



**Conférence des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr. générale
17 août 2016
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement

**Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence**

Quinzième session

Genève, 19-21 octobre 2016

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux du droit
et de la politique de la concurrence, examen de la loi type
sur la concurrence et études relatives aux dispositions
de l'Ensemble de principes et de règles**

**Application de la politique de la concurrence
dans le secteur de la distribution : les problèmes
de concurrence dans la chaîne d'approvisionnement
alimentaire**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Le secteur de la distribution alimentaire a considérablement évolué au cours des trente dernières années, ce qui a conduit à l'apparition de nouveaux systèmes de commercialisation qui permettent aux consommateurs d'accéder à une plus grande variété de produits, à des prix moindres. Cependant, la création d'hypermarchés et de supermarchés a donné lieu à un phénomène de concentration qui a radicalement modifié les rapports de force entre les producteurs et fabricants, d'une part, et les distributeurs, d'autre part. Ce phénomène a eu des répercussions négatives dans certains pays développés, en particulier aux États-Unis d'Amérique et dans certains pays d'Europe occidentale, et commence à se ressentir également dans de nombreux pays en développement. L'asymétrie du rapport de force entre fournisseurs et distributeurs donne lieu à des pratiques abusives et déloyales que le droit de la concurrence ne suffit pas à éviter. Différentes mesures réglementaires se sont donc révélées nécessaires pour faire en sorte que l'emprise des supermarchés n'entrave pas, ou plus, la concurrence et ne nuise pas au bien-être des consommateurs.



La présente note¹ traite des obstacles à une concurrence loyale dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ainsi que de certains moyens de réguler ce secteur, de façon à promouvoir une concurrence loyale sur le marché dans l'intérêt des consommateurs.

¹ Ce document n'a pas été revu par les services d'édition.

I. Introduction

1. La distribution s'entend de la fonction économique qui consiste à assurer l'acheminement des produits du producteur au consommateur. C'est l'un des aspects concrets du principe économique selon lequel les marchés sont un lieu de rencontre entre l'offre et la demande. Le principe fondamental de la liberté d'entreprise devrait donc prévaloir, dans les limites fixées par la loi. Dans ce contexte, la distribution relève du droit de la concurrence, qui vise à garantir les mêmes conditions d'accès aux marchés aux différentes entreprises tout en protégeant les consommateurs. Les entreprises exerçant dans des secteurs tels que la distribution sont par conséquent libres d'établir leurs réseaux, de définir leurs stratégies et de passer des contrats à leur guise, pour autant que cela ne soit pas contraire aux règles de la concurrence.

2. La distribution, autrement dit le lien entre les activités économiques qui ont lieu en amont et en aval, joue un rôle essentiel car elle permet aux producteurs d'accéder aux marchés en aval par le biais de distributeurs qui sont en contact direct avec les consommateurs. Le secteur de la distribution a une incidence prépondérante sur la qualité de vie des citoyens dans la mesure où il leur donne la possibilité d'accéder à un large choix de biens et de services, notamment aux produits de première nécessité. En amont, les distributeurs interagissent avec un large éventail d'acteurs, notamment les fournisseurs, mais aussi avec les sociétés de transport, les entreprises de logistique, les fournisseurs d'énergie et les sociétés de collecte de déchets. Toute mesure qui a une incidence sur le fonctionnement de ce secteur a donc également des répercussions sur d'autres activités économiques et les acteurs concernés. Face aux problèmes découlant de l'interaction entre les différents secteurs, il convient donc de tenir compte de l'incidence des mesures qui sont prises sur les différents secteurs, ainsi que de leur impact global sur les chaînes économiques.

3. De tous les domaines de la distribution, l'approvisionnement alimentaire est celui dont le marché a connu l'évolution la plus notable, structurellement parlant, au cours des vingt à trente dernières années. Les supermarchés se sont imposés comme les distributeurs de produits alimentaires privilégiés des consommateurs, la demande en la matière convergeant désormais vers un modèle de lieu d'approvisionnement unique. Cette évolution est due à trois facteurs concomitants qui ont trait à l'offre et à la demande, à savoir :

a) La demande – la modification des habitudes des consommateurs, qui font désormais leurs courses à un seul endroit, pour des raisons de temps ;

b) L'offre – les innovations en matière de logistique et de méthodes de distribution, assorties d'une diminution des coûts et d'une meilleure gestion des stocks ;

c) L'expansion des chaînes de supermarchés ainsi que les économies d'échelle et de gamme.

4. En outre, la prépondérance des supermarchés par rapport aux magasins d'alimentation traditionnels ou spécialisés a radicalement modifié les rapports de force au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, ce qui, selon toute probabilité, ne sera pas sans conséquence tant pour les fournisseurs que pour les consommateurs. Il est largement admis que cette modification structurelle de l'économie se caractérise par la domination des supermarchés, qui est telle que leurs décisions en matière de référencement peuvent menacer la viabilité de leurs fournisseurs et que même les fournisseurs référencés sont obligés de se soumettre à leurs conditions. De surcroît, dans certains pays, les grandes enseignes de supermarchés sont devenues les premiers concurrents de leurs fournisseurs et

feraient une utilisation abusive des informations commerciales confidentielles dont elles disposent au profit de leurs propres marques, allant jusqu'à copier le conditionnement des produits. Il se pourrait par conséquent que les conditions qu'elles imposent contraignent, du fait de l'inégalité du rapport de force, des fournisseurs indépendants à également fournir eux-mêmes les marques des supermarchés qui leur font concurrence. Pour autant, les recours judiciaires dans ce domaine sont quasi inexistantes, les fournisseurs ne voulant pas contrarier leurs principaux clients.

5. Traditionnellement, les supermarchés sont considérés comme des intermédiaires neutres qui ne font que transmettre les demandes des consommateurs aux fournisseurs. La notion de puissance économique et les problèmes de concurrence y afférents ont toujours été perçus comme des notions abstraites inventées par les entreprises et les économistes qui s'intéressent respectivement aux bénéfices et à l'efficacité économique. Néanmoins, ces dernières années, le regroupement d'un certain nombre de magasins sous une même enseigne s'est considérablement amplifié, en particulier dans les pays développés, pratique qui s'est progressivement installée au détriment du secteur de la distribution indépendante, en recul, quoique toujours important. Avec l'affermissement du secteur de la distribution, comme il se doit, quelques grandes enseignes se sont imposées dans des segments clés de la distribution, voire y occupent une position dominante. Ainsi, petit à petit, des structures oligopolistiques sont apparues et ont remplacé des structures auparavant très éclatées. Ce faisant, ces enseignes ont non seulement acquis du pouvoir en tant que vendeurs, vis-à-vis des consommateurs, mais aussi en tant qu'acheteurs, vis-à-vis des fournisseurs. Il importe donc, dans toute évaluation de la concurrence portant sur le secteur de la distribution, d'examiner l'interaction de ces deux formes de pouvoir et de voir en quoi elles influent sur la concurrence aux différents stades de la chaîne d'approvisionnement, aussi bien séparément qu'ensemble.

6. Si ce phénomène se révèle positif en termes d'efficacité, il présente également des risques pour la concurrence. Les innovations apparues sur le plan de la logistique et des méthodes de distribution, de même que les économies d'échelle que réalisent les chaînes de supermarchés ont entraîné des gains d'efficacité qui profitent aux consommateurs, grâce à une baisse des prix et à un élargissement de la gamme de produits. Cependant, l'expansion des chaînes de supermarchés et le contrôle de plus en plus important que ces enseignes exercent sur les marchés pourraient représenter un risque pour la concurrence et se traduire par un recul du bien-être social. L'incidence de l'essor des supermarchés sur le bien-être des consommateurs dépend de l'équilibre entre deux éléments, autrement dit de l'existence d'une concurrence suffisante pour permettre aux consommateurs de profiter des gains d'efficacité qui résultent du développement de la distribution moderne, notamment avec un large éventail de magasins tels que les supermarchés, les hypermarchés, les magasins pratiquant de fortes remises (hard-discounters) et les magasins de proximité.

7. Du point de vue de la réglementation en matière de concurrence, l'analyse traditionnelle des relations commerciales entre fournisseurs et supermarchés repose toujours sur l'idée que ces derniers sont des intermédiaires. On considère en effet les supermarchés comme des acheteurs de produits alimentaires et on met en équation leur capacité à acheter de gros volumes avec des prix d'achat réduits. Le droit de la concurrence vise à lutter contre les abus de position dominante et les pratiques anticoncurrentielles. Pour autant, la majorité des pratiques commerciales déloyales ne tombent pas sous le coup du droit de la concurrence, la majeure partie des acteurs concernés étant en position de force sans occuper une position dominante. Certains pays ont donc décidé d'adopter différentes solutions pour remédier à ce problème, qui consistent notamment à étendre l'application de la législation relative à la protection du consommateur aux relations interentreprises ou à utiliser différentes formules, pour la plupart d'ordre réglementaire, mais aussi des initiatives d'autorégulation entre acteurs du marché. La réglementation a énormément évolué ces dernières années.

II. Le nouveau modèle économique : Les chaînes de supermarchés

8. Le degré de concurrence dans le secteur moderne de la distribution varie selon les pays. Dans les pays développés, les supermarchés sont désormais souvent le principal point d'accès aux marchés pour un grand nombre de produits. Dans les pays en développement, en revanche, la distribution moderne ne joue encore qu'un rôle limité par rapport à celui qu'elle a ailleurs, comme aux États-Unis ou en Europe occidentale. Cependant, avec le développement des économies et l'augmentation en parallèle du revenu par habitant et l'expansion de la classe moyenne, la pénétration des supermarchés devrait, elle aussi, progresser. Par ailleurs, il se pourrait que certains facteurs d'approvisionnement freinent l'investissement dans les supermarchés et le développement de ces structures, mais l'adoption de politiques destinées à lever les obstacles à la concurrence, à favoriser le développement des grossistes et à intégrer les produits frais dans les chaînes d'approvisionnement modernes pourrait contribuer à l'expansion de la grande distribution dans ces pays.

9. Différents aspects de l'offre et de la demande jouent sur le développement du secteur de la distribution des produits alimentaires. Pour ce qui est de la demande, l'augmentation des revenus, le degré d'urbanisation, la dimension de la classe moyenne et la participation des femmes au marché du travail (indicateur du coût d'opportunité du temps que les femmes ont à consacrer aux courses) sont des facteurs nécessaires, quoique pas suffisants, de l'expansion du secteur de la distribution. Pour ce qui est de l'offre, les éléments qui entrent en ligne de compte sont notamment : les politiques en vigueur, le développement de l'infrastructure, la modernisation des chaînes d'approvisionnement (grâce à la mise en place de systèmes de vente en gros et de centrales d'achats modernes), ainsi que du niveau de l'investissement étranger direct. Les facteurs concernant l'offre sont normalement plus hétérogènes et plus difficiles à généraliser, mais ils n'en sont pas moins valables.

10. Ces dernières années, en particulier dans les pays développés, les supermarchés se sont imposés comme des intermédiaires et des réseaux de poids, dont les décisions en matière de référencement et de gestion de gammes de produits déterminent l'interaction entre les fournisseurs et les consommateurs. D'après des sources indépendantes, dans plus de 70 % des cas, les consommateurs choisiraient la marque qu'ils vont acheter une fois dans le magasin, de sorte que les supermarchés ne sont plus des intermédiaires neutres dont le rôle consisterait uniquement à transmettre la demande des consommateurs aux fournisseurs et à faire en sorte de satisfaire cette demande aussi efficacement que possible. Au contraire, ils ont le pouvoir d'influer sur la demande des consommateurs et sur la manière dont les fournisseurs vont à leur rencontre, voire de jouer un rôle de prescripteurs à cet égard. Les ouvrages consacrés à la distribution font une vaste analyse de ce nouveau modèle économique et décrivent l'étendue du pouvoir des supermarchés².

11. Les supermarchés fournissent désormais des services et aux consommateurs, et aux fournisseurs. Dans le second cas, ils transfèrent une part de plus en plus grande des risques liés aux opérations de distribution à leurs fournisseurs par le biais d'accords de services rémunérés, d'accords visiblement iniques sur l'approvisionnement des produits et de pratiques unilatérales contraires aux conditions contractuelles qui les lient aux lois. Il arrive par exemple que les supermarchés ou leurs partenaires facturent des droits d'accès pour référencer un produit, ou qu'ils exigent des volumes ou des conditionnements particuliers de façon que les consommateurs ne puissent pas comparer les produits des différents

² On trouvera une étude générale sur la question dans l'ouvrage suivant : Clarke, Davies, Dobson et Waterson, 2002, *Buyer Power and Competition in European Food Retailing* (Edward Elgar).

distributeurs. On distingue quatre types de pratiques commerciales déloyales dans les relations entre fabricants et distributeurs, comme suit :

a) Une des deux parties fait supporter ses propres coûts ou risques d'entreprise à l'autre partie, et ce, de manière indue et déloyale (on citera par exemple le fait de faire livrer séparément ses différents points de vente ou, au contraire, pour les supermarchés, de centraliser les services de livraison et de stockage ; de faire assurer le réassortiment ; de faire organiser des activités de promotion et de marketing dans les points de vente ; et de réduire le volume des produits sans modifier leur prix) ;

b) Une des deux parties demande à l'autre des avantages ou bénéfices d'une nature quelconque, sans lui fournir de service en contrepartie ;

c) Une des deux parties modifie un contrat de manière unilatérale ou avec effet rétroactif, alors que le contrat prévoit expressément que de telles modifications ne peuvent se faire que dans des conditions équitables ;

d) Une des deux parties met fin ou menace de mettre fin à une relation commerciale de manière abusive.

12. Si, malgré toutes les dispositions contractuelles visant à faire supporter les risques par d'autres, les supermarchés ne réalisent pas les bénéfices escomptés ou veulent dépasser ces objectifs, ils peuvent recourir à des pratiques unilatérales qui leur permettent d'exiger une rente de leurs fournisseurs, sous peine de les déréférencer. Les supermarchés assument désormais un rôle de prestataires de services vis-à-vis des fournisseurs de marques indépendantes et font en sorte de rentabiliser au maximum l'accès à leurs plateformes et la concurrence qui s'y exerce.

13. Les pays qui connaissent ce genre de problèmes ont recours à différents types de mesures pour compenser les déséquilibres existant sur les marchés. Dans l'Union européenne (UE), par exemple, la plupart des États membres ont défini des critères qui leur permettent de repérer les situations qui donnent lieu à des pratiques commerciales déloyales dans le secteur de la distribution. De même, la majorité des États membres se sont dotés de lois sur les relations interentreprises à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement. Dans la mesure où il peut y avoir des pratiques commerciales déloyales à tous les niveaux, les États membres qui ne l'ont pas encore fait devraient envisager d'adopter une législation qui couvrirait l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises. Enfin, les États membres de l'UE sont également censés veiller à ce que leur législation s'applique aussi aux opérateurs de pays tiers³.

III. Structure des marchés et concurrence

14. La structure de la plupart des marchés nationaux de distribution de produits alimentaires montre que les principales enseignes de supermarchés ont une forte emprise sur ceux-ci. Cette structure dépend d'un certain nombre d'éléments qui sont susceptibles de renforcer la position des enseignes déjà présentes, d'entraver l'implantation de nouvelles enseignes et de restreindre l'exercice de certaines activités. Les marchés sont généralement concentrés, les obstacles à l'implantation et à l'expansion sont omniprésents, la transparence peut avoir des effets délétères et les coûts de transfert que doivent assumer les consommateurs captifs jouent un rôle plus important qu'on a tendance à le croire.

³ Commission européenne, 2016, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

A. Forte concentration

15. Si le fait que les différentes formes et les différents systèmes de distribution cherchent à s'imposer peut sembler positif aux consommateurs dans la mesure où cela favorise la concurrence, on peut craindre néanmoins que la concentration croissante des marchés fasse reculer la concurrence et contribue à amplifier les pratiques anticoncurrentielles, aux dépens des consommateurs. Il y a lieu de s'inquiéter en particulier des fusions entre enseignes déjà importantes qui risquent d'amplifier considérablement le phénomène de concentration et de réduire la concurrence directe. Si ces fusions peuvent apporter des gains d'efficacité – dans la mesure où elles font diminuer les coûts pour les parties à l'opération –, on peut s'inquiéter des effets unilatéraux anticoncurrentiels qui découleront de l'emprise grandissante de ces parties sur le marché, ainsi que des effets coordonnés que ces fusions engendreront chez les concurrents restants. Il importe donc, dans toute évaluation de la concurrence, de tenir compte du rapport entre les effets en matière d'efficacité et les effets en termes d'emprise sur le marché pour apprécier le résultat net des fusions.

16. La concentration est généralement plus marquée aux niveaux local et régional qu'au niveau national, les distributeurs ayant tendance à appliquer la méthode dite « de la tache d'huile », dans un souci d'efficacité (et peut-être dans le cadre d'une stratégie d'accaparement). Les rapports sur la grande distribution publiés en 2008 par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et en 2011 par l'Espagne concluent tous deux que la concentration est nettement plus grande au niveau local qu'au niveau national⁴.

17. D'une manière générale, la lutte contre la concentration contribue à éviter les rapprochements qui restreindraient fortement la concurrence, par exemple, en favorisant l'apparition ou le renforcement de positions dominantes au niveau local. Les autorités chargées de la concurrence peuvent être amenées à accepter un engagement des parties selon lequel elles limiteront le degré de concentration au niveau local en revendant des magasins.

18. Enfin, le contrôle des fusions dans le secteur de la distribution a souvent un effet dissuasif pour les opérations qui risqueraient de réduire la concurrence, et le contrôle de la concentration permet aux autorités d'approfondir leur connaissance des marchés, en particulier des marchés locaux. En France, par exemple, le rôle de l'autorité dans le contrôle des fusions a été renforcé dans ce secteur, notamment avec l'abaissement des seuils de notification. L'autorité française de la concurrence a récemment modifié son approche des relations entre les grandes chaînes de distribution et leurs franchises. Les méthodes d'analyse du secteur de la distribution sont bien établies, qu'il s'agisse de délimiter les marchés pertinents ou d'évaluer ceux-ci du point de vue de la concurrence. Sur un autre plan, les fusions entre supermarchés risquent d'amplifier le pouvoir de monopsonne (acheteur) de ces derniers et donc de faire baisser les prix qu'ils paient aux fournisseurs de produits alimentaires. Au Brésil, par exemple, le secteur est marqué par des influences nationales et locales, dans la mesure où nombre de chaînes de distribution ont une assise locale ou régionale, mais sont soumises aux recommandations nationales⁵. Les centres de distribution étant une importante variable de la concurrence sur le marché de la distribution, il convient de les analyser dans une optique nationale et dans une optique locale.

⁴ Dans son rapport, l'Espagne compare le degré de concentration aux niveaux régional et national en tenant compte de la surface concernée. L'autorité britannique, quant à elle, s'appuie sur deux éléments pour juger de l'emprise d'une enseigne sur le marché local : part de marché et nombre de concurrents.

⁵ La décision ci-après témoigne du positionnement du Conseil administratif de la défense économique face au marché : En 2013, le Conseil a autorisé, moyennant des restrictions, une association entre Pão de Açúcar et Ponto Frio, et entre Pão de Açúcar et Casas Bahia, ce qui a donné naissance à la plus grande entreprise de distribution du Brésil : Via Varejo – une holding créée par le groupe Pão de Açúcar pour gérer les chaînes de magasins spécialisés Ponto Frio et Casas Bahia, ainsi qu'une société de vente en ligne des trois enseignes. Avec cette association, Via Varejo était présente dans 117 communes. Afin de satisfaire à ses obligations, le groupe a dû accepter de vendre 74 points de vente répartis dans 54 communes.

B. Obstacles juridiques

19. Dans des études de marché, les autorités de la concurrence, de même que certains observateurs dénoncent les obstacles juridiques sans commune mesure qui restreignent l'implantation ou l'expansion d'entreprises dans le secteur de la distribution de produits alimentaires. Les activités de distribution sont en effet soumises à différentes dispositions réglementaires susceptibles de nuire à la vivacité de la concurrence. Il convient donc, dans l'élaboration de ces dispositions, de s'assurer que les avantages économiques qui en découlent sont supérieurs aux coûts. Ces dispositions concernent :

a) Les restrictions à l'investissement étranger direct et à la participation étrangère. Certes, ces restrictions protègent sans doute les distributeurs nationaux déjà présents et permettent de s'assurer que le pays garde la mainmise sur le secteur de la distribution, mais il se peut aussi qu'elles nuisent à ce dernier en ce sens qu'elles limitent l'implantation d'enseignes internationales novatrices et performantes qui pourraient stimuler la concurrence intérieure et permettre aux consommateurs de bénéficier d'un plus large choix ou d'autres avantages ;

b) Les restrictions en matière de planification, de zonage et d'octroi de licences. Ces restrictions permettent peut-être de protéger les distributeurs déjà implantés – et d'éviter une prolifération tous azimuts du nombre de points de vente si cela crée un risque environnemental – mais elles peuvent aussi empêcher l'implantation de nouvelles enseignes et la mise en place de nouveaux systèmes de distribution. On citera notamment les restrictions en matière de planification, qui limitent l'implantation et la dimension des grandes surfaces et autres formes modernes de distribution ;

c) Les restrictions concernant les horaires d'ouverture. Ces restrictions protègent sans doute les droits des travailleurs en termes de temps de travail, mais, si elles ne s'appliquent pas de la même manière à tous les distributeurs, elles risquent de fausser la concurrence, de limiter le choix des consommateurs et de leur rendre les choses plus difficiles pour faire leurs courses ;

d) Le contrôle des prix et les restrictions en matière de remises. La fixation des prix peut contribuer à garantir le même prix à tous les consommateurs, où qu'ils fassent leurs courses, et les restrictions en matière de remises (qui préviennent par exemple la vente à perte) peuvent favoriser la concurrence sur des aspects autres que le prix (comme le service et la qualité), mais elles peuvent aussi avoir pour effet de protéger des distributeurs peu performants, de les dissuader de faire mieux et d'entraîner une augmentation des prix pour les consommateurs ;

e) La dépendance économique et la protection des fournisseurs.

C. Obstacles économiques et stratégiques

20. On associe généralement les obstacles économiques aux économies d'échelle des entreprises. Les grandes chaînes de distribution réalisent des économies d'échelle non négligeables sur le coût des intrants, principal coût dans la distribution de produits alimentaires, et peuvent également en réaliser dans d'autres domaines, à savoir :

a) La gestion – par une spécialisation accrue des cadres ;

b) Le financement – parce qu'elles peuvent négocier des taux d'intérêt moindres auprès des banques et avoir accès à une plus large gamme d'instruments financiers ;

c) Le marketing – car elles peuvent répartir les frais de publicité dans les médias sur un plus large éventail de produits ;

d) La technologie – grâce à des rendements d'échelle dans la fonction productive.

21. Il se peut néanmoins que les économies d'échelle réalisées sur l'ensemble d'un marché jouent un rôle encore plus grand dans l'émergence de marchés locaux à forte concentration. De ce point de vue, il est possible que les supermarchés se retrouvent en situation d'oligopole ou de quasi-monopole naturel, par exemple, si la rareté de l'espace commercial disponible pour la distribution de produits alimentaires limite de fait le nombre de concurrents sur un marché local en particulier, y compris en l'absence de restrictions en matière de planification.

D. Transparence

22. La transparence des services et des prix permet aux supermarchés de réagir rapidement aux mesures stratégiques de la concurrence, en particulier pour ce qui est des articles dont la valeur est connue (les produits de base que les consommateurs achètent régulièrement et dont on se doit de connaître le prix), des produits conditionnés et du panier de la ménagère.

E. Consommateurs captifs

23. L'achat des produits alimentaires en un seul et même lieu présente des caractéristiques spécifiques parfois négligées dans les analyses économiques. Les modèles reposant sur l'importance que les consommateurs accordent aux prix, quelle que soit la technique employée, sont réducteurs et ne correspondent pas aux comportements observés. Ainsi, en 2010, une étude réalisée par le Ministère espagnol de l'agriculture, de l'alimentation et de l'environnement sur la fidélité des consommateurs aux supermarchés a montré que 83 % des consommateurs interrogés préféraient faire leurs courses dans les mêmes magasins ; que 79,9 % d'entre eux faisaient normalement leurs courses dans le magasin le plus proche de leur domicile ; que 58,4 % préféraient faire leurs courses dans les magasins d'une même enseigne ; et que 23,2 % changeaient de magasins relativement souvent. Ces chiffres ont assez peu changé depuis 2005, malgré la crise économique que l'Espagne a connue ces dernières années⁶.

F. Emprise des supermarchés

24. Compte tenu des problèmes structurels répertoriés qui influent sur le fonctionnement du secteur de la distribution des produits alimentaires, on peut dire que l'emprise des supermarchés repose sur quatre éléments qui s'entretiennent mutuellement, comme suit :

a) Le secteur s'apparente à un oligopole (nombre réduit d'acteurs ; transparence ; part de marché importante ; pleine conscience de l'interdépendance) d'autant plus marqué qu'il y a des bastions locaux ;

b) Les consommateurs ont tendance à nouer des liens forts avec un supermarché particulier (pouvoir de l'habitude), et les asymétries en matière d'information, de même que les coûts de transfert, contribuent à réduire la pression concurrentielle qui s'y exerce ;

c) Le schéma d'entreprise des fournisseurs de produits de marques indépendantes repose sur l'accès au plus grand nombre de consommateurs possible, de façon à entretenir un système vertueux visant à faire augmenter les ventes grâce à des activités de recherche-développement et d'innovation ; ce schéma met toutefois ces

⁶ Une étude plus récente de l'institut Sondea montre que, pour faire leurs courses hebdomadaires, 86 % des consommateurs vont toujours dans le même magasin, qu'ils choisissent d'abord pour sa proximité.

fournisseurs à la merci des supermarchés. De manière générale, un supermarché peut aisément remplacer un fournisseur, alors que si un fournisseur n'a plus accès à un supermarché, son cercle vertueux de croissance risque de se transformer en une spirale descendante qui pourrait le conduire à disparaître du marché ;

d) Les supermarchés se sont intégrés verticalement dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire en produisant et en vendant leurs propres marques, et sont de ce fait devenus des concurrents de poids pour les fournisseurs de produits de marques indépendantes.

25. Les pratiques anticoncurrentielles des supermarchés ont un effet notoire sur les producteurs agricoles et sur l'industrie agroalimentaire. L'effet de ces pratiques sur les produits agricoles peut prendre diverses formes. Si les producteurs fournissent des produits de marque ou des produits sans marque directement aux supermarchés, ils peuvent être victimes d'abus en ce qui concerne les conditions d'accès. S'ils s'intègrent verticalement dans la chaîne de transformation industrielle et créent des marques commerciales, ils peuvent pâtir des pratiques décrites dans la présente section. Les producteurs peuvent en outre être touchés indirectement en tant que fournisseurs d'intrants à l'industrie agroalimentaire. Enfin, aussi avantageux qu'il soit pour les enseignes de grande distribution, le modèle d'imitation et de bas prix adopté par la plupart d'entre elles n'incite pas les producteurs et les fournisseurs à innover ou à gagner en productivité, d'où une concurrence à somme nulle, puisque ces mêmes producteurs et fournisseurs risquent de ne pas dégager des bénéfices suffisants⁷.

26. Dans nombre de pays, en particulier dans les pays en développement, l'agriculture est un des piliers de l'économie. Pour autant, il est rare que la politique et le droit de la concurrence comportent des dispositions destinées à remédier aux problèmes de concurrence dans les secteurs agricole et agroalimentaire. Dans la plupart des pays, sinon tous, la législation relative à la concurrence se limite à contrôler la concentration des marchés et le pouvoir exercé par les vendeurs sur la production grâce à un abus de position dominante, mais cela ne règle pas les problèmes de concurrence découlant du pouvoir des acheteurs. S'ils souhaitent que leur secteur agricole soit compétitif et viable, les États doivent faire disparaître les goulets d'étranglement concurrentiels dans l'approvisionnement des produits alimentaires.

IV. Principales pratiques susceptibles d'entraver la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire : Goulets d'étranglement concurrentiels

27. Du fait de leur puissance croissante, les grandes enseignes sont devenues – comme d'autres secteurs visés par des mesures énergiques en matière de concurrence et de réglementation (tels que ceux des réseaux de cartes de crédit, des systèmes informatisés de réservation et de la téléphonie mobile) – des goulets d'étranglement pour la concurrence, comme le veut la théorie économique selon laquelle, sur le plan du bien-être (des producteurs comme des consommateurs), l'exploitation des fournisseurs par les supermarchés présente toujours plus d'inconvénients que d'avantages pour les consommateurs⁸. En outre, si l'on considère que le bien-être du consommateur ne dépend pas seulement des prix, mais aussi d'un équilibre complexe entre innovation, variété, qualité et prix, on peut conclure que les abus dont les supermarchés se rendent coupables à

⁷ A. Seth et G. Randall, 1999, *The Grocers : the Rise and Rise of the Supermarket Chains* (Kogan Page Publishers).

⁸ M. Armstrong, 2006, Competition in two-sided markets, *RAND Journal of Economics*, 37 3).

l'égard des fournisseurs de marques indépendantes nuisent au bien-être de la société et du consommateur.

A. Verrouillage du marché

28. Les supermarchés peuvent entraver l'accès des fournisseurs de marques indépendantes à leurs plateformes et fausser le jeu de la concurrence au sein de celles-ci en se livrant à des pratiques horizontales qui reviennent non seulement à exploiter de manière déloyale leurs partenaires commerciaux, mais surtout à verrouiller l'accès de leurs concurrents à un marché. Pour ce faire, les supermarchés recourent aux pratiques suivantes :

- a) Utilisation abusive par le distributeur des informations commerciales confidentielles communiquées par les fournisseurs de marques indépendantes au profit de ses propres marques ;
- b) Instauration de redevances d'accès, pour empêcher la distribution des produits de marques indépendantes ;
- c) Blocage soudain de l'accès, pour nuire à la viabilité des fournisseurs de marques indépendantes ;
- d) Refus dès le départ de donner accès aux produits et innovations des fournisseurs de marques indépendantes qui font concurrence aux marques des distributeurs.

29. Les accords d'achat groupé que les distributeurs concluent entre eux pour augmenter leur pouvoir d'achat constituent également une pratique susceptible d'entraver l'accès aux plateformes. En France par exemple, la multiplication de ces accords a sensiblement augmenté le degré de concentration et a permis à des opérateurs déjà puissants au stade de la distribution de se constituer un important pouvoir d'achat⁹. Dans un rapport destiné au Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique et à la Commission des affaires économiques du Sénat, l'Autorité de la concurrence a estimé que ces accords nuisaient à la concurrence dans les domaines suivants : échanges d'informations ; symétrie des conditions d'achat ; réduction de la mobilité interenseignes ; risques de limitation de l'offre, de réduction de la qualité ou de l'incitation de certains fournisseurs à innover ou à investir ; et risques d'éviction des fournisseurs. L'Autorité a recommandé la mise en œuvre d'un train de mesures visant à éliminer les aspects négatifs de ces accords. Ces mesures consistent notamment à atténuer significativement les obstacles à l'entrée qui existent dans le secteur de la distribution, à prescrire la notification de tout nouvel accord et à modifier la procédure à suivre pour établir l'existence d'un abus de dépendance économique¹⁰.

B. Pratiques fondées ou non sur les prix

30. Il est également possible de verrouiller le marché au moyen de pratiques fondées ou non sur les prix qui ont pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les marques d'un supermarché et les marques indépendantes qu'on retrouve au sein d'un même point de vente. Bien que, dans les faits, les supermarchés puissent transférer la plupart des risques associés à la distribution vers les fournisseurs, à qui ils fournissent souvent des services

⁹ Du fait de ces accords, le marché est principalement divisé en quatre groupes d'acheteurs (Intermarché-Groupe Casino ; Carrefour-Cora ; Auchan-Système U ; et E. Leclerc) qui, ensemble, représentent plus de 90 % du marché.

¹⁰ Autorité française de la concurrence, 2015, Rapprochements à l'achat dans le secteur de la grande distribution.

rémunérés, ils n'ont pas officiellement renoncé à leur rôle de distributeur ou d'intermédiaire (qui consiste à acheter des produits pour les revendre à des consommateurs en assumant tous les risques connexes) dans la mesure où ces rôles leur offrent des avantages concurrentiels, par exemple la possibilité d'exercer un contrôle sur les prix de détail des produits de marques indépendantes. Les pratiques utilisées sont notamment les suivantes :

a) Du fait de leur influence sur les prix, les supermarchés peuvent nuire à la valeur proposée aux consommateurs pour une marque indépendante en recourant aux pratiques ci-après :

i) Créer un écart de prix artificiel entre une marque indépendante donnée et la marque de la grande enseigne. Les autorités de la concurrence n'ont que récemment commencé à tenir compte des effets anticoncurrentiels que ces écarts peuvent avoir¹¹ ;

ii) Vendre une marque indépendante à perte afin de susciter un doute quant à sa qualité. Cette façon de faire disparaître une marque n'a jusqu'à maintenant guère préoccupé les autorités de la concurrence, qui s'intéressaient davantage à la concurrence résultant des différences de prix d'une même marque, qui est statique, qu'à celle résultant des écarts de prix entre différentes marques, plus dynamique ;

iii) Refuser de répercuter sur les prix de détail les rabais que les marques indépendantes leur accordent sur les prix de gros¹² ;

iv) Interdire aux fournisseurs de marques indépendantes d'apposer des coupons de rabais sur l'emballage de leurs produits ;

b) Les supermarchés peuvent se livrer aux pratiques non fondées sur les prix ci-après pour influencer le choix du consommateur en magasin¹³ :

i) Réduire la qualité des services offerts en magasin aux fournisseurs de la marques indépendantes ;

ii) Recourir à des techniques de réorientation du consommateur vers la marque du distributeur ;

iii) Mieux positionner, dans les rayons, les produits de la marque du distributeur ou leur accorder un espace disproportionné ;

iv) Imiter l'emballage des produits de certains concurrents pour les produits de marque du distributeur.

31. Pour mettre fin à ces pratiques commerciales déloyales tendant à l'exclusion, il est possible d'adopter, selon que de besoin, des lois sur la concurrence et des mesures réglementaires.

¹¹ Comme on l'a vu, par exemple, dans les rapports sur les magasins d'alimentation concernant l'Espagne, la Finlande et Paris.

¹² Par exemple, dans son code des pratiques de l'approvisionnement alimentaires, le Royaume-Uni cherche à trouver un juste équilibre dans ce domaine en interdisant aux supermarchés de faire principalement supporter aux fournisseurs les coûts d'une promotion et en imposant aux supermarchés l'obligation d'organiser ces campagnes promotionnelles après en avoir informé les fournisseurs par écrit dans un délai raisonnable (voir l'adresse <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supply-code-of-practice>).

¹³ A. Fernández et M. Gómez, 1999, Estrategias de las marcas de distribuidor, *Distribución y Consumo*, 45:30-49.

Incidences sur les marchés et les consommateurs

32. Les consommateurs peuvent ressentir les effets des pratiques susmentionnées en termes d'accès aux produits (choix) et de nouveautés (innovation). Ils peuvent ainsi voir le choix de produits, la qualité des produits et l'innovation se réduire, que ce soit sous l'effet direct des restrictions (verrouillage) ou sous l'effet indirect d'une concurrence moins intense et/ou de sous-investissements lorsque la concurrence entre les fournisseurs est faussée.

33. À cet égard, la Commission européenne a réalisé une étude sur l'impact économique de l'évolution du secteur de la grande distribution alimentaire sur le bien-être du consommateur, en vue, notamment, de déterminer comment la concentration de distributeurs et de fournisseurs sur le marché de l'approvisionnement influe sur le choix et l'innovation, ainsi que de recueillir des données empiriques solides à ce sujet¹⁴. L'étude va plus loin que la concentration des distributeurs et des fournisseurs et tient compte d'autres facteurs, comme le type et la taille des magasins ainsi que les caractéristiques sociales et démographiques, pour expliquer les différences structurelles susceptibles d'influer sur le choix et l'innovation. Il en ressort que le choix de produits offert aux consommateurs dans les magasins locaux s'est accru, dans la mesure où le nombre de produits, de fournisseurs de marques différentes et de grands magasins a augmenté, mais que le nombre d'innovations a diminué sur la période 2008-2012¹⁵.

V. Mesures visant à éliminer les problèmes liés à la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire

A. Mesures législatives relatives à la concurrence

34. Différents facteurs mettent en lumière la nécessité de compléter le droit et les politiques de la concurrence par une réglementation ou une autoréglementation économique dans le secteur de la distribution alimentaire :

- a) Dans les pays développés, la structure du secteur de la distribution ne risque guère de devenir plus concurrentielle dans un avenir proche. La concentration du marché augmente, et il y a de moins en moins de chances de voir de nouveaux entrants arriver ou de petits acteurs se développer ;
- b) Il pourrait être plus facile de gérer les goulets d'étranglement concurrentiels en appliquant une réglementation *ex ante* qu'en recourant au droit de la concurrence ;
- c) Les pratiques anticoncurrentielles des supermarchés sont courantes, simultanées et multidimensionnelles, ce qui montre que la structure du marché est défailante ;

¹⁴ Commission européenne, 2014, Étude sur l'impact économique de la grande distribution sur le choix et l'innovation dans le secteur alimentaire de l'Union européenne.

¹⁵ L'augmentation a été plus marquée pendant la période 2004-2008 que pendant la période 2008-2012. Le choix de produits, mesuré au niveau local, a augmenté en moyenne de 5,1 % par an entre 2004 et 2012 dans les magasins couverts par l'étude. Pendant la période qui a précédé la crise (2004-2008), la croissance annuelle a été plus élevée (7,9 %) que durant la période de crise (2008-2012) (2,4 %). Selon l'étude, le nombre d'innovations a augmenté pendant la période 2006-2008 (+3,8 % par an), mais a baissé entre 2008 et 2010 (-1,2 %) ainsi qu'entre 2010 et 2012 (-5,3 %). Toutefois, la part des innovations dans le nombre total de produits a enregistré une baisse ininterrompue, passant de 43 % en 2006 à 30 % en moyenne en 2012.

d) L'intégration verticale et les pratiques de verrouillage exercées par les supermarchés transforment les relations verticales entre fournisseurs de marques indépendantes et supermarchés en relations horizontales, c'est-à-dire que les distributeurs concluent des accords de commercialisation non réciproque avec des fournisseurs dont les marques concurrencent directement les marques indépendantes qu'on retrouve en magasin ;

e) Depuis de nombreuses années, l'application du droit et des politiques de la concurrence est défavorable aux fabricants (fournisseurs) et favorable aux distributeurs. Les supermarchés bénéficient d'un régime de concurrence asymétrique (par exemple, interdiction d'imposer des prix de vente) ;

f) L'intervention des pouvoirs publics dans d'autres secteurs touchés par des goulets d'étranglement (tels que les systèmes informatisés de réservation, les réseaux de télécommunications mobiles, la fourniture d'accès à Internet et l'enregistrement des noms de domaine) montre que la réglementation économique est un complément nécessaire au droit de la concurrence ;

g) La toute-puissance des supermarchés leur a permis de regrouper deux modèles d'entreprise afin de tirer parti des avantages de chacun d'entre eux, c'est-à-dire que, d'un côté, ils offrent des services à des fournisseurs de marques indépendantes et, de l'autre, ils influent sur la concurrence dans le secteur de la distribution grâce à leur rôle d'intermédiaire officiels.

35. Ainsi, les articles 101 et 102 relatifs à la concurrence du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne contiennent pas de disposition sur les goulets d'étranglement concurrentiels qui peuvent se former dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Dans ses Lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission européenne s'est intéressée aux redevances d'accès, aux capitaines de catégories et à l'éviction de marques indépendantes sans toutefois proposer de solution concrète ; elle considère que les supermarchés ne font pas concurrence aux fournisseurs de marques indépendantes lorsqu'ils créent leurs propres marques¹⁶. Des mesures ne peuvent être prises au titre de l'article 102 que lorsqu'une entreprise se trouve en position dominante, comme en témoigne le fait qu'elle détient une part élevée du marché et qu'il existe un écart important entre sa part de marché et celles de ses concurrents. En outre, puisque aucun texte législatif de l'Union européenne ne vise les pratiques commerciales déloyales entre entreprises de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, certains États membres appliquent à cet égard la législation communautaire sur la protection du consommateur. Compte tenu des caractéristiques de la grande distribution et de son importance sur les plans économique et social, il peut être nécessaire de contrôler globalement les pratiques des supermarchés en matière d'accès aux magasins et de concurrence interne. Au moment d'interpréter les dispositions du droit de la concurrence relatives à l'abus de position dominante, il faut tenir compte des particularités des goulets d'étranglement concurrentiels, notamment de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvent de nombreuses entreprises, en particulier des petites et moyennes entreprises. Ces lacunes ont poussé des États membres à envisager d'adopter une législation qui engloberait le commerce interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire afin de protéger les entreprises et les consommateurs des goulets d'étranglement.

¹⁶ Union européenne, 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales.

B. Mesures réglementaires

36. Il devient de plus en plus évident que, pour mettre fin aux pratiques déloyales et/ou aux pratiques d'exclusion, l'application du droit et des politiques de la concurrence doit aller de pair avec une réglementation du secteur de la distribution. Les autorités ont reconnu qu'il était préférable de gérer le pouvoir d'achat des entreprises et les goulets d'étranglement concurrentiels avec une réglementation *ex ante*¹⁷ ; que l'application des lois et politiques relatives à la concurrence était défavorable aux fabricants et/ou aux fournisseurs mais favorable aux distributeurs ; et que la réglementation économique pouvait aussi tenir compte d'autres politiques dignes d'être protégées, comme la politique agricole. La réglementation des activités commerciales est un élément important de l'action gouvernementale en ce qu'elle garantit le fonctionnement efficace des marchés économiques, favorise la croissance économique et la prospérité, permet aux consommateurs de tirer parti des progrès économiques et des avantages qui en découlent, et contribue à la réalisation d'autres avancées sur le plan socioéconomique. La réglementation des activités des entreprises peut offrir des avantages à un ou plusieurs égards, mais elle peut aussi causer des préjudices à d'autres. La présente section traite de différentes questions qui se posent en ce qui concerne les mesures réglementaires à prendre dans le secteur de la distribution alimentaire pour mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles.

1. Accès aux supermarchés et concurrence interne

37. L'accès aux supermarchés devrait être accordé dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Conformément au principe d'équité, il faudrait conclure des accords d'approvisionnement qui couvrent au moins les éléments les plus importants de la relation contractuelle et prévoient un juste équilibre entre les droits et les obligations des parties. Ces accords devraient en particulier tenir compte des points suivants :

- a) Les supermarchés ne devraient pas transférer vers les fournisseurs de marques indépendantes les risques associés à leur activité de distribution ;
- b) Les autorités publiques devraient déterminer s'il est préférable de réglementer les redevances d'accès ou de les interdire¹⁸ ;
- c) Le principe de l'accès non discriminatoire, qui peut avoir une incidence sur les décisions que prennent les supermarchés concernant la gamme des produits offerts (non-discrimination partielle) ou s'appliquer aux critères de référencement retenus pour choisir les marques indépendantes référencées (non-discrimination absolue) ;
- d) La concurrence interne entre les marques des distributeurs et les marques indépendantes devrait être régie par des principes équitables, raisonnables et non discriminatoires, afin que les marques indépendantes puissent accéder aux plateformes des supermarchés dans des conditions équitables ;

¹⁷ À ce jour, les textes réglementaires *ex ante* adoptés dans ce domaine partent du principe que les fournisseurs et les supermarchés entretiennent une relation verticale et sont axés sur les comportements abusifs (qui reviennent à de l'exploitation) des supermarchés à l'égard des fournisseurs de marques indépendantes. Toutefois, les autorités publiques noteront que les supermarchés sont suffisamment puissants pour refuser l'accès de marques indépendantes à leur plateforme ou déréférencer celles-ci lorsque ces pratiques abusives (par exemple l'instauration de redevances d'accès) sont interdites.

¹⁸ Cette solution est proposée dans un Livre vert et dans un Code de conduite de l'Union européenne (voir l'adresse <http://www.supplychaininitiative.eu/>).

e) S'agissant de la concurrence s'exerçant ailleurs que dans le domaine des prix, des principes équitables, raisonnables et non discriminatoires devraient purement et simplement s'appliquer en cas de pratiques comme la diminution de la qualité des services proposés en magasin, l'utilisation de techniques de réorientation et l'octroi d'un emplacement privilégié pour certains produits. Il peut être nécessaire d'inclure une clause contre les imitations, compte tenu du rôle ambivalent des supermarchés¹⁹ ;

f) S'agissant de la concurrence par les prix, une obligation de traitement équitable et de non-discrimination pourrait s'appliquer aux prix promotionnels de gros et de détail (qui doivent se répercuter sur le prix de détail des produits de marques indépendantes)²⁰.

38. Au vu des conséquences que peut avoir, sur la concurrence, la fixation de prix inéquitables par les supermarchés pour les produits des marques indépendantes, en particulier lorsque les supermarchés sont verticalement intégrés et ont intérêt à évincer des concurrents d'un marché, les autorités peuvent dans certains cas envisager de ne pas interdire l'imposition de prix de vente.

39. Il peut être plus aisé d'appliquer des principes équitables, raisonnables et non discriminatoires à l'accès aux supermarchés et à la concurrence interne si les limites sont clairement définies entre les différents rôles des supermarchés (qui sont, d'une part, des prestataires de services rémunérés de toutes sortes qui imposent des redevances d'accès et, d'autre part, des distributeurs qui achètent des biens et gèrent tous les aspects de leur revente). Pour cela, il est possible d'interdire les redevances d'accès si les supermarchés conservent leur rôle de distributeurs.

40. Pour remédier à ce dysfonctionnement du marché, les autorités publiques peuvent envisager de cantonner les supermarchés à un rôle de prestataires de services, ce qui en ferait des points de vente proposant aux fournisseurs de marques indépendantes des services de distribution moyennant une redevance initiale ou régulière, et où ils pourraient interagir avec les acheteurs, soit directement, soit en signant des contrats d'agence avec les supermarchés. Les supermarchés, en tant que prestataires de services, pourraient vendre aux enchères les espaces de rayonnage et les services connexes fournis en magasin.

41. Les États membres de l'Union européenne ont choisi des approches législatives différentes pour lutter contre les abus résultant de déséquilibres économiques. Ainsi, en Allemagne et en Autriche par exemple, des dispositions législatives générales prévoient un examen de la situation au cas par cas pour déterminer s'il existe un déséquilibre économique significatif entre deux opérateurs, et si l'opérateur le plus fort a abusé de sa position pour imposer des conditions déloyales à la partie plus faible. D'autres États, tels que la Hongrie, la République tchèque et la Slovaquie, ont adopté des textes de loi plus précis pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales. Plusieurs de ces textes dressent une liste exhaustive des pratiques considérées comme intrinsèquement déloyales et donc illégales (listes noires), dont l'inéquité n'est pas évaluée au cas par cas.

42. La République de Corée a quant à elle adopté une loi visant à empêcher les grands distributeurs (dont les grandes surfaces et les producteurs d'émissions de télé-achat) de se servir de leur pouvoir de négociation supérieur pour désavantager indûment les parties aux transactions tels que les fournisseurs et les locataires de magasins auxquels ils sont liés par contrat. Cette loi interdit notamment les retours injustifiés, qui consistent à renvoyer au

¹⁹ Commission européenne, 2010, Invitation to tender : Study on trade secrets and parasitic copying.

²⁰ Par suite de récentes enquêtes sur les marchés menées en Espagne, en Finlande et en France, les autorités de la concurrence ont également constaté l'existence des différences artificielles entre les prix de détail des grandes marques indépendantes et ceux des marques des distributeurs (les marges commerciales accrues dégagées grâce aux produits des premiers financent les seconds).

fournisseur la totalité ou une partie des marchandises commandées ou achetées directement, sauf s'il s'agit d'une pratique commerciale habituelle ou préalablement convenue par écrit ; le refus injustifié de réception, qui consiste à retarder ou à refuser de réceptionner la totalité ou une partie des fournitures pour une raison qui ne peut être imputée au fournisseur ; et le fait de faire supporter indûment les coûts des promotions au fournisseur, c'est-à-dire de lui transférer des coûts qui ne sont pas liés aux promotions sur les articles fournis ou de lui transférer des coûts non déterminés au préalable²¹.

43. Au niveau régional, on pourrait se fonder sur les mesures réglementaires que l'Union européenne a prises afin de gérer les goulets d'étranglement observés dans d'autres secteurs, comme celui des systèmes informatisés de réservation, pour s'attaquer aux problèmes rencontrés dans le secteur de la distribution alimentaire²².

44. Au Costa Rica, en 2012, les autorités compétentes ont encouragé une réforme de la réglementation afin de protéger les pratiques monopolistiques relatives, élargissant la définition des comportements qui pourraient être jugés anticoncurrentiels sur lesquels les acheteurs et les fournisseurs peuvent s'entendre dans le cadre de leurs négociations²³. Si un comportement découlant d'une loi, d'un contrat, d'un accord, d'un arrangement ou de plusieurs de ces textes vise à évincer un agent économique ou à empêcher une ou plusieurs parties de bénéficier d'un accès et d'obtenir des avantages, ou qu'il produit de tels effets, il peut être punissable. Toutefois, il faut déterminer dans la pratique quel pouvoir l'agent exerce réellement sur le marché.

2. Comptabilisation distincte des ventes des fournisseurs de marques indépendantes et des supermarchés

45. Pour garantir aux fournisseurs de marques indépendantes un accès équitable à leurs plateformes et une concurrence interne loyale avec leurs propres marques, les supermarchés doivent comptabiliser séparément les ventes de produits de leurs propres marques et celles de produits des marques indépendantes. Cette obligation devrait s'appliquer à tous les supermarchés, en particulier à ceux qui sont verticalement intégrés à des marques indépendantes. En outre, pour protéger les initiatives novatrices des fournisseurs de marques indépendantes, il faudrait mettre en place des mécanismes appropriés empêchant les supermarchés d'utiliser de manière abusive les informations confidentielles que leur communiquent ces fournisseurs.

3. Confidentialité des plaintes

46. Un système efficace doit être mis en place pour contrer le « facteur crainte », c'est-à-dire la crainte qu'a la partie la plus faible de compromettre sa relation commerciale avec la partie la plus forte si elle dénonce ouvertement des pratiques commerciales déloyales aux autorités. Cette crainte peut empêcher les autorités de sanctionner les opérateurs du marché qui se livrent à de telles pratiques, puisqu'elles ont besoin de suffisamment d'informations pour pouvoir donner suite à une plainte. De nombreux États membres de l'Union européenne garantissent au plaignant la confidentialité de son identité, et plusieurs autorisent la soumission de plaintes collectives, qui protègent mieux l'identité des

²¹ Voir l'adresse http://eng.ftc.go.kr/policyarea/competitionpolicy_practices.jsp?pageId=0201.

²² Par exemple, le règlement (CEE) n° 2299/89 du Conseil européen, du 24 juillet 1989, instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation régit l'accès aux systèmes informatisés de réservation et la concurrence au sein de ceux-ci ; dispose qu'il faut opérer, sur les plans juridique et fonctionnel, une distinction entre les systèmes informatisés de réservation et leur transporteur associé ; et prévoit que la Commission européenne mène une action d'orientation et de mise en œuvre avec le concours de contrôleurs indépendants.

²³ Art. 12 de la loi sur la promotion de la concurrence et la protection du consommateur.

plaignants, ou permettent à toute partie intéressée de déposer une plainte. Les plaignants n'ont donc pas besoin d'agir en personne, mais peuvent par exemple se faire représenter par une association.

4. Autorités de réglementation indépendantes et possibilité d'ouvrir une enquête de leur propre initiative

47. Le secteur de la distribution alimentaire devrait être réglementé par une autorité indépendante qui serait d'office compétente pour enquêter et infliger des amendes. Cette responsabilité pourrait être confiée soit à un nouvel organisme public investi de pouvoirs réglementaires suffisants, soit à un organisme existant comme l'autorité de la concurrence. Si le secteur est réglementé par un nouvel organisme, celui-ci devrait être investi de pouvoirs suffisants pour élaborer des orientations interprétatives et des règlements ; régler ou arbitrer des différends bilatéraux ; ouvrir d'office une procédure d'infraction ou donner suite aux plaintes déposées par les parties lésées ou les associations qui les représentent ; et imposer des mesures correctives ou des amendes.

48. Les États membres de l'Union européenne ont chargé différentes autorités nationales de lutter contre les pratiques commerciales déloyales. Il peut s'agir soit d'autorités de la concurrence, soit d'organismes spécialisés comme un ministère, une agence des produits alimentaires et un organisme de lutte contre la fraude. Ces autorités sont compétentes pour ouvrir une enquête lorsqu'il existe suffisamment d'éléments permettant d'établir qu'une entreprise se livre à des pratiques commerciales déloyales interdites par la législation nationale. La plupart des États membres peuvent infliger aux entreprises qui se livrent à de telles pratiques des amendes dont le montant maximum est fixé en termes absolus, tandis que d'autres calculent le montant de l'amende en fonction du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise ayant agi de manière déloyale contre un partenaire commercial moins puissant²⁴. Au Royaume-Uni, par exemple, l'organisme indépendant chargé d'appliquer le code des pratiques de l'approvisionnement alimentaire supervise les relations entre les supermarchés et leurs fournisseurs pour faire en sorte que les grandes enseignes traitent leurs fournisseurs directs de manière légale et équitable, enquête sur les plaintes et arbitre les différends. De son côté, l'Espagne a adopté une nouvelle loi prévoyant des mesures visant à améliorer le fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire²⁵. Enfin, étant donné que l'intégration verticale des activités des supermarchés et des fournisseurs de marques indépendantes et que le contrôle qu'exercent les premiers sur la concurrence interne en tant que distributeurs créent d'importants problèmes dans le domaine de la concurrence, les autorités publiques pourraient envisager de créer un mécanisme d'audit semblable à celui mis en place au titre du règlement n° 2299/89 du Conseil européen, qui vise à garantir une concurrence équitable entre les transporteurs aériens et les systèmes informatisés de réservation, afin de protéger les intérêts des consommateurs.

C. Initiatives volontaires relatives à la chaîne d'approvisionnement

49. Diverses enquêtes approfondies ont été menées concernant des restrictions imposées par les grandes enseignes, en particulier dans le secteur de la distribution alimentaire, comme le montrent les paragraphes ci-après.

²⁴ Ce montant varie entre 0,05 % du chiffre d'affaires dans un État membre et 10 % dans plusieurs autres.

²⁵ Voir l'adresse <https://www.boe.es/boe/dias/2013/08/03/pdfs/BOE-A-2013-8554.pdf>.

50. Au Royaume-Uni, l'autorité de la concurrence a mené deux enquêtes exhaustives et recensé une multitude de restrictions imposées par les distributeurs. Un code de pratique sectoriel a donc été élaboré, avec l'appui du Gouvernement et sous la supervision d'un arbitre, pour empêcher les distributeurs de se servir de leur pouvoir d'achat pour nuire à la concurrence ou de livrer à des pratiques commerciales déloyales (comme de retarder le paiement des fournisseurs sans raison valable).

51. L'Australie a adopté un code de pratique destiné à garantir des pratiques loyales et équitables entre les acteurs du secteur.

52. Des actions plus adaptées ont été menées dans d'autres pays où des distributeurs ont abusé de leur emprise sur le marché, comme en Allemagne, en Bulgarie, en Hongrie et au Japon.

53. D'autres pays, tels que l'Autriche, le Chili, l'Espagne, la Finlande, la Hongrie, l'Italie, le Mexique, les Pays-Bas, le Portugal et la Roumanie, ont réalisé des enquêtes sur le marché. Par conséquent, il existe un corps croissant d'études et de cas qui apportent un éclairage sur les enquêtes relatives au pouvoir d'achat des grandes surfaces.

54. Le Costa Rica a élaboré un code sur les pratiques responsables des entreprises dans la chaîne de valeur prévoyant le respect par un important groupe d'opérateurs économiques de l'autoréglementation établie par les acteurs de la chaîne (producteurs, fournisseurs et consommateurs), ainsi que le suivi des relations entre ces opérateurs²⁶.

55. Une initiative de l'Union européenne relative à la chaîne d'approvisionnement a été lancée dans le cadre du Forum à haut niveau sur l'amélioration du fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire de la Commission européenne²⁷. Le but de l'initiative est d'accroître l'équité des relations commerciales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. À cette fin, en 2011, tous les représentants du marché qui ont participé au groupe de travail du Forum chargé d'examiner les pratiques commerciales déloyales, y compris des représentants du secteur agricole, se sont accordés sur une série de bonnes pratiques en matière de relations verticales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Toutefois, malgré les efforts significatifs déployés par toutes les parties prenantes, les acteurs de cette dernière ne sont pas parvenus à s'accorder sur un mécanisme d'application volontaire, parce que les agriculteurs et les transformateurs de viande ont estimé que la confidentialité de l'identité du plaignant n'était pas garantie. L'initiative volontaire relative à la chaîne d'approvisionnement, cadre volontaire de mise en œuvre de l'ensemble des principes de bonnes pratiques, a été lancée en septembre 2013. Les entreprises peuvent s'associer à l'initiative si elles se conforment aux principes. Dans le cadre de celle-ci, les différends entre opérateurs peuvent être réglés par la médiation ou l'arbitrage. En outre, des lignes directrices concernant la création de plateformes nationales ont été élaborées. Elles comprennent des dispositions régissant la composition, le règlement intérieur et les activités de sensibilisation aux initiatives nationales. À partir de ces lignes directrices, l'initiative relative à la chaîne d'approvisionnement et les initiatives nationales peuvent engager un processus de reconnaissance mutuelle dans le but de mettre en place une plateforme. À ce jour, de telles plateformes ont été mises en place en Belgique, en Finlande et aux Pays-Bas. En Allemagne, des associations de parties prenantes représentant tous les stades de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, y compris le secteur agricole, envisagent de créer une plateforme similaire.

²⁶ Voir l'adresse http://www.aedcr.com/Documentos/Economico/Codigo_Practicas_Responsables.pdf.

²⁷ Voir l'adresse <http://www.supplychaininitiative.eu/>.

VI. Conclusion

56. Le secteur de la distribution est un maillon important de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Vu le rôle prépondérant que jouent les supermarchés dans la distribution des produits alimentaires aux consommateurs finaux, une concurrence loyale au sein du secteur de la distribution alimentaire est indispensable si l'on veut garantir l'accès des producteurs et des fournisseurs à la chaîne de distribution sur la base de l'égalité. Un environnement dans lequel les supermarchés imposent des prix inéquitables et/ou des conditions de vente déloyales aux fournisseurs nuit non seulement à ces derniers mais aussi aux consommateurs, qui en ressentent les effets sur les prix des produits et le choix de produits. Réglementer le secteur peut permettre de régler cette situation, de favoriser une concurrence loyale sur le marché au bénéfice des consommateurs et d'appuyer les politiques agricoles en garantissant des conditions commerciales équitables aux petits producteurs agricoles.
