Pour la Commission européenne, voir décisions de la Commission du 3 février 1999, affaire COMP/M.1221 *Rewe/Meinl* ; du 25 janvier 2000, affaire COMP/M.1684, *Carrefour/Promodès* et du 28 septembre 2000, affaire COMP/M.2115, *Carrefour/GB*.

⁹³ Voir, en dernier lieu, décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

⁹⁴ Voir, notamment, décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon.

⁹⁵ Avis du Conseil de la concurrence n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution, et décision de la concurrence n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité.

109. Dans ses décisions récentes relatives à des opérations de concentration⁹⁶, l'Autorité a rappelé que les seuils de surface doivent être utilisés avec précaution et peuvent être adaptés dans certains cas d'espèce, car des magasins dont la surface est située à proximité d'un seuil, soit en-dessous, soit au-dessus, peuvent se trouver en concurrence directe avec les magasins d'une autre catégorie⁹⁷.
110. Par ailleurs, l'Autorité considère que, si chaque catégorie de magasin conserve sa spécificité, il existe une concurrence asymétrique entre certaines de ces catégories. Elle distingue ainsi :
- un marché comprenant uniquement les hypermarchés, et ;
 - un marché comprenant les supermarchés et les formes de commerce équivalentes (hypermarchés, hard discount et magasins populaires) hormis le petit commerce de détail (moins de 400 m²)⁹⁸.
111. S'agissant des supérettes de détail, la pratique décisionnelle a également souligné l'existence d'une relation concurrentielle asymétrique avec les autres formes de commerce. Dans un certain nombre de configurations géographiques, un hypermarché, un supermarché ou un magasin de *hard discount* peut être habituellement utilisé par certains consommateurs comme un magasin de proximité, en substitution d'une supérette, tandis que la réciproque n'est pas vraie. Autrement dit, si les hypermarchés et les supermarchés exercent une vive concurrence sur le petit commerce de détail (moins de 400 m²), la réciproque n'est presque jamais vérifiée. Les supérettes subissent donc la concurrence des autres supérettes mais également des supermarchés, des magasins discompteurs et des hypermarchés.
112. La vente à distance inclut la livraison à domicile et le « *drive* » (offre de produits que le consommateur commande en ligne pour ensuite prendre livraison en magasin ou à un point de vente dédié, soit en voiture, soit à pied). Dans le cadre de récentes décisions de contrôle des concentrations, l'Autorité a été amenée à examiner si ces modes de vente à distance exerçaient une pression concurrentielle sur certains points de vente, elle a finalement considéré dans ces cas d'espèce l'absence d'effet sur les parts de marchés des opérateurs locaux⁹⁹.
113. La pratique décisionnelle a opéré une délimitation spécifique des marchés aval de la distribution à dominante alimentaire à Paris compte tenu des spécificités du territoire et des

⁹⁶ Voir, notamment, décision n° 12-DCC-63 du 9 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Guyenne et Gascogne SA par la société Carrefour SA ; décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon, et décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS, § 20.

⁹⁷ Voir, notamment, décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS, § 20.

⁹⁸ Voir, notamment, décision n° 12-DCC-63 du 9 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Guyenne et Gascogne SA par la société Carrefour SA ; décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon et décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

⁹⁹ Décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon et décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

comportements d'achat des consommateurs parisiens. A Paris, le marché pertinent comprend ainsi tous les formats de commerces généralistes : supérettes, supermarchés, magasins populaires, magasins de *Hard Discount* et hypermarchés.

Dimension géographique

114. Pour apprécier l'impact d'opérations de concentrations dans le secteur de la grande distribution, l'Autorité retient des marchés de dimension locale correspondant à la zone de chalandise associée à chaque magasin, et dont l'étendue est fonction du temps de déplacement des clients des magasins. Les temps de référence sont des temps généralement constatés ; ils varient en fonction de la taille des magasins mais également en fonction de la densité de l'équipement commercial de chaque zone¹⁰⁰. L'évaluation du temps de parcours peut aussi être réalisée suivant la méthode de l'empreinte réelle, soit la zone qui regroupe les clients représentant 80 % du chiffre d'affaires du magasin ou 80 % des clients du magasin en fonction des données disponibles¹⁰¹.
115. Cependant, les distributeurs sont également en concurrence sur des marchés plus étendus, d'échelle nationale. Dans une telle configuration, l'intensité de la concurrence résulte de la configuration de marché prévalant au niveau local mais aussi au niveau national¹⁰². L'analyse concurrentielle d'accords tels que ceux objet du présent avis doit donc s'effectuer à la fois au niveau local et au niveau national.

b) L'appréciation du pouvoir de marché des parties

116. Ainsi que le rappelle la Commission européenne dans ses Lignes directrices horizontales, « *le pouvoir de marché se définit comme la capacité de maintenir avantageusement les prix à des niveaux supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir avantageusement la production en termes de quantités, de qualité et de diversité des produits ou en termes d'innovation, à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu de la concurrence, et ce, pendant un certain laps de temps* »¹⁰³, étant par ailleurs précisé que le « *pouvoir de marché requis pour la constatation d'une infraction au regard de l'article 101, paragraphe 1, dans le cas d'accords ayant pour effet de restreindre le jeu de la concurrence est inférieur à celui qui est requis pour un constat de position dominante au regard de l'article 102, lequel exige un degré élevé de pouvoir de marché* »¹⁰⁴.
117. Dans l'appréciation de la probabilité d'effets anticoncurrentiels résultant d'accords de coopération à l'achat tels que ceux objet du présent avis, l'analyse du pouvoir de marché approximée par la part de marché (ou puissance d'achat) des distributeurs concernés joue un rôle essentiel.

¹⁰⁰ Voir en dernier lieu la décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

¹⁰¹ Voir notamment les décisions n°09-DCC-21 du 23 juillet 2009 du 23 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société DVMM par le groupe But, n°11-DCC-78 du 18 mai 2011 relative à l'acquisition du groupe Titouan par le groupe Conforama, et n°14-DCC-71 du 4 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation.

¹⁰² Pour un exposé de l'approche de l'Autorité en matière de délimitation des marchés locaux, voir l'Etude thématique de son rapport annuel 2013 « *Les marchés locaux* » et en particulier les pages 74 et s.

¹⁰³ Lignes directrices horizontales, § 37.

¹⁰⁴ Ibid, § 42.

Le seuil de sécurité

118. Comme indiqué précédemment, les Lignes directrices horizontales précisent que si la part de marché des parties à un accord de coopération à l'achat n'excède pas 15 % tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente, il est probable que les conditions d'exemption visées à l'article 101, paragraphe 3, seront remplies (voir *supra* § 82). Il peut alors être présumé que les gains d'efficacité générés par l'accord en cause l'emportent sur les effets restrictifs sur la concurrence. Ce même seuil a également été utilisé par le Conseil de la concurrence dans le cadre de sa décision relative à la centrale *Opéra*¹⁰⁵.
119. Selon l'approche de certaines des parties aux accords objet du présent avis, ces derniers porteraient sur moins de 15 % du marché de l'approvisionnement car le cumul des chiffres d'affaires qu'elles réalisent serait inférieur à 15 % du marché global pour chacune des 23 catégories de produits définies par la Commission européenne (voir *supra* § 92). Dans ces conditions, il serait, selon elles, peu probable que ces accords entraînent des effets restrictifs sur la concurrence et aucune analyse plus poussée ne serait nécessaire.
120. Une telle approche comporte des limites en ce que, comme développé *supra*, c'est «*marché par marché, et non pas globalement sur les produits qui sont l'enjeu des conflits actuels, qu'il y a lieu d'apprécier les rapports de force entre fabricants et commerçants*»¹⁰⁶ et «*au niveau des approvisionnements, on peut considérer qu'il existe autant de marchés que de familles de produits sur lesquelles porte la négociation [...]*»¹⁰⁷. Il n'est donc pas exclu qu'une délimitation plus fine que la seule délimitation en 23 catégories de produits soit nécessaire afin d'apprécier le pouvoir de marché des parties (voir *supra* §§ 90 à 104).

Estimation des parts de marché à l'aval

121. L'Autorité relève que les parties aux accords objet du présent avis ont un poids significatif sur le marché aval¹⁰⁸ et que, à la suite de ces accords, le marché est réparti principalement entre quatre grands acheteurs (ITM/Casino, Carrefour/Cora, Auchan/ Système U et E. Leclerc), qui représentent ensemble plus de 90 % du marché.

¹⁰⁵ Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement *Opéra* § 70.

¹⁰⁶ Avis n°240 du 14 mars 1985 relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements, § 10.

¹⁰⁷ Avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution.

¹⁰⁸ Les parts de marchés en valeur à l'aval peuvent constituer un premier indice quant au poids de ces différents accords de coopération, or les différents groupements à l'achat pèsent plus de 20 % du marché en global (au niveau national).

Parts de marché des principaux acteurs de la distribution à dominante alimentaire

	Parts de marché 2014 selon Kantar		Parts de marché suite aux accords (estimation)
Carrefour	21,8 %	ITM Entreprises/Groupe Casino	25,9 %
E. Leclerc	19,9 %	Carrefour/Cora	25,1 %
ITM Entreprises	14,4 %	Auchan/Système U	21,6 %
Groupe Casino	11,5 %	Leclerc	19,9 %
Groupe Auchan	11,3 %	Lidl	4,7 %
Système U	10,3 %	Aldi	2,2 %
Lidl	4,7 %		
Cora	3,3 %		
Aldi	2,2 %		

Source : Etude Kantar Worldpanel données 2014

Estimation des parts de marché à l'amont

122. Certains des opérateurs concernés par les accords en cause ont cherché à apprécier l'impact concurrentiel de leur accord en effectuant un calcul de leur part cumulée sur le marché amont. Ce calcul, effectué sur la base exclusive de la part de marché impactée par les accords¹⁰⁹, s'il peut être pertinent pour l'appréciation de l'impact concurrentiel de ces accords, constitue toutefois un minorant du pouvoir d'achat réel des distributeurs¹¹⁰. En tout état de cause, même en retenant une telle approche, le seuil de sécurité peut être dépassé pour certaines catégories de produits.
123. En effet, comme exposé plus en détail ci-après, et sans préjudice des conclusions auxquelles l'Autorité pourrait aboutir dans le cadre d'une procédure contentieuse, les informations collectées par les services d'instruction tendent à confirmer le probable dépassement du seuil de 15 % sur les marchés d'approvisionnement pour plusieurs catégories de produits, y compris en retenant une délimitation relativement large du périmètre d'analyse.
124. Le tableau ci-dessous fait apparaître la part cumulée des achats réalisés par les entreprises concernées sur les marchés de l'approvisionnement pour les 23 familles de produits retenues par la Commission européenne dans l'affaire *Carrefour/Promodès* :
- en retenant tout d'abord une délimitation relativement large des marchés de produits en incluant l'ensemble des produits quel que soit leur positionnement commercial (MDF, MDD et MPP) ;

¹⁰⁹ C'est-à-dire en se référant au chiffre d'affaires généré par les achats réalisés en commun plutôt qu'au chiffre d'affaires global réalisé par les deux partenaires pour la catégorie de produits concernées.

¹¹⁰ Voir à ce sujet les Lignes directrices horizontales qui se réfèrent à ce sujet à la « *part de marché cumulée des parties tant sur le ou les marchés d'achat que sur le ou les marchés de vente* » (§ 208).

- puis en retenant, dans un second temps, une délimitation plus fine du marché correspondant uniquement aux MDF, seuls concernés à l'heure actuelle par les accords de coopération.

Poids des accords par catégorie de produits

Périmètre d'analyse Catégorie de produits	Accord Auchan/Système U		Accord Intermarché/Casino		Accord Carrefour/Cora		Cumul	
	MDF + MDD + MPP	MDF uniquement	MDF + MDD + MPP	MDF uniquement	MDF + MDD + MPP	MDF uniquement	MDF + MDD + MPP	MDF uniquement
Bricolage	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<50 %]	[<50 %]
Charcuterie	[<15 %]	[<15 %]	Non applicable		[<15 %]	[<15 %]	[<50 %]	[<50 %]
Culture	[<15 %]	[<15 %]			[<15 %]	[<15 %]	[<50 %]	[<50 %]
Droguerie	[<15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>50 %]	[>50 %]
Épicerie sèche	[<15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[<50 %]	[>50 %]
Gros électroménager	[<15 %]	[<15 %]	Non applicable		Non applicable		[<50 %]	[<50 %]
Hi-fi/Son	[>15 %]	[>15 %]					[<50 %]	[<50 %]
Jardin	[<15 %]	[<15 %]					[<15 %]	[<15 %]
Jouets/Loisir/Détente	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<50 %]	[<50 %]
Liquides	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[<50 %]	[>50 %]
Maison	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<50 %]	[<50 %]
Pain et Pâtisserie fraîche	[<15 %]	[<15 %]	Non applicable		Non applicable		[<50 %]	[<50 %]
Parapharmacie	[<15 %]	[<15 %]					[<50 %]	[<50 %]
Parfumerie/Hygiène	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>50 %]	[>50 %]
Petit électroménager	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[>15 %]	[<15 %]	[>15 %]	[<50 %]	[<50 %]
Photo/ciné	[<15 %]	[<15 %]	Non applicable		[<15 %]	[<15 %]	[<50 %]	[<50 %]
Produits périssables en libre service	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[>15 %]	[<50 %]	[>50 %]
Textile/Chaussures	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<15 %]	[<50 %]	[<50 %]
TV/Vidéo	[<15 %]	[>15 %]	Non applicable		Non applicable		[<50 %]	[<50 %]

Source : Données fournies par les distributeurs, traitement par l'Autorité.

125. En retenant une sous-segmentation plus fine du marché correspondant uniquement aux MDF, seuls concernés à l'heure actuelle par les accords de coopération, le seuil de 15 % serait dépassé par au moins l'un des accords pour huit catégories de produits, contre six si l'on retient une sous-segmentation plus large incluant l'ensemble de produits quel que soit leur positionnement commercial (MDD, MDF et MPP). Comme mentionné *supra*, des délimitations plus fines ou des sous-segmentations additionnelles des différentes catégories

de produits ne peuvent être exclues, et pourraient conduire à la constatation d'un dépassement de seuil pour d'autres catégories.

126. Par ailleurs, il convient de relever que le poids cumulatif des accords pourrait être supérieur à 50 % pour cinq catégories de produits si l'on retient une sous-segmentation du marché correspondant uniquement aux MDF, contre deux si l'on retient une sous-segmentation plus large incluant l'ensemble de produits quel que soit leur positionnement commercial (MDD, MDF et MPP), justifiant d'autant plus une analyse détaillée des effets que le secteur est concentré (comme mentionné *supra*, suite aux accords, le marché est réparti entre quatre principaux acheteurs : EMC/Intermarché, Carrefour/Cora, Auchan/Système U, et Leclerc, qui représentent ensemble plus de 90 % du marché).
127. L'Autorité invite par conséquent les opérateurs à être particulièrement vigilants dans leurs rapprochements à l'achat pour les catégories de produits pour lesquels le seuil est dépassé, et en particulier pour les catégories suivantes, pour lesquelles la grande distribution à dominante alimentaire représente le principal débouché :
- droguerie ;
 - épicerie sèche ;
 - liquides ;
 - parfumerie/hygiène ;
 - produits périssables en libre service.

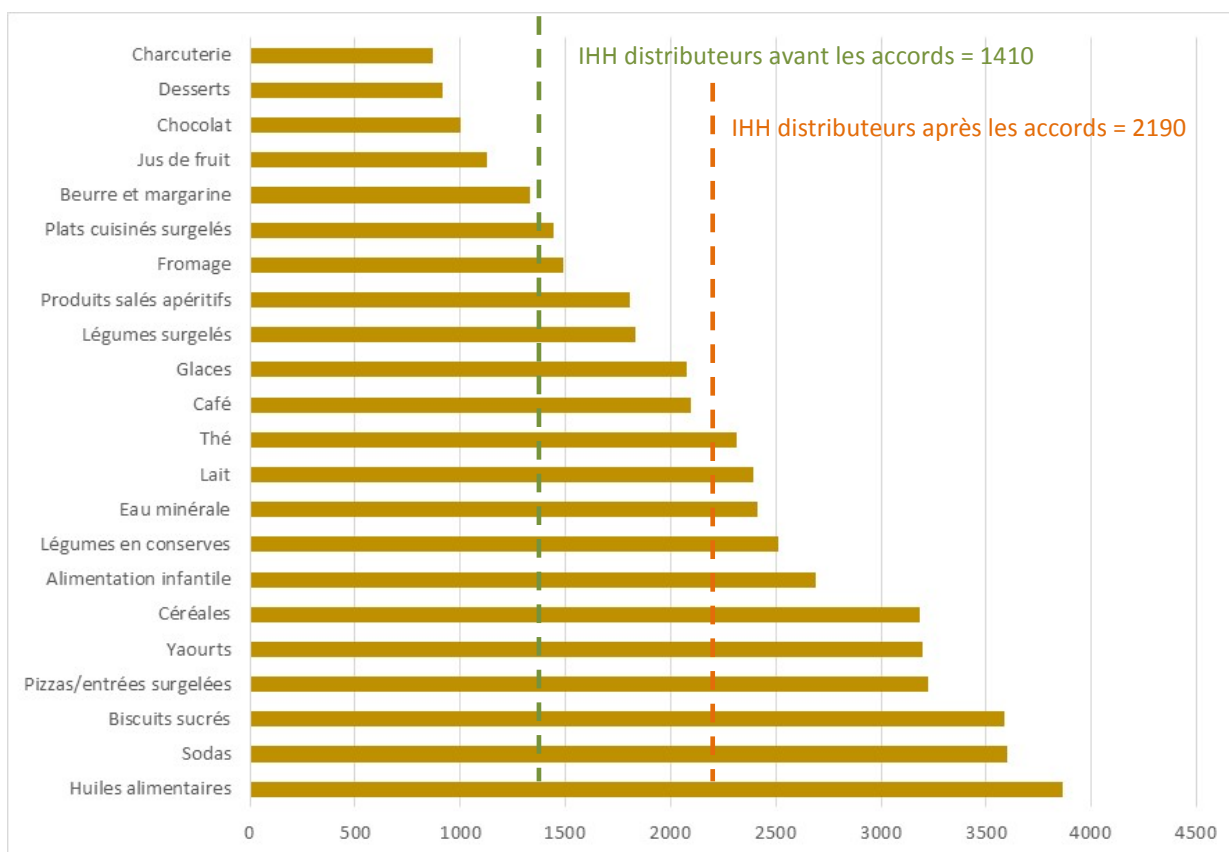
Le pouvoir compensateur

128. L'analyse de la puissance d'achat des distributeurs implique également de tenir compte de l'existence d'un éventuel pouvoir compensateur de certains fournisseurs. Il est ainsi nécessaire de vérifier « *dans quelle mesure l'offre n'est pas concentrée au point de contrebalancer le poids de la centrale d'achats, compte-tenu de l'inégalité de dépendance mutuelle* »¹¹¹.
129. D'après les données publiées récemment par la Commission européenne¹¹², les marchés d'approvisionnement apparaissent globalement comme des marchés relativement concentrés (avec un indice Herfindal-Hirschmann moyen de 2 130, correspondant plus ou moins au niveau médian des pays pris en considération) ; la situation est cependant très variable d'une catégorie de produits à l'autre.

¹¹¹ Lignes directrices horizontales, § 209.

¹¹² « *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector* », septembre 2014, p. 306.

Comparaison des indices IHH au niveau de l'offre sur les marchés de l'approvisionnement en France par rapport à l'indice IHH moyen en aval



Source : *Etude de la Commission européenne*¹¹³.

130. En tout état de cause, une telle comparaison des indices de concentration au stade amont et au stade aval comporte plusieurs limites, et ne permet pas en elle-même de conclure à l'existence d'un tel pouvoir compensateur (voir *infra* §§ 257 à 260).

c) Les autres caractéristiques des marchés concernés

131. Comme le soulignait l'Autorité dans son avis n° 10-A-26¹¹⁴, le marché de la distribution est un marché caractérisé par des barrières à l'entrée significatives. Celles-ci résultent principalement de la difficulté persistante à l'établissement de nouveaux points de vente, que ce soit en raison de la réglementation entourant l'exercice de l'activité de commerce alimentaire¹¹⁵, ou des difficultés liées à l'acquisition de foncier commercial. Ces barrières

¹¹³ Ibid, p. 306.

¹¹⁴ Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, §§ 65 à 83.

¹¹⁵ Les projets de magasins d'une surface supérieure à 1000 m² sont soumis à une autorisation administrative d'exploitation commerciale (article L. 752-1 du code de commerce). Ce type de difficulté n'est cependant pas spécifique à la France. Suite à son enquête dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire, l'autorité allemande de concurrence, le *Bundeskartellamt*, indique « *On their course of expansion the companies, especially the large-scale suppliers are confronted with legal planning restrictions and in some cases problems with local government authorities. The latter seems less of a problem for the large,*

peuvent être renforcées par l'étanchéité des différents réseaux de distribution, avec le constat d'une mobilité très réduite entre les différentes enseignes¹¹⁶.

132. Dans ce contexte, l'Autorité a pu constater un degré de concentration élevé sur les marchés locaux, et plus précisément que « *la proportion de zones de chalandise susceptible d'être dominées par un seul opérateur est vraisemblablement inférieure à 10 %, voire à 5 % sur le format des supermarchés. En revanche, le degré de concentration élevé d'une part très significative des zones de chalandise est confirmé, notamment dans le cas des hypermarchés et du commerce de proximité. Dans le premier cas, au moins 40 % des zones de chalandise où sont présents les distributeurs ayant répondu à notre demande peuvent être considérées comme concentrées. Dans le second, c'est plus de 85 % des communes échantillonnées qui présentent un marché du commerce de proximité concentré et 65 % des communes de plus de 100 000 habitants* »¹¹⁷.
133. A ce degré important de concentration à l'aval, s'ajoute désormais un renforcement significatif de la concentration à l'amont, du fait notamment de la multiplication des accords de coopération à l'achat. L'analyse des effets de ces accords sur la concurrence doit donc tenir compte de l'impact qu'ils peuvent avoir cumulativement. En effet, pour déterminer si les parties possèdent une puissance d'achat, il convient de tenir compte du « *nombre et de l'intensité des liens (par exemple d'autres accords d'achat) entre les concurrents sur le marché* »¹¹⁸.
134. En définitive, tant les éléments relatifs au poids des accords de coopération sur les marchés en cause que les autres caractéristiques des marchés concernés (et notamment les barrières à l'entrée, le degré de concentration des marchés de la vente et la multiplication des accords de coopération à l'achat) confirment l'existence d'une puissance d'achat significative des parties aux accords objet du présent avis. Les éléments limités dont dispose l'Autorité concernant la concentration du marché amont ne permettent pas en eux-mêmes de conclure à l'existence d'un pouvoir compensateur des fournisseurs, susceptible de contrebalancer cette puissance d'achat, l'analyse d'un tel pouvoir compensateur devant en tout état de cause être effectuée de manière détaillée pour chaque catégorie de produits. Dans ce contexte, une analyse économique détaillée est nécessaire afin d'apprécier les effets des accords sur les marchés en cause¹¹⁹.

B. L'ANALYSE AU TITRE DES REGLES RELATIVES AUX ENTENTES

135. Dans ses Lignes directrices horizontales, la Commission européenne précise que « *les accords d'achat groupé qui n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence doivent*

nationwide suppliers than the small retailers and newcomers to the market » (Bundeskartellamt, « [Sector inquiry - Buyer power in the food retail sector](#) », p. 4).

¹¹⁶ Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, §§ 73 et s.

¹¹⁷ Avis précité, § 60.

¹¹⁸ Lignes directrices horizontales, § 211.

¹¹⁹ Pour rappel, un dépassement du seuil de 15 % n'implique pas nécessairement qu'un accord d'achat groupé soit présumé restrictif de concurrence : un accord qui ne relève pas de la zone de sécurité nécessite une appréciation détaillée de ses effets sur le marché (Lignes directrices horizontales, § 209).

être analysés en fonction de leur contexte juridique et économique, au regard de leurs effets réels et probables sur la concurrence. L'analyse des effets restrictifs sur la concurrence découlant d'un accord d'achat groupé doit couvrir les effets négatifs tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente [...] »¹²⁰.

136. S'agissant des accords objet du présent avis, les risques potentiels suivants peuvent être identifiés :

Principaux risques concurrentiels pouvant résulter des accords de coopération à l'achat

Sur les marchés (aval) de distribution Risques collusifs liés à l'échange d'informations commercialement sensibles et/ou à la symétrie des coûts
Risques d'éviction de certains distributeurs

Sur les marchés (amont) d'approvisionnement Risques de limitation de l'offre, de réduction de la qualité ou de l'incitation de certains fournisseurs à innover ou investir
Risques d'éviction de certains fournisseurs

1. LES RISQUES DE COORDINATION

137. Les accords de coopération à l'achat sont susceptibles de faciliter la coordination entre les distributeurs à travers non seulement une multiplication des échanges d'informations stratégiques entre les parties (a) mais aussi une augmentation de la symétrie de leurs coûts (b). Par ailleurs, ils pourraient aussi réduire la « mobilité inter-enseignes » (c).

a) Les risques concurrentiels liés aux échanges d'informations

138. En référence aux Lignes directrices horizontales, « *l'échange d'informations sur le marché peut [...] avoir des effets restrictifs sur le jeu de la concurrence, en particulier lorsqu'il est de nature à permettre aux entreprises de connaître les stratégies commerciales de leurs concurrents* »¹²¹. Plus particulièrement, « *[...] Un échange d'informations peut [...] constituer une pratique concertée s'il diminue l'incertitude stratégique [...] sur le marché et, partant, facilite la collusion, c'est-à-dire si les données échangées présentent un caractère stratégique. En conséquence, l'échange de données stratégiques entre concurrents équivaut à une concertation, en ce qu'il diminue l'indépendance de comportement des concurrents sur le marché et leur incitation à se livrer concurrence* »¹²².

¹²⁰ Lignes directrices horizontales, § 207.

¹²¹ Ibid, § 58.

¹²² Ibid, § 61 *in fine*.

Les mécanismes de détermination du prix dans le secteur de la grande distribution

139. Les négociations commerciales dans le secteur de la grande distribution portent non seulement sur le prix d'achat des produits¹²³, mais aussi sur les contreparties qui seront rendues par le distributeur, lesquelles sont en partie formalisées au sein d'un contrat cadre¹²⁴. Parallèlement, les fournisseurs négocient un plan d'affaires qui peut prévoir suivant un degré de détail plus élevé qu'au regard du seul contrat les conditions de revente des produits, qu'il s'agisse des assortiments, des lancements d'innovations, ou encore des opérations promotionnelles¹²⁵. Le fournisseur dispose ainsi d'une visibilité accrue sur l'évolution du chiffre d'affaires susceptible d'être réalisé avec son client, ce qui peut lui permettre d'arbitrer en fonction des investissements que ce dernier lui demande.
140. Cela explique la complexité de la détermination du prix de vente concédé par le fournisseur, dans la mesure où il est le reflet d'une multitude de critères au premier rang desquels figurent le volume des ventes réalisées avec le client¹²⁶, la taille de l'assortiment, dont le référencement des innovations, ou encore les contreparties offertes en termes de services, dont le plan annuel promotionnel, d'autres critères pouvant en sus être utilisés¹²⁷. Les accords de coopération objet du présent avis contribuent à complexifier davantage ces négociations commerciales, ce qui peut avoir une incidence sur l'analyse des risques liés à l'échange d'informations sensibles.
141. A ce titre, plusieurs types d'informations, qui pourraient être échangées dans le cadre de ces accords présentent un caractère sensible, qu'il s'agisse du prix triple net lui-même, des volumes de vente¹²⁸, ou encore des informations relatives aux plans d'affaires. Si de telles informations venaient à être échangées entre deux distributeurs concurrents, cela pourrait leur permettre une coordination non seulement à l'aval quant à leur politique commerciale, mais aussi à l'amont quant au niveau des contreparties qu'ils concèdent aux fournisseurs.

¹²³ Il correspond généralement au « *prix triple net* », qui constitue légalement le seuil de revente à perte (en référence à l'article L. 442-2 du code de commerce) en dessous duquel un distributeur ne peut théoriquement pas descendre. Pour autant, le prix d'achat réel est généralement plus bas, du fait d'autres avantages financiers, à travers notamment les nouveaux instruments promotionnels (ci-après « *NIP* »), ou les accords internationaux.

¹²⁴ En application de l'article L. 441-7 du code de commerce, le contrat-cadre doit prévoir à la fois le tarif de base, les remises, les ristournes et la rémunération des services commerciaux proposés par les distributeurs, ainsi que les obligations en permettant l'obtention.

¹²⁵ Le distributeur et le fournisseur conviennent généralement du nombre d'opérations commerciales et de leur rémunération, mais leur contenu peut être beaucoup plus détaillé, notamment en prévoyant les modalités de certaines opérations (produits, mécanique promotionnelle, période), ou leurs effets attendus (chiffre d'affaires prévisionnel).

¹²⁶ Concernant les volumes, la dynamique est aussi un critère prépondérant. Un fournisseur souligne ainsi qu'une des difficultés de la négociation commerciale avec les alliances réside dans l'hétérogénéité de la dynamique de chacune d'elle.

¹²⁷ Les opérateurs ont aussi souligné l'importance de l'historique de la relation commerciale, du potentiel de croissance, que ce soit par le dynamisme intrinsèque de l'enseigne ou de son format de magasin en général, de la performance du distributeur sur la catégorie de produits, de la taille des linéaires, de l'étendue du réseau, ou encore de la part de marché à l'intérieur de l'enseigne.

¹²⁸ Par exemple, si ces informations permettent à deux opérateurs concurrents d'anticiper leurs politiques commerciales respectives.

Les moyens mis en œuvre par les distributeurs pour garantir l'absence d'échange d'informations sensibles

142. En sus des obligations de confidentialité qu'ils ont mis en place à l'égard des salariés, et plus particulièrement des acheteurs, les distributeurs ont cherché à assurer l'étanchéité des informations sensibles en opérant une segmentation entre certains aspects qui relèvent du champ de la négociation commune et d'autres aspects qui continuent à être traités individuellement. Dans un cas, les distributeurs sont allés plus loin en créant une structure juridique distincte chargée des négociations communes.

La séparation de la négociation portant sur le prix triple net de celle portant sur l'ossature du plan d'affaires

143. Afin de limiter les échanges d'informations entre eux au seul prix d'achat, certains distributeurs ont fait le choix de ne négocier en commun que le prix triple net, et d'isoler ainsi la négociation du prix triple net de celle des contreparties. Dans la mesure où la définition des contreparties dans l'ossature du plan d'affaires et les modalités d'application de ces contreparties sont contractualisées individuellement par chaque enseigne, il n'existerait aucun risque d'échange d'informations sensibles entre les deux distributeurs concernant les contreparties ou leurs modalités d'application. Ces distributeurs n'ont donc pas jugé utile de mettre en place une structure juridique distincte pour assurer l'étanchéité des informations.
144. L'efficacité de ce dispositif, du fait qu'il repose essentiellement sur des considérations comportementales, pourrait être limitée dans les faits (voir *infra* §§ 147 et 150), et ce d'autant qu'il pourrait être difficile à mettre en œuvre en pratique.

La séparation de la négociation portant sur l'ossature du contrat-cadre de celle portant sur ses modalités d'application

145. Afin de limiter les informations échangées entre les deux groupes de distribution tout en permettant une négociation conjointe du prix et des contreparties, d'autres distributeurs ont quant à eux choisi de créer une structure juridique distincte. Cette structure, présentée comme la garante de l'étanchéité des informations entre ses maisons-mères négocie ainsi pour leur compte à la fois la dégradation tarifaire et les contreparties, lesquelles seront formalisées dans le contrat-cadre. Lorsque certaines précautions sont prises¹²⁹, un tel dispositif permettrait d'éviter tout risque d'échange d'informations sensibles, que ce soit en termes de prix, ou de plan d'affaires, dans la mesure où d'une part chaque enseigne n'a connaissance que de la partie du contrat la concernant, et où d'autre part, à l'instar du premier cas, l'intégralité des modalités des opérations commerciales continuera d'être négociée individuellement par chaque distributeur.
146. Si la création d'une structure juridique distincte, au sein de laquelle seraient contenues les informations potentiellement sensibles d'un point de vue concurrentiel, peut être de nature à assurer une meilleure étanchéité¹³⁰, elle ne constitue pas pour autant une garantie

¹²⁹ Notamment du fait que la structure spécifique permet d'y affecter des moyens dédiés, que ce soit en termes humains, de locaux, ou encore de systèmes d'information.

¹³⁰ Avis n°13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles, § 101.

absolue¹³¹. En réalité, le risque de coordination peut même être accru en cas d'échange dans la mesure où le champ des informations échangées via cette structure est plus large.

Les limites des mécanismes d'étanchéité mis en place

Le respect des obligations de confidentialité

147. L'absence d'échange d'informations sensibles dépend en partie du respect par les différents salariés de leurs obligations de confidentialité. Il est donc important de prendre en considération les modalités de la négociation commerciale et le contexte dans lequel celle-ci s'exerce, en ce qu'ils peuvent plus ou moins faciliter les échanges d'informations.
148. A ce titre, le mécanisme exigeant qu'un acheteur, suivant le cadre posé artificiellement aux négociations commerciales¹³², négocie uniquement le prix triple net, ou se limite aux contreparties, peut poser des difficultés, compte-tenu du fait notamment qu'une telle dissociation pourrait être non seulement incompatible avec les autres obligations réglementaires auxquelles les opérateurs sont soumis¹³³, mais aussi non réalisable en pratique. D'un point de vue commercial, il paraît logique de négocier un prix en fonction des contreparties qui seront proposées par le distributeur, afin que le fournisseur dispose d'une certaine visibilité quant aux investissements qu'il consent à travers les conditions commerciales accordées à son client distributeur. De surcroît, la plupart des fournisseurs considèrent qu'une telle dichotomie entre prix et contreparties n'est absolument pas réaliste. C'est notamment pour permettre une négociation conjointe du prix et des contreparties, que d'autres distributeurs ont fait le choix de créer une structure de négociation commune juridiquement distincte.
149. En l'absence d'une structure juridique distincte, des échanges d'informations pourraient donc avoir lieu. En premier lieu, les acheteurs des deux groupes de distribution peuvent se trouver simultanément dans le même box de négociation. Dans le cadre de deux accords, les deux acheteurs de chaque groupe de distribution étaient initialement présents pour la première phase de négociation portant sur le prix triple net. En second lieu, l'acheteur négociant le prix triple net et celui négociant les contreparties peut être identique¹³⁴.
150. Parallèlement, dans une telle configuration, il existe également un risque d'échange d'informations au niveau des fournisseurs, lesquels devront, suivant les cas, aborder lors des rendez-vous de négociation soit uniquement le plan d'affaires, soit uniquement le prix. Compte-tenu du fait que la dichotomie opérée entre prix et contreparties paraît complexe à

¹³¹ Voir notamment décision de la Commission M.3099 du 6 octobre 2004, *Areva / Urenco*.

¹³² *i.e.* en opposant la négociation individuelle pour le compte d'un seul distributeur, qui devra porter uniquement sur les contreparties, avec celle commune pour le compte des deux distributeurs, qui devra porter uniquement sur le prix.

¹³³ Les conditions générales de vente du fournisseur constituent théoriquement le « *socle unique de la négociation commerciale* » (article L. 441-6 du code de commerce). Dès lors, le fait de discuter au préalable du prix triple net en dehors des contreparties pourrait être contraire à l'esprit du texte, indépendamment de toute qualification de manquement au titre de l'article L. 442-6 du code de commerce, et de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties notamment.

¹³⁴ Un fournisseur indique notamment « *concrètement, nous voyons les acheteurs Auchan et Système U ensemble lors d'un rendez-vous commun pour négocier le 3 net, puis ensuite lors de deux rendez-vous séparés nous voyons ces mêmes acheteurs pour négocier le plan d'affaires. L'acheteur Auchan et l'acheteur Système U passent des journées entières à Villeneuve d'Ascq, il est difficile de ne pas les imaginer échanger autour d'un café ou d'un repas* ».

mettre en œuvre, et en l'absence de tout cadre contractuel contraignant et précis vis-à-vis des fournisseurs¹³⁵, il n'est pas exclu que ces derniers puissent constituer le vecteur de la communication d'informations sensibles.

Concernant le prix triple net

151. L'échange d'informations relatives aux prix d'achat semble pour partie inhérent à tout accord de coopération à l'achat. En effet, les échanges générés par les accords en cause peuvent permettre à un distributeur, suivant les modalités de la coopération, d'avoir une connaissance partielle, sinon totale des conditions commerciales d'achat de son concurrent. L'accord ne doit cependant pas être conclu aux seules fins d'un échange de ces informations entre opérateurs concurrents, et, compte-tenu du caractère stratégique qu'elles revêtent, tout échange de ce type d'informations doit être strictement limité à ce qui est nécessaire aux fins de la négociation commune. Or certains fournisseurs (qu'ils soient ou non concernés par le périmètre de négociation commun) ont fait état de demandes spécifiques qui leur avaient été adressées par les distributeurs et suggèrent l'absence d'étanchéité sur les conditions commerciales passées. Ceci étant, en réalité, ce n'est pas tant l'échange des informations relatives aux prix d'achat que celui des informations relatives aux contreparties définissant ces prix qui doit faire l'objet d'une attention particulière (voir §§ 157 et suivants).

Concernant les quantités

152. La mise en œuvre d'accords de coopération à l'achat peut également impliquer des échanges entre distributeurs concurrents concernant les volumes passés ou futurs. Si les informations échangées sont très agrégées et nécessaires à la mise en œuvre des accords, des effets anticoncurrentiels sont moins probables. En revanche, si le niveau d'agrégation est très faible, et que l'échange des informations n'est pas strictement nécessaire¹³⁶, alors des effets anticoncurrentiels, tels qu'une diminution de l'incitation des deux distributeurs à se livrer concurrence, ne peuvent être exclus. Par exemple, cela pourrait être le cas dans l'hypothèse où la coopération aille plus loin en portant sur la logistique, notamment si cela permet à chaque distributeur de connaître plusieurs semaines à l'avance les niveaux de commandes de son concurrent.

Concernant la politique promotionnelle du distributeur

153. Le contenu des négociations commerciales est très hétérogène suivant les distributeurs et les fournisseurs concernés. Néanmoins, étant donné le contenu précis de certaines d'entre elles, notamment lorsqu'une partie des opérations promotionnelles (produits, période, et mécanique commerciale) est négociée en préalable à la conclusion des contrats-cadre annuels, il ne peut être exclu que l'échange de ces informations entre deux distributeurs concurrents influe sur leurs politiques commerciales respectives, la communication de ces informations présentant d'autant plus d'intérêt que les opérations en question sont prévues longtemps à l'avance.

¹³⁵ Les distributeurs concernés ont indiqué avoir rappelé dans les box de négociation quelles informations pouvaient être échangées ou non par le fournisseur suivant qu'il négocie le prix, pour le compte des deux distributeurs, ou les contreparties, pour le compte d'un seul d'entre.

¹³⁶ Par exemple, si l'accord de coopération permet la communication détaillée des statistiques de ventes d'un distributeur, ou encore celle d'informations détaillées relatives à la politique promotionnelle récente de chaque enseigne et de ses effets en termes de ventes.

154. A ce titre, le risque d'échange d'informations relatives à la politique promotionnelle paraît plus important en l'absence d'une structure juridique distincte susceptible de contribuer au cloisonnement des informations sensibles, notamment en raison de la difficulté à faire appliquer les obligations de confidentialité (voir §§ 147 à 150 *supra*).
155. Cependant le seul fait de mettre en place une telle structure ne suffit pas en lui-même à garantir une étanchéité suffisante. Des risques d'échange d'informations sur la politique promotionnelle peuvent persister. La négociation annuelle, comme les renégociations en cours d'année¹³⁷, peuvent en effet créer de multiples allers retours entre la maison-mère et la structure commune afin d'assurer la faisabilité des contreparties en pratique¹³⁸. En effet, le linéaire constitue une ressource par essence non extensible¹³⁹, si bien que les contreparties doivent nécessairement être ajustées en fonction de la ressource disponible. Ces multiples échanges, qu'ils concernent l'adaptation du plan d'affaires aux avantages financiers concédés, ou sa mise à jour en cours d'année, constituent ainsi autant d'occasions favorisant les échanges d'informations sensibles¹⁴⁰. Par conséquent, les distributeurs doivent être particulièrement vigilants quant au contenu des informations susceptibles d'être échangées non seulement entre eux, mais aussi au sein de la structure commune.
156. Il convient cependant de souligner que, dans la mesure où les opérations promotionnelles seraient décidées par chaque enseigne individuellement au niveau national ou local¹⁴¹, ceci serait de nature à limiter l'impact concurrentiel d'échanges relatifs à de telles opérations.

Concernant les contreparties proposées par les distributeurs

157. La mise en œuvre d'un accord de coopération à l'achat peut nécessiter, indépendamment de ce qui sera éventuellement contractualisé, l'échange d'informations relatives aux contreparties proposées par les distributeurs et à leur niveau de rémunération, et ce, quelles que soient les contreparties. En effet, les assortiments peuvent être communiqués directement par l'un des deux partenaires, à l'acheteur commun dans le but de servir de base de discussion pour la future négociation commerciale, listant ainsi les références par strate de magasin, en distinguant les produits permanents des produits promotionnels, voire en prévoyant la part d'offre du fournisseur dans les linéaires du distributeur, ou encore les lancements d'innovations prévus par le distributeur au cours de l'année à venir¹⁴². De la

¹³⁷ Les demandes de renégociation en cours d'années seraient relativement fréquentes, ce que concèdent certains distributeurs. Elles peuvent représenter des montants significatifs.

¹³⁸ La dichotomie entre l'ossature du plan d'affaires (négociée par la structure commune) et ses conditions d'application (négociées individuellement par chaque distributeur) serait théoriquement possible, et elle aurait par ailleurs déjà été mise en œuvre.

¹³⁹ Dans sa décision n°04-D-13 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée, le Conseil de la concurrence avait relevé que « *les linéaires des GMS constituent une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre producteurs. Toute pratique qui restreint de manière illicite la concurrence sur ces linéaires prive le consommateur final de la possibilité d'accéder aux produits qui n'y ont pas trouvé leur place* » (§ 55 – soulignement ajouté).

¹⁴⁰ Ce raisonnement est *a fortiori* applicable en cas l'absence de mise en place d'une structure juridique distincte chargée des négociations pour les deux distributeurs partenaires.

¹⁴¹ Tant dans le cas des réseaux d'indépendants, que dans celui des réseaux d'intégrés.

¹⁴² Certains fournisseurs confirment que les distributeurs de chaque alliance risquent d'avoir la connaissance très en amont, car au stade de la négociation annuelle, des nouveautés référencées par leur concurrent.

même manière, l'acheteur commun pourrait avoir connaissance des opérations commerciales prévues par chaque distributeur à travers le plan publi-promotionnel prévisionnel (nombre de catalogues, voire produits concernés et période).

158. En premier lieu, dans le cadre d'une négociation commune portant à la fois sur le plan d'affaires et sur les contreparties, il ne peut être exclu que l'acheteur commun utilise les informations relatives aux contreparties afin d'optimiser ses conditions d'achat, notamment en réduisant, à l'issue de leur comparaison, les contreparties concédées au fournisseur. En second lieu, la dichotomie opérée dans le processus de négociation entre le prix et l'ossature du plan d'affaires, si elle semble théoriquement présenter davantage de garanties quant à l'absence d'échanges d'informations portant sur les contreparties, comporte néanmoins plusieurs limites dans la mesure où d'une part elle pourrait être difficilement réalisable en pratique¹⁴³ et où d'autre part elle n'est pas accompagnée par la mise en place d'une structure juridique distincte chargée de négocier le prix¹⁴⁴ (voir *supra* § 148).
159. Si les distributeurs étaient en mesure de comparer non seulement les contreparties qu'ils proposent voire même les rémunérations qui leurs sont associées, ceci aurait pour conséquence de rendre davantage transparente la structure des investissements concédés par les fournisseurs au sein du prix triple net, avec un risque que les contreparties octroyées soient lissées vers le bas¹⁴⁵, les distributeurs pouvant choisir de diminuer sensiblement la nature des contreparties concédées à leurs fournisseurs qu'il s'agisse d'assortiments¹⁴⁶, de lançements d'innovations, d'opérations commerciales (catalogues, théâtralisation en magasin, etc.), ou encore d'autres services commerciaux¹⁴⁷.
160. Concernant plus particulièrement les assortiments par exemple, les accords pourraient conduire à un nivellement par le bas des assortiments par strate de magasins entre les parties à l'accord de coopération, non seulement sur les produits référencés en fond de rayon, mais aussi sur les produits promotionnels. A titre d'illustration, plusieurs fournisseurs indiquent qu'à la suite des accords de coopération, ils ne seront plus en mesure de négocier avec autant de finesse les assortiments par strate de magasins. Les échanges dans le cadre des alliances pourraient aussi permettre aux distributeurs de mieux identifier les gammes qui sont stratégiques pour le fournisseur, constituant dès lors un levier de négociation supplémentaire à l'avantage du distributeur, et en tout état de cause diminuent l'incertitude sur le comportement du distributeur concurrent quant à l'assortiment qu'il décidera de référencer.

¹⁴³ Non seulement la plupart des opérateurs estiment que ce mode de négociation n'est pas réaliste, mais aussi, il pourrait ne pas être compatible avec les obligations prévues par le législateur en matière de transparence des relations commerciales, notamment au titre IV du code de commerce.

¹⁴⁴ Les deux acheteurs de chaque distributeur concurrent pouvant être présents dans les box de négociations notamment.

¹⁴⁵ Par exemple, à taux de rémunération égal, le distributeur proposera le nombre le moins élevé d'opérations commerciales comparativement aux deux contrats antérieurs, diminuant ainsi l'animation commerciale proposée par les deux enseignes. Il peut aussi décider de ne prendre que les références communes à conditions égales, ce qui peut avoir pour conséquence une diminution de l'offre proposée au consommateur.

¹⁴⁶ Avec un nivellement par le bas des assortiments par strate de magasins entre les deux groupes parties à l'accord de coopération à l'achat non seulement sur les produits référencés en fond de rayon, mais aussi sur les produits promotionnels.

¹⁴⁷ Les accords de coopération conduiraient à un alignement du prix triple net, alors que les distributeurs ne fournissent pas les mêmes services, et n'ont pas les mêmes stratégies.

161. Il n'est donc pas exclu que de tels échanges entre distributeurs concurrents puissent diminuer leur incitation à proposer des contreparties ou de nouveaux services innovants aux fournisseurs, ce qui pourrait *in fine* réduire non seulement l'intensité concurrentielle pouvant exister entre distributeurs et la diversité des contreparties mais également l'offre dont pourraient bénéficier les consommateurs.

b) Les risques concurrentiels liés à une symétrie accrue des conditions d'achat

162. Si les échanges d'informations entre concurrents peuvent diminuer leur incitation à se livrer concurrence, l'augmentation de la symétrie des coûts entre eux peut aussi entraîner un risque de coordination tacite. La symétrie des coûts peut, suivant le contexte dans lequel elle s'insère, favoriser les conditions d'exercice d'une collusion car les entreprises « *ont plus de chances de parvenir à s'entendre sur les modalités de la coordination, leurs incitations étant plus alignées les unes sur les autres* »¹⁴⁸.

L'homogénéisation des conditions d'achat entre distributeurs

163. En l'espèce, il est possible que les accords de coopération entraînent une homogénéité accrue des prix d'achats triple net des principaux produits de grande consommation¹⁴⁹, voire des avantages concédés au titre des NIP, ou encore des accords internationaux. Ils peuvent aussi avoir une conséquence similaire sur les contreparties rendues par les distributeurs (voir *infra* §§ 157 et suivants) et conduire à faciliter la coordination non pas uniquement entre les distributeurs faisant partie d'un même accord de coopération mais également entre l'ensemble des distributeurs en augmentant la symétrie de leurs conditions d'achat¹⁵⁰.

L'homogénéisation d'autres coûts

164. Les accords de coopération peuvent aussi renforcer la symétrie d'autres postes de coûts, à commencer par la logistique. A ce titre, les opérateurs, tant du côté des fournisseurs que du côté des distributeurs, considèrent que les informations relatives aux aspects logistiques peuvent être des informations sensibles, qu'il s'agisse du montant des pénalités, de leur mode de calcul¹⁵¹, ou du mode de fonctionnement généralement défini par le contrat, leur politique en la matière pouvant être relativement différente.

165. Or si les accords de coopération favorisent la communication d'informations relatives aux modalités d'approvisionnement de chaque opérateur, cela risque de lisser encore davantage les coûts de fonctionnement des différents distributeurs.

¹⁴⁸ Lignes directrices horizontales, § 82. Voir également « *The economics of tacit collusion* », IDEI Toulouse, Mars 2003, Ivaldi Jullien Rey Seabright et Tirole, pp. 6-11..

¹⁴⁹ En outre, il importe peu que l'accord porte uniquement sur les conditions commerciales valables en 2015, et que les distributeurs n'aient pas échangé sur les conditions commerciales valables en 2014, dans la mesure où le résultat de la nouvelle négociation pour l'année 2015 constituera selon toute vraisemblance la base de la négociation future, et ce, indépendamment de l'historique de négociation entre le fournisseur et le distributeur avant la conclusion des accords de coopération.

¹⁵⁰ Les principaux distributeurs disposant d'un poids relativement similaire chercheront à obtenir des conditions d'achat au moins identiques à leurs concurrents.

¹⁵¹ Les montants des pénalités logistiques peuvent ne pas être négligeables.

166. Au surplus, certains distributeurs ont évoqué la possibilité d'un partenariat étendu à un champ plus large que la seule négociation en commun des achats, en évoquant notamment la possibilité d'une mutualisation de leur logistique. Dès lors, outre les préoccupations que cela pourrait soulever en termes de risques d'échanges d'informations (voir § 152), cela aurait pour conséquence d'augmenter davantage la symétrie des coûts entre concurrents.
167. En définitive, il n'est pas exclu que les accords de coopération puissent conduire à une augmentation sensible de la symétrie des coûts entre distributeurs concurrents sur le marché de détail à dominante alimentaire français.

Nature des coûts mis en commun

168. L'analyse économique indique que, d'une manière générale, lorsque les coûts variables représentent une grande partie des coûts mis en commun, les partenaires auront davantage tendance à adopter des politiques tarifaires convergentes, ce qui permet de faciliter la coordination des entreprises autour d'un même prix¹⁵². Au contraire, lorsque les coûts partagés sont essentiellement des coûts fixes, les partenaires disposent d'une plus grande latitude tarifaire. Dans le cadre d'accords tels que ceux objet du présent avis, les coûts mis en commun (les coûts d'achat) sont essentiellement des coûts variables.
169. En outre, s'agissant des trois accords en cause, les coûts concernés sont les coûts d'achat auprès des principaux fournisseurs de produits de grande consommation, si bien qu'ils portent sur une part substantielle des coûts totaux de chaque enseigne de distribution à dominante alimentaire.
170. Dès lors, il n'est pas exclu que, dans un contexte où le marché de détail est déjà très transparent (voir § 178), les accords de coopération à l'achat conduisent à harmoniser les comportements des différents distributeurs en atténuant la concurrence entre eux, chacun sachant que son concurrent peut théoriquement répliquer à une baisse du prix de revente au consommateur¹⁵³. Parallèlement cependant, le prix ne constitue qu'un des facteurs de différenciation pour les distributeurs parmi de nombreux autres (voir § 200).

c) Les risques de limitation de la mobilité inter-enseignes

171. La mobilité inter-enseigne est un facteur important dans la concurrence qui peut exister entre les différents groupes de distribution. Les accords de coopération ne doivent donc pas être susceptibles de réduire la concurrence pouvant exister entre les deux partenaires pour capter de nouveaux points de vente au sein de leur réseau respectif.
172. Certains éléments suggèrent cependant qu'il n'est pas exclu que les accords de coopération puissent réduire l'incitation entre les deux partenaires à se faire concurrence sur

¹⁵² « Des effets restrictifs sur la concurrence sont plus probables si les parties à l'accord d'achat groupé partagent une proportion significative de leurs coûts variables sur le marché en cause en aval. Tel est par exemple le cas lorsque des détaillants opérant sur le ou les mêmes marchés de détail en cause achètent conjointement des quantités importantes des produits qu'ils proposent à la revente » (Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale, § 214).

¹⁵³ Le PDG de Système U a d'ailleurs déclaré dans la presse que « désormais avec Auchan nous avons les moyens de suivre n'importe quel guerrier qui voudrait relancer [la guerre des prix] » Le Monde, du 17 mars 2015.

l'affiliation de nouveaux magasins¹⁵⁴. Dès lors, cela pourrait réduire l'intensité de la concurrence pouvant exister entre les distributeurs. L'effet cumulatif de ces accords, qui aurait alors tendance à figer une partie significative du parc de magasins présents en France sur le marché de la distribution à dominante alimentaire¹⁵⁵, renforce cette préoccupation.

d) L'analyse des effets potentiels des échanges d'informations et de l'uniformisation des conditions d'achat

173. De manière générale, les échanges d'informations peuvent sous certaines conditions altérer le fonctionnement concurrentiel du marché, notamment en réduisant l'incertitude pouvant exister entre les différentes stratégies des concurrents, et altérant dès lors leur capacité à se faire concurrence.
174. De manière générale, un échange d'informations peut, suivant ses caractéristiques intrinsèques et le contexte juridique et économique dans lequel il s'insère, être qualifié de restriction de concurrence par objet s'il a pour objectif ou tend, par sa nature même, à restreindre la concurrence¹⁵⁶. Si l'objet anti-concurrentiel n'est pas aussi évident, il devra être apprécié au regard de ses effets. Dans cette seconde hypothèse, davantage vraisemblable dans le cas des accords de coopération entre distributeurs, les autorités de concurrence se basent sur les éléments de l'analyse économique selon laquelle les effets des échanges d'informations diffèrent selon la structure du marché dans lequel ils interviennent¹⁵⁷, la nature des informations échangées¹⁵⁸ et les modalités de ces échanges¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Notamment, un représentant d'Intermarché a déclaré : « *j'imagine qu'en toute logique ce ne sont pas nos adhérents que Casino ira chasser en premier s'il éprouve le besoin de développer son parc. C'est une forme de gentlemen agreement* », interview LSA du 10 octobre 2014 de Thierry Cottillard, directeur de achats ITM (disponible à l'adresse suivante : <http://www.lsa-conso.fr/ce-que-vous-ne-savez-pas-sur-l-accord-casino-intermarche-interview-de-thierry-cottillard,187776>).

¹⁵⁵ La part de marché à l'aval de l'ensemble des points de vente des trois accords de coopération est de 72,6% en 2014 (Source : étude Kantar Worldpanel).

¹⁵⁶ Tel est notamment le cas des échanges entre concurrents de données individualisées concernant les futurs prix ou les quantités envisagées (voir Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, §§ 72 à 74 ; voir également décision de la Commission européenne du 15 octobre 2008, affaire COMP/39188, *Bananes*, §§ 299 et 315).

¹⁵⁷ Les Lignes directrices horizontales considèrent que la collusion est facilitée par des situations de marchés transparents, d'oligopoles étroits, d'offre et demande stables, de marchés à structure symétrique (homogénéité des entreprises en termes de coûts, demande, parts de marché, gammes de produits, etc.) et sur lesquels les entreprises exerceront leur activité pendant un long laps de temps ; tel est moins le cas dans un environnement de marché complexe, en cas d'anticipation de faibles gains futurs ou si les mesures de représailles ne sont ni crédibles ni rapides (§§ 77 à 85)..

¹⁵⁸ Les données concernant les prix, les capacités ou les coûts sont considérées comme particulièrement sensibles. De manière générale, le caractère sensible dépendra aussi d'autres facteurs, parmi lesquels : le degré d'agrégation des données (en termes géographique ou d'individualisation suivant les sociétés concernées), ou encore le fait que les données soient anciennes ou récentes, voire prospectives. L'échange de données publiques est en principe licite sauf s'il réduit les coûts de collecte des informations ou crée un système de solidarité et d'influence réciproque entre concurrents quant à ces informations (voir décision de la Commission n° 87/252/CEE du 13 mars 1978, *Parchemin végétal*).

¹⁵⁹ Notamment la fréquence des échanges d'informations ou la restriction à l'accès des tiers à des informations stratégiques.

175. Les critères d'évaluation des échanges d'informations ne constituant pas des restrictions par objet peuvent ainsi être classés en deux catégories : ceux liés à la structure du marché (degré de concentration, structure de l'offre et de la demande) et ceux relatifs aux caractéristiques de l'échange d'informations (type de données échangées, caractère public, degré d'agrégation et ancienneté des données, fréquence des échanges, diffusion auprès des consommateurs)¹⁶⁰.
176. En définitive, les échanges d'informations présenteront d'autant plus de risque que le marché est propice à la coordination. Pour autant, la concurrence pouvant exister au niveau local est aussi susceptible de jouer un rôle déterminant dans les effets potentiels des différents échanges d'informations.

Le marché est-il propice à la coordination ?

177. Les échanges d'informations et l'uniformisation des conditions d'achat sont susceptibles de faciliter la coordination entre distributeurs en augmentant la symétrie entre les firmes et en augmentant la transparence du marché. Si une transparence accrue au profit des consommateurs est généralement considérée comme un facteur de concurrence, elle peut aussi permettre à des opérateurs d'identifier plus facilement la stratégie de leurs concurrents. A ce titre, « *l'augmentation artificielle de la transparence entre concurrents peut en effet les conduire à aligner leurs stratégies commerciales, et leur permettre de restreindre ou de fausser la concurrence* »¹⁶¹.
178. Ces échanges auront d'autant plus d'effet que le secteur de la distribution présente par ailleurs des caractéristiques propices à la coordination. En premier lieu, le marché de la distribution alimentaire présente déjà un degré de transparence élevé, surtout du point de vue du distributeur, que ce soit en ce qui concerne les assortiments, les volumes de ventes, ou encore les prix¹⁶². Cette connaissance du marché est notamment alimentée par les relevés effectués par les panélistes¹⁶³, et peut être complétée d'études plus spécifiques fournies par les fournisseurs, et notamment les capitaines de catégorie. En deuxième lieu, il s'agit d'un oligopole étroit caractérisé par un nombre limité d'acteurs et des barrières à l'entrée importantes, réduisant dès lors la probabilité d'arrivée de nouveaux entrants. En troisième lieu, la mise en œuvre des accords de coopération peut aussi augmenter la symétrie des coûts entre les distributeurs concurrents, ce qui pourrait également faciliter la coordination. En définitive, le marché de la distribution peut, eu égard à ses caractéristiques structurelles, être considéré comme un marché propice à la coordination, et

¹⁶⁰ Etude thématique « *Les échanges d'informations* », rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, p. 139.

¹⁶¹ Ibid, p. 107.

¹⁶² Concernant les prix de vente, la transparence est notamment favorisée par les comparateurs de prix, ou encore le développement des drives. Concernant les prix d'achats, les accords de coopération vont conduire dans une certaine mesure à une meilleure connaissance des conditions d'achat entre chaque couple de distributeur partie à un accord de coopération, voire vis-à-vis d'autres distributeurs extérieurs aux accords de coopération.

¹⁶³ Particulièrement présents dans le secteur de la grande distribution (voir : *Rewe/Adeg — Food for thought — Austrian markets for daily consumer goods*, Competition Policy Newsletter 2008 (n°3) : « *It should be mentioned that in the market investigation the Commission found very high transparency regarding the price setting of the different market participants. AC Nielsen provides detailed price information on a monthly basis for a very high number of products sold by the major market players* ». Les relevés peuvent aussi être effectués directement par les distributeurs chez leurs concurrents.

dès lors, l'échange d'informations visant à la coordination est davantage susceptible de pouvoir se limiter à un contenu restreint¹⁶⁴.

179. La théorie économique montre par ailleurs que la coordination sera facilitée lorsqu'il existe des menaces crédibles contre un opérateur déviant de la coordination. Les lignes directrices de la Commission européenne relatives aux accords horizontaux (§ 85) notent dans ce sens que « *la capacité des entreprises d'appliquer des mesures de représailles peut être renforcée si elles sont également liées entre elles par des relations commerciales verticales qu'elles peuvent utiliser comme menace de représailles en cas de non-respect de la ligne de conduite commune* ». Les accords de coopération à l'achat permettent la mise en œuvre d'un mécanisme similaire, ainsi, en cas de déviation par rapport à l'équilibre de coordination, la suppression de l'accord d'achat peut être utilisée comme « *représailles* » dissuasives, et ce, d'autant plus que l'accord concerne des acteurs ayant un poids très différent sur le marché. Du fait de l'harmonisation des conditions d'achat, le comportement concurrentiel du distributeur peut aussi être limité par la connaissance du fait que ses concurrents bénéficient aussi des mêmes conditions commerciales, leur permettant dès lors de répliquer durablement à des prix plus bas que l'équilibre collusif.

La concurrence locale

180. Lorsque l'échange d'information ou la hausse de la symétrie est supposée faciliter la coordination entre les parties d'un même accord d'achat, les effets des pratiques sur le marché de détail dépendront directement du niveau de concurrence en aval entre distributeurs. Ce niveau de concurrence pourra demander (comme dans le cas d'une concentration) à être apprécié au niveau local¹⁶⁵ ou au niveau national suivant le stade pouvant être impacté par les informations échangées¹⁶⁶. Le niveau de concurrence pouvant exister au niveau local aura par ailleurs un impact sur la propension des distributeurs à répercuter à l'aval les baisses de prix dont ils bénéficieront (voir §§ 230 et suivants).
181. L'appréciation des effets concurrentiels des accords de coopération étudiés nécessite donc de déterminer dans quelle mesure les enseignes parties à ces accords sont concurrentes sur le marché de détail et donc, selon la Commission¹⁶⁷, d'examiner si les détaillants partagent les mêmes marchés géographiques.

¹⁶⁴ CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., C-8/08.

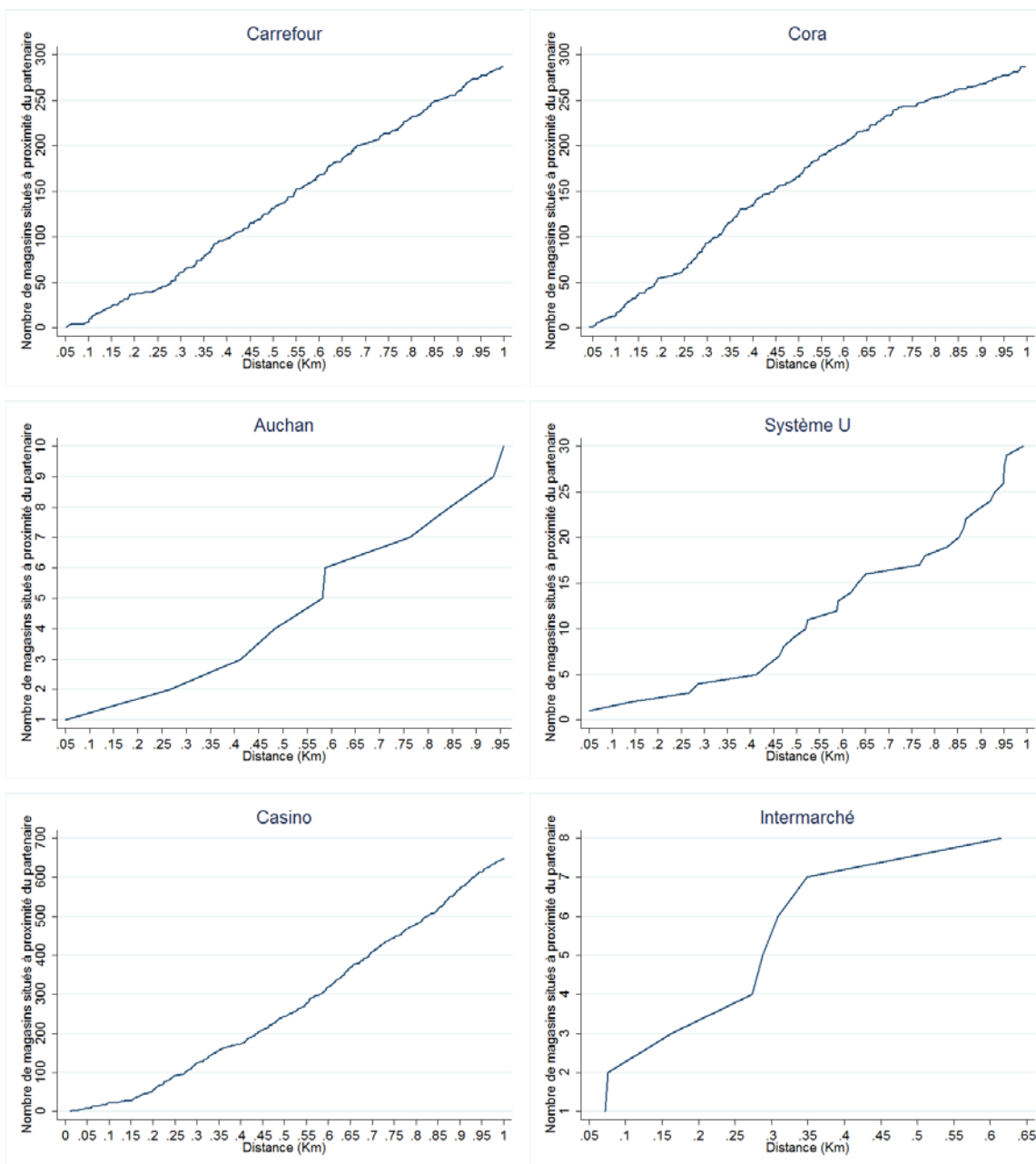
¹⁶⁵ Ce sera par exemple le cas lors de l'analyse des effets de l'uniformisation des prix d'achat. En effet, les distributeurs pourraient augmenter localement leurs tarifs sur les zones où ces opérateurs représentent une proportion élevée du marché. Les pratiques seront donc plus susceptibles d'emporter un risque lorsque les deux distributeurs sont présent localement sur les mêmes zones de chalandise. Inversement, si les distributeurs sont peu présents sur les mêmes zones de chalandises, il est peu probable que les pratiques aient un effet significatif sur le marché, en raison de la concurrence exercée par les autres groupes de distribution.

¹⁶⁶ Une analyse effectuée au niveau national pourrait par exemple également être pertinente dans le cas où les échanges d'information portent sur des données nationales et peuvent impacter des stratégies définies par les distributeurs au niveau national.

¹⁶⁷ Selon les Lignes directrices de la Commission européenne sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale notent « *s'il y a coopération entre des acheteurs concurrents n'opérant pas sur le même marché de vente en cause (par exemple des détaillants opérant sur des marchés géographiques différents et qui ne peuvent être considérés comme des concurrents potentiels), il est peu probable que l'accord d'achat groupé ait des effets restrictifs sur la concurrence (...).* » (§ 212).

182. A ce titre, les distributeurs estiment que leurs modèles de distribution sont plus complémentaires que concurrents que ce soit sur le plan géographique, ou en ce qui concerne leurs différentes typologies de clients, et qu'il existe finalement peu de zones de chalandises où leurs magasins respectifs sont en situation de concurrence frontale.
183. Les services d'instruction ont calculé la distance entre les magasins des enseignes concernées par les accords de coopération sur la base des coordonnées GPS de 16 000 points de vente, communiquées par les parties. Cette analyse effectuée dans le cadre de la présente consultation ne remplace pas celle qui pourrait être effectuée dans le cadre d'une affaire individuelle. Elle a toutefois permis aux services d'instruction de disposer d'une meilleure visibilité de l'intensité concurrentielle entre les enseignes partenaires au niveau local.
184. Les graphiques ci-après résument le nombre de magasins d'un distributeur situés à proximité d'un magasin de son partenaire à l'achat en fonction de la distance retenue pour apprécier la proximité. De façon conservatrice, cette analyse a été menée de façon séparée pour les différents formats de magasin en étudiant tout d'abord la proximité entre les petits-libres services et supérettes regroupés dans une même catégorie, ensuite la proximité entre les supermarchés, et enfin, la proximité entre les hypermarchés.

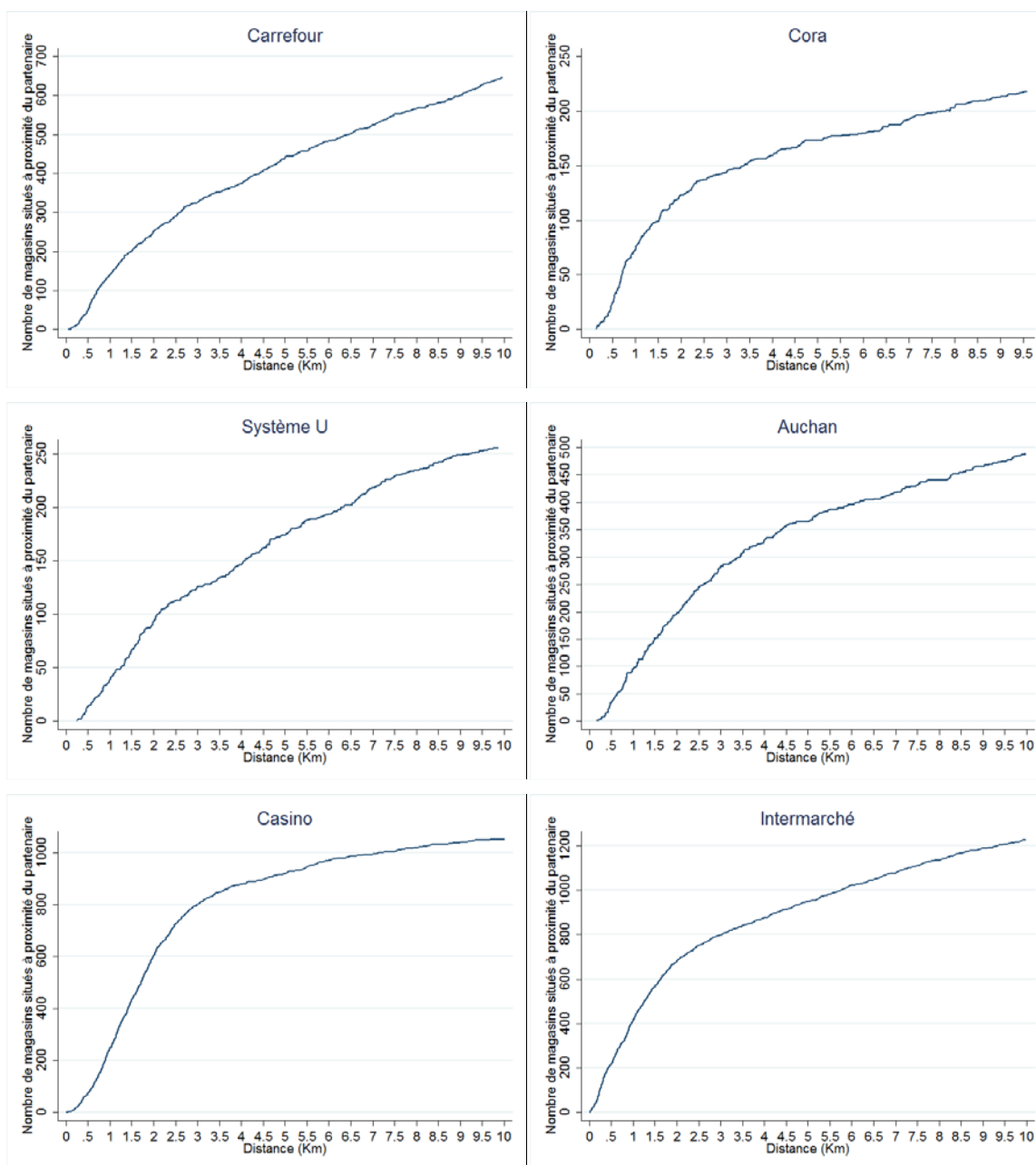
Nombre de supérettes situées à proximité d'une supérette du partenaire d'achat selon la distance retenue pour apprécier la proximité



Source : données collectées et traitées par l'Autorité de la concurrence

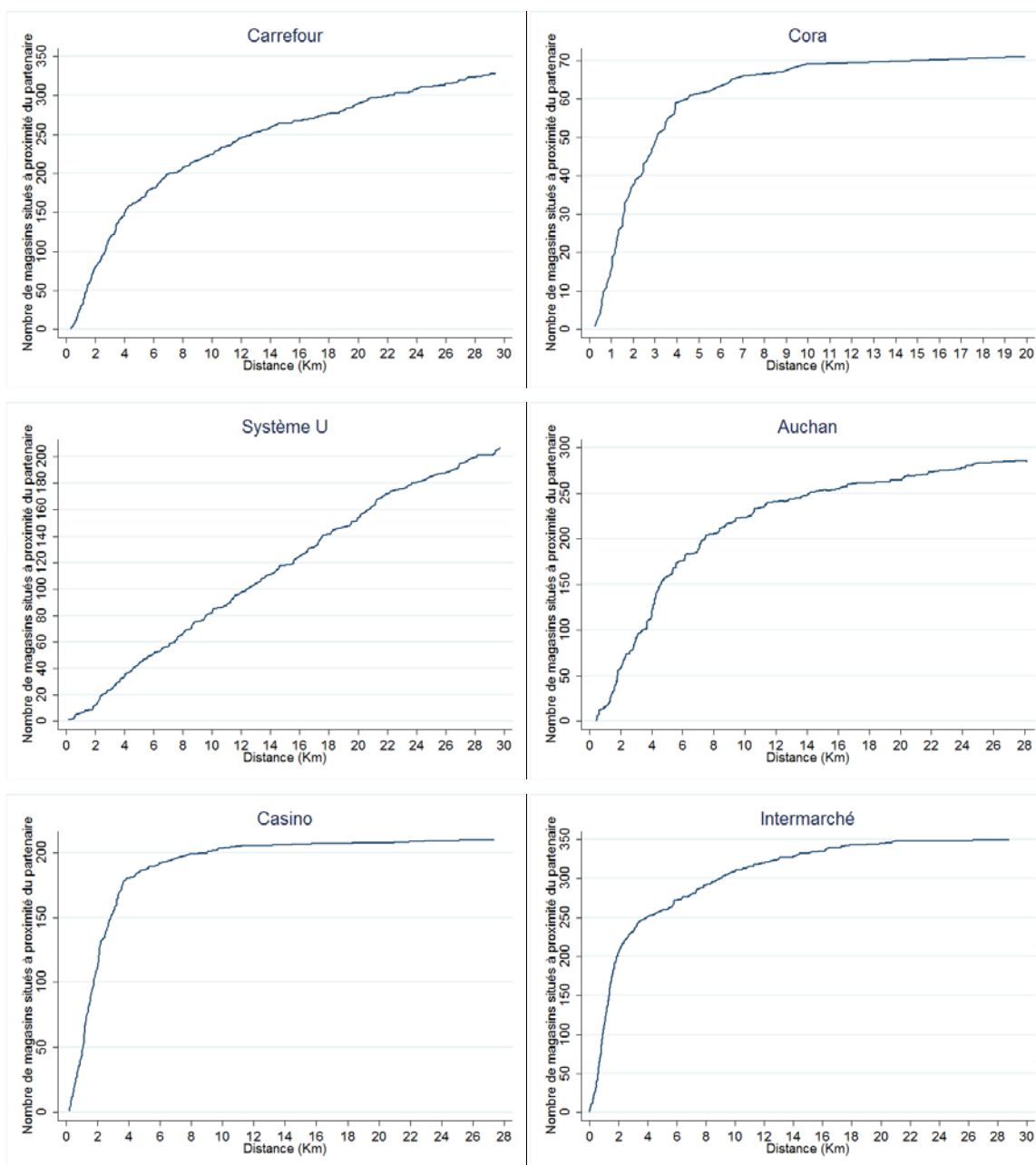
Note de lecture : Il existe une cinquantaine de supérettes Carrefour situées à moins de 300 mètres d'une supérette Cora. Il existe environ 300 supérettes Carrefour situées à moins d'1km d'une supérette Cora.

Nombre de supermarchés situés à proximité d'un supermarché du partenaire d'achat selon la distance retenue pour apprécier la proximité



Source : données collectées et traitées par l'Autorité de la concurrence

Nombre d'hypermarchés situés à proximité d'un hypermarché du partenaire d'achat selon la distance retenue pour apprécier la proximité



Source : données collectées et traitées par l'Autorité de la concurrence

185. Il ressort de ces données que des chevauchements de zones de chalandises entre partenaires ne peuvent être exclus pour un nombre significatifs de magasins, et ce, pour les trois partenariats étudiés. Il est également intéressant de relever que si pour les supérettes, l'ampleur du chevauchement géographique des enseignes concernées évolue de manière linéaire avec la distance retenue pour apprécier la proximité, en revanche, s'agissant des hypermarchés et des supermarchés, on constate que, pour certaines enseignes, au-delà d'un de quelques kilomètres, le chevauchement maximum est quasiment atteint.
186. Cependant, les risques de coordination sur le marché de détail entre deux groupes ayant conclu des accords d'achat ne dépendent pas uniquement de la proximité des magasins de ces deux groupes au niveau local, mais également de la présence de distributeurs concurrents susceptibles de contrecarrer les hausses de prix qui pourraient être mises en

œuvre par ces magasins. Une analyse détaillée de la présence et du poids de concurrents au niveau local n'a pas pu être menée compte tenu des délais requis. Dans le cadre de son avis n° 10-A-26¹⁶⁸, l'Autorité de la concurrence avait cependant pu faire le constat d'un degré de concentration élevé dans certaines zones de chalandise. Plus précisément, l'avis constatait que la proportion de zones de chalandise susceptible d'être dominées par un seul opérateur était vraisemblablement inférieure à 10 %, voire à 5 % sur le format des supermarchés. En revanche, dans le cas des hypermarchés et du commerce de proximité, il constatait un degré de concentration élevé sur les zones de chalandise. Dans le premier cas, au moins 40 % des zones de chalandise étudiées pouvaient être considérées comme concentrées. Dans le second, c'est plus de 85 % des communes échantillonnées qui présentent un marché du commerce de proximité concentré, et 65 % des communes de plus de 100 000 habitants. Une étude publiée récemment par la Commission européenne¹⁶⁹ confirme également le caractère concentré de la distribution en France lorsque l'analyse est effectuée sur les marchés locaux¹⁷⁰.

187. En conclusion, les analyses de proximité géographique des enseignes n'ont pas permis d'exclure l'existence d'une concurrence significative sur les marchés locaux entre les partenaires des accords en cause. La présence de concurrents extérieurs aux accords sur les zones de chevauchement serait susceptible de venir diminuer les risques de coordination, mais il n'est pas exclu que ces risques puissent être significatifs étant donné le niveau de concentration observé sur certains marchés locaux. Ces analyses demanderaient, dans le cadre de l'examen d'une concentration ou d'un contentieux, à être complétées par une analyse détaillée des marchés géographiques pertinents.

2. LES RISQUES D'ÉVICTION SUR LE MARCHÉ AVAL

188. Dans ses Lignes directrices horizontales, la Commission européenne précise que « *la puissance d'achat des parties à l'accord d'achat groupé pourrait être utilisée pour fermer le marché aux acheteurs concurrents en limitant leur accès aux fournisseurs efficaces. Cela est le plus probable si les fournisseurs sont en nombre limité et si des obstacles empêchent l'entrée du côté de l'offre sur le marché en amont [...]* »¹⁷¹.

a) L' « effet spirale »

189. Dans la pratique décisionnelle en contrôle des concentrations, le risque d'éviction de distributeurs du fait de leur petite taille est communément désigné sous le nom d' « effet spirale » (*spiraling effect*). Dans le secteur de la distribution cet « effet spirale » résulterait du fait que les parts de marché des enseignes sur le marché aval pourraient déterminer,

¹⁶⁸ Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

¹⁶⁹ *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector*, final report by EY, Cambridge Econometrics Ltd. And Arcadia International, septembre 2014, figure 70.

¹⁷⁰ L'indice de concentration (IHH) est en effet proche de 2 500, alors même qu'il est généralement admis qu'un indice supérieur à 2 000 exprime une présomption de structure concentrée qui doit conduire les autorités à une vigilance particulière (Voir également décision n° 08-D-24 du 22 octobre 2008 relative à une saisine concernant l'affermage de la distribution d'eau et de l'assainissement à Saint-Jean-d'Angély, § 2).

¹⁷¹ Lignes directrices horizontales, § 203.

dans une mesure plus ou moins grande, la compétitivité de leurs conditions d'achat, et réciproquement. Dans ce cadre, une enseigne qui améliore ses conditions d'achat améliore également à terme sa compétitivité sur le marché aval, et vice-versa¹⁷². S'il était avéré, un tel « effet spirale » risquerait, à terme, de conduire à une structure de marché excessivement concentrée, au détriment des consommateurs comme des fournisseurs¹⁷³.

190. Un tel effet est susceptible d'impacter tant les distributeurs concernés par les accords de rapprochement à l'achat que ceux qui ne le sont pas¹⁷⁴. En effet, du fait de l'intensification du jeu concurrentiel décrite *supra* et de la réforme de la réglementation des relations entre fournisseurs et distributeurs intervenue en 2008, certains distributeurs craignent d'être évincés du marché de détail ou, tout du moins, d'y perdre des parts de marché importantes. Les distributeurs mettent ainsi en avant ce risque d'« effet spirale » pour démontrer le caractère pro-concurrentiel des accords visés. Ce risque serait d'autant plus important qu'il est aisé pour les magasins indépendants de sortir du réseau.
191. Des études réalisées récemment dans différents Etats membres ont tenté d'appréhender l'existence de ces « effets spirale » avec des résultats mitigés. S'agissant par exemple du marché britannique, l'étude sectorielle de la *Competition Commission* a ainsi conclu que le pouvoir de négociation supplémentaire conféré par une taille plus importante du distributeur avait tendance à diminuer passé un certain seuil. De plus, ces avantages liés à la taille seraient moins marqués lorsque les distributeurs négocient les prix d'achat de produits de marques notoires (comme c'est le cas en l'espèce dans le cadre des accords de coopération objet de l'avis). Par ailleurs, seuls 7 % des fournisseurs sondés par la *Competition Commission* ont considéré qu'une baisse de prix concédée à un acheteur puissant conduit à une hausse des prix vis-à-vis des acheteurs moins puissants. Enfin, l'évolution de la structure du marché de détail en Grande-Bretagne ne témoignerait pas de l'existence d'un effet de spirale, les distributeurs évincés du marché étant relativement rares. Inversement, l'étude sectorielle réalisée en 2014 par l'autorité allemande de la concurrence¹⁷⁵ relève l'existence d'« effets de retour » entre la puissance d'achat des distributeurs et leur part de marché au stade du détail, avec pour conséquence une concentration croissante du marché de détail¹⁷⁶.

¹⁷² Dans certains cas, les tarifs plus avantageux obtenus par les distributeurs les plus importants pourraient avoir pour corolaire une augmentation des prix d'achat de leurs concurrents moins puissants (« *waterbed effect* »). D'une part, les prix bas exigés par les distributeurs les plus puissants pourraient accroître la concentration, et donc le pouvoir de marché des fournisseurs, alors à même d'augmenter leurs prix vis-à-vis des distributeurs les moins puissants. D'autre part, les distributeurs concurrents de ceux dotés d'une forte puissance d'achat pourraient voir leur pouvoir de négociation se réduire du fait de la diminution de leur chiffre d'affaires sur le marché aval.

¹⁷³ Voir les décisions de la Commission européenne du 3 février 1999, affaire IV/M.1221 *Rewe/Meinl*, § 72-73 et du 25 janvier 2000, affaire n° COMP/M. 1684 *Carrefour/Promodes*, §45, ainsi que l'étude thématique de l'Autorité de la concurrence « *Concurrence et distribution* » précitée, p.119.

¹⁷⁴ En l'espèce, notamment Lidl et Aldi. Certains fournisseurs considèrent que les accords d'achat en cause accroissent les barrières à l'entrée et risquent de marginaliser les distributeurs de taille inférieure qui ne sont pas associés à ces accords d'achat.

¹⁷⁵ Voir « *Summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector* », Bundeskartellamt 2014.

¹⁷⁶ Il convient cependant de noter qu'en Allemagne, le marché est sensiblement plus atomisé qu'en France.

b) L'origine des différences de prix d'achat entre distributeurs

192. Les services d'instruction ont pu calculer sur un échantillon de fournisseurs la moyenne des prix triple net obtenus par les différents distributeurs. L'analyse effectuée corrobore dans une certaine mesure les analyses réalisées par des tiers pour le compte de plusieurs distributeurs, selon lesquelles il existerait des différences significatives d'un distributeur à l'autre concernant le niveau de prix pratiqués par les fournisseurs. Cette analyse indique également qu'il existerait un lien entre la taille du distributeur et ses conditions d'achat dans le sens où les distributeurs les plus importants bénéficieraient généralement de conditions d'achat plus favorables.
193. Le lien entre parts de marché et conditions commerciales est néanmoins très imparfait, certains distributeurs pouvant notamment bénéficier de conditions d'achat relativement similaires alors qu'ils disposent de parts de marché substantiellement différentes. Comme indiqué *supra* (voir § 140), le prix triple net est la résultante d'une multitude de critères qui peuvent avoir une incidence déterminante sur son niveau, à la hausse ou à la baisse. De plus, certains éléments suggèrent une relation non-linéaire entre volumes et tarifs, l'avantage tarifaire lié à la taille pouvant s'épuiser à partir d'un certain niveau de volume¹⁷⁷. Enfin, la plupart des fournisseurs observent que des prix inférieurs obtenus par certains distributeurs n'ont pas nécessairement pour corollaire des prix d'achat supérieurs pour leurs concurrents : au contraire, plusieurs jugent que les baisses de prix obtenues par les distributeurs les plus puissants conduiront à des baisses de prix généralisées.

c) L'évolution des prix et des parts de marché

194. L'observation de l'évolution des prix et des parts de marché par le passé ne permet pas de corroborer l'existence d'un effet « spirale ». En premier lieu, l'écart de prix entre le distributeur pratiquant les prix les plus bas et celui pratiquant les prix les plus élevés ne s'est pas creusé de manière significative ces dernières années¹⁷⁸.
195. En second lieu, l'évolution des parts de marché des différents groupes de distribution, qui permettrait le cas échéant d'identifier des effets « spirale » résultant en une meilleure compétitivité hors-prix¹⁷⁹, ne fait pas non plus apparaître ce type d'effet, ni entre 2013 (soit la période où la concurrence en prix s'est accrue selon les opérateurs) et 2014¹⁸⁰, ni plus largement entre 2009 et 2014¹⁸¹.

¹⁷⁷ Comme mentionné précédemment, le même constat avait pu être fait par l'autorité de la concurrence britannique dans le cadre de son étude précitée sur le marché de la distribution alimentaire au Royaume-Uni (*Competition Commission, The supply of groceries in the UK market investigation, 2008*).

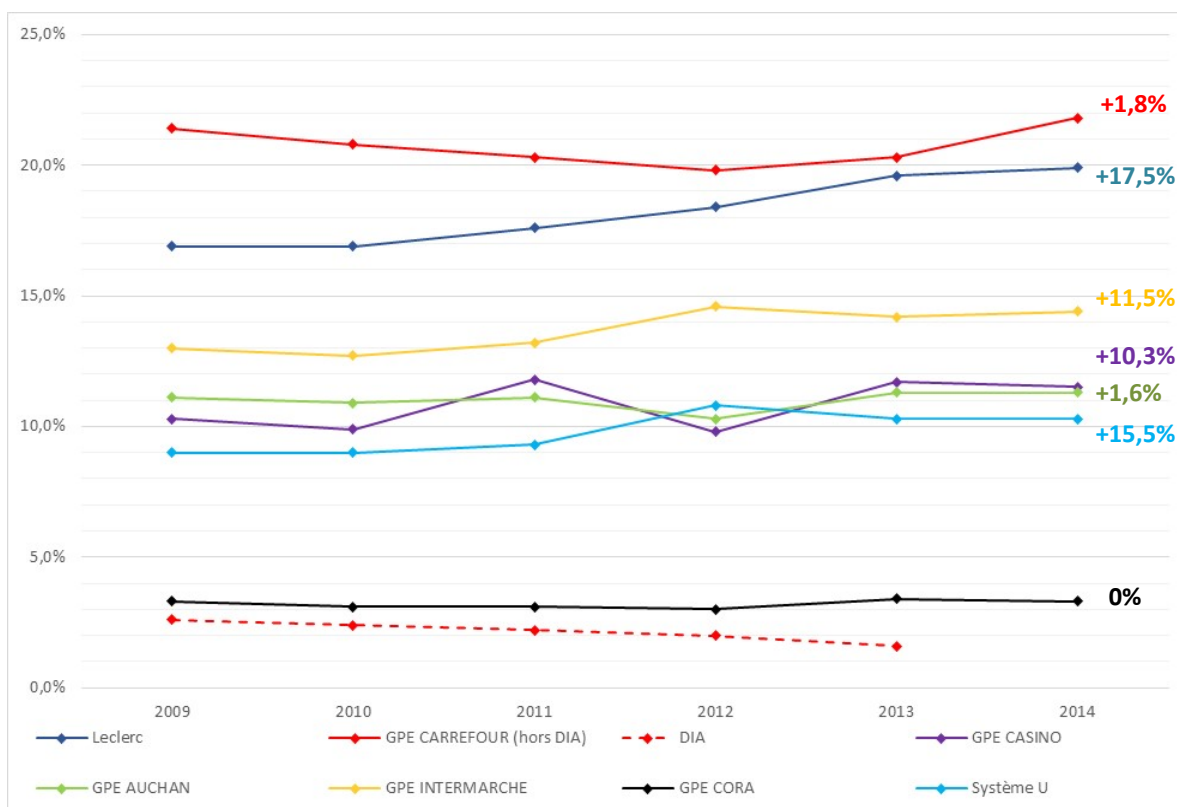
¹⁷⁸ Evolution d'indices de prix entre 1996 et 2014 pour différentes enseignes de la grande distribution, Nielsen 2014.

¹⁷⁹ Les marges réalisées grâce à une meilleure négociation des prix d'achats permettent des rachats de magasins, des dépenses de publicité, une meilleure offre de services, etc.

¹⁸⁰ La corrélation entre les parts de marché des groupes de distribution en 2013 et la croissance de ces parts de marché est en effet très imparfaite (Kantar WorldPanel). Le groupe Carrefour, qui dispose de la part de marché la plus importante en 2013, ne connaît qu'une croissance de 0.1 point de part de marché, soit une croissance inférieure à celles de Leclerc mais également de Système U.

¹⁸¹ En quatre ans, le groupe Système U (9 % de parts de marché en 2009) a ainsi accru sa part de marché alors que celle du groupe Carrefour (21,4% de parts de marché en 2009) a diminué (à noter que la part de marché indiquée dans le graphique pour 2014 inclut celle de DIA).

Evolution des parts de marchés de principaux groupes de distribution à dominante alimentaire en France entre 2009 et 2013



Source : Kantar Worldpanel

d) Des « effets spirale » probablement limités

196. De fait, les accords d'achat en cause permettent effectivement de rétablir une certaine symétrie dans la taille des acheteurs et, à supposer de tels « effets spirale » avérés, ils pourraient éviter la disparition ou la marginalisation des distributeurs de plus petite taille.
197. Pour autant, si la plupart des distributeurs parties aux accords de coopération en cause considèrent faire face à des conditions d'achat très différenciées vis-à-vis de leurs concurrents les plus importants, les éléments qu'ils mettent en avant pour démontrer l'existence d'un risque d'éviction sont relativement limités, qu'il s'agisse de la comparaison directe des conditions d'achat, qui peut être due à une multitude de facteurs (voir *supra* § 140), ou de celle de leurs prix d'achat avec le prix de détail de distributeurs concurrents. Concernant ce dernier point, les distributeurs identifient des produits dits « *inaccessibles* », pour lesquels ils sont dans l'impossibilité de s'aligner sur le prix pratiqué par leur concurrent parce que ce prix serait inférieur à leur propre prix d'achat triple net, et donc au seuil de revente à perte. L'existence de tels produits « *inaccessibles* » et l'augmentation sensible de leur nombre en 2014, ont ainsi été mentionnées par plusieurs distributeurs pour justifier les accords de coopération. Cependant, si un nombre conséquent de ces produits ont été relevés par les parties (plusieurs centaines), ceux-ci ne sont cependant susceptibles de représenter qu'une fraction limitée de l'activité des

distributeurs¹⁸², et d'autres éléments peuvent tendre à relativiser leur nombre¹⁸³ ou leur progression.

198. Il résulte de ce qui précède, qu'en l'état des éléments dont ont pu disposer les services d'instruction tant qualitatifs, notamment en ce qui concerne les différents déterminants du prix, que quantitatifs, qu'il s'agisse des études ou de l'observation de l'évolution du marché, les « effets spirale » paraissent, au vu de son fonctionnement actuel, incertains.
199. Dès lors, il est peu probable qu'existe un risque d'éviction des distributeurs concernés directement lié à un « effet spirale » qui rendrait nécessaire la conclusion d'accords tels que les accords de coopération objet du présent avis. Réciproquement, la conclusion de ces accords n'apparaît pas susceptible de marginaliser des concurrents de plus petite taille. Ceci est d'autant plus vrai s'agissant en particulier d'Aldi et de Lidl que ces distributeurs sont spécialisés dans la distribution de marques de distributeurs, lesquelles ne sont pas concernées par les accords d'achat étudiés. En outre, comme le note un distributeur, Aldi comme Lidl sont susceptibles de posséder une puissance d'achat importante à l'échelle européenne¹⁸⁴.
200. Il existe par ailleurs d'autres éléments de différenciation des enseignes que le prix comme, par exemple, la qualité et la part des MDD, la diversité des produits référencés (notamment le référencement de produits de PME régionales), les services proposés aux consommateurs, la connaissance de leurs besoins, la politique promotionnelle, ou encore la présentation des produits et des rayons, lesquels peuvent être particulièrement importants pour la stratégie du distributeur¹⁸⁵. La focalisation des distributeurs sur le prix pourrait comporter le risque de diminuer *in fine* leur incitation à recourir à d'autres facteurs de différenciation, ou leur capacité à innover pour se démarquer de leurs concurrents.
201. Enfin, dans l'hypothèse où les « effets spirale » associés à la puissance d'achat sont d'ampleur limitée, il est peu probable que les accords de coopération en cause accroissent les barrières à l'entrée auxquelles pourraient être confrontés de nouveaux entrants sur le marché de la distribution. Ce risque d'élévation des barrières à l'entrée doit de plus s'apprécier par rapport aux barrières à l'entrée existantes sur le marché de la distribution (voir *supra* § 131), qui rendent d'ores et déjà difficile l'entrée de nouveaux opérateurs. Enfin, comme l'élévation des barrières à l'entrée résultant de ces accords repose sur les prix inférieurs pratiqués par les opérateurs de distribution déjà présents, leur impact sur les consommateurs serait en tout état de cause ambigu, et les effets dépendront pour une part importante du niveau de concurrence entre les groupes de distribution au niveau local.

¹⁸² Par ailleurs le nombre de références inaccessibles mis en avant par les différents distributeurs est très faible par rapport au nombre de références des magasins. Par exemple l'étude réalisée par Carrefour et Provera afin de comparer les prix d'achat des deux groupes a porté sur 31 000 références.

¹⁸³ A titre d'illustration, il n'est pas exclu, en l'état des éléments dont dispose l'instruction, que les produits non alignables puissent être liés à des promotions ponctuelles.

¹⁸⁴ Si Lidl et Aldi ne représentent respectivement que 4,7% et 2,2% à l'aval sur le marché français, en revanche, ils représentent respectivement 4,7% et 3,1% à l'aval sur le marché européen, quand sur ce même marché Carrefour et Auchan représentent respectivement 4,5% et 2,2% (UE27 – étude « *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector* », table 1, p. 50). De fait, leurs réponses au questionnaire de l'Autorité ne font pas état de craintes liées aux accords de coopération étudiés.

¹⁸⁵ A ce titre, un distributeur justifie l'absence d'effets des accords sur la politique commerciale des groupes de distribution par le fait que les éléments les plus différenciant demeurent gérés par chaque enseigne.

3. LES RISQUES DE LIMITATION DE L'OFFRE ET DE LA QUALITÉ ET DE RÉDUCTION DE L'INCITATION DES FOURNISSEURS À INNOVER OU INVESTIR

202. Ainsi que l'ont indiqué l'Autorité et, avant elle, le Conseil de la concurrence à plusieurs reprises, « *le déséquilibre dans les relations commerciales entre producteurs et distributeurs soulève deux problèmes : un problème de partage de profits entre amont et aval d'une part, un problème d'efficacité économique d'autre part. En lui-même, le premier problème ne relève pas a priori de la politique de la concurrence, dont l'objectif n'est pas d'intervenir dans le partage du surplus entre les opérateurs. Toutefois, la fragilisation du secteur amont via le pouvoir de marché proche de l'oligopsonne 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* »¹⁸⁶. Le risque que la puissance d'achat d'un distributeur limite l'offre ou réduise l'incitation des fournisseurs à innover ou à investir est aussi soulevé par la Commission européenne dans ses Lignes directrices horizontales¹⁸⁷.
203. Pour autant, les effets de la puissance d'achat des distributeurs sur l'investissement des producteurs et donc sur la qualité et la variété de leurs produits sont ambigus. Une hausse de la puissance d'achat des distributeurs peut inciter ces derniers à investir et innover afin de regagner un certain pouvoir de négociation ou, au contraire, rendre ces dépenses d'investissement difficilement envisageables¹⁸⁸.
204. Comme l'indiquait l'étude thématique de l'Autorité consacrée au thème « *Concurrence et distribution* », il existe peu d'études empiriques permettant de déterminer l'impact d'une hausse du pouvoir de négociation des distributeurs sur l'innovation des fournisseurs. Une étude publiée récemment par la Commission européenne¹⁸⁹ note néanmoins qu'il n'existe pas d'indice que la concentration des distributeurs (mesurée au niveau local ou national) a eu un impact sur la diversité du choix offert au consommateur. Quelques études de cas montreraient même que cette évolution structurelle pourrait avoir un effet positif sur le choix des consommateurs, les distributeurs ayant pu encourager la diversité pour attirer et retenir les consommateurs¹⁹⁰.
205. Au contraire, l'ILEC note avoir analysé l'évolution de l'innovation au sein de ses adhérents et aurait observé pour la première fois une baisse du poids de l'innovation sur les

¹⁸⁶ Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, §§ 42 à 44. Cette problématique a aussi été prise en considération dans l'avis n° 14-A-03 du 14 février 2014 relatif à une saisine de la fédération Les producteurs de Légume de France.

¹⁸⁷ « *Lorsque les parties possèdent un pouvoir de marché considérable sur le marché d'achat (puissance d'achat), le risque est qu'elles puissent forcer les fournisseurs à réduire la gamme ou la qualité des produits qu'ils fabriquent, ce qui peut produire des effets restrictifs sur la concurrence, tels qu'une réduction de la qualité, une diminution de l'effort dans le domaine de l'innovation ou, en fin de compte, une limitation de l'offre* », Lignes directrices horizontales, § 202.

¹⁸⁸ Competition Commission, *The supply of groceries in the UK market investigation*, 2008, § 9.29. Voir aussi l'avis n° 08-A-07 relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes du 7 mai 2008 §§ 42 à 47.

¹⁸⁹ « *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector* », Final report by EY, Cambridge Econometrics Ltd. And Arcadia International, septembre 2014.

¹⁹⁰ Ibid, p.33.

trois dernières années. De même, l'Ania souligne aussi une baisse de l'anticipation de l'investissement de l'ensemble des industriels agroalimentaires sur l'année 2015 plus marquée que pour l'ensemble de l'industrie manufacturière¹⁹¹. Enfin, une proportion significative des fournisseurs interrogés dans le cadre de l'instruction du présent avis ont indiqué que le renforcement du pouvoir d'achat des distributeurs résultant des rapprochements successifs conduisait à un pouvoir de négociation et une pression sur leur marge tels qu'ils jugeaient probable d'avoir à réduire ou limiter leur investissement, ou le lancement d'innovations sur le marché, ou encore de rationaliser leur offre. Au regard des éléments tant qualitatifs que quantitatifs, le lien entre la baisse du poids de l'innovation ou des investissements, et la concentration de la distribution, ne peut être exclu. Néanmoins, il n'est pas non plus possible d'établir un bilan qui pourrait se transposer à tous les secteurs et/ou fournisseurs, si bien qu'il est difficile de déterminer à ce stade quel serait l'impact des accords de coopération sur le niveau d'innovation dans la filière amont. Pour autant, il ne peut être exclu que la simultanéité de la conclusion des différents accords de coopération soit susceptible de renforcer les effets pouvant en découler individuellement¹⁹².

206. Certains craignent que les demandes de baisse de prix ne conduisent à terme à désorganiser certaines filières, en cas de répercussion des demandes des distributeurs à l'amont, en particulier dans les filières où les opérateurs sont très inter-dépendants, et où l'industriel dispose lui-même vis-à-vis de ses propres fournisseurs d'un pouvoir de négociation significatif à l'achat, comme dans certaines filières agricoles par exemple.
207. Enfin, l'impact négatif du renforcement de la puissance d'achat des distributeurs sur l'incitation à investir des fournisseurs est moins ambigu lorsque les investissements consentis sont spécifiques (c'est-à-dire qu'ils n'ont pas de valeur en dehors de la relation avec un distributeur particulier). En effet, dans ce cas, la capacité des distributeurs puissants à renégocier les contrats à leur avantage peut conduire à remettre en cause la rémunération des investissements, ce qui peut décourager les producteurs de les entreprendre¹⁹³. De telles pratiques ont vocation à être appréhendées par l'Autorité au titre des règles relatives aux abus de dépendance économique¹⁹⁴ (voir *infra* §§ 235 et s.).

4. LES RISQUES D'ÉVICTION DE FOURNISSEURS SUR LES MARCHÉS AMONT

208. Dans son avis n° 00-A-02¹⁹⁵, l'Autorité indique que « *sans nier que des fournisseurs individuels puissent rencontrer des difficultés, voir disparaître, les autorités de la concurrence ne considèrent pas que la puissance d'achat acquise par les grands*

¹⁹¹ Les industriels de l'agroalimentaire anticipent ainsi une baisse de 8% de leurs investissements en 2015, contre une diminution de 3% pour l'ensemble de l'industrie manufacturière (note de conjoncture n°61 de novembre 2014 de l'Ania).

¹⁹² Sur 5 segments de produits le poids cumulé des accords sur le marché national de l'approvisionnement de la GMS pour les produits MDF est largement supérieur à 50%, soit un niveau particulièrement important.

¹⁹³ Voir l'étude thématique « *Concurrence et distribution* » de l'Autorité de la concurrence p. 114.

¹⁹⁴ Avis du Conseil de la Concurrence n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution, p. 32.

¹⁹⁵ Avis n° 00-A-02 du 4 avril 2000 relatif à une demande d'avis sur un projet de réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

distributeurs constitue à elle seule une menace pour la concurrence sur les marchés amont ». Sur le marché de l’approvisionnement, le fonctionnement de la concurrence peut ainsi causer des difficultés financières aux entreprises les moins compétitives¹⁹⁶. Un rapport récent de la Coface¹⁹⁷ relève une hausse des défaillances d’entreprises dans le secteur de l’agroalimentaire, qu’elle lie au contexte de baisse des prix dans la grande distribution, cette tendance contrastant avec la baisse des défaillances d’entreprises observées dans l’ensemble de l’économie. Cette observation ne suffit cependant pas à elle seule à conclure à l’effet restrictif des accords sur la concurrence, ce n’est en effet que lorsque le processus de sélection des entreprises les plus performantes ne résulte pas d’une concurrence par les mérites que les intérêts des consommateurs et, plus largement, l’efficacité économique, sont lésés.

209. De ce point de vue, il convient d’examiner si les accords de coopération en cause sont susceptibles d’entraîner des risques d’éviction sur les marchés amont, soit à travers les prix (a), soit à travers les contreparties concédées par les distributeurs (b), et le cas échéant, d’apporter une attention particulière au processus de sélection des fournisseurs inclus dans le périmètre de ces accords (c).

a) Les risques d’éviction liés aux effets sur le prix

210. Les accords de coopération à l’achat sont susceptibles d’entraîner une diminution des prix d’achat des distributeurs partenaires non seulement des fournisseurs directement visés par ces accords mais aussi de leurs concurrents, fréquemment de taille inférieure. En effet, les baisses de prix consenties par les premiers peuvent conduire à une baisse du chiffre d’affaires des seconds, par un effet volume (les fournisseurs concurrents moins compétitifs verront leurs ventes diminuer) et/ou par un effet prix (les fournisseurs concurrents se verront contraints de s’aligner sur les réductions tarifaires concédées par les fournisseurs directement concernés par les accords), ce que confirment plusieurs fournisseurs.
211. L’effet d’une diminution des prix d’achat sur la viabilité des fournisseurs dépend de plusieurs paramètres : l’ampleur de cette diminution, les volumes concernés, et le niveau des marges des fournisseurs antérieurement à l’accord.
212. L’ampleur des diminutions de prix résulte principalement de la conjugaison de deux mécanismes. En premier lieu, les prix d’achat des distributeurs membres des accords devraient tendre vers un alignement sur les conditions tarifaires les plus avantageuses obtenues auparavant par l’un des deux partenaires. En second lieu, l’accord de coopération renforce le pouvoir de négociation de ses participants, ceux-ci pouvant désormais menacer leurs fournisseurs d’une perte de volume plus conséquente si les négociations venaient à échouer.

¹⁹⁶ Etude thématique « *Concurrence et distribution* » de l’Autorité de la concurrence, p. 113.

¹⁹⁷ Une note de conjoncture de décembre 2014 fait état d’une augmentation de 2,7% du nombre de défaillances dans le secteur de l’agroalimentaire en octobre 2014 sur 12 mois glissants, quand parallèlement l’ensemble de l’économie connaît globalement une diminution de l’ordre de 0,9% (panorama Défaillances, Les publications économiques de Coface, Décembre 2014). Par ailleurs, un indicateur publié en collaboration entre le Coface et Usine Nouvelle fait état d’une augmentation des faillites de 3,3% sur un an (oct. 2013 à oct. 2014), dans le secteur agroalimentaire, alors qu’il a baissé de 2,3% dans l’ensemble du secteur manufacturier (<http://www.usinenouvelle.com/editorial/rebond-des-faillites-dans-l-agroalimentaire.N302106>).

213. Ensuite, les volumes auxquels seront appliqués ces baisses de prix dépendront en partie des parts de marché des participants à l'accord, ainsi que de l'importance du canal de vente que représente la distribution à dominante alimentaire. La simultanéité de ces accords d'achat risque par ailleurs d'entraîner une diminution des prix sur une part significative du marché de la grande distribution à dominante alimentaire¹⁹⁸.
214. Concernant enfin le niveau des marges des fournisseurs antérieurement à l'accord, il peut apparaître relativement faible pour certains d'entre eux, bien qu'il convienne de souligner la très grande hétérogénéité de l'échantillon constitué par les services d'instruction.
215. Suivant l'ampleur de ces paramètres et la capacité du fournisseur à supporter une baisse de ses marges, dans un contexte où les accords de coopération interviennent concomitamment, il ne peut donc à ce stade être exclu que les rapprochements en cause puissent aggraver les difficultés de certains fournisseurs, et ce, qu'ils soient ou non concernés par les accords en cause. Les effets d'éviction potentiels devraient être analysés pour chaque marché amont en fonction du contexte concurrentiel du marché étudié.

b) Les risques d'éviction liés à la négociation de contreparties supplémentaires

216. Si les accords de coopération en cause devaient donner lieu à des contreparties supplémentaires au bénéfice de certains fournisseurs, soit du fait que certaines contreparties ne sont rendues que dans le cadre de l'accord de coopération¹⁹⁹, soit en raison du pouvoir de marché du fournisseur, ce qui n'est pas établi (voir *supra* §§ 157 à 161), cela pourrait avoir une incidence sur l'accès au marché ou le développement d'autres fournisseurs, en permettant notamment aux fournisseurs les plus importants d'obtenir davantage de contreparties, et donc de gagner en visibilité. Dans les deux dernières décisions contentieuses portant sur des regroupements à l'achats dans la distribution à dominante alimentaire, ce sont d'ailleurs les contreparties supplémentaires obtenues par les fournisseurs qui ont pu justifier les baisses de prix concédées aux distributeurs²⁰⁰.
217. Pour autant, la portée réelle de ce risque demeure en pratique incertaine car elle dépendra non seulement de l'impact des accords sur le marché de l'approvisionnement, vraisemblablement variable suivant la catégorie de produits considérée, mais aussi de la nature des contreparties et de leur incidence sur les ventes. Les accords de coopération peuvent toutefois élever les barrières à l'entrée sur le marché, ce qui diminuerait la probabilité d'arrivée de nouveaux fournisseurs.

¹⁹⁸ Par ailleurs, la baisse de prix qui peut résulter des accords peut conduire à un rapprochement du positionnement tarifaire entre produits MDF et produits MDD, ce qui peut *in fine* conduire le distributeur à faire des arbitrages quant au maintien du produit à marque nationale dans le linéaire.

¹⁹⁹ Certains distributeurs indiquent en effet que les rapprochements peuvent permettre l'octroi d'avantages spécifiques au bénéfice des fournisseurs concernés.

²⁰⁰ Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en oeuvre par la centrale de référencement Opéra, § 74 ; décision n° 05-D-62 du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par la centrale Lucie, §§ 113-114.

c) Les critères de sélection des fournisseurs

218. S'il s'avérait que le fait pour un fournisseur d'être inclus dans le périmètre de négociation d'un accord de coopération à l'achat puisse entraîner pour celui-ci un avantage²⁰¹ ou un désavantage concurrentiel²⁰², ce type d'accord pourrait alors affecter le développement sur le marché de certains fournisseurs. Dans de nombreuses décisions²⁰³, l'Autorité a été amenée à examiner le processus et les critères mis en œuvre pour opérer la sélection d'entreprises en vue de leur conférer un avantage concurrentiel²⁰⁴. Dans le prolongement de cette pratique décisionnelle, l'Autorité attire l'attention des opérateurs, dans le cas où le fait d'être inclus ou non dans les accords serait susceptible de procurer un avantage concurrentiel à certains fournisseurs, sur la nécessité d'une sélection des fournisseurs fondée sur des critères précis et objectifs.
219. Comme exposé précédemment, certains des accords en cause reposent sur un processus de sélection dont les critères n'ont pas nécessairement été définis de manière très précise²⁰⁵, si

²⁰¹ En favorisant par exemple son développement, notamment via l'attribution de contreparties supplémentaires, ou par la communication d'informations privilégiées. Par analogie aux problématiques soulevées dans l'avis n°10-A-25, les échanges d'informations pourraient être qualifiés d'anticoncurrentiels s'ils conféraient un avantage au fournisseur partenaire, sous réserve que cet avantage soit indu, et que le concurrent ne soit pas en mesure d'obtenir des informations de portée similaire (avis n°10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « *management catégoriel* » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs, § 95).

²⁰² Certains fournisseurs avancent que les fournisseurs exclus des accords seraient en mesure de négocier des contreparties plus tôt, ce qui pourrait conduire à préempter une partie du linéaire disponible au détriment des fournisseurs inclus dans les périmètre des négociations communes.

²⁰³ Voir notamment : décision n° 95-D-50 du 4 juillet 1995 relative à des pratiques relevées sur les marchés de l'installation et de la maintenance des extincteurs ; décision n° 03-D-51 du 6 novembre 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par EDF-GDF services Cannes dans le cadre du réseau Climsure ; décision n° 04-D-40 du 3 août 2004, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 20 Minutes France ; décision 05-D-22 du 18 mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par l'association « *Agriculture et Tourisme en Dordogne-Périgord* » dans le secteur de l'accueil touristique des agriculteurs sur leur exploitation ; décision n° 08-D-26 du 5 novembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt économique (GIE) de taxis UAT Abbeilles ; décision n° 09-D-01 du 12 janvier 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par le CESAM dans le secteur de l'expertise des bateaux de plaisance ; et décision n° 09-D-08 du 16 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'autoroute dans le secteur du dépannage-remorquage sur autoroutes.

²⁰⁴ Lequel peut notamment consister en l'attribution d'un label de qualité, l'attribution d'une qualification permettant de faire bénéficier la clientèle d'un tarif préférentiel, l'admission à un GIE disposant d'un facteur essentiel de contact avec la clientèle, ou encore l'inscription sur des listes d'experts. Voir, par exemple, décision n° 09-D-01 du 12 janvier 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par le CESAM dans le secteur de l'expertise des bateaux de plaisance, paragraphe 48 ; décision n° 08-D-26 du 5 novembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt économique (GIE) de taxis UAT Abbeilles, paragraphes 36 et 37 ; décision n° 01-D-30 du 22 mai 2001, relative à la qualification AP-MIS délivrée aux entreprises assurant l'installation et la maintenance de systèmes de détection d'incendie. Dans sa décision n° 02-D-60 du 27 septembre 2002, relative à des pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et l'Association française de déménageurs internationaux le Conseil avait considéré que les conditions d'accès à certains syndicats professionnels dans le secteur du déménagement étaient imprécises et subjectives, alors que l'adhésion à ces syndicats conférait un « *avantage concurrentiel incontestable* » pour certaines activités. Le Conseil avait donc sanctionné ces syndicats professionnels. La cour d'appel de Paris a toutefois réformé cette décision, estimant que le caractère indispensable de l'adhésion à ces syndicats n'avait pas été démontré à suffisance (Arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 mai 2003).

²⁰⁵ Tel est le cas notamment de la référence à une sélection des « *fournisseurs les plus importants* » ou « *principalement exposés sur le marché français* » ou encore d'une limite correspondant à « *la charge de*

bien qu'il ne peut être exclu que cela puisse conduire à des différences de traitements de fournisseurs non objectivement justifiées. S'il apparaît à ce stade prématuré de se prononcer sur la probabilité de restrictions qui résulteraient de la discrimination opérée entre les fournisseurs concernés par les accords en cause et les autres fournisseurs, il apparaît souhaitable que les opérateurs concernés prennent certaines précautions quant à la sélection des fournisseurs, en s'appuyant sur des critères de sélection objectifs et non-discriminatoires compte tenu des incidences que leur choix pourrait avoir sur le marché de l'approvisionnement.

5. SYNTHÈSE DES RISQUES CONCURRENTIELS AU TITRE DES RÈGLES RELATIVES AUX ENTENTES

220. En conclusion, l'analyse des accords en cause sous l'angle des règles relatives aux ententes ne permet pas d'exclure complètement certains des risques potentiels identifiés, et notamment les risques de coordination entre distributeurs, ou les risques concurrentiels susceptibles de peser sur certains fournisseurs. Il convient donc d'attirer l'attention des opérateurs sur les risques suivants :

travail supplémentaire induite par la mise en œuvre de l'accord et la capacité pour les équipes de négociation [du distributeur] d'absorber cette charge de travail additionnelle » lesquels ne reposent pas sur des critères quantitatifs précis. De même, si des critères liés à la dépendance économique ont pu être évoqués par des distributeurs pour exclure certains fournisseurs, ces derniers ne mettent pour autant pas en avant des critères précis pour le caractériser. Par ailleurs, les distributeurs n'ont pas non plus choisis les fournisseurs en raison du fait que leurs produits étaient vendus par leurs concurrents dans des proportions importantes à des prix « *inaccessibles* » pour eux compte-tenu de leurs conditions d'achat.

Synthèse du niveau des risques identifiés concernant les accords en cause

	Auchan/Système U	Intermarché/Casino	Carrefour/Provera
Risques sur les marchés (aval) de la distribution			
<i>Echanges d'informations sensibles</i>	Risques significatifs concernant l'ensemble des informations faisant l'objet des négociations (risques accrus du fait de l'absence de garantie structurelle et des difficultés liés à la distinction des négociations du triple net et des contreparties).	Risques significatifs concernant notamment les contreparties	
<i>Collusion liée à la symétrie accrue des coûts</i>	Risques significatifs dans la mesure où les accords portent sur des coûts variables, et où ils représentent une part significative des coûts des distributeurs.		
<i>Limitation de la mobilité inter-enseignes</i>	Risques qui ne peuvent être exclus (et dont le niveau est lié à des considérations comportementales).		
Risques sur les marchés (amont) d'approvisionnement			
<i>Limitation de l'offre, de réduction de la qualité ou de l'incitation de certains fournisseurs à innover ou investir et risques d'éviction</i>	Risques qui ne peuvent être exclus, en particulier concernant les catégories de produits suivantes, pour lesquelles la grande distribution représente le principal débouché :		
	Droguerie Epicerie sèche Parfumerie/hygiène	Droguerie Epicerie sèche Liquides Parfumerie/hygiène Produits périssables en libre service	

221. Les effets de ces accords dépendent dans une large mesure non seulement des conditions suivant lesquelles la concurrence s'exerce sur les différents marchés, que ce soit à l'amont ou à l'aval, lesquelles peuvent être très différentes, mais aussi du comportement adopté par les différents opérateurs. Le niveau des risques identifié est donc susceptible de varier significativement d'un accord à l'autre, si bien qu'il n'est pas possible de tirer de conclusion générale applicable à tous ces accords. En tout état de cause, il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence, dans le cadre d'une saisine pour avis de qualifier les comportements spécifiques de tel ou tel acteur économique sur un marché au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce. Seule la mise en oeuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permet de porter une telle appréciation et d'effectuer une telle qualification.

C. L'ANALYSE DES EFFETS FAVORABLES À LA CONCURRENCE

222. Comme exposé précédemment, dans l'hypothèse où un accord apparaît susceptible de restreindre la concurrence, il est possible, pour les parties à cet accord, d'invoquer l'existence d'effets favorables à la concurrence découlant de sa mise en œuvre. S'agissant des accords de coopération à l'achat, la Commission européenne précise qu'ils « [...] peuvent notamment conduire à des réductions de coûts, telles qu'une baisse des coûts d'achat ou une réduction des frais de transaction, de transport et de stockage, ce qui facilite les économies d'échelle. Ils peuvent également déboucher sur des gains d'efficacité qualitatifs s'ils incitent les fournisseurs à innover et à lancer des produits nouveaux ou plus performants sur les marchés [...] »²⁰⁶. Ils peuvent également permettre aux distributeurs « de s'abstraire du pouvoir de marché des marques de ses fournisseurs ou déstabiliser une entente entre producteurs par des achats importants »²⁰⁷.
223. Comme mentionné précédemment, il est néanmoins nécessaire que plusieurs conditions cumulatives soient remplies afin de permettre l'octroi d'une exemption (voir *supra* § 81). Il doit notamment être démontré que les accords en cause entraînent des gains d'efficacité (1) et qu'une partie équitable de ces derniers est répercutée aux consommateurs (2).

1. LES GAINS D'EFFICACITÉ

a) Les gains liés à la réduction des coûts d'achat et leur impact sur la structure de la concurrence

224. Le premier objectif affiché des accords en cause est de permettre aux parties de retrouver de la compétitivité à travers la diminution de leurs conditions d'achat. Les distributeurs concernés justifient ainsi leurs accords par l'existence de différences significatives au niveau de leurs prix d'achats respectifs, lesquelles se trouveraient renforcées par les effets « spirale », dont l'existence conduirait à terme à augmenter le risque qu'un distributeur soit évincé du marché de la distribution à dominante alimentaire. La probabilité d'un tel risque d'éviction dépendra notamment de l'ampleur de la désaffection des clients du fait de prix trop élevés, voire de la perte de magasins, du fait de leur affiliation aux réseaux des principaux concurrents²⁰⁸.
225. Cependant, comme expliqué précédemment, si les différences de prix d'achats entre distributeurs concurrents peuvent s'expliquer en partie par leurs parts de marché à l'aval, le lien entre part de marché et niveau des prix d'achat est très imparfait en raison notamment de la multiplicité des facteurs conduisant à la détermination du prix triple net (voir *supra* § 140). De plus, ni l'évolution récente des parts de marchés des différents concurrents (voir *supra* §§ 194 et 195), ni l'ampleur ou l'évolution du nombre de produits « inaccessibles » (voir *supra* § 196) ne semblent, au vu des éléments communiqués aux services

²⁰⁶ Lignes directrices de la Commission européenne du 14 janvier 2011 sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, § 217.

²⁰⁷ Contribution de l'Autorité de la concurrence lors de la table ronde de l'OCDE « *Monopsony and Buyer Power* », 2008, DAF/COMP(2008)38, p. 160.

²⁰⁸ Cette problématique concernerait essentiellement les réseaux d'indépendants concernés par les accords de coopération : Système U et Intermarché.

d'instruction, et en l'état actuel du fonctionnement du marché, être de nature à étayer le risque d'éviction à moyen terme de certains distributeurs parties aux accords de coopération.

226. Les accords en cause ont néanmoins conduit à la négociation à la baisse des indices trois net des opérateurs concernés, ce qui représente un gain d'efficacité en termes de réduction des coûts des distributeurs qui peut être pris en compte dans l'analyse dans la mesure où une partie de ces gains est répercutée à l'aval au bénéfice des consommateurs (voir *infra* §§ 230 à 234).

b) Les gains de nature qualitative et l'effet d'incitation sur les fournisseurs

227. Dans un avis de 1986, le Conseil de la concurrence estimait qu'« *il n'est pas contesté qu'un regroupement de distributeurs, même concurrents entre eux, dans le cadre d'une structure commune de discussion ou de négociation avec les fournisseurs puisse, dans certaines circonstances, contribuer au progrès économique. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'une telle structure offre des services effectifs aux producteurs au plan de l'assurance des débouchés, du groupement des livraisons, de la logistique ou de la facturation. Tel peut-être le cas également lorsqu'une telle structure permet aux distributeurs d'améliorer les conditions réelles de leur exploitation en leur offrant certains services techniques* » (soulignement ajouté)²⁰⁹.
228. Dès lors, si les rapprochements dynamisent la concurrence à l'aval par des contreparties réelles, des gains d'efficience sont plus probables dans la mesure où les fournisseurs seront incités à se faire davantage concurrence en raison de l'existence réelle de débouchés. Si, au contraire, ils ne visent qu'à opérer une baisse de prix sans contreparties, des gains d'efficience du point de vue des fournisseurs apparaissent peu probables.
229. Les parties aux accords objet du présent avis mettent ainsi en avant la possibilité, à travers ces accords, d'améliorer l'offre de services vis-à-vis des fournisseurs²¹⁰. La plupart des fournisseurs interrogés considèrent cependant, qu'en l'état actuel, ces accords ne sont pas susceptibles d'apporter une plus-value significative, qu'elle soit quantitative, en termes de marges ou de développement de leur chiffre d'affaires²¹¹, ou qualitative, à travers par exemple l'amélioration des services proposés, ou encore par la simplification du processus de négociation. Au contraire, compte-tenu de la complexification du processus de négociation qu'entraîne ces accords, il ne serait pas exclu qu'ils puissent accroître les coûts

²⁰⁹ Avis n° 267 du Conseil de la concurrence du 30 octobre 1986 relatif aux pratiques commerciales de la SA SERFAAL, § 49.

²¹⁰ Que ce soit par la proposition de nouveaux services, l'intérêt pour le fournisseur de disposer d'un interlocuteur unique, ou encore par l'homogénéisation du poids des clients des différents fournisseurs au sein de la GMS qui leur serait favorable en simplifiant la gestion de leur portefeuille de clients. Il convient de souligner que l'instruction ayant été menée au cours des négociations, et au début de la mise en place des accords de coopération, il n'a pas été possible de connaître précisément le contenu des nouvelles contreparties qui auraient pu être négociées dans ce cadre des nouveaux services proposés par les distributeurs, ces derniers ayant été de surcroît peu précis sur leurs contenus et leurs modalités de mise en oeuvre.

²¹¹ Et ce, quand bien même des contreparties seraient négociées, car elles ne couvriraient pas la baisse de prix consentie.

de transaction au détriment des fournisseurs²¹². Ces éléments ne permettent donc pas de conclure à l'existence, au-delà des gains éventuels générés par les baisses de prix, de gains de nature qualitative, susceptibles de dynamiser la concurrence entre les fournisseurs.

2. LA RÉPERCUSSION DES GAINS AU CONSOMMATEUR

230. Comme le rappellent les Lignes directrices horizontales, la probabilité qu'une « *partie équitable* » des gains d'efficacités générés par l'accord soit répercutée au consommateur dépend du pouvoir de marché des parties sur les marchés aval de la distribution de détail. La Commission précise qu'« *il est peu probable que des baisses du prix d'achat obtenues grâce au simple exercice de la puissance d'achat soient répercutées sur les consommateurs si les acheteurs possèdent ensemble un pouvoir de marché sur les marchés de vente [...]. En outre, plus le pouvoir de marché des parties sur le ou les marchés de vente est élevé, moins il est probable que celles-ci répercuteront les gains d'efficacité sur les consommateurs dans une mesure qui compenserait les effets restrictifs sur la concurrence [...]* »²¹³.
231. Le contexte actuel de la distribution à dominante alimentaire, marqué par des baisses de prix sensibles, pourrait témoigner d'une intensité concurrentielle importante, ou du moins en croissance. Cependant, il a également été souligné *supra* qu'il existait un doute sur le caractère structurel et non conjoncturel de cet épisode qualifié par les parties de « *guerre des prix* » (voir *supra* §§ 15 à 19). Il ne peut donc être exclu que les évolutions tarifaires observées récemment sur le marché de détail ne se poursuivent pas à l'avenir, voire s'inversent. L'appréciation de l'intensité concurrentielle devrait donc être effectuée sur la base de l'analyse de paramètres structurels et non conjoncturels, tels que les conditions de concurrence sur les marchés locaux, et le contexte réglementaire. Concernant le premier point, il a été démontré *supra* que certains marchés locaux sont caractérisés par une concentration significative, ceci pourrait conduire à limiter la probabilité de répercussion. A l'inverse, des études récentes²¹⁴ ont montré que les évolutions législatives de la deuxième moitié des années 2000 avaient bien eu pour effet de restaurer le jeu de la concurrence par les prix dans la grande distribution, ce qui serait de nature à accroître la probabilité de répercussion.
232. De plus, l'intensité de la concurrence entre distributeurs sur les marchés locaux ne dépendra pas uniquement de la concentration des opérateurs mais également d'une éventuelle coordination entre ces derniers. Si les accords d'achat facilitent la coordination entre distributeurs concurrents, ces accords seront moins susceptibles de conduire à une répercussion équitable des baisses de prix d'achat sur les consommateurs.
233. Dès lors, l'ampleur de la répercussion des diminutions de prix d'achat dans les prix de vente dépend de paramètres liés au fonctionnement de ces accords horizontaux, et à la

²¹² Le fait que les accords de coopération soient susceptibles d'accroître les coûts de transaction a été soulevé dans le cadre d'une décision récente de l'autorité nationale de concurrence italienne (décision n° 1768 – *Centrale Italiana S.R.L.*, de l'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (AGCM), du 28 avril 2014).

²¹³ Lignes directrices de la Commission européenne du 14 janvier 2011 sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, § 219.

²¹⁴ Voir par exemple Biscourp « *Réglementer ou libéraliser : les relations commerciales en France des années 1990 aux années 2000* », Document de travail de l'INSEE, 2014.

structure des marchés locaux. Leur évaluation nécessiterait une analyse au cas par cas, similaire à celle effectuée en contrôle de concentration.

234. Par ailleurs, la répercussion des baisses de prix d'achat obtenues par Cora pourrait justifier une analyse distincte de celle des autres distributeurs. Si Provera estime qu'une baisse de [0-5 %] des prix au consommateur peut être attendue, sans pour autant apporter d'éléments permettant d'étayer ce chiffrage, le contrat entre Provera et Carrefour prévoit également le versement à Carrefour d'une redevance correspondant à un pourcentage du montant d'achats réalisé par Provera. Cette redevance constituera pour Provera un coût variable qui exercera une pression à la hausse sur ses prix de détail, et diminuera donc l'ampleur de la répercussion des baisses de prix d'achat sur les consommateurs. Parallèlement, le montant de la redevance perçue par Carrefour de la part de Provera sera indépendant des volumes vendus par Carrefour, et donc moins susceptible d'être répercuté sur les prix de détail, dans la mesure où il impacterait alors uniquement les coûts fixes supportés par le distributeur. En effet, comme le notent les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations « *il est plus probable que les gains d'efficacité conduisant à des réductions des coûts variables ou marginaux entraînent une baisse des prix à la consommation que les réductions de coûts fixes, le rapport entre les coûts fixes et les prix à la consommation étant habituellement moins direct, au moins à court terme* »²¹⁵.

D. L'ANALYSE AU TITRE DES RÈGLES RELATIVES AUX ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

235. Des accords de coopération à l'achat entre distributeurs concurrents, tels que ceux objet du présent avis, induisent un renforcement de la puissance d'achat de l'ensemble des distributeurs et, à ce titre, sont susceptibles de soulever des préoccupations quant à l'accroissement du déséquilibre entre distributeurs et fournisseurs.
236. Certains des distributeurs concernés expliquent avoir choisi, à titre de précaution, de limiter le périmètre de leurs accords aux fournisseurs de taille importante, voire d'exclure certains fournisseurs sur la base d'un éventuel risque de dépendance économique. De nombreux acteurs du secteur ont néanmoins exprimé des craintes quant au risque que ce contexte de rapprochements à l'achat ne favorise des situations de dépendance économique de certains fournisseurs à l'égard des distributeurs dont ces derniers pourraient abuser²¹⁶.
237. Si de telles pratiques, qui concernent la relation bilatérale entre deux contractants, relèvent essentiellement du champ d'action de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) au titre des règles relatives aux « pratiques restrictives de concurrence », et en particulier de l'article L. 442-6 du code de commerce²¹⁷, elles peuvent également, dès lors qu'elles sont susceptibles de compromettre

²¹⁵ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 552.

²¹⁶ Nombre des fournisseurs interrogés ont par ailleurs souligné que les relations avec la grande distribution en France étaient particulièrement conflictuelles, en comparaison avec la situation pouvant prévaloir à l'étranger.

²¹⁷ Ces règles permettent au ministre de l'Economie d'agir de manière autonome en défense de l'ordre public économique, afin de faire sanctionner par le juge commercial les pratiques ou clauses contractuelles portant atteinte à la loyauté des relations commerciales et à l'équilibre des relations commerciales, telles que, notamment l'obtention d'un avantage sans contrepartie, ou disproportionné par rapport au service rendu, la

le bon fonctionnement ou la structure de la concurrence, être appréhendées par l'Autorité de la concurrence au titre des règles relatives aux « pratiques anticoncurrentielles », et notamment de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce concernant l'abus de dépendance économique.

238. Aux termes de cette disposition, « *est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6 ou en accord de gamme* ». L'application de cette disposition suppose donc d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre (1) et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière compte-tenu de son impact sur le fonctionnement concurrentiel du marché (2).

1. LA CARACTÉRISATION DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

239. La pratique décisionnelle et la jurisprudence ont progressivement établi des conditions strictes à la caractérisation de l'état de dépendance économique. Quatre critères, considérés comme cumulatifs, sont retenus pour caractériser l'état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur :

- l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur ;
- l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés ;
- l'absence de choix délibéré du fournisseur de concentrer ses ventes auprès du distributeur (l'Autorité examine si la concentration des ventes résulte d'un choix stratégique ou d'une nécessité technique), et ;
- l'absence de solutions alternatives pour le fournisseur²¹⁸.

240. En réalité, comme le soulignait déjà le Conseil de la concurrence dans son avis de 1997 relatif à la concentration de la grande distribution²¹⁹, dans ce secteur, l'appréciation de l'existence d'une éventuelle situation de dépendance économique résultant de la puissance d'achat d'un distributeur, ou d'un groupe de distributeurs, doit tenir compte d'une

rupture brutale de relations commerciales établies, ou plus généralement le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

²¹⁸ Voir, notamment, décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora ; décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra ; décision n° 03-D-42 du 18 août 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles ; décision n° 07-D-18 du 16 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre sur le secteur du cidre et des pommes à cidre ; décision n° 09-D-21 du 23 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société RTE sur le marché de travaux de lignes aériennes haute tension, et décision n° 12-D-07 du 17 février 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des emballages en bois.

²¹⁹ Avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution.

multitude de critères²²⁰. Ces derniers doivent permettre de définir les marges respectives de négociation dont dispose les entreprises ou groupes d'entreprises concerné(e)s, en tenant compte, notamment, des alternatives auxquelles celles-ci pourraient recourir en cas d'échec éventuel de leurs négociations.

241. Ces critères sont difficiles à hiérarchiser dans la mesure où la répartition des pouvoirs de négociation dépend très largement de la structure des marchés de chaque famille de produits concernée. Pour apprécier le risque d'existence d'une situation de dépendance économique dans ce secteur, il est donc essentiel de tenir compte des spécificités de chaque catégorie de produits.

a) L'analyse des pouvoirs de négociation respectifs des fournisseurs et des distributeurs

242. Dans son étude thématique « *Concurrence et distribution* » de 2010, l'Autorité précise que « *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* »²²¹. C'est l'approche qui a été retenue notamment dans les affaires *Cora*²²², *Opéra*²²³ et *Lucie*²²⁴.
243. D'autres critères d'appréciation de l'équilibre des pouvoirs de négociation entre fournisseurs et distributeurs ont été suggérés au cours de l'instruction du présent avis, tels que les taux de concentration respectifs des marchés amont et aval concernés ou encore la répartition des marges entre les opérateurs situés en amont, et ceux situés en aval.
244. Ces critères ne sont cependant pas toujours adaptés, ou sont insuffisants. En réalité, les pouvoirs de négociation respectifs des fournisseurs et des distributeurs dépendent largement des alternatives auxquelles ceux-ci pourraient recourir en cas d'échec éventuel de leurs négociations : plus ces alternatives sont effectives, plus l'opérateur est susceptible d'exercer une pression sur son partenaire, en menaçant par exemple de rompre les négociations²²⁵. L'analyse doit donc également tenir compte des « *options de sortie* » respectives des opérateurs.

²²⁰ Dans l'avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution, l'Autorité précise ainsi que « *L'analyse de la puissance d'achat se mène à partir de critères multiples qu'il est difficile de hiérarchiser. Parmi ceux-ci, figurent les conditions dans lesquelles sont négociés les achats (fonctionnement des structures d'achat), les caractéristiques des enseignes, les limites des surfaces de vente, le comportement des consommateurs, le degré de développement des MDD, leur positionnement par rapport aux marques nationales ainsi que le processus d'intégration verticale* ».

²²¹ Rapport annuel 2010 de l'Autorité de la concurrence, étude thématique « *Concurrence et distribution* », p. 104.

²²² Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.

²²³ Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra.

²²⁴ Décision n° 05-D-62 du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie.

²²⁵ Rapport annuel 2010 de l'Autorité de la concurrence, étude thématique « *Concurrence et distribution* », p. 104.

La comparaison de la proportion des ventes

245. S'agissant du critère de la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur, il a généralement été considéré comme un critère important mais non déterminant pour caractériser un état de dépendance économique.
246. A titre d'illustration, dans l'affaire *Cora*²²⁶ (précitée), le Conseil de la concurrence avait considéré que la situation de dépendance à l'égard de Cora n'était pas caractérisée bien que certains fournisseurs réalisaient une part élevée de leur chiffre d'affaires total avec ce distributeur (entre 22 et 67,5 %) ²²⁷. Dans le secteur des lessives²²⁸, l'Autorité a considéré qu'aucune dépendance économique n'était établie dans la mesure où le groupement de distributeurs concerné ne représentait qu'environ 15 % du chiffre d'affaires des fournisseurs, alors que les lessives de grande marque ne représentaient qu'environ 1,5 à 2 % des achats totaux des principaux groupes de distributeurs. Il a en effet été tenu compte de la concentration du marché amont, et du fait que les fournisseurs, qui appartenaient à de grands groupes internationaux, détenaient des marques de forte notoriété²²⁹.
247. S'il n'existe pas de seuil précis dont le dépassement pourrait constituer un indice d'un état de dépendance économique, il est intéressant de noter qu'en matière de contrôle des concentrations, les autorités de concurrence ont été amenées à examiner la situation de fournisseurs communs à l'acquéreur et à la cible, ces derniers étant susceptibles de se voir placés, après une opération de concentration, en situation de dépendance économique vis-à-vis de la nouvelle entité. Elles ont cherché à déterminer un « seuil de menace » au-delà duquel la survie d'un fabricant pourrait être remise en cause en cas de disparition de ce débouché, dans la mesure où cela conduirait, à plus ou moins brève échéance, le fournisseur vers une situation financière difficile, voire une faillite.
248. Lors de l'examen d'une opération portant sur le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire²³⁰, la Commission européenne a ainsi mené une étude auprès de plusieurs fournisseurs, dont il est ressorti qu'au-delà d'un seuil de 22 %, un producteur ne pouvait remplacer la perte d'un client sans subir des pertes financières considérables. Ce seuil a également été retenu par la suite par l'Autorité en matière de contrôle des concentration dans ce même secteur²³¹.
249. Interrogés sur ce point dans le cadre de l'instruction, les fournisseurs ont indiqué des seuils très variables selon les catégories de produits concernés (ces seuils pouvant aller de 10 à 23 %). La quasi-totalité ont cependant fait valoir que le risque de dépendance était accru

²²⁶ Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre par Cora.

²²⁷ Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Paris (Arrêt du 25 mai 1994 de la cour d'appel de Paris) et par la Cour de cassation (Arrêt du 10 décembre 1996 de la Cour de cassation).

²²⁸ Décision n° 94-D-60 du 13 décembre 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives.

²²⁹ Voir également, *contra*, décision n° 93-D-59 du 15 décembre 1993 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité relative à une centrale d'achat d'espace publicitaire, intervenue peu après la décision Cora, dans laquelle le Conseil de la concurrence avait retenu l'état de dépendance des supports vis-à-vis de cette centrale, essentiellement au vu de la part de cette centrale dans le chiffre d'affaires des supports, avoisinant les 30 %.

²³⁰ Décision de la Commission du 3 février 1999, affaire M.1221, *Rewe/Meinl*.

²³¹ Décision n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot.

du fait des rapprochements à l'achat entre distributeurs, et qu'il convenait, dans un tel contexte, de revoir le seuil de 22 % à la baisse²³².

250. Le niveau de ce « seuil de menace » n'est donc pas fixe et dépend d'un grand nombre de paramètres qui pourront varier selon les catégories de produits concernées. Ainsi, une situation de dépendance économique peut être constatée en présence d'une part plus faible du chiffre d'affaires lorsque, par exemple, la structure du marché limite la capacité du fournisseur concerné à réorienter une partie de son activité vers d'autres débouchés (ce qui peut être le cas dans un contexte de rapprochements de distributeurs à l'achat), ou en cas d'investissement spécifique à la relation commerciale.
251. L'analyse doit en tout état de cause être complétée par une appréciation de la part que représente, comparativement, le fournisseur dans les ventes du distributeur.
252. Si, lorsque l'Autorité agit dans un cadre contentieux, cette appréciation est effectuée de manière individualisée relativement aux fournisseurs susceptibles de se trouver en position de dépendance économique, il apparaît utile, dans le cadre du présent avis, qui vise à fournir une grille d'analyse en tenant compte des caractéristiques du secteur de la grande distribution, d'examiner le poids que représentent les distributeurs dans le chiffre d'affaires des fournisseurs sur une base agrégée.
253. Les données collectées, bien que limitées à une sélection de fournisseurs actifs sur des marchés de produits différents, et ne permettant pas un raisonnement par catégorie de produits, sont néanmoins révélatrices d'un déséquilibre des forces dans ce secteur : la part des principaux distributeurs, ou regroupements de distributeurs, dans le chiffre d'affaires des fournisseurs interrogés (tous concernés par au moins l'un des regroupements à l'achat) serait en moyenne de l'ordre de 20 %.

Poids moyen des principaux distributeurs ou regroupements de distributeurs dans le chiffre d'affaires des fournisseurs²³³

	Poids moyen	Ecart	Proportion de fournisseurs pour lesquels le poids est inclus dans la fourchette			
			[0-10 %]]10-20 %]]20-30 %]]30-40 %]
Carrefour/Cora	23,4 %	[14 % ; 31,1 %]	0 %	29 %	62,5 %	8,5 %
Intermarché/Casino	20,2 %	[4,9 % ; 34,7 %]	8,5 %	33,5 %	54 %	4 %
Auchan/Système U	19,3 %	[12,4 % ; 27,6 %]	0 %	50 %	50 %	0 %
E. Leclerc	15,6 %	[4 % ; 28,3 %]	16,5 %	66,5 %	16,5 %	0 %

Source : données communiquées par les fournisseurs, traitement par l'Autorité.

²³² S'agissant des modalités de calcul de cette part, elle devrait, de l'avis de la majorité des fournisseurs interrogés, être appréciée par rapport à leur chiffre d'affaires national, afin de tenir compte, notamment du fait que les décisions d'orientation stratégiques et d'investissement au sein des groupes, sont généralement prises sur la base des résultats sur un périmètre national.

²³³ Le dénominateur utilisé pour le calcul de cette part est le chiffre d'affaires total réalisé par les fournisseurs interrogés, tous canaux confondus, et les chiffres ont été calculés sur la base des données relatives à 24 fournisseurs ou filiales.

254. Par comparaison, sur plusieurs marchés de produits, même les fournisseurs les plus importants ne représentent qu'une part réduite du chiffre d'affaires global des distributeurs : le poids moyen des fournisseurs interrogés dans le chiffre d'affaires des distributeurs varierait ainsi, selon les catégories de produits, entre 1 et 12,8 %.

Poids moyen des fournisseurs dans le chiffre d'affaires des regroupements de distributeurs²³⁴ par catégorie de produit

	Poids moyen	Ecart
Automobile	8,8 %	[0,5 % ; 26,3 %]
Bricolage	4,1 %	[2,0 % ; 7,5 %]
Charcuterie	5,7 %	[0,2 % ; 19,0 %]
Culture	1,0 %	[0,4 % ; 2,1 %]
Droguerie	7,7 %	[1,9 % ; 16,0 %]
Epicerie	1,3 %	[0,02 % ; 11,2 %]
Gros électroménager	4,6 %	[0,3 % ; 13,0 %]
Hi-fi/Son	1,7 %	[0 ; 7,3 %]
Jardin	3,9 %	[1,7 % ; 7,4 %]
Jouets/Loisir/Détente	3,6 %	[1,3 % ; 6,0 %]
Liquides	2,4 %	[0,2 % ; 10,3 %]
Maison	3,0 %	[0,8 % ; 6,4 %]
Parapharmacie	2,4 %	[0,03 % ; 13,2 %]
Parfumerie-Hygiène	4,3 %	[0,8 % ; 12,6 %]
Petit électroménager	12,8 %	[1,7 % ; 32,4 %]
Photo/Ciné	9,6 %	[6,7 % ; 16,5 %]
Produits périssables en libre service	1,4 %	[0,01 % ; 7,1 %]
Textiles, Chaussures	2,4 %	[1,5 % ; 6,0 %]
Pain et Pâtisseries	9,4 %	[0,01 % ; 23,6 %]
TV/Vidéo	5,1 %	[0 ; 40,4 %]

Source : données communiquées par les distributeurs concernés, traitement par l'Autorité.

Les limites de l'étude du partage des marges

255. Certains distributeurs ont proposé, afin d'appréhender l'équilibre des pouvoirs de négociation entre les fournisseurs et les distributeurs, de comparer les niveaux respectifs de leurs marges.
256. Une telle comparaison serait cependant imparfaite dans la mesure où, comme l'a relevé la Direction Générale du Trésor et de la Politique Economique²³⁵, les comparaisons de

²³⁴ Pour des raisons liées à la disponibilité des données, le périmètre du calcul est limité aux distributeurs concernés par les accords de coopération objet du présent avis, à savoir : Auchan, Carrefour, Cora, Groupe Casino, Intermarché et Système U.

²³⁵ Trésor-éco n°53 – mars 2009.

marges nettes entre industriels et fournisseurs peuvent être biaisées par des différences d'intensité capitalistique entre les secteurs : un taux de marge élevé peut simplement refléter une intensité capitalistique plus élevée (impliquant un coût des capitaux plus important). Afin de remédier à ce biais, la DGTPE a calculé des taux de marge sur coûts variables intégrant le coût du capital : ils sont alors plus élevés dans le secteur de la distribution que pour les industriels. Une étude économique communiquée par l'ILEC et l'ANIA remarque également que la comparaison des taux de résultats des fournisseurs et des distributeurs est superficielle et cite des travaux de 2010²³⁶ qui démontreraient que les distributeurs bénéficient d'une rentabilité plus élevée que les industriels lorsque la rentabilité est calculée selon le concept de taux de retour sur les capitaux employés (« *Return On Capital Employed* »)²³⁷.

Les limites de la comparaison des indices de concentration

257. Selon Casino, plus le rapport entre l'indice de concentration du marché amont et l'indice de concentration du marché aval est élevé, plus l'équilibre des relations serait à l'avantage des fournisseurs. Casino se réfère à une étude récente de la Commission européenne²³⁸ selon laquelle l'indice de concentration (Herfindahl-Hirschmann) des marchés sur lesquels opèrent les distributeurs serait de 1 430 en moyenne, contre 2 130 en moyenne pour les marchés sur lesquels opèrent les fournisseurs, avec des disparités importantes selon les catégories de produits.
258. La comparaison des taux de concentration amont/aval présente une certaine pertinence dans la mesure où elle revient à comparer, à l'échelle d'un secteur, le poids que représentent des fournisseurs dans les ventes des distributeurs au sein d'une famille de produits, avec le poids de ces mêmes distributeurs dans les ventes des fournisseurs de cette même famille de produits.
259. Cette approche présente cependant des limites, notamment en ce que le niveau de concentration d'un marché n'est pas toujours un bon indicateur de son mode de fonctionnement (un nombre très réduit d'opérateurs peuvent se livrer une concurrence intense, par exemple lorsque les coûts fixes sont élevés et les produits homogènes, ou encore si les barrières à l'entrée sont faibles). De plus, le niveau de concentration ne s'analyse pas de la même manière suivant que l'on se place du point de vue des fournisseurs, ou de celui des distributeurs (les seconds jouant un rôle d'intermédiaire dans la chaîne de distribution). Enfin, les indicateurs de concentration calculés par la

²³⁶ Simon Parienté, *Les industriels et distributeurs de produits de grande consommation : une analyse financière comparée de l'enrichissement et de ses déterminants*, avril 2010.

²³⁷ Les niveaux de résultat exprimés en pourcentage du chiffre d'affaires, conduisent nécessairement à des taux de marge faible pour la grande distribution étant donné les chiffres d'affaires importants générés par le secteur. Ces taux de marge ne sont cependant pas nécessairement pertinents pour un investisseur. Un investisseur pourra ainsi considérer qu'une activité générant un taux de marge faible est malgré tout rentable, si les investissements consentis sont faibles et que le résultat (exprimé en valeur et non plus en pourcentage du chiffre d'affaires) est suffisamment élevé. En outre, comme précisé *supra*, dans certaines enseignes, l'exploitation des magasins et la gestion de l'immobilier commercial relèvent de deux sociétés juridiquement distinctes. Pour ces magasins, les loyers seront alors considérés uniquement comme une charge alors qu'ils apparaissent également comme des revenus pour l'entité chargée de la gestion de l'immobilier. La même observation pourrait également être valable pour d'autres postes de coût.

²³⁸ Etude de la Commission européenne « *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector* », septembre 2014.

Commission européenne ne tiennent pas compte des produits MDD²³⁹, or le poids que représentent les produits MDF dans les ventes des distributeurs au sein d'une famille de produits est d'autant plus réduit que les produits MDD sont présents sur la famille concernée.

260. En tout état de cause, il convient de souligner que l'analyse effectuée par Casino sur la base de l'étude de la Commission européenne, ne tient pas compte de l'évolution des ratios de concentration postérieurement à la conclusion des accords en cause. Or, du fait de ces accords, l'indice IHH mesuré au niveau national passe de 1 410 à 2 190²⁴⁰, ce qui représente un niveau de concentration relativement élevé, supérieur, voire très supérieur dans certains cas, au niveau de concentration d'un grand nombre de marchés amont.

L'analyse des solutions alternatives

261. Rappelons que, malgré la suppression par la loi NRE²⁴¹ de la mention du critère d'absence de solution alternative dans le code de commerce, la Cour de cassation a maintenu l'exigence, pour la partie dépendante, d'apporter la preuve de l'absence d'une telle solution²⁴². Amenée à apprécier cette condition à plusieurs reprises, l'Autorité a, dans une large majorité des cas examinés, conclu à l'absence de dépendance économique, faute d'éléments permettant de démontrer qu'il n'existait aucune solution alternative²⁴³.
262. Comme le constatait déjà le Conseil de la concurrence en 1993, dans sa décision Cora²⁴⁴ concernant justement le secteur de la grande distribution, ce critère « *ne [peut] pas toujours donner lieu à une observation directe* ». Le Conseil de la concurrence avait donc

²³⁹ L'étude se base uniquement sur les produits à marque nationale, et exclut dès lors les produits sous marque de distributeur (p. 136 de l'étude).

²⁴⁰ Sur la base des parts de marché à l'aval des différents groupes - source World Panel Kantar 2014.

²⁴¹ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁴² Arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2004, Société Concurrence, n° 02-14.529, dans lequel la Cour de cassation a jugé que « *l'état de dépendance économique, pour un distributeur, 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 fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques ou économiques comparables ; dès lors, la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très 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* ».

²⁴³ Voir, notamment, décision n° 12-D-07 relative à des pratiques relevées dans le secteur des emballages en bois, qui concernait une allégation de dépendance économique de fabricants vis-à-vis d'un distributeur. Voir également décision n° 01-D-49 relative à une saisine et demande de mesure conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony ; décision n° 02-D-24 du 27 mars 2002 relative à une saisine de la société cabinet affaires et recouvrement (CAR) à l'encontre de la société Buroservices ; décision n° 02-D-77 du 27 décembre 2002 relative à une saisine de la SA Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy Ugine Précision, Sprint-Métal et Usinor Achats ; décision n° 04-D-11 du 6 avril 2004 relative à une saisine de la société Sematec contre les pratiques de la société Newell Window fashions Germany ; décision n° 04-D-36 du 23 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport des petits colis, décision n° 05-D-05 du 18 février 2005 relative à une saisine de la SARL Les Oliviers, décision n° 05-D-44 du 21 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Provence (anciennement La Provençal) dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille, décision n° 05-D-50 du 21 septembre 2005 relative à la plainte de la société SCOB à l'encontre des pratiques mises en œuvre par la société Brasseries Kronenbourg dans le secteur de la distribution de la bière.

²⁴⁴ Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Sté européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.

précisé que « *peuvent être prises en compte, notamment, la faiblesse des ressources financières du fournisseur, la faiblesse des marges des offreurs sur le marché sur lequel il opère, l'absence de notoriété de la marque du fournisseur, la durée et l'importance de la pratique de la politique de partenariat qu'il a éventuellement nouée avec le distributeur, l'importance et la surcapacité d'offre sur le marché de ses produits, l'importance des contraintes de transport de ses produits* »²⁴⁵.

263. L'examen de l'ensemble de ces paramètres doit permettre d'apprécier le caractère effectif des « options de sorties » dont disposent respectivement les fournisseurs et les distributeurs (telles que, notamment, le report sur une enseigne ou une marque concurrente) et la capacité de ces opérateurs à maintenir leur activité sur le marché dans l'hypothèse d'une rupture brutale des relations commerciales. Il ressort des informations rassemblées par les services d'instruction dans le cadre du présent avis que, de manière générale, une rupture des relations commerciales affecterait de manière plus significative les fournisseurs que les distributeurs, dans la mesure où les « options de sorties » dont ils disposent sont généralement plus limitées²⁴⁶.

Sur le report vers des marques concurrentes

264. Les distributeurs peuvent, dans une certaine mesure, compenser la rupture de leur relation avec un fournisseur en incitant les consommateurs à se reporter vers des produits concurrents (par exemple en diminuant leur marge sur ces produits), tandis que les fournisseurs peuvent difficilement inciter les consommateurs à changer d'enseigne. De ce fait, un industriel déréférencé par une enseigne court le risque de perdre la quasi-totalité de son chiffre d'affaires avec les consommateurs clients de cette enseigne, sans possibilité de compensation, alors qu'un distributeur qui subirait une rupture d'approvisionnement ne ferait que diminuer éventuellement sa marge sur certains produits, sans que ceci n'impacte en principe la fidélité de ses consommateurs.
265. Pour autant, il ne peut être exclu, au moins en théorie, que le retrait des rayons de certains produits à marques de fabricant puisse entraîner des pertes de profits sensibles pour les distributeurs, en raison notamment de l'attrait des consommateurs pour ces marques²⁴⁷. Certains opérateurs considèrent qu'il existerait ainsi des produits indispensables aux distributeurs et se réfèrent à la notion de « produits incontournables »²⁴⁸. Les contours de

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ La plupart des fournisseurs mettent en avant, notamment sur la base des déréférencements qu'ils ont pu subir par le passé, qu'un déréférencement de leurs produits par le distributeur entraîne peu ou prou une perte totale de leur chiffre d'affaires réalisé avec le client, le report vers d'autres distributeurs étant sinon nuls, marginaux, sauf pour certains produits commercialisés de manière significative via d'autres canaux de distribution que la GMS.

²⁴⁷ Cette approche avait notamment prévalu dans le secteur des produits d'hygiène et d'entretien (voir décision n°14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, voir notamment §§ 1350 à 1359).

²⁴⁸ Dans une affaire récente, certains produits d'hygiène et d'entretien ont été considérés comme incontournables du point de vue des distributeurs (voir décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, voir notamment §§ 1350 à 1359). Cette analyse s'appuyait sur certaines caractéristiques spécifiques aux produits concernés (notoriété des marques, caractère non périssable des produits, poids de la MDD sur la catégorie) et n'est donc pas nécessairement transposable à d'autres catégories de produits.

cette notion restent cependant assez flous, chaque distributeur ayant par ailleurs une appréhension distincte de cette notion selon le positionnement de son enseigne mais également le format de ses magasins²⁴⁹. En tout état de cause, ces produits seraient, selon certains fournisseurs interrogés dans le cadre de l'instruction, de plus en plus rares²⁵⁰. Plusieurs fournisseurs, ainsi que l'un des distributeurs interrogés considérant même qu'il n'existerait en réalité pas de produits véritablement incontournables. En attesteraient, les déréférencements récents par les distributeurs de produits de plusieurs marques, dont des marques notoires, considérées comme *leader*. Ces épisodes de déréférencements n'auraient conduit qu'à des reports très limités voire nuls des consommateurs vers d'autres magasins. Par comparaison, seuls de rares cas d'interruption des relations commerciales à l'initiative de fournisseurs et pour des périodes très limitées dans le temps, ont été signalés²⁵¹.

266. L'existence de tels épisodes de déréférencement contribue à démontrer l'absence de caractère incontournable de certains produits, et peut être pris en considération pour établir une situation de dépendance économique. C'est d'ailleurs l'un des éléments explicitement analysés par le *Bundeskartellamt*, dans son appréciation au titre des dispositions de la loi relative aux restrictions de concurrence, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB)²⁵². Aussi, l'Autorité peut-elle examiner si des déréférencements ont été mis en œuvre par le passé et, le cas échéant, tenir compte dans son analyse des conséquences qui en ont résulté.
267. L'Autorité peut également examiner la capacité de report des opérateurs vers des MDD. Ainsi qu'ont déjà pu le souligner l'Autorité de la concurrence²⁵³ ou la Commission européenne²⁵⁴, les distributeurs peuvent, pour faire face à une rupture des négociations avec un fournisseur de produits de marque nationale, s'intégrer verticalement, par le biais des produits sous marque de distributeur. Une part significative de MDD sur un marché peut ainsi être un indice d'une pression concurrentielle de ces produits sur les marques de fournisseurs, et une augmentation de cette part dans le temps pourrait éventuellement indiquer un accroissement de la capacité des distributeurs à développer la MDD pour compenser d'éventuelles difficultés de négociation avec leurs fournisseurs.

²⁴⁹ Les critères de détermination des « *produits incontournables* » cités par les opérateurs interrogés sont très diversifiés, ils sont pour certains cumulatifs, pour d'autres alternatifs. Il s'agit, notamment, de la position de *leader* du fabricant de ces produits sur le marché ou sur la catégorie de produits concernés, de la présence des produits dans l'ensemble des canaux de distribution et/ou points de vente, du rapport qualité/prix particulièrement compétitif, de l'absence de substituabilité pour le consommateur ou encore de produits dont le « *taux de réachat* » est important. D'autres définissent ces produits comme des produits pour lesquels « *le report d'achat sera très faible* », voire même comme des produits « *dont l'absence dans les linéaires d'un magasin pourrait amener le consommateur à différer son achat ou à chercher ce produit dans un autre magasin/enseigne* ».

²⁵⁰ Plusieurs fournisseurs ont indiqué que ces produits seraient de plus en plus rares, ce que corrobore une étude récemment publiée par l'autorité allemande de la concurrence, le *Bundeskartellamt*, suivant laquelle il existerait un nombre limité de produits incontournables sur le marché allemand : seulement 6 % des produits considérés dans cette étude (*Bundeskartellamt*, Summary of the Final Report of the Sector Inquiry into the food retail sector, du 24 septembre 2014, p.11).

²⁵¹ Ces interruptions auraient fait suite notamment à des refus d'acceptation de hausses de tarifs.

²⁵² Voir en particulier la récente décision du *Bundeskartellamt*, B2-59/09 Edeka/Rewe du 3 juillet 2014.

²⁵³ Etude thématique « *Concurrence et distribution* » précitée.

²⁵⁴ Décision de la Commission européenne, affaire *Rewe/Meinl* précitée, § 112.

268. Aujourd'hui, si les produits MDD représentent globalement un poids important sur le marché²⁵⁵, leur poids peut être très variable d'une catégorie de produit à une autre²⁵⁶. De plus, leur évolution semble être plutôt à la stabilité ou à la baisse entre 2013 et 2014. Bien qu'il soit délicat d'en tirer des conclusions quant à l'évolution du pouvoir de négociation de la grande distribution, car ces variations sont en partie liées à la baisse des prix des produits sous marques de fournisseurs²⁵⁷, il ne peut donc pas être affirmé avec certitude que les MDD puissent être considérés comme une option de sortie effective pour les distributeurs, en tous cas pour ce qui concerne les catégories de produits visées par les accords objet de l'avis.

Sur le caractère effectif des solutions alternatives

269. La possibilité d'un report vers d'autres débouchés ne doit impacter l'analyse que pour autant que ces débouchés constituent des solutions alternatives effectives, susceptibles d'être mises en œuvre dans un délai raisonnable²⁵⁸. Il convient donc de tenir compte des contraintes techniques, commerciales ou juridiques liées au report vers d'autres débouchés comme la restauration hors foyer, l'export, etc. Dans certains cas, ces contraintes sont telles qu'un report n'est pas envisageable pour le fournisseur²⁵⁹.

La prise en considération de l'impact cumulatif

270. L'Autorité estime qu'il est également utile d'examiner l'impact cumulatif que peuvent avoir des accords de regroupements à l'achat sur les pouvoirs de négociation en tenant compte du caractère ou non exclusif des accords en cause (plus le nombre de « points de négociation » est réduit pour un fournisseur, plus le risque que celui-ci se retrouve en situation de dépendance économique vis-à-vis d'un distributeur ou d'un regroupement de distributeurs est accru).

271. L'Autorité relève que si elles visent toutes, globalement, les principaux fournisseurs de produits de grande consommation, les listes de fournisseurs concernés varient d'un accord à l'autre, de sorte que certains fournisseurs peuvent n'être concernés que par l'un des regroupements, et continuer à négocier de manière séparée avec les membres des autres regroupements. L'impact cumulatif des accords de rapprochement sur la répartition des pouvoirs de négociation doit donc être analysé individuellement pour chaque fournisseur.

²⁵⁵ Selon les indications de la FEEF, les produits sous marque de distributeurs représenteraient environ 25 % du marché.

²⁵⁶ La part que représente les MDD pour les familles de produits des fournisseurs interrogés dans le cadre de l'instruction, varie, selon les catégories de produits, entre 5 et 80 % du marché en volume. A la fois l'hétérogénéité des données et leur ordre de grandeur, constatés dans le cadre de l'analyse des réponses des fournisseurs interrogés, semblent cohérents avec les données présentées dans l'étude précitée de la Commission européenne (« *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector* », septembre 2014, pp. 169-171).

²⁵⁷ Les distributeurs pouvant se faire concurrence sur les produits les plus visibles qui sont les marques de fournisseurs, entraînant une baisse des prix, et donc de la part de marché en valeur de ces produits.

²⁵⁸ Décision n° 04-D-26 du 30 juin 2004 relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le GIP Champagne Ardenne.

²⁵⁹ Par exemple, le niveau de la demande sur un autre segment (comme la restauration hors foyer) ne permet pas nécessairement au fournisseur un report de ces ventes vers ce circuit de distribution.

2. ANALYSE DES PRATIQUES ABUSIVES SUSCEPTIBLES D'AFPECTER LA STRUCTURE DE LA CONCURRENCE

272. Comme le soulignait l'Autorité dans son étude thématique « *Concurrence et distribution* » en 2010, 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. Des pratiques mises en œuvre par un distributeur ou un regroupement de distributeurs ne peuvent être qualifiés au regard de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce que dans les cas où il est établi qu'il s'agit de pratiques abusives susceptibles d'affecter la concurrence²⁶⁰.
273. L'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce contient une liste non exhaustive de pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abusives. Ainsi, selon ce texte, des abus de dépendance économique « *peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme* ».
274. A date, les pratiques abusives dont l'Autorité ou, avant elle, le Conseil de la concurrence ont été saisis consistent essentiellement en des ruptures brutales de relations commerciales (sous la forme de déréférencements) ou la renégociation sans contrepartie de conditions commerciales, notamment à la suite d'opérations de concentrations entre distributeurs. L'accroissement du pouvoir d'achat des distributeurs pourrait donner lieu à de nouvelles formes d'abus susceptibles d'affecter la concurrence, dont certaines ont été dénoncées dans le cadre de l'instruction du présent avis.

a) Les pratiques relatives aux référencement

275. En vertu du principe de libre choix de l'acheteur²⁶¹, la négociation des accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assorties, ou au contraire le refus de référencer ou le déréférencement, ne constituent pas, en eux-mêmes, des pratiques anticoncurrentielles. Dans son avis n° 97-A-04 concernant la concentration de la distribution, le Conseil de la concurrence signalait néanmoins que « *certaines comportements peuvent s'avérer relever de l'abus. Ainsi en est-il, par exemple, du déréférencement opéré en concertation par un groupement d'indépendants et qui, aboutissant effectivement au retrait des produits dans les rayons, est constitutif d'un boycott [...]* »²⁶².
276. Dans les quelques cas dans lesquels des pratiques de déréférencement ou des menaces de déréférencements ont été dénoncées²⁶³, l'Autorité ou le Conseil de la concurrence ont

²⁶⁰ Voir également, en ce sens, décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra, § 68.

²⁶¹ Principe que la Commission de la concurrence consacrait dans son avis du 14 mars 1985 comme « *l'un des ressorts majeurs de la concurrence* ».

²⁶² Avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution.

²⁶³ Voir, notamment, décision n° 94-D-60 du 13 décembre 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives, et décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra.

conclu à un non-lieu, aucun état de dépendance économique n'étant caractérisé (voir *supra*) ; ils n'ont donc pas été amenés à examiner l'incidence de ce type de pratiques sur la concurrence²⁶⁴. Dans le cadre de l'instruction du présent avis, de nombreux cas de déréférencements (voir *supra* § 265) ont été signalés. Ces déréférencements qui ont concerné des produits variés, dont des marques notoires, ont pu avoir une ampleur variable en fonction de la largeur de gamme impactée²⁶⁵, et de leur durée²⁶⁶.

277. Les éléments limités rassemblés par l'instruction sont insuffisants pour évaluer l'impact que ces déréférencements ont pu avoir sur les fournisseurs concernés ou mesurer précisément la probabilité que de tels déréférencements affectent de manière sensible la concurrence. Néanmoins, dans le contexte actuel de rapprochements à l'achat, de telles pratiques, notamment s'il s'avérait qu'elles sont généralisées, pourraient être susceptibles d'avoir un impact négatif sur la concurrence dans la mesure où elles pourraient conduire, à plus ou moins long terme, à une réduction des volumes, à une réduction de l'incitation des fournisseurs à investir, voire même, dans des cas extrêmes à l'éviction de certains d'entre eux.

b) Les pratiques relatives aux exigences d'avantages sans contreparties

278. Les affaires *Cora*²⁶⁷, *Opéra*²⁶⁸ et *Lucie*²⁶⁹ concernaient des pratiques consistant pour des distributeurs à renégocier des avantages financiers supplémentaires suite à la création d'une union de coopératives ou d'une centrale de référencement. Aucune de ces affaires n'a cependant donné lieu à une condamnation par le Conseil ou l'Autorité de la concurrence, du fait, notamment, qu'aucune situation de dépendance économique n'était établie²⁷⁰.

²⁶⁴ Dans l'affaire Opéra, le Conseil de la concurrence a toutefois relevé le caractère limité des déréférencements en cause, lesquels n'avaient « *concerné que quelques fournisseurs, détenteurs de marques de forte notoriété, et pour un nombre limité de références* » et qu'« *il n'[était] nullement démontré qu'ils [avaient] porté atteinte à la capacité d'accès des fournisseurs aux consommateurs* » (Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra, § 82). Dans l'affaire Lucie, le Conseil de la concurrence a constaté que les menaces de déréférencement n'avaient pas été suivies d'effet et qu'aucun des fournisseurs concernés n'avait été déréféréncé (Décision n° 05-D-62 du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par la centrale Lucie, § 96).

²⁶⁵ Suivant qu'il s'agisse d'un déréférencement partiel (qui ne concerne qu'une ou plusieurs référence(s) de l'assortiment du fournisseur) ou total (qui concerne l'ensemble des références d'un fournisseur donné).

²⁶⁶ Ils ont pu concerner des périodes plus ou moins longues, allant parfois à plusieurs mois.

²⁶⁷ Décision n° 93-D-21 du 18 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.

²⁶⁸ Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra (voir en particulier les griefs reprochés à la société Opéra, à la société Casino Guichard-Perrachon, et à la société Cora, § 65).

²⁶⁹ Décision n° 05-D-62 du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par la centrale Lucie.

²⁷⁰ Des pratiques similaires ont été analysées par l'autorité allemande de la concurrence, le *Bundeskartellamt*, dans l'affaire *Edeka/Rewe* (Décision du B2-59/09 *Edeka/Rewe* du 3 juillet 2014) qui concernait la reprise par Edeka d'environ 2300 filiales Discount Plus de son concurrent Tengelmann avec l'objectif de les intégrer dans sa propre chaîne discount Netto. Le *Bundeskartellamt* a considéré que les comportements d'Edeka consistant notamment à exiger un alignement des conditions commerciales sur la meilleure valeur obtenue par l'un de ses enseignes était en violation avec les dispositions du *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* en l'absence de raison objectivement justifiée ou de retour de service.

279. Dans l'affaire *Opéra*, le Conseil de la concurrence avait pris le soin de préciser que « [...] *le fait, pour les distributeurs qui ont créé la centrale Opéra, de faire savoir à l'ensemble des fournisseurs qu'ils entendent, en raison de l'accroissement de la puissance d'achat générée par cette création, renégocier les conditions d'achat consenties, ou conditionner la poursuite des relations commerciales déjà nouées à l'acceptation de conditions supplémentaires, sans contreparties réelles, par rapport à celles qui avaient déjà été convenues et acceptées pourrait [...] apparaître comme prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce, si elle émanait d'une entreprise [...] tenant dans sa dépendance les fournisseurs considérés et était susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence sur un marché* »²⁷¹. Le Conseil avait néanmoins considéré que « *l'obtention de compensations financières sans contreparties réelles ne revêt[ait] pas, en l'espèce, un caractère de généralité suffisant pour pouvoir être considéré comme ayant eu pour objet ou pour effet de limiter, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché* »²⁷².
280. Les récents rapprochements à l'achat entre distributeurs ont eux aussi donné lieu à des demandes de renégociations des conditions commerciales dont plusieurs fournisseurs estiment qu'elles sont disproportionnées. Une majorité des fournisseurs interrogés indiquent que ces demandes de déflation du prix triple net n'ont été accompagnées d'aucune proposition de contrepartie additionnelle de la part des distributeurs.
281. Certaines des parties aux accords en cause ont indiqué leur intention de proposer des contreparties additionnelles, elles n'ont cependant, à ce stade, pas apporté d'éléments à l'appui de leurs déclarations (voir *supra* § 229). Seuls quelques fournisseurs indiquent avoir pu obtenir des distributeurs des améliorations lors des négociations pour 2015 concernant notamment l'assortiment, ces améliorations ne seraient cependant pas directement liées aux rapprochements à l'achat²⁷³.
282. Par ailleurs, l'ANIA et le médiateur des relations agricoles ont souligné la généralisation de pratiques dites de « *garantie de marge* » consistant, pour un distributeur, à demander à ses fournisseurs de compenser, sans contreparties et au cours de l'exécution du contrat, la perte de marge résultant pour ce distributeur de la baisse de son prix de vente consommateur sur le produit concerné, en réponse à l'offre plus compétitive d'un concurrent. Plusieurs des fournisseurs interrogés ont également signalé de telles pratiques de demandes de compensation de marges, mises en œuvre sous des formes variées.
283. De telles pratiques, qui sont examinées également avec attention par la DGCCRF au titre des dispositions du Titre IV relatives aux pratiques restrictives de concurrence²⁷⁴, pourraient limiter l'incitation des distributeurs à se faire concurrence, et pourraient, en

²⁷¹ Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra, § 68.

²⁷² Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra, § 78.

²⁷³ Ces fournisseurs précisent néanmoins que l'obtention de ces contreparties ne serait pas liée aux rapprochements et l'un d'entre eux souligne la difficulté pour obtenir ces contreparties, liée aux modalités de négociations.

²⁷⁴ L'article L.442-6 du code de commerce vise notamment à sanctionner l'obtention d'avantages disproportionnés ou sans contreparties ainsi que les déséquilibres significatifs entre les droits et obligations des parties, et permet d'appréhender ce type de pratiques.

particulier s'il s'agit de pratiques généralisées, fragiliser les fournisseurs, et les contraindre à réduire leurs investissements.

284. Si, à ce stade des négociations²⁷⁵, il apparaît prématuré de conclure à l'existence de pratiques abusives d'exigence d'avantages sans contrepartie, telles que des demandes de garantie de marge, l'Autorité note néanmoins que les nouveaux modes de négociations mis en œuvre dans le cadre des rapprochements actuels à l'achat peuvent impacter de manière significative l'équilibre des négociations et avoir pour corollaire un appauvrissement des contreparties rendues par les distributeurs, lesquels emporteraient donc un risque accru que soient mises en œuvre des pratiques consistant dans l'exigence d'avantages sans contreparties.
285. Dans son avis relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes²⁷⁶ le Conseil de la concurrence relevait que « *la fragilisation du secteur amont via le pouvoir de marché proche de l'oligopsonne de l'aval est susceptible, à moyen terme, d'entraîner une réduction de l'offre ou de la 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* ». De la même manière, des pratiques abusives telles que celles mentionnées précédemment, si elles étaient avérées, pourraient avoir un impact sur la concurrence à plus ou moins long terme et notamment réduire l'offre ou l'incitation des fournisseurs à investir et innover.

IV. Les adaptations envisageables du cadre juridique

286. Comme il a été rappelé précédemment, les accords ou pratiques en lien avec les négociations commerciales conduites avec les fournisseurs sont susceptibles d'être appréhendés, d'une part au regard de l'interdiction des ententes des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE, d'autre part au regard de l'interdiction des abus de dépendance économique de l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce. Les constats opérés tout au long de cet avis invitent à s'interroger sur l'opportunité d'ajuster en partie le cadre de mise en œuvre de ces règles afin d'accroître leur effectivité. A cet égard, deux écueils se sont fait jour : l'absence de contrôlabilité des accords en cause au titre du droit français des concentrations limite la capacité d'intervention de l'Autorité en amont du processus de rapprochement (A) ; et le fait que les condamnations pour abus de dépendance économique sont rares dans la mesure où le standard permettant de caractériser un état de dépendance économique est relativement élevé (B).

²⁷⁵ L'instruction a porté sur la période novembre 2014-février 2015 qui correspond à la période règlementaire de négociation des contrats annuels, les négociations n'étaient donc pas finalisées.

²⁷⁶ Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes.

A. UNE OBLIGATION DE NOTIFICATION PREALABLE A L'AUTORITÉ DES REGROUPEMENTS A L'ACHAT LES PLUS IMPORTANTS

287. Dans le cadre de l'analyse des accords en cause sous l'angle des règles relatives aux ententes, les effets restrictifs de concurrence qui sont susceptibles de résulter de la coopération à l'achat entre concurrents ont été décrits, notamment les risques de facilitation de la coordination entre distributeurs, par le biais d'échanges d'informations et/ou d'uniformisation de leurs structures de coûts, ainsi que les risques concurrentiels pouvant peser sur les fournisseurs du fait du renforcement de la puissance d'achat des distributeurs.
288. Si les effets de ces accords sont en partie tributaires du comportement adopté par les parties à ces derniers durant leur mise en œuvre, ils dépendent également de paramètres tels que le pouvoir de marché des parties, le nombre et l'intensité des liens (par exemple d'autres accords de rapprochement à l'achat) entre les concurrents sur le marché et plus largement des conditions de concurrence, à l'amont comme à l'aval, ainsi que des options retenues par les opérateurs tant en termes de champ (périmètre de négociation ou nombre de fournisseurs concernés notamment), qu'en termes de modalités de mise en œuvre (les effets des accords dépendent notamment des mécanismes mis en place en vue de neutraliser le risque d'échanges d'informations sensibles et non nécessaires à la coopération).
289. Le présent avis donne un certain nombre de clés aux opérateurs pour procéder à une auto-évaluation de leurs projets d'accords ou des accords en cours, en mettant en relief les facteurs juridiques et économiques pertinents pour l'identification des éventuels effets restrictifs pouvant découler desdits accords.
290. Indépendamment de cet exercice d'auto-évaluation, l'Autorité doit être en mesure d'intervenir en temps utile sur la conclusion et la mise en œuvre de ces accords. Or ces derniers n'entrant pas dans le champ du contrôle des concentrations (voir §§ 67 et s.), l'Autorité n'est généralement informée de leur existence qu'une fois ceux-ci rendus publics. Au regard du laps de temps souvent très court séparant le projet de conclusion d'un accord de son application, et alors qu'il ne peut être exclu que des effets restrictifs de concurrence en découlent à court ou moyen terme, aucun dispositif ne permet à l'Autorité de prendre connaissance de ces accords avant qu'ils ne soient appliqués. L'Autorité est par conséquent favorable à l'instauration d'un mécanisme d'information préalable, visant à rendre obligatoire, pour les opérateurs concernés, la communication de leurs accords suffisamment en amont de leur mise en œuvre, et ce, seulement pour les accords les plus importants, de manière à lui permettre d'assurer son rôle de veille de manière efficace compte tenu des spécificités du secteur.
291. Les seuils de notification des accords seraient définis sur la base du poids économique individuel des parties à l'accord, à travers leur chiffre d'affaires mondial, ainsi que sur la base du poids économique de l'accord, à travers le chiffre d'affaires réalisé à l'achat dans le cadre de l'accord. L'obligation qui pèserait sur les opérateurs économiques serait ainsi transparente et lisible (à la différence, par exemple, d'un seuil exprimé en parts de marché, dont le dépassement est plus difficile à évaluer pour les entreprises concernées). Elle serait également ciblée, réduisant ainsi les charges administratives supplémentaires induites pour les opérateurs et l'Autorité, en limitant cette obligation de notification aux accords les plus susceptibles d'avoir une incidence sur la structure concurrentielle.

292. Cette proposition, retenue dans le cadre du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, consisterait à introduire dans le code de commerce un article L. 462-10 rédigé comme suit²⁷⁷ :

« Doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins deux mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs.

Le premier alinéa s'applique lorsque le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à l'accord et le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de l'accord par l'ensemble des parties à l'accord excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État ».

B. L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS DE QUALIFICATION DE LA SITUATION DE DÉPENDANCE ECONOMIQUE

293. A la demande du gouvernement, l'Autorité lui a transmis en janvier dernier une note d'étape, qui contenait une proposition d'amendement visant à assouplir les conditions d'application de l'interdiction des abus de dépendance économique. Cet amendement, un temps enregistré, a été retiré avant la discussion en première lecture à l'Assemblée nationale du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques²⁷⁸.

294. En premier lieu, l'amendement consistait à introduire une appréciation plus circonstanciée et plus souple des critères de qualification d'une situation de dépendance économique, en accordant dans l'analyse une place centrale à l'appréciation de la capacité de l'opérateur en situation de dépendance alléguée, de mettre en œuvre une solution de remplacement dans un délai raisonnable.

295. L'article L. 420-2 du code de commerce serait ainsi complété par un troisième alinéa rédigé de la manière suivante :

« Une situation de dépendance économique est caractérisée, au sens de l'alinéa précédent, dès lors que :

- d'une part, la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité ;*
- d'autre part, le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mises en œuvre dans un délai raisonnable ».*

²⁷⁷ Article 10 quater du projet de loi la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

²⁷⁸ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2498/AN/1337.pdf>

296. En second lieu, la proposition d'amendement visait à élargir explicitement l'horizon de prise en compte des effets au moyen terme. En effet, s'il apparaît peu probable que les pratiques mentionnées dans le cadre du présent avis engendrent des effets restrictifs visibles à court terme, elles pourraient être susceptibles d'avoir un impact négatif à moyen terme, en entraînant notamment une réduction de l'incitation à investir ou innover, ou une réduction de l'offre.
297. L'Autorité a donc proposé que l'article L. 420-2 alinéa 2 soit rédigé comme suit :
- « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, à court ou à moyen terme, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur [...] »* (soulignement ajouté).
298. La question de l'adaptation des conditions de mise en œuvre de l'interdiction des abus de dépendance économique se pose, dans le cadre du présent avis, au regard des enjeux soulevés par les évolutions récentes du secteur de la grande distribution, notamment à travers les rapprochements à l'achat de plusieurs distributeurs, et les effets induits sur leurs relations commerciales avec les fournisseurs. Par conséquent, l'opportunité d'une telle adaptation doit également s'apprécier au regard des outils déjà existants pour appréhender, dans ce secteur, les pratiques attestant d'un certain déséquilibre dans la relation entre le fournisseur et le distributeur. Ceci nécessite d'examiner tout particulièrement le renforcement de l'intervention de l'Autorité en matière de dépendance économique à l'aune de l'action parallèle du ministre au titre des dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives, et notamment l'article L. 442-6 du code de commerce.
299. En premier lieu, les victimes, qui peuvent être découragées de déposer une plainte par peur de représailles, sauf à ce que les relations commerciales aient déjà été rompues, bénéficient de la même « faculté de substitution », exercée soit par le ministre qui peut, de sa propre initiative, introduire une action (article L. 442-6-III du code de commerce), soit par l'Autorité qui peut s'auto-saisir des faits relevant de l'article L. 420-2 du code de commerce (article L. 462-5-III du même code).
300. En second lieu, la nécessité de documenter les pratiques éventuelles, en particulier en l'absence de victime potentielle déterminée à prêter spontanément son concours à l'établissement des faits, suppose de mobiliser des pouvoirs d'enquêtes qui sont rigoureusement les mêmes pour le ministère et l'Autorité (et sont énoncés aux articles L. 450-3 et L. 450-4 du code de commerce).
301. En troisième lieu, si le plafond de l'amende susceptible d'être prononcée est certes plus élevé devant l'Autorité qu'il ne l'est devant le juge commercial dans le cadre d'une action introduite sur le fondement de l'article L. 442-6-III du code de commerce, cet écart tend à se réduire une fois qu'il est tenu compte de la répétition de l'indu, des conséquences de l'action sur le contrat, et du fait que le plafond de l'amende civile, déjà fixé à deux millions d'euros, pourrait être rehaussé par un amendement au projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, adopté à l'Assemblée nationale en première lecture, à 5 % du chiffre d'affaires annuel réalisé en France par l'auteur de l'infraction.
302. En quatrième lieu, le standard de preuve diffère dans le sens d'une mise en œuvre moins contraignante au titre de l'article L. 442-6 du code de commerce, puisque les comportements visés par cette disposition relèvent d'interdictions *per se*, c'est-à-dire qu'elles ne requièrent pas (contrairement aux dispositions relevant de la compétence de

l'Autorité de la concurrence) la démonstration d'une atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché.

303. Enfin, la plupart des pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abus de dépendance économique sont également susceptibles d'entrer dans le champ des interdictions de l'article L. 442-6 du code de commerce (c'est le cas en particulier des pratiques de déréférencement ou d'octroi d'avantages sans contrepartie). Si les conditions de mise en œuvre de l'interdiction de l'abus de dépendance économique devaient être assouplies, le développement de saisines parallèles sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce, d'une part, et L. 442-6 du même code, d'autre part, n'est pas à exclure.
304. Ceci étant constaté, il ne revient pas à l'Autorité de se prononcer ni sur l'articulation optimale entre les interdictions de l'article L. 420-2 du code de commerce et celles de l'article L. 442-6 du même code, ni sur l'équilibre à rechercher dans l'application de ces dernières aux fins de faire respecter l'ordre public économique. Ce choix revient d'abord et avant tout aux décideurs politiques, dans le respect de ce qui fonde l'autonomie du droit de la concurrence, à savoir la condition préalable d'atteinte au marché.

V. Conclusion

305. Les développements présentés ci-dessus ne peuvent pas être considérés comme décrivant de façon exhaustive l'ampleur des effets analysés. Ils ne peuvent que donner une indication de la façon dont les accords en cause pourraient affecter la concurrence, et ne peuvent donc se substituer à une analyse au cas par cas, qui serait celle de l'Autorité dans le cadre d'un contentieux.
306. Pour autant, l'Autorité identifie certains risques concurrentiels qui peuvent résulter des accords de coopération à l'achat entre distributeurs, notamment, des risques de coordination entre les distributeurs ou de limitation de l'offre sur les marchés situés en amont (voir *supra* §§ 136 à 223). Elle constate que s'ils peuvent générer des gains non négligeables en termes de réduction des coûts d'achat, la probabilité qu'ils génèrent globalement des gains d'efficacité susceptibles de compenser les risques identifiés reste incertaine (voir *supra* §§ 224 à 234).
307. En pratique, la portée de cette analyse des effets est toutefois limitée dans la mesure où le caractère très récent et la variété de ces accords ne permet pas, à ce stade, de se prononcer sur le niveau précis des risques concurrentiels identifiés, sur l'effet cumulatif des accords, ou sur les gains d'ordre qualitatif qui pourraient en résulter.
308. De plus, l'analyse opérée par l'Autorité montre que des disparités importantes existent, tant en ce qui concerne les distributeurs, qu'en ce qui concerne les fournisseurs, suivant les catégories de produits considérées, si bien que les effets pourraient être sensiblement différents suivant le cas d'espèce. Cela implique une analyse au cas par cas qui tienne compte du degré de concurrence qui s'exerce non seulement à l'aval entre les partenaires, et plus globalement sur le marché, mais aussi à l'amont pour chaque catégorie de produits.
309. Le présent avis intervient au moment où le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques prévoit un ensemble de dispositions visant à renforcer la concurrence dans la grande distribution. Ce projet de loi vise tout d'abord à donner à l'Autorité la possibilité de traiter les situations où le niveau de concurrence existant au niveau de certaines zones de chalandises déterminées serait insuffisant, et ce, par

l'intermédiaire d'un pouvoir d'injonction structurelle. Il prévoit aussi de permettre à l'Autorité de donner son avis sur les documents d'urbanisme commercial, afin de vérifier notamment qu'ils n'ajoutent pas de conditions qui restreindraient de manière excessive l'implantation des différentes formes de commerce. Il prévoit enfin, suivant les préconisations formulées par l'Autorité dans son avis n° 10-A-25, de renforcer l'animation de la concurrence dans les zones de chalandises en favorisant la mobilité inter-enseignes.

310. Le présent avis concerne quant à lui des rapprochements à l'achat et donc la relation des distributeurs avec leurs fournisseurs à l'amont. Si l'Autorité souhaite limiter son intervention dans les négociations commerciales entre les partenaires commerciaux, elle estime que la situation actuelle du secteur de la grande distribution justifie le maintien de sa vigilance concernant d'éventuels risques de coordination sur le marché aval entre les distributeurs, ou de mise en œuvre de pratiques pouvant affecter la concurrence sur le marché amont de l'approvisionnement, et *in fine*, la diversité de l'offre proposée au consommateur.
311. L'Autorité a donc proposé l'introduction d'une obligation légale d'information de la part des distributeurs pour tout nouvel accord de rapprochement afin de lui permettre d'assurer son rôle de veille de manière efficace. Cette proposition a été retenue dans le projet de loi précité qui prévoit l'obligation pour les opérateurs d'informer l'Autorité de tout accord de rapprochement à l'achat préalablement à son entrée en vigueur.
312. L'Autorité précise également à l'égard des opérateurs concernés qu'il apparaît souhaitable, lorsqu'ils mettent en place un tel accord, qu'ils s'assurent de l'utilisation de critères objectifs et non discriminatoires aux fins de la sélection des fournisseurs concernés, en tenant compte de l'impact que peuvent avoir leurs rapprochements sur les modes de négociation, et potentiellement sur la situation concurrentielle de l'ensemble des fournisseurs sur les marchés concernés.
313. Enfin, dans un contexte d'accroissement de la puissance d'achat des distributeurs qui pourrait servir d'assise à des pratiques abusives, susceptibles d'avoir un impact sur la concurrence à plus ou moins long terme, et notamment de réduire l'offre ou l'incitation des fournisseurs à investir et innover, l'Autorité évoque des pistes d'adaptation du dispositif permettant d'appréhender les abus de dépendance économique dans le cadre des relations entre distributeurs et fournisseurs en vue d'assouplir le standard strict actuellement applicable. L'Autorité souligne cependant que la question de l'opportunité d'une telle adaptation s'inscrit dans un contexte plus large qui suppose de considérer l'ensemble des autres outils à la disposition de la puissance publique pour traiter des dérives inhérentes au déséquilibre de la relation entre fournisseur et distributeur.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Estelle Peres Bonnet et M. Erwann Kerguelen, rapporteurs, et l'intervention de M. Joël Tozzi, rapporteur général adjoint, par M. Bruno Lasserre, président, Mesdames Elisabeth Flury-Hérard et Claire Favre ainsi que Messieurs Emmanuel Combe et Thierry Dahan, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Caroline Chéron

Le président,
Bruno Lasserre