

# Autorité de la concurrence



## Réponse à la consultation publique européenne relative au fonctionnement du secteur du commerce et de la distribution

### SYNTHESE INTRODUCTIVE

Le 5 juillet 2010, la Commission européenne a ouvert une consultation publique faisant suite à la publication de son rapport "Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020" et du document de travail qui l'accompagne.

L'un des principaux objectifs de cette consultation est de recenser les freins à une offre commerciale variée et compétitive et au développement du commerce en ligne.

Ces préoccupations sont partagées par l'Autorité de la concurrence. Le secteur du commerce et de la distribution constitue un maillon essentiel pour le bien-être du consommateur compte tenu du poids des dépenses de consommation courante dans le budget des ménages.

La dynamique concurrentielle de ce secteur reste aujourd'hui insuffisante. La concentration du marché est notable, que ce soit à l'échelle nationale, puisque les quatre premiers groupes détiennent 65,5 % de parts de marché<sup>1</sup>, ou au niveau local. Les barrières à l'entrée, de nature réglementaire ou non réglementaire, restent également importantes du fait, notamment, de contraintes administratives liées à l'implantation de nouvelles surfaces, de la relative rareté du foncier commercial, du recours aux obligations de non-concurrence, de la place occupée par les centrales d'achat et des freins à la mobilité entre enseignes des magasins indépendants.

En outre, le niveau de productivité du secteur se situe au bas de l'échelle au niveau de l'Union européenne, comme l'a constaté la Commission européenne à la page 8 de son document de travail.

La réponse de l'Autorité de la concurrence à la consultation publique de la Commission résume les constats qu'elle a effectués dans ses avis et décisions dans les secteurs de la distribution et du commerce, son diagnostic des obstacles à la concurrence et ses préconisations.

Avant sa transformation en Autorité de la concurrence en 2009, le Conseil de la concurrence a consacré beaucoup de ressources à ces secteurs. Comme l'a récemment rappelé son président<sup>2</sup>, ils figurent également au premier rang des priorités de la politique de concurrence

---

<sup>1</sup> Source : TNS World panel, décembre 2009

<sup>2</sup> Autorité de la concurrence, Rapport annuel, 2009, La documentation française, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=377](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=377); voir également l'audition de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, par la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale le 23 juin 2010 (compte-rendu disponible sur : [http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-eco/09-10/c0910078.asp#P2\\_47](http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-eco/09-10/c0910078.asp#P2_47) )

de l'Autorité. Elle est déterminée à mobiliser à cet effet l'ensemble des instruments que lui ont confiés le législateur et le pouvoir exécutif dans le cadre de la réforme du système français de régulation de la concurrence<sup>3</sup>.

Cette volonté se traduit par une activité générale de veille, de prévention et de conseil aux pouvoirs publics, mais également par la sanction d'ententes horizontales et verticales, de pratiques abusives, notamment d'exploitation des autres acteurs de la chaîne, qui sont de nature à verrouiller le secteur, au détriment des consommateurs. Cette surveillance s'étend à l'ensemble des zones de chalandise nécessitant une vigilance particulière, et pas seulement à la région parisienne. L'appui qui pourrait lui être apporté dans l'exercice de cette mission par l'Observatoire national de l'équipement commercial, dont la création est prévue par une proposition de loi en cours d'examen par le Parlement<sup>4</sup> serait précieux.

Au cours de la période récente, l'Autorité a pleinement utilisé ses fonctions de recommandation aux pouvoirs publics et d'étude sectorielle (1.). Son expérience en la matière rejoint les conclusions de la Commission européenne relatives à l'urbanisme commercial et à l'interdiction de la revente à perte<sup>5</sup>, et les complète sur la question du commerce en ligne<sup>6</sup>. Les avis à venir sur les relations contractuelles entre groupes de distribution et magasins affiliés devrait contribuer à affiner les constats sur la concurrence au niveau local<sup>7</sup> et sur la gestion du foncier commercial<sup>8</sup>.

L'Autorité a, en outre, mené - et continuera à mener - une action vigoureuse de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, en particulier s'agissant de prix de détail imposés (2.), auxquels la Commission européenne s'intéresse dans son document de travail (voir pages 32-33).

Enfin, l'Autorité, compétente en matière de contrôle de concentrations depuis le 2 mars 2009, a tiré des enseignements de ses décisions, dont 40% concernent le commerce de détail, sur les stratégies de croissance, tout en veillant à ce que les rapprochements ne portent pas atteinte au bien-être du consommateur en nuisant de façon significative à la structure concurrentielle au niveau local, notamment par le renforcement de positions dominantes à cette échelle (3.).

---

<sup>3</sup> Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services (article 41), loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (article 139), loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence

<sup>4</sup> Assemblée nationale, proposition de loi de MM. Patrick OLLIER et Michel PIRON et plusieurs de leurs collègues relative à l'urbanisme commercial, n° 2490, déposée le 3 mai 2010, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 15 juin 2010 et déposée au Sénat le 16 juin 2010. [http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/urbanisme\\_commercial.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/urbanisme_commercial.asp)

<sup>5</sup> Note de bas de page 102 du document de travail

<sup>6</sup> Pages 23 et 28-29 du document de travail

<sup>7</sup> Page 31 du document de travail

<sup>8</sup> Point 9, troisième paragraphe de la communication, pages 58 à 63 et 61 du document de travail

## **1. Un secteur méritant de faire l'objet d'une veille concurrentielle prioritaire**

Les autorités nationales de concurrence (ANC) de l'Union européenne ont largement développé, depuis la mise en place du réseau européen de la concurrence (REC), en 2004, leurs activités de surveillance des marchés et de pédagogie de la concurrence. La distribution est un secteur justifiant un investissement particulier à cet égard, d'autant que les marchés pertinents sont de dimension géographique nationale et locale, ce qui peut nécessiter un important travail de recueil et de compilation de données en fonction des spécificités du cadre juridique national et des pratiques commerciales locales.

L'Autorité de la concurrence a publié deux avis préconisant des amendements substantiels à la législation en vigueur afin de réduire les barrières réglementaires injustifiées (1.1.).

D'autre part, l'Autorité de la concurrence étudie les pratiques commerciales des opérateurs économiques, afin de déterminer si certaines d'entre elles sont susceptibles de constituer des barrières non réglementaires. Elle a récemment procédé à des actions de surveillance de grande ampleur, centrées sur des thématiques ciblées ou sur des secteurs géographiques dans lesquels des indices de dysfonctionnements de marché avaient été relevés (1.2.).

L'Autorité s'est également intéressée aux conséquences de l'essor rapide, dans la période récente, du commerce en ligne (1.3.).

### **1.1. Le traitement des barrières réglementaires**

Le Conseil de la concurrence, auquel l'Autorité de la concurrence a succédé, a adopté deux avis portant sur les principales barrières réglementaires affectant le jeu concurrentiel sur le marché français. Le premier porte sur la régulation des comportements des opérateurs en matière de fixation des prix, contrainte par l'interdiction de la revente à perte (1.1.1.). La seconde barrière, de nature structurelle, encadre l'implantation de nouveaux établissements, notamment étrangers, sur le territoire français. Le Conseil de la concurrence a ainsi évalué en 2007 la législation relative à l'urbanisme commercial et son application et suggéré des pistes de réforme (1.1.2.).

#### *1.1.1. Le mécanisme de calcul du seuil de la revente à perte*

Dans son avis du 18 octobre 2004<sup>9</sup>, le Conseil de la concurrence a analysé *ex post* les conséquences économiques de l'interdiction de la revente à perte.

Ce mécanisme a été introduit en droit français par la loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963, mais n'a été mis en œuvre que depuis la loi n°96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur l'équilibre et la loyauté des relations commerciales, connue sous le nom de « loi Galland », qui a précisé les règles de facturation ainsi que la définition de la notion de prix d'achat effectif et de seuil de revente à perte.

---

<sup>9</sup> 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, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/04a18.pdf>

Le Conseil a constaté que la loi Galland avait eu des effets inflationnistes, perceptibles tant au niveau macro-économique que dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles qu'il a été conduit à sanctionner.

La loi Galland a eu pour effet, en pratique, de déplacer le centre des négociations commerciales du prix unitaire facturé vers les marges arrière concédées par les fournisseurs aux distributeurs, lesquelles se décomposent en réductions de prix hors facture (ristournes conditionnées à la réalisation d'un objectif de vente) et en accords de coopération commerciale<sup>10</sup>.

La loi Galland interdisant la répercussion aux consommateurs des avantages en matière de prix obtenus auprès des fournisseurs lorsqu'ils ne sont pas acquis au moment de la vente, les opérateurs ont conjointement accru les prix de vente sur facture payés par les distributeurs aux fournisseurs – lesquels définissent le seuil de revente à perte et le prix de vente final payé par le consommateur – et, en contrepartie, accru le montant des marges arrière. La loi Galland a donc conduit à une hausse significative des prix de vente aux consommateurs sans que la loyauté des relations commerciales n'en ait pour autant été améliorée.

Par ailleurs, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a montré que certains opérateurs économiques pouvaient détourner la loi Galland pour conforter des pratiques anticoncurrentielles.

En effet, les fournisseurs peuvent utiliser ce mécanisme pour imposer le prix de revente de leur produit ou, au moins, un prix de revente minimal et maintenir un équilibre collusif. Les distributeurs, n'ayant pas le droit de revendre ce produit à perte, le prix figurant sur la facture constitue un prix minimum imposé à tous les distributeurs. En rétribuant suffisamment les distributeurs par le biais des marges arrière et en accroissant d'autant leurs prix de vente aux distributeurs, les fournisseurs s'assurent que ceux-ci ne seront plus en mesure de se concurrencer en prix. Le Conseil de la concurrence a sanctionné deux ententes verticales et

---

<sup>10</sup> Les services de coopération commerciale ont été ainsi définis dans une circulaire du ministère de l'économie en date du 16 mai 2003, citée dans la décision n°07-D-50 (points 47 à 51): « *services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et ventes* » (Cass. com., 27 février 1990). « *Compte tenu de la définition même de la coopération commerciale, il convient de considérer que les services rendus par le distributeur liés à l'opération d'achat des produits auprès du fournisseur relèvent des conditions de vente du fournisseur, par suite, de tels services ne relèvent pas de la coopération commerciale mais doivent donner lieu à des réductions de prix* ». « *Ces services recouvrent des actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur, telles la mise en avant des produits ou la publicité sur les lieux de vente. L'attribution de têtes de gondoles ou d'emplacements privilégiés en relève également (TGI Périgueux, 16 février 2000), ainsi que la promotion publicitaire (Cass. Crim., 15 octobre 1996)* ». La circulaire rappelle également que, conformément aux exigences de la loi, « *le contrat de coopération commerciale doit permettre d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus, ainsi que les dates de réalisation de ces services, afin que la correspondance entre ce contrat et la facture du distributeur puisse être établie (CA Paris, 29 juin 1998 ; TGI Lille, 14 décembre 2001)* ». La circulaire précise aussi que « *toute demande de rémunération au titre de la coopération commerciale doit correspondre à un service effectivement rendu afin de ne pas placer le fournisseur en situation d'accorder à un client des avantages discriminatoires, c'est-à-dire dépourvus de contrepartie réelle ou portant sur un service fictif. Ainsi en serait-il de services facturés par l'acheteur au titre de la coopération commerciale alors qu'ils font déjà l'objet d'une rémunération par voie de réduction de prix aux termes des conditions de vente du fournisseur, ainsi en serait-il également de services de coopération commerciale dont l'objet relève de la fonction même du vendeur* ». De même, « *les avantages sollicités ne doivent pas être manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu. Le caractère disproportionné pourra notamment s'apprécier au regard des éléments suivants : variation de la rémunération en dehors de toute rationalité économique, diminution sensible et injustifiée de la consistance de la prestation prévue au contrat, participation financière excessive à une opération commerciale dont l'intérêt n'est pas avéré...* ».

horizontales de ce type, la première dans sa décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003, qui concernait le secteur des calculatrices scolaires, la seconde dans sa décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007, qui portait sur le secteur des jouets. Ces décisions ont été confirmées par la Cour d'appel de Paris.

Depuis l'adoption de l'avis n°04-A-18, la définition du seuil de revente à perte a été amendée à deux reprises dans l'objectif de rendre moins difficile la répercussion en faveur du consommateur des avantages tarifaires obtenus par le distributeur auprès du fournisseur. A la suite des lois n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, et n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, le seuil de revente à perte correspond désormais au prix d'achat figurant sur la facture dont est soustrait « l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit », c'est-à-dire les réductions de prix acquises à la date de la vente (remises et ristournes inconditionnelles, ristournes conditionnelles dont la condition est satisfaite) et liées à cette vente (prix unitaire net), ainsi que les "autres avantages financiers", soit la rémunération des services favorisant la commercialisation des produits ou services (ancienne "coopération commerciale") ainsi que la rémunération des services distincts auxquels il faut ajouter les avantages en nature tels que la remise de produits gratuits. A cette fin, l'avantage financier doit, pour les besoins de son imputation, être exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, ce qui ne permet que partiellement la prise en compte de services dont la rémunération est forfaitaire ou qui n'ont pas de rapport direct avec des produits précisément identifiés.

La loi n°2008-776 de modernisation de l'économie a par ailleurs assoupli les conditions de négociation commerciale entre le distributeur et chacun de ses fournisseurs. Elle a levé l'interdiction de discrimination tarifaire qui figurait au 1° du I de l'article L. 442-6 du Code de commerce et imposait aux distributeurs d'appliquer les mêmes conditions générales de vente à tous les fournisseurs, et assoupli les conditions auxquelles un distributeur peut bénéficier de conditions particulières d'achat auprès d'un fournisseur.

Les contraintes réglementaires pesant sur la politique de fixation des prix ont ainsi été partiellement levées.

### *1.1.2. La législation sur l'urbanisme commercial*

Dans son avis de 2007<sup>11</sup>, le Conseil de la concurrence a mis en lumière l'impact défavorable sur la concurrence du système d'autorisation préalable des ouvertures et extensions de surfaces commerciales en vigueur à cette date.

Ce cadre législatif est issu de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (dite « loi Royer »), amendée par les lois n° 93-122 du 29 janvier 1993 (dite « loi Sapin »), et n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (dite « loi SRU »), qui ont élargi le champ d'application de la loi aux hôtels et équipements cinématographiques, institué une commission consultative au niveau national et introduit des critères en matière économique, environnementale, d'urbanisme et de politique de transport. La loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat (dite « loi Raffarin »), avait également amendé la loi

---

<sup>11</sup> Avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation relative à l'équipement commercial, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07a12.pdf>

Royer, en abaissant le seuil d'autorisation, fixé initialement à 1000 mètres carrés, à 300 mètres carrés.

Le Conseil de la concurrence a rappelé dans son avis que la limitation de l'installation de nouvelles grandes surfaces rend plus difficile l'arrivée de nouveaux entrants susceptibles d'introduire plus de concurrence entre enseignes de distribution, notamment étrangers, et protège ainsi les distributeurs en place, en particulier les plus grands hypermarchés, alors que la pression à la baisse sur les prix est essentiellement le fait de ces grandes surfaces. Le développement du « maxi discompte », en général de surface moindre, a également été en partie freiné par cette barrière réglementaire: il ne représentait en 2007 que 13 % des parts de marché de la distribution alimentaire, contre 9 % en 2000, ce qui peut être comparé aux 30 % de parts de marché qu'il détient sur le marché allemand. Le système d'autorisation préalable accentue par ailleurs la rareté du linéaire et renforce donc le déséquilibre des relations commerciales entre les grands distributeurs et certains de leur fournisseurs.

Le Conseil de la concurrence a constaté que la mise en œuvre de la loi, et notamment l'interprétation des critères économiques par les commissions d'équipement commercial, composées majoritairement d'élus de proximité, avaient eu un effet négatif sur l'emploi et avaient conduit à des résultats peu conformes aux objectifs attendus, puisque l'offre du petit commerce de proximité s'est considérablement réduite et que la puissance d'achat des distributeurs installés a été renforcée. Compte tenu notamment de la nécessité de multiplier les demandes d'autorisation, dont le coût n'est pas négligeable (de 10 à 15 € par m<sup>2</sup> pour les grandes surfaces de plus de 1 000 m<sup>2</sup>, et de 30 à 50 par m<sup>2</sup> pour les établissements de moins de 1 000 m<sup>2</sup>), des délais de traitement des demandes et de l'incertitude quant à la décision finale, en particulier pendant la période 1997-2001, au cours de laquelle le taux d'acceptation n'était que de 50%, les distributeurs déjà en place ont en effet bénéficié d'un avantage concurrentiel.

L'avis a donc recommandé, d'une part, de supprimer le dispositif existant de consultation des commissions d'équipement commercial ainsi que leur pouvoir d'avis conforme et, d'autre part, de réduire l'examen des projets d'installation et d'extension de surfaces commerciales à la seule instruction du permis de construire au regard du droit commun de l'urbanisme et de documents d'urbanisme de portée générale, et non sur le fondement de critères économiques. En revanche, le Conseil de la concurrence a souligné que les documents d'urbanisme (plan local d'urbanisme, schéma de cohérence territoriale) pourraient légitimement intégrer des orientations en matière d'aménagement du territoire, d'urbanisme et de transport.

A tout le moins, il a été préconisé de rehausser les seuils d'autorisation, en rétablissant, a minima, le niveau antérieur à celui de 1996, de supprimer les critères de nature économique, de revoir la composition des commissions d'équipement commercial, et d'abaisser le seuil d'examen préalable des concentrations dans le commerce de détail afin de mieux prévenir la constitution ou le renforcement de positions dominantes locales et de contrôler l'incidence de changements d'enseigne.

Ces recommandations ont été confortées par les propositions de la commission pour la libération de la croissance présidée par M. Jacques Attali, qui a remis son rapport au Président de la République en janvier 2008.

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a répondu aux préconisations de l'Autorité fondées sur la seconde option.

La commission en charge des affaires économiques de l'Assemblée Nationale a, depuis lors engagé, à l'initiative de M. Jean-Paul Charié, une réflexion en vue d'une intégration du droit de l'urbanisme commercial dans le droit commun et d'une suppression du pouvoir d'avis conforme des commissions d'équipement commercial, afin d'approfondir cette réforme. Ce retour dans le droit commun serait en effet de nature à renforcer, en le réunifiant, le pouvoir d'aménagement territorial des élus, tout en stimulant la compétitivité du secteur de la distribution. Une proposition de loi de son président, M. Ollier, et de M. Piron, député, a été examinée en séance publique en juin dernier et transmise au Sénat<sup>12</sup>. Cette proposition se concentre sur les centres urbains et les zones hors centre-ville couvertes par un schéma de cohérence territoriale et un plan local d'urbanisme intercommunal comportant des orientations d'aménagement commercial.

## 1.2. L'action de surveillance du secteur du commerce de détail non spécialisé

L'action de l'Autorité de la concurrence en matière de surveillance des marchés de la distribution de détail s'est fortement développée dans la période récente, avec deux avis en cours de préparation sur les obstacles non réglementaires à la concurrence (1.2.1.) et une analyse de la situation concurrentielle dans les départements d'outre-mer (1.2.2.).

### *1.2.1. Les obstacles à la concurrence pouvant résulter des pratiques commerciales des opérateurs*

La loi de modernisation de l'économie précitée a doté l'Autorité de la concurrence, créée le 2 mars 2009 d'un pouvoir d'auto-saisine pour avis.

Compte tenu du caractère prioritaire du secteur de la grande distribution, ce nouveau pouvoir a été mis en œuvre par l'Autorité dans ce secteur au premier semestre 2010, pour se concentrer sur les barrières à l'entrée non réglementaires, qui résultent de clauses contractuelles ou de pratiques commerciales des opérateurs économiques.

L'Autorité s'est saisie de deux types de pratiques: d'une part, les pratiques relatives à la gestion du foncier commercial et aux relations contractuelles entre groupes de distribution et magasins affiliés<sup>13</sup>, et, d'autre part, les pratiques dites de « gestion par catégorie » ou « category management »<sup>14</sup>, par lesquelles un distributeur s'appuie, totalement ou en partie, sur un fournisseur important de son secteur pour organiser ses rayons. Ces deux avis seront adoptés par le collège de l'Autorité au cours du second semestre 2010.

---

<sup>12</sup> Voir note de bas de page 7

<sup>13</sup> Décision n°10-SOA-01 du 25 février 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire

<sup>14</sup> Décision n° 10-SOA-02 du 19 mars 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats de «management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution alimentaire et certains de leurs fournisseurs. Selon le paragraphe 209 des lignes directrices de la Commission européenne sur les accords de distribution (Communication de la Commission, Lignes directrices relatives aux accords verticaux, C(2010) 2365, JOUE n° C 130 du 19 mai 2010), « les accords de gestion par catégorie sont des accords par lesquels, dans le cadre d'un accord de distribution, le distributeur confie au fournisseur (le « capitaine de catégorie») la commercialisation d'une catégorie de produits incluant, en général, non seulement les produits du fournisseur, mais aussi ceux de ses concurrents. Le capitaine de catégorie peut ainsi avoir une influence sur, par exemple, le choix, le placement et la promotion des produits vendus dans le magasin ».

Dans le premier avis, l'Autorité examinera les pratiques contractuelles relatives à la mobilité des magasins indépendants, qui représentent la majeure partie des surfaces commerciales de la distribution à dominante alimentaire, entre différents réseaux. Une telle mobilité est de nature à animer le jeu concurrentiel en autorisant une croissance externe par ailleurs contrainte par la législation sur l'urbanisme commercial et en invitant les réseaux à améliorer leur attractivité à l'égard de nouveaux adhérents potentiel. A cet effet, l'Autorité analysera les différents types de contrats en vigueur, notamment les contrats de franchise ou d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants, ainsi que les autres contrats liant un commerçant à une personne juridique représentant le réseau (contrat d'approvisionnement, de location-gérance, de bail, pacte d'associés, etc.) et appréciera la force du lien entre les têtes de réseau et les commerçants affiliés, et le degré réel d'indépendance de ces derniers. L'incidence de ces relations verticales sera évaluée pour les principaux formats de vente (hypermarchés, supermarchés, magasins de proximité, magasins spécialisés) en fonction de la nature et de l'encadrement réglementaire des liens entre les membres du réseau. La durée des contrats liant le commerçant indépendant et son réseau, les obstacles s'opposant au changement d'enseigne d'un magasin et les barrières à l'entrée ainsi créées à l'encontre de nouveaux opérateurs devraient également pris en compte en tant que de besoin. Les caractéristiques de ces relations entre le magasin indépendant et son réseau d'affiliation devraient aussi être appréciées au regard de leurs potentiels effets concurrentiels, qui dépendent eux-mêmes, notamment, de la rareté des emplacements commerciaux sur les zones de chalandise et du poids des opérateurs liés par ces contrats sur les marchés pertinents identifiés. L'Autorité s'attachera donc à examiner les comportements d'acquisition et de revente de foncier commercial, en particulier par les distributeurs. L'Autorité étudiera enfin les délais d'exploitation des terrains acquis par les distributeurs, les clauses restrictives introduites dans les contrats d'achat et de vente et leurs effets, tant positifs que négatifs, sur l'intensité de la concurrence dans les zones de chalandises, notamment les plus concentrées.

Dans le second avis, l'Autorité étudiera la fréquence et la portée des accords de « category management », les motivations des opérateurs à recourir à ce type de collaboration et le pouvoir d'influence dont peut jouir le « capitaine de catégorie » sur son distributeur. L'avis s'attachera également à identifier les risques pour la concurrence de ce type d'accords, notamment en examinant les conditions et les critères de choix des « capitaines de catégories », la possibilité qu'un même fournisseur exerce ces fonctions pour plusieurs distributeurs, et les effets de ces accords sur les politiques commerciales des distributeurs et des fournisseurs. L'Autorité évaluera l'apport de ces accords à une stratégie de meilleure adaptation de l'offre à la demande, et déterminera si certaines de leurs modalités peuvent réduire l'intensité de la concurrence en amont ou en aval, en entravant l'entrée ou le développement de références concurrentes ou en suscitant des échanges d'informations entre distributeurs et capitaines de catégorie, voire entre distributeurs, si le fournisseur est capitaine de catégorie pour plusieurs enseignes.

### *1.2.2. L'analyse de la situation concurrentielle du commerce de détail outre-mer*

Saisie par le secrétaire d'Etat à l'outre-mer, l'Autorité a rendu le 8 septembre 2009 un avis sur la situation de la concurrence dans les départements d'outre-mer<sup>15</sup> (DOM).

---

<sup>15</sup> Avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de commercialisation des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/09a45.pdf>

Dans les économies insulaires, la petite taille des marchés et leur éloignement des principales sources d'approvisionnement sont des obstacles naturels à l'obtention de prix comparables à ceux observés en métropole. Aux surcoûts qui en résultent s'ajoute une taxe spécifique, l'octroi de mer, perçue par les collectivités locales sur les importations et qui accroît mécaniquement les prix de vente aux consommateurs.

Cependant, ces spécificités ne suffisent pas à expliquer l'importance des écarts de prix constatés entre la métropole et les DOM pour les produits de grande consommation. Ainsi, selon les relevés effectués sur un échantillon d'environ 75 produits importés de métropole dans les quatre DOM, les écarts de prix en magasin avec la métropole dépassent 55 % pour plus de 50 % des produits échantillonnés. Ces pourcentages sont trop élevés pour trouver exclusivement leur source dans les frais de transport et l'octroi de mer. Surtout, l'Autorité identifie dans son avis plusieurs particularités des circuits d'approvisionnement des marchés domiens permettant aux opérateurs de s'abstraire partiellement du jeu concurrentiel, seul capable de faire baisser les prix en faveur du consommateur ultra-marin.

L'Autorité a donc conclu que le niveau de concurrence dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire dans les DOM était peu élevé. Protégé par des barrières à l'entrée spécifiques (longueur des circuits logistiques vers les territoires ultramarins, rareté et prix élevé du foncier commercial), ce secteur présente un niveau de concentration élevé, certains groupes détenant des parts de marché en surfaces commerciales supérieures à 40 %, soit sur la totalité du département concerné, soit sur une ou plusieurs zones de chalandise.

Les comportements mis en œuvre par les opérateurs confirment ce manque de concurrence, qu'il s'agisse de la faible présence des marques de distributeurs dans les rayons ou de la quasi-absence de répercussion des marges arrière dans le prix de revente au consommateur.

La faible concurrence sur le marché de détail est d'autant plus préjudiciable aux consommateurs ultra-marins qu'en amont, les importateurs-grossistes auxquels fabricants et distributeurs font souvent appel sont eux aussi relativement préservés des pressions concurrentielles. En particulier, les pratiques d'exclusivités territoriales liant fréquemment fabricants et importateurs dans chaque DOM atténuent la capacité des distributeurs à arbitrer entre différents importateurs-grossistes ou entre ces derniers et les industriels implantés en métropole, réduisant ainsi la concurrence entre produits d'une même marque, voire entre produits de marques différentes. A titre d'illustration, à La Réunion, un seul grossiste commercialise les produits de deux grands groupes fromagers métropolitains (Lactalis et Bel) détenteurs des marques les plus connues des consommateurs. Plus généralement, du fait ces exclusivités, les distributeurs domiens ne peuvent finalement arbitrer qu'entre un nombre de fournisseurs plus restreint qu'en métropole. Le distributeur échouant ou n'étant pas incité à faire jouer la concurrence entre les importateurs-grossistes, ces derniers parviennent donc à prélever des marges commerciales conséquentes, qui varient entre 20 et 60 % pour un nombre élevé de références, voire approchent ou dépassent 100 %.

A l'occasion de l'examen de la demande d'avis, des pratiques mises en œuvre à différents niveaux de la chaîne importation-distribution et susceptibles de soulever des difficultés au regard du droit de la concurrence (telles que prix de revente imposés, ententes horizontales, exclusivités de clientèle et les restrictions au commerce parallèle ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence) ont été portées à la connaissance de l'Autorité. Elle examine actuellement les suites qu'il convient d'y donner.

L'Autorité de la concurrence préconise dans son avis de lever les obstacles réglementaires à l'entrée au-delà des réformes déjà mises en œuvre de l'urbanisme commercial (voir point 1.1.2.), en supprimant le contrôle exercé par les commissions départementales d'aménagement commercial sur les projets d'implantation de plus de 1000 m<sup>2</sup> et en diminuant des seuils de notification pour les opérations de concentration (voir point 3.) impliquant le commerce de détail ultra-marin.

Par ailleurs, elle estime que les efforts mis en œuvre pour améliorer l'information des consommateurs sur les prix ou les politiques de prix des grands distributeurs doivent être poursuivis.

Enfin, l'Autorité a relevé que les dispositifs d'aides aux entreprises implantées dans les DOM (aides aux entreprises, exonérations de charges, octroi de mer) incitent peu, dans le contexte actuel, à l'amélioration de la compétitivité des entreprises locales, voire encouragent des prix élevés. Dans le cas des yaourts, du café ou de l'eau de source produits localement, des marges et des prix plus élevés que ceux des produits importés ou vendus en métropole ont été constatés, en dépit des aides et protections dont bénéficient les producteurs locaux.

### 1.3. L'analyse de thématiques nouvelles liées à l'essor du commerce en ligne

Dans le cadre de ses fonctions consultatives, l'Autorité s'est également intéressée, au-delà du commerce de détail non spécialisé, à des thématiques nouvelles liées à l'essor de la distribution en ligne.

Depuis une dizaine d'années, celle-ci a connu en effet un essor considérable, en termes quantitatifs comme qualitatifs.

Selon la fédération de la vente à distance, le chiffre d'affaires de ce type de commerce a atteint 7,2 milliards d'euros en France au 1er trimestre 2010. Il pourrait s'élever à 25 milliards à la fin de l'année, grâce aux 25,1 millions de consommateurs qui ont déjà procédé à des achats en ligne. Le chiffre d'affaires a donc centuplé depuis 1999, date à laquelle il ne représentait que 200 millions d'euros.

Le champ du commerce en ligne a également beaucoup évolué. Il concerne désormais tant la vente aux particuliers que la vente de biens et services aux entreprises, et il s'est développé dans de nombreux secteurs dans lequel il ne jouait initialement qu'un rôle mineur, notamment l'alimentation, l'habillement, l'hôtellerie, l'immobilier, la vente de fleurs, de mobiliers, de livres et de produits de beauté.

Ce développement a induit de profondes modifications de la stratégie de distribution des grandes enseignes et a suscité l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs exclusivement actifs en ligne, en tant que producteurs, intermédiaires, ou distributeurs, voire d'opérateurs présents tout au long de la chaîne de valeur.

De nouvelles questions en matière d'analyse concurrentielle des accords liant les fournisseurs et leurs distributeurs, en particulier dans le cadre de la distribution exclusive ou sélective, se sont donc fait jour. L'Autorité de la concurrence a adopté une demi-douzaine d'avis et de décisions dans ce domaine, qui ont nourri son avis sur le projet de révision des règles

européennes relatives aux accords de distribution<sup>16</sup> dans le cadre de la consultation qui a précédé l'adoption du règlement n°(UE) 330/2010<sup>17</sup> (1.3.1.).

L'Autorité a également étudié plus en détail certains secteurs du commerce en ligne, notamment celui du livre numérique (1.3.2.) et rendra prochainement un avis sur la publicité en ligne (1.3.3.).

*1.3.1. Les accords de distribution en matière de vente en ligne : vers la coexistence de différents modèles de distribution répondant à diverses formes de bien-être du consommateur*

Ainsi que l'a constaté l'Autorité de la concurrence dans son avis précité du 28 septembre 2009, les effets du commerce en ligne sur la concurrence inter-marques sont plutôt positifs ; il accroît les ventes totales, diminue les coûts de transaction et permet, dans certains cas, de diversifier les services offerts aux consommateurs. Toutefois, il peut également être à l'origine d'externalités négatives au sein de réseaux de détaillants qui proposent aux consommateurs des services axés sur l'image de marque, la rotation et la variété des stocks, la qualité de l'environnement de vente et des services professionnels personnalisés en face-à-face.

Dans ce contexte, l'Autorité a estimé qu'un fournisseur n'était pas en droit d'interdire, de façon générale et absolue, à l'un de ses distributeurs ou à l'ensemble de ses distributeurs agréés d'ouvrir un site de commerce en ligne<sup>18</sup> indépendamment d'une interdiction générale de vendre des produits sur internet pour des raisons de santé ou de sécurité publique édictée par une autorité publique en conformité avec le droit de l'Union européenne. Une telle interdiction constituerait en effet, par son objet même, une restriction de concurrence prohibée par l'article 101 TFUE. Elle serait contraire à l'interdiction de limitation des ventes passives, c'est-à-dire les ventes dans le cadre desquelles des consommateurs s'adressent directement à un distributeur pour acheter ses produits, même si ce distributeur ne les a pas sollicités, énoncée par le point c) de l'article 4 du règlement (CE) n° 2790/99<sup>19</sup>, repris dans le règlement n°(UE) 330/2010 précité. Interdire les ventes en ligne à un distributeur reviendrait en effet à permettre au fournisseur de bloquer les ventes passives de ce dernier, alors même qu'il remplit déjà toutes les conditions pour faire partie de son réseau.

Pour autant, il est apparu nécessaire à l'Autorité de préciser les moyens susceptibles d'être mis en œuvre par un fournisseur pour assurer la cohérence entre l'activité de vente en ligne et l'activité de vente dans un réseau traditionnel ainsi que pour assurer un investissement collectif de l'ensemble de son réseau dans l'image de marque et les conseils personnalisés aux

---

<sup>16</sup> Avis du 28 septembre 2009 relatif à la révision du règlement n° (CE) 2790/99 et des lignes directrices relatives aux accords verticaux, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=316&id\\_article=1270](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=316&id_article=1270)

<sup>17</sup> Règlement de la Commission n° (UE) 330/2010 relatif à l'application de l'article 101(3) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE n° L102/1 du 23 avril 2010

<sup>18</sup> Décisions n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et n°08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques. Cette dernière décision a fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris, qui a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (affaire enregistrée sous le numéro C-439/09).

<sup>19</sup> Règlement (CE) n° 2790/99 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE n° L 336 du 29 décembre 1999, p. 21

consommateurs dans le respect du droit de la concurrence. L'Autorité a donc, en convergence avec l'approche de la Commission européenne, considéré qu'un fournisseur pouvait imposer l'exploitation d'un lieu de vente physique aux détaillants qui souhaiteraient intégrer leur réseau de distribution préalablement à l'engagement de la vente en ligne<sup>20</sup>. Elle a également autorisé la fixation de critères de qualité poursuivant les mêmes objectifs que pour la vente traditionnelle et permettant d'obtenir des résultats comparables<sup>21</sup>. Cette pratique décisionnelle est cohérente avec les points 52 à 56 des lignes directrices de la Commission déjà mentionnées, qui ont par ailleurs précisé la portée de l'exemption accordée aux réseaux de distribution exclusive en matière d'interdiction de démarchage dans les concessions réservées à un membre du réseau.

Afin de maintenir cet équilibre dans la coexistence de différents modes de distribution, l'Autorité de la concurrence veillera, de même que la Commission, à prévenir d'éventuels effets cumulatifs, notamment ceux qui pourraient se développer sur les marchés où la part de la distribution exclusive et/ou sélective est supérieure à 50% et qui se manifesteraient notamment par l'exclusion de certains modes de distribution ou par la limitation quantitative de revendeurs.

### *1.3.2. Le livre numérique : un marché émergent dont le développement doit être laissé à l'initiative des opérateurs économiques mais surveillé*

En matière de distribution en ligne, l'Autorité a également analysé le secteur du livre numérique dans un avis récent<sup>22</sup>.

A ce jour, le téléchargement de livres en ligne ne représente que 0,1 % dans le chiffre d'affaires total des ventes de livres en France, estimé à environ 5 milliards d'euros en 2008). Les acteurs spécialisés dans le secteur du livre numérique sont encore peu présents. Ils interviennent au stade de la production de fichiers (par exemple Feedbooks), de l'agrégation de contenus, de la fabrication de tablettes de lecture (par exemple, Sony avec son produit «Reader», Bookeen avec son « Cybook » ou encore Amazon avec son « Kindle ») ou de l'intermédiation (Google propose un référencement des œuvres numériques). Amazon et Google devraient prochainement entrer sur le marché de la vente au détail.

Le ministre de la culture a interrogé l'Autorité sur l'opportunité et les conditions de mise en place dans l'univers numérique d'un mécanisme de prix unique du livre sur le modèle de celui en vigueur pour le livre imprimé, issu de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 et du décret n°81-1068 du 3 décembre 1981 modifié<sup>23</sup>. Ce dernier décret a été amendé en 1990 afin d'assurer sa conformité à la jurisprudence de la Cour de justice.

---

<sup>20</sup> Décision n°06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France

<sup>21</sup> Décision n°06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma et décision n°07-D-07 précitée

<sup>22</sup> Avis n° 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/09a56.pdf>

<sup>23</sup> La loi limite à 5% le taux de réduction qu'un détaillant ou un importateur peut consentir au consommateur final au regard du prix fixé par l'éditeur. Toutefois, l'importateur de livres édités dans un autre Etat membre peut fixer le niveau du prix qu'il souhaite en fonction des caractéristiques du marché d'importation, le cas échéant, à un niveau inférieur à celui recommandé par l'éditeur situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'espace économique européen, afin de pouvoir répercuter à son profit un avantage obtenu dans cet Etat pour l'acquisition de livres. Certaines exceptions s'appliquent par ailleurs, notamment pour les livres d'occasion.

L'Autorité a analysé les risques d'une concentration rapide du marché du livre en ligne, d'imposition de standards de prix au détriment de la diversité éditoriale ainsi que d'exclusivités susceptibles de restreindre la concurrence, notamment en conduisant à une organisation du marché en « silos » et à une limitation de l'accessibilité des contenus aux consommateurs ou leur diversité. Elle a estimé que le marché était encore émergent et qu'aucun problème de concurrence ne risquait à court terme de porter atteinte au bien-être des consommateurs.

Elle a donc recommandé d'attendre que le marché ait atteint un degré de maturité suffisant avant de mettre en œuvre, en tant que de besoin, un cadre réglementaire spécifique. Dans le même temps, l'Autorité a mis en évidence que les objectifs légitimes de la loi dite « Lang », le pluralisme éditorial et un large et égal accès à la culture, qui passe notamment par un réseau dense de librairies, seraient plus aisés à satisfaire dans l'univers numérique que dans le cadre traditionnel de l'édition et de la distribution. Le modèle de la distribution numérique permet en effet une diffusion large au public et induit, grâce au phénomène dit de « longue traîne », une diminution du coût d'édition, de traduction et de distribution, ce qui incite à accroître le nombre de références disponibles et contribue à faire émerger de nouvelles « niches ».

### *1.3.3. La publicité en ligne : un marché dont le bon fonctionnement concurrentiel conditionne la bonne santé du commerce électronique*

L'Autorité a été saisie pour avis le 18 février 2010 par la ministre de l'économie pour évaluer le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, alors que la forte notoriété d'un moteur de recherche avait fait naître, chez certains éditeurs de sites proposant des espaces publicitaires, des interrogations sur d'éventuels phénomènes de puissance de marché.

Dans l'avis qu'elle rendra avant la fin de l'année 2010, l'Autorité se penchera notamment sur la définition des marchés pertinents et analysera le paysage concurrentiel marqué par l'existence de différents types d'acteurs (moteurs de recherche, éditeurs de site, annonceurs etc.) et des caractéristiques techniques et commerciales des annonces.

## **2. Une sanction vigoureuse des pratiques anticoncurrentielles et une meilleure prise en compte de la puissance d'achat des distributeurs**

Au-delà de ses fonctions en matière consultative, l'Autorité de la concurrence demeure vigilante face aux pratiques anticoncurrentielles<sup>24</sup> dans le secteur de la distribution, qui se traduisent par des hausses de prix au détriment des consommateurs ou peuvent, dans certains cas, avoir pour objet ou pour effet d'évincer des opérateurs établis dans d'autres Etats membres ou de freiner leur accès au marché français.

Elle sanctionne notamment l'imposition de prix de détail (2.1.), qui porte, en général, une atteinte grave à la concurrence.

---

<sup>24</sup> La lutte contre les pratiques restrictives et la concurrence déloyale ressort en revanche exclusivement à la compétence des juridictions judiciaires.

L'Autorité prendra par ailleurs appui sur le règlement (UE) n° 330/2010 précité pour tenir compte, dans l'examen des accords d'exclusivité et des clauses de non-concurrence, non seulement de la part de marché du fournisseur, comme c'était le cas sous l'empire du précédent règlement (CE) n° 2790/99, mais également de la puissance d'achat des distributeurs (2.2.).

### 2.1. Une sanction vigoureuse des pratiques anticoncurrentielles, en particulier de pratiques de prix imposés

L'Autorité approuve l'analyse du document de travail annexé au rapport sur les obstacles empêchant la transition vers un secteur du commerce et de la distribution plus efficace et plus équitable en Europe, qui souligne les effets négatifs des pratiques de prix imposés. Elle a eu l'occasion, par le passé, de traiter de nombreux contentieux dans ce domaine (2.1.1.), qui ont confirmé, en pratique, les théories économiques concluant à leur effet inflationniste (2.1.2.). L'Autorité maintiendra donc sa vigilance à l'égard des pratiques anticoncurrentielles (2.1.3.).

#### *2.1.1. De nombreuses sanctions de pratiques anticoncurrentielles*

L'Autorité a sanctionné une vingtaine de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la distribution, qui ont essentiellement pris la forme de prix de revente fixe ou minima. Ces pratiques peuvent être appréhendées tant sous l'angle des ententes (article L.420-1 du code de commerce, et, le cas échéant, article 101 du traité sous le fonctionnement de l'Union européenne) que sous celui de l'abus de position dominante (L.420-2, et, le cas échéant, article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Les pratiques de prix imposés peuvent être mises en place dans une grande variété de situations, qu'il s'agisse de la structure du marché, du degré de concentration en amont ou en aval, de la présence ou non d'un réseau de distribution sélective ou exclusive, ou des produits concernés. Certains acteurs sanctionnés pour des pratiques de prix imposés étaient en position dominante, comme Disney<sup>25</sup> et Sony<sup>26</sup>, ou se trouvaient en situation d'oligopole sur le marché concerné, comme dans l'affaire des calculatrices scientifiques<sup>27</sup>, secteur caractérisé par un duopole de fait. Dans d'autres cas, les fournisseurs étaient plus nombreux, comme dans l'affaire des jouets<sup>28</sup>.

Trois affaires traitées par l'Autorité ont donné lieu au prononcé de sanctions d'un montant relativement élevé: celle des jouets en 2007, précitée (amende de 37 millions d'euros), des vidéocassettes en 2005 (14,4 millions d'euros), des calculatrices scolaires en 2003 (3,77 millions d'euros).

---

<sup>25</sup> Décision du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées.

<sup>26</sup> Décision 07-D-06 du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo.

<sup>27</sup> Décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire.

<sup>28</sup> Décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets.

### *2.1.2. Des effets inflationnistes théoriques confirmés par les constatations de l'Autorité*

Dans les trois affaires précitées, l'atteinte au bien-être des consommateurs était particulièrement marquée. Dans la première, les fournisseurs ne représentaient que 20 % du marché mais ils s'étaient concertés sur les ventes pendant la période de Noël, au cours de laquelle s'écoulaient 66% des produits. Dans la deuxième, les vidéocassettes « hors enfants » ont vu leur prix baisser de 13 % entre 1995 et 1999, tandis que le prix moyen d'une vidéocassette destinée aux enfants n'avait baissé que de 6 %. L'entente impliquait le revendeur exclusif en France de cassettes Disney, lesquelles constituent un produit incontournable, deux enseignes de distribution et un grossiste. Dans la troisième, les deux opérateurs qui s'étaient concertés détenaient ensemble, pour les années 1994 et 1995, plus de 89 % en volume du marché des calculatrices « scientifiques » ou à « usage scolaire » (et presque 92 % en valeur) et chacun, des parts de marché importantes. » Le prix moyen des calculatrices simples entre 1992 et 1995 avait augmenté de 16,3 %, alors que dans le même temps, le prix moyen des modèles scientifiques avait baissé de façon très significative.

La théorie économique montre que les dispositifs de prix imposés sont de nature à aboutir à pousser les prix à la hausse par trois canaux principaux.

En premier lieu, les prix imposés, qu'ils soient à l'initiative des distributeurs ou des fournisseurs, réduisent, voire suppriment la concurrence intra-marques (entre enseignes différentes de distributeurs) et la concurrence inter-marques (entre fournisseurs de mêmes catégories de produits). Ils peuvent porter sur le niveau des marges amont (voir les développements au point 1.1. sur le seuil de la revente à perte) ou aval, ou directement sur les prix de vente au détail. Une note adressée par la France à l'OCDE<sup>29</sup> et les points 225 et 227 des lignes directrices précitées de la Commission sur les accords de distribution décrivent plus précisément ces mécanismes.

L'expérience de l'Autorité dans le dossier des jouets, précité, illustre bien la façon dont peuvent être mis en œuvre les dispositifs de contrôle des prix évoqués par la théorie économique. L'Autorité a montré que les prix minima préconisés par les fournisseurs étaient évoqués par différents moyens comme la diffusion de prix de vente conseillés, le rappel par les fournisseurs à certaines grandes surfaces spécialisées de l'interdiction d'imputer d'éventuelles remises sur facture sur le prix de revente ou encore, la négociation entre fournisseurs et distributeurs de conditions commerciales garantissant que le tarif d'achat majoré de la TVA s'imposerait, du fait de l'interdiction de la revente à perte, comme un prix minimum de vente aux consommateurs.

En deuxième lieu, la théorie économique conclut que les prix imposés facilitent le maintien d'un équilibre collusif entre producteurs et distributeurs. En effet, des aléas affectent régulièrement l'environnement des distributeurs, qui font souvent face à des variations non anticipées de leur coût, du fait en particulier de la volatilité de la demande. En l'absence de prix imposés, de tels « chocs » conduisent les distributeurs à ajuster leur prix de détail. Si la fixation des prix de manière centralisée prive en partie les producteurs des ajustements des prix aux variations des coûts subis par les distributeurs, elle rend néanmoins les prix plus uniformes, et, partant, facilite la détection de déviations à un accord collusif. Lorsque la concertation porte sur les prix de détail, l'exercice d'une police des prix dans l'objectif de

---

<sup>29</sup> OCDE, Table ronde sur les prix de vente imposés, note de la France, 16 octobre 2008, DAF/COMP/WD(2008)54

stabiliser l'entente est encore plus aisée. En outre, la délégation par les distributeurs aux consommateurs de l'exercice de police des prix est de nature, dans certaines circonstances, à dissuader une baisse des prix du distributeur qui l'exerce. En effet, les consommateurs peuvent poursuivre leurs achats dans leur enseigne habituelle et continuer à obtenir des avantages auprès de l'enseigne qui propose de rembourser la différence de prix chez le concurrent, qui ne récupère ainsi pas de clientèle, quelle que soit la baisse pratiquée.

Dans les décisions déjà évoquées, l'Autorité a mis en évidence ce second type d'équilibre collusif nourri par une police des prix. Dans les affaires des calculatrices et des cassettes vidéo, elle a démontré que les fournisseurs demandaient à leurs agents commerciaux d'effectuer des relevés de prix. Dans l'affaire des jouets, le distributeur Carrefour s'était engagé au travers d'un programme publicitaire à rembourser aux consommateurs dix fois la différence de prix que ceux-ci pourraient observer sur un même produit dans un magasin d'une enseigne concurrente. Cette opération aboutissait à déléguer aux consommateurs l'exercice de la police des prix, et permettait à Carrefour d'être informé rapidement d'éventuelles baisses de prix par les concurrents. Carrefour pouvait ensuite faire pression sur le fabricant pour qu'il contraigne les distributeurs déviants à remonter leurs prix.

En troisième lieu, les prix imposés peuvent faciliter l'éviction de concurrents.

La littérature économique a, plus récemment, au-delà des effets négatifs potentiels ou constatés de pratiques de prix imposés, identifié plusieurs types de gains d'efficacité possibles, liés à la modération des marges du fournisseur et du distributeur ou à l'amélioration de la qualité de service au consommateur, tout en montrant que de tels gains ne peuvent se produire que lorsque des conditions spécifiques sont satisfaites (voir la note précitée de la France à l'OCDE et le point 226 des lignes directrices de la Commission). L'expérience concrète de l'Autorité n'a néanmoins pas apporté à ce jour de preuves tangibles de tels effets pro-concurrentiels.

### *2.1.3. Une vigilance soutenue de l'Autorité*

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité maintiendra sa vigilance à l'égard des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la distribution.

Deux facteurs soutiendront en particulier cette orientation.

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

Le second tient à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Cette loi a confié à l'Autorité de la concurrence un nouveau rôle en matière de contrôle des concentrations, a assuré l'intégration des fonctions d'enquête et d'instruction des dossiers au sein de l'Autorité, et l'a dotée d'un pouvoir d'auto-saisine, qu'elle applique actuellement au secteur de la distribution, comme précisé au point 1.2.1. La mise en œuvre progressive de ces nouveaux outils permettra d'affiner sa connaissance du secteur de la distribution et de suivre le développement des nouvelles pratiques commerciales, afin de déterminer si certaines d'entre elles sont susceptibles de poser des problèmes de concurrence. Lorsque les situations analysées le justifieront, notamment au regard du standard de preuve élevé défini par la jurisprudence en matière de prix imposés<sup>30</sup> et de conditions de mise en œuvre du mécanisme d'injonction structurelle<sup>31</sup>, l'Autorité développera son action contentieuse en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Ses compétences de conseil aux pouvoirs publics pourront également être mobilisées en tant que de besoin.

## 2.2. L'entrée en vigueur du nouveau règlement sur les restrictions verticales permettra de tenir notamment compte de la puissance d'achat des distributeurs

Dans certains secteurs, la puissance d'achat des distributeurs s'était considérablement accrue, du fait de barrières à l'entrée réglementaires (voir point 1.1.) ou non réglementaires, de la rationalisation des achats et du référencement, ou encore de l'essor des marques de distributeurs.

L'analyse économique récente montre qu'un tel contexte peut favoriser les effets de verrouillage et peut être de nature à freiner l'entrée de nouveaux produits ou le développement d'entreprises concurrentes sur les marchés situés en aval s'il se conjugue, notamment, avec le développement de clauses d'exclusivité ou de non-concurrence de durée et de portée disproportionnée au regard des amortissements nécessaires. Dans cette hypothèse, la position de certains distributeurs peut être renforcée et entraver le développement d'entreprises concurrentes sur le marché aval ainsi que l'entrée de nouveaux produits<sup>32</sup>.

Cette analyse théorique est confortée par une décision de l'Autorité concernant la distribution des terminaux « intelligents » de téléphonie mobile<sup>33</sup> et par l'enquête sectorielle récente de l'Autorité sur la distribution outre-mer (voir point 1.2.2.).

Dès lors, la prise en compte, lors de l'analyse des accords d'exclusivité et de non-concurrence liant les distributeurs et les fabricants, de la puissance d'achat des distributeurs, et non uniquement de la part de marché des fournisseurs comme cela était le cas sous l'empire de l'ancien règlement (CE) n° 2790/99 doit être saluée, comme l'a souligné l'Autorité dans son avis du 28 septembre 2009. Elle permettra ainsi de traiter plus finement les cas de verrouillage portant une atteinte sensible au bien-être des consommateurs.

---

<sup>30</sup> Voir la note précitée à l'OCDE

<sup>31</sup> L'article L. 752-26 du Code de commerce permet à l'Autorité de prononcer de telles injonctions uniquement en cas de réitération d'abus de position dominante, laquelle ne résulte pas seulement d'un degré élevé de concentration sur un marché local. Il est rare que soient constatées des réitérations compte tenu de l'effet dissuasif des amendes et du suivi de la situation des entreprises postérieurement au prononcé d'une décision de sanction.

<sup>32</sup> Voir notamment Patrick Rey et Thibaud Vergé, « The economics of vertical restraints », dans *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, avril 2008

<sup>33</sup> Décision n°10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones

### **3. Le contrôle des concentrations : un outil récemment affiné, jouant un rôle principalement dissuasif**

Outre ses activités consultatives et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité effectue également un examen préalable des concentrations dans le secteur du commerce de détail.

Son rôle s'est récemment renforcé en la matière grâce à l'abaissement des seuils de notification obligatoire. L'extension du contrôle des concentrations a permis à l'Autorité de renforcer sa connaissance du marché et de dissuader des rapprochements qui affecteraient les conditions d'une concurrence effective, notamment par la création ou le renforcement de positions dominantes au niveau local.

Jusqu'en mars 2009, de nombreuses opérations de concentration dans le secteur de la grande distribution ne faisaient pas l'objet d'un examen préalable par les autorités de concurrence parce que les chiffres d'affaires en jeu étaient inférieurs aux seuils de contrôlabilité en vigueur. Seules les opérations les plus importantes, telles que la prise de contrôle de Promodès par Carrefour en 2000, la prise de contrôle de Monoprix par Casino en 2000, ou le rachat d'acteurs de taille moyenne par les principaux acteurs du secteur ont été contrôlées à l'époque où le ministre chargé de l'économie était compétent pour les contrôler.

Cette situation était peu satisfaisante dans la mesure où l'évolution de la structure concurrentielle de ces marchés passe le plus souvent par des opérations de prise de contrôle de magasins isolés, opérations qui sont imperceptibles à l'échelle nationale, mais susceptibles de conduire à de forts niveaux de concentration locale et d'affaiblir la concurrence au détriment des consommateurs des zones concernées.

La loi de modernisation de l'économie déjà citée a procédé à une réduction très significative des seuils du contrôle des concentrations. Les concentrations dans le secteur du commerce de détail sont aujourd'hui contrôlables dès que le chiffre d'affaires mondial de l'ensemble des entreprises concernées dépassent 75 M€ et que le chiffre d'affaires de chaque entreprise concernée en France dépasse 15 M€ (alors que les seuils dans les autres secteurs sont de 150 M€ et 50 M€). Ainsi, lorsqu'un leader du secteur rachète un supermarché ou un hypermarché, il suffit que celui-ci réalise plus de 15 M€ de chiffre d'affaires pour que l'opération soit contrôlable.

Compte tenu de la spécificité des marchés dans les collectivités territoriales d'outre-mer, l'Autorité avait plaidé en faveur de l'institution d'un seuil encore plus bas sur ces territoires, en établissant, comme en métropole, un seuil pour le commerce de détail dérogatoire du seuil applicable dans les autres secteurs (qui est lui-même moins élevé outre-mer). La loi du 23 juillet 2010 a donné suite à cette préconisation et abaissé le second seuil de contrôle à 7,5 M€.

L'abaissement des seuils a conduit l'Autorité à contrôler de nombreuses opérations de concentration dans le secteur du commerce de détail : entre sa création le 2 mars 2009 et le 31 août 2010, près de 40% des 198 décisions rendues par l'Autorité en matière de concentration ont concerné ce secteur.

Ces opérations consistent, le plus souvent, en des prises de contrôle de magasins isolés par des grands acteurs du secteur. Les modalités de prise de contrôle prennent des formes variées. L'Autorité est particulièrement attentive aux prises de contrôle de magasins franchisés par les têtes de réseau qui peuvent reposer sur un ensemble de clauses statutaires et contractuelles, telles que des droits de veto sur les changements d'enseigne, des droits de préemption, ou encore des contrats d'une durée particulièrement longue, visant à conférer au franchiseur le contrôle de l'activité du magasin franchisé.

L'Autorité contrôle aussi bien les effets horizontaux que ces opérations sont susceptibles d'avoir, telle qu'une augmentation des prix au détriment des consommateurs que les risques de renforcement de la puissance d'achat.

Le contrôle des concentrations dans ce secteur joue essentiellement un rôle dissuasif, les principales entreprises du secteur pouvant renoncer d'elles-mêmes à des opérations qui conduiraient à une trop forte concentration au niveau des zones de chalandise pour être autorisées. L'Autorité peut aussi être amenée à accepter des engagements des parties afin de limiter les niveaux de concentration locale par des cessions de magasin<sup>34</sup>.

Enfin, l'Autorité tient aussi compte du rôle pro-concurrentiel que peut jouer la grande distribution dans le cas de concentrations de fabricants de produits grand public. En effet, la grande distribution a un pouvoir de négociation significatif vis-à-vis des fabricants, notamment du fait de l'essor continu des marques de distributeurs.

## CONCLUSION

L'Autorité a ainsi, depuis dix-huit mois, commencé à mobiliser tous les nouveaux outils du droit prévus par le droit de la concurrence français à l'appui de son action dans le secteur de la distribution, qui se répondent et se complètent.

L'Autorité estime toutefois que ses pouvoirs seraient utilement complétés dans le cas où un opérateur abuse d'une position dominante acquise antérieurement à la LME, par voie de croissance externe ou interne. Un premier pas a été fait pour permettre à l'Autorité de faire face à ce problème, en lui permettant d'imposer des injonctions structurelles pouvant aller jusqu'à la cession de surfaces aux entreprises concernées. Le standard prévu par la loi<sup>35</sup>, qui réserve de telles injonctions aux cas, a priori relativement rares, dans lesquels l'opérateur poursuit le même abus après avoir été sanctionné, et ne permet pas de traiter les cas de récidive, rend cet outil quasiment inapplicable en pratique. L'Autorité serait donc favorable à une modification de la loi française pour lui permettre d'avoir effectivement recours à cet outil.

L'Autorité continuera en tout état de cause à traiter l'ensemble des barrières structurelles et comportementales à l'entrée de nouveaux acteurs susceptibles d'animer la concurrence dans le secteur de la grande distribution et du commerce et à placer ce secteur au cœur de son action, au bénéfice des consommateurs.

---

<sup>34</sup> Deux opérations dans le commerce de détail depuis la création de l'Autorité ont fait l'objet d'engagements de cession, dont l'opération Mr Bricolage / Passerelle dans le secteur du bricolage (décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle).

<sup>35</sup> Voir note de bas de page 31