

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Puissance d'achat et ententes d'acheteur – Contribution de la France**

22 juin 2022

Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre de la session 4 de la 138ème réunion du comité de la Concurrence tenue du 22 au 24 juin 2022

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur :  
<https://www.oecd.org/daf/competition/purchasing-power-and-buyers-cartels.htm>

Antonio CAPOBIANCO  
Antonio.Capobianco@oecd.org, +(33-1) 45 24 98 08

**JT03496057**

## France

### 1. Introduction

1. La puissance d'achat confère à un acheteur la capacité d'obtenir de meilleures conditions d'approvisionnement auprès d'un vendeur, notamment grâce à sa taille. La coopération à l'achat accentue cette puissance en renforçant la position des acheteurs.

2. Ces accords de coopération sont également susceptibles de comporter des risques concurrentiels : échanges d'informations illicites, réduction de la mobilité inter-enseignes, pratiques d'éviction de certains acteurs (industriels, PME ou petits distributeurs), réduction de l'offre (soit directement par la réduction des gammes de produits, ou la baisse de l'innovation, ou indirectement par l'exigence d'avantages sans contreparties, etc.).

3. Ces dernières années ont permis de constater une tendance, qu'elle soit nationale ou internationale, au renforcement de ces accords à l'achat, et à l'émergence d'une concentration croissante, notamment au sein du secteur de la grande distribution sur les marchés de détail, accompagnée d'une multiplication des rapprochements à l'achat et d'une recomposition fréquente des alliances<sup>1</sup>. Cette augmentation croissante du niveau de concentration a conduit le législateur français à se demander si le droit positif permettait de trouver le bon équilibre entre les enjeux d'efficacité et les risques de pratiques anticoncurrentielles.

4. En effet, les rapprochements entre centrales sont susceptibles de n'être principalement appréhendés qu'au titre des règles sur les ententes ou sur les abus de position dominante, et donc *a posteriori*.

5. C'est à cela que **le législateur français** a cherché à remédier avec le dispositif introduit par la loi dite « Macron » en 2015, permettant à l'Autorité de la concurrence d'être informée, avant leur mise en œuvre, des accords de coopération à l'achat les plus importants. Ce dispositif de notification obligatoire introduit à l'article L 462-10 du code de commerce, a été renforcé par la loi dite « EGAlim » de 2018, qui a établi un mécanisme de contrôle et de bilan concurrentiel par l'Autorité des accords notifiés quatre mois avant leur mise en œuvre.

6. Ce dispositif, qui emprunte à la fois aux modèles du droit des concentrations (notification obligatoire des accords *a priori*) et du droit des pratiques anticoncurrentielles (mesures conservatoires et injonctions) a été mis en application deux fois<sup>2</sup> par l'Autorité de

---

<sup>1</sup> Les rapprochements à l'achat ne sont pas nouveaux mais font l'objet d'une actualité ces dernières années comme l'illustrent deux vagues successives de rapprochements à l'achat (i) en 2014 avec la création des centrales Auchan/Système U, Intermarché/Casino et Carrefour/Provera et (ii) en 2018 avec la création d'une centrale d'achat commune «Horizon» par Auchan, Casino, Metro et Schiever et (iii) en 2018 aussi avec le regroupement à l'achat Carrefour/Tesco.

<sup>2</sup> Accords de regroupement à l'achat de Casino, Auchan, Metro et Schiever : les entreprises ont proposé des engagements, acceptés par l'Autorité de la concurrence dans une décision 20-D-13 du 22 octobre 2020, qui ont conduit notamment à modifier l'accord existant portant sur la fourniture de marques de distributeurs, et à réduire son périmètre en excluant plusieurs familles de produits agricoles (lait, œufs) ou issus de secteurs connaissant des difficultés économiques (charcuterie, cidre) ; accords de regroupement à l'achat de Carrefour et Tesco : l'Autorité de la concurrence, par une décision 20-D-22 du 17 décembre 2020, a rendu obligatoires les engagements qui excluent certaines familles de produits de l'accord concernant les marques de distributeurs, limitent leur coopération pour d'autres familles de produits et garantissent aux PME la possibilité de candidater

la concurrence. Il a permis de modifier les accords tels qu'initialement conçus (notamment par l'exclusion du périmètre de la coopération de certaines familles de produits ou la limitation de la coopération pour d'autres familles).

7. Aux côtés de ce dispositif, existe depuis de nombreuses années en droit français le droit des pratiques restrictives de concurrence (« PCR ») qui interdit la soumission du cocontractant à un déséquilibre significatif, sans la condition de position dominante ni celle des effets sur le marché ; ce dispositif étant particulièrement adapté aux relations commerciales entre les industriels et la grande distribution.

## 2. L'appréciation des accords à l'achat sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles

8. Les alliances à l'achat entre entreprises concurrentes consistent à agréger les puissances d'achat individuelles de ces entreprises pour créer une puissance d'achat plus importante susceptible de leur permettre de baisser le coût d'achat de certains produits, qu'il s'agisse d'intrants ou de produits destinés à être revendus en l'état. Ce type de coopération peut être mis en œuvre via la création d'une entité distincte des parties, dédiée à la négociation, ou plus simplement, uniquement via un accord contractuel, notamment le mandat, fixant les modalités de l'alliance.

9. En tant que tels, ces accords peuvent être appréciés au regard des articles 101, paragraphe 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après, « TFUE ») et L. 420-1 du code de commerce.

### 2.1. La nécessaire distinction entre accords de coopération à l'achat et cartels à l'achat

10. Dans ce contexte, il convient néanmoins de distinguer les accords de coopération à l'achat des cartels à l'achat, qui constituent des ententes illicites sévèrement sanctionnées eu égard à leur nocivité sur le jeu de la concurrence<sup>3</sup>. A l'inverse, s'agissant des accords d'achat groupés, la Commission, comme l'Autorité de la concurrence (« l'Autorité ») ne les considèrent pas a priori comme nécessairement illicites, et estiment qu'ils peuvent engendrer, dans certaines circonstances, un effet pro-concurrentiel, notamment lorsque la réduction des coûts d'achats se traduit à l'aval par la baisse des prix aux consommateurs<sup>4</sup>.

---

aux appels d'offres lancés par les deux groupes pour leur approvisionnement en marques de distributeurs.

<sup>3</sup> Décision ADLC 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier § 394 : « *Le fait que la pratique ait porté sur un prix d'achat, et non sur un prix de vente, ne remet pas en cause cette appréciation, comme l'illustre la décision n° C (2005) 4012 final de la Commission européenne du 20 octobre 2005 dans l'affaire dite « tabac brut - Italie » (JO L 353, p. 45 du 13 décembre 2006), qualifiant une pratique de fixation des prix d'achat communs comparable à celle en cause en l'espèce de très grave* ».

<sup>4</sup> « *La puissance d'achat peut être pro-concurrentielle en ce qu'elle constitue un contre-pouvoir de marché qui incite les producteurs à réduire leurs marges et leurs coûts de production. Ces effets de la puissance d'achat peuvent ensuite s'étendre sur le marché aval, au bénéfice des consommateurs finaux si l'intensité de la concurrence sur ce marché aval est élevée. En effet, la réduction des coûts d'achat peut avoir des motivations variées suivant qu'il s'agisse pour le distributeur de reconstituer ses marges, ou bien de retrouver de la compétitivité en baissant ses prix aux consommateurs* » (avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, §34).

11. Les accords de coopération à l'achat se distinguent des cartels à l'achat, d'une part, par l'éventuelle licéité de leur objet, et, d'autre part, par leur impact sur le marché.

### ***2.1.1. La question de la licéité de l'objet de l'accord à l'achat***

12. Un accord de coopération à l'achat qui vise uniquement à baisser certains prix d'achat, et dont tant les modalités de fonctionnement contractuelles, que le comportement des parties durant la mise en œuvre de l'accord, ne vont pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'objectif de la coopération, ne constitue généralement pas une restriction de concurrence par objet.

13. Tel n'est pas le cas lorsque le partenariat à l'achat sert en réalité de support à une entente anticoncurrentielle, ayant un objet similaire à ce que l'on peut retrouver dans des cas de cartel, tels que la fixation des prix d'achat ou la répartition des quantités<sup>5</sup>. Dans ces hypothèses, l'accord d'achat ne serait plus une forme de coopération licite mais relèverait d'un cartel ayant pour objet d'altérer la concurrence sur le marché.

14. Le caractère secret d'un accord portant sur les conditions commerciales relatives au prix d'achat de produits et/ou de services constitue une preuve supplémentaire d'une entente illicite. Ce faisant, les participants à l'accord décident d'altérer de manière artificielle la négociation commerciale, et donc *in fine* le marché.

15. Par opposition, dans le cadre d'un accord de coopération à l'achat, les fournisseurs ont connaissance de son existence, ce qui leur permet alors de déterminer leur positionnement en toute connaissance de cause.

### ***2.1.2. L'impact de l'accord à l'achat sur le marché***

16. L'impact sur la concurrence d'un accord à l'achat dépend du pouvoir de marché des parties audit accord. Il n'existe pas de seuil absolu au-delà duquel on peut présumer que les parties à un accord à l'achat ont un pouvoir de marché tel que ce dernier est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence. Toutefois, si les parties à l'accord à l'achat détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15 %, tant sur le marché d'achat que sur le marché de la vente, il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe. En toute hypothèse, il est probable dans ce cas que les conditions visées à l'article 101§3 TFUE, soient remplies<sup>6</sup>.

17. A l'inverse, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse approfondie des effets sur la concurrence et du pouvoir de marché des membres d'un cartel à l'achat (ayant donc un objet anticoncurrentiel), au motif que ces accords visent par leur nature même à

---

<sup>5</sup> Déc. Comm. no C (2005) 4012 final, 20 oct. 2005, aff. COMP/C.38.281/B.2 – Tabac brut – Italie. ; no 2007/534/CE, 13 sept. 2006, aff. COMP/38.456, Bitume - Pays-Bas. ADLC, décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie 20-D-09 du 16 juillet 2020.

<sup>6</sup> Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01), §208.

restreindre la concurrence<sup>7</sup>. Une telle entente est toutefois susceptible d'avoir davantage d'impact si elle porte sur une part significative du marché<sup>8</sup>.

18. L'impact sur la concurrence dépend également de la manière dont les pratiques affectent l'autonomie des opérateurs impliqués : plus l'autonomie sera affectée, plus les pratiques sont susceptibles d'avoir un impact important. A ce titre, dans le cas d'accords à l'achat, les entreprises gardent théoriquement un certain degré d'autonomie sur le marché amont, la diminution de l'autonomie étant strictement limitée à ce qui est nécessaire à la réalisation de la coopération. A titre d'illustration, dans le cadre d'un accord de coopération à l'achat dans le secteur de la grande distribution, la coopération se limite à la négociation de certains paramètres du prix d'achat, les parties à l'accord demeurant autonomes sur des paramètres importants de concurrence qu'il s'agisse de la réalisation des achats en tant que tels, ou de la manière dont le plan d'affaires va être mis en œuvre (assortiments, innovations, services notamment).

19. A l'inverse, dans le cas d'un cartel à l'achat, l'altération de l'autonomie commerciale est susceptible d'être plus importante dans la mesure où les échanges peuvent potentiellement porter sur davantage de paramètres de concurrence<sup>9</sup>, et ce, notamment en raison du caractère secret de la coordination.

## 2.2. Le cadre d'analyse des accords à l'achat par l'Autorité de la concurrence

20. La problématique des accords à l'achat a, depuis plusieurs années, fait l'objet d'une attention particulière de la part de l'Autorité, dans un cadre consultatif aussi bien que contentieux.

### 2.2.1. L'avis n°15-A-06 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire

21. A compter de fin 2013, les enseignes de la grande distribution à dominante alimentaire se sont engagées, pour préserver ou faire progresser leurs parts de marché, dans une « guerre des prix » en France<sup>10</sup>. Courant 2014, les distributeurs ont, d'une part, répercuté le coût de cette « guerre des prix » sur les fournisseurs, par des demandes

---

<sup>7</sup> « Il convient cependant de relever que, aux termes des dispositions du point 18 desdites lignes directrices, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets réels sur la concurrence et le marché des accords qui ont pour objet de restreindre la concurrence par la fixation des prix, la limitation de la production ou encore la répartition des marchés ou des clients et qui sont présumés produire des effets négatifs sur le marché. La Commission ayant considéré que les accords en cause visaient par nature à restreindre la concurrence (considérant 165 de la décision attaquée), il ne lui appartenait dès lors pas de procéder à une analyse approfondie du pouvoir de marché des membres du W5 » (arrêt du tribunal 27 septembre 2012, affaire T-362/06, Ballast Nedam Infra BV, §84).

<sup>8</sup> Dans l'affaire précitée relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier, l'Autorité a sanctionné une entente à l'achat entre des opérateurs sur le marché du porc breton qui représentaient 70 % des achats sur le marché (décision n°13-D-03 du 13 février 2013, § 398).

<sup>9</sup> A titre d'illustration, dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier, qui sanctionnait un cartel à l'achat, les sociétés se sont non seulement entendues sur la fixation d'un prix à l'achat, mais ont également échangé des informations sensibles relatives au prix de retrait des abatteurs mis en cause (décision n°13-D-03 du 13 février 2013, § 272 et s.).

<sup>10</sup> L'étude des prix à la consommation de l'INSEE, publiée en juin 2014, indiquait un net recul des prix des produits alimentaires (-1,5 % sur un an). Le prix des produits frais a connu une baisse de 10,6 % sur un an tandis que les prix des fruits et légumes et des fruits frais ont eux aussi connu une forte baisse sur un an, respectivement de -9,9 % et - 14,5 %.

d'avantages financiers supplémentaires visant à compenser leur perte de marge. D'autre part, ils ont conclu, dans un délai extrêmement court, des rapprochements (au nombre de trois) entre centrales d'achat<sup>11</sup> ayant pour objectifs affichés d'obtenir de meilleures conditions d'achat de la part des fournisseurs dans le but d'accroître leur compétitivité.

22. Dans ce contexte, l'Autorité a été saisie pour avis par le ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique et par la Commission des affaires économiques du Sénat. Elle a rendu en mars 2015 un avis<sup>12</sup> dans lequel elle a établi une grille d'analyse générale et une cartographie des risques concurrentiels que les rapprochements à l'achat peuvent soulever, tant sur les marchés amont de l'approvisionnement que sur les marchés aval de la grande distribution à dominante alimentaire.

23. Plusieurs risques concurrentiels avaient été identifiés dans le cadre de l'avis. Sur le marché aval d'abord, l'Autorité avait identifié trois types de risques :

- un risque lié aux échanges d'informations commercialement sensibles : de tels échanges peuvent permettre aux distributeurs de comparer les contreparties qu'ils proposent aux fournisseurs mais aussi les rémunérations qui leur sont associées. De tels échanges pourraient avoir non seulement pour effet de lisser vers le bas les contreparties octroyées, qu'il s'agisse des assortiments, des lancements d'innovations ou des opérations commerciales, mais également celui d'accroître la transparence tarifaire à leur avantage. Ces échanges pourraient ainsi diminuer l'intensité concurrentielle entre les distributeurs à l'aval. Pour limiter ce risque, l'Autorité préconisait la mise en place d'obligations de confidentialité, de restrictions relatives à la mobilité des salariés, et de structures juridiques distinctes des distributeurs, dédiées à la négociation en commun ;
- un risque lié à la symétrie des conditions d'achat : les accords à l'achat peuvent aussi entraîner une homogénéité des prix d'achat des principaux produits de grande consommation, ce qui peut favoriser une collusion sur le marché de la distribution de détail ;
- un risque lié à la réduction de la mobilité inter-enseigne : les accords à l'achat peuvent enfin réduire l'incitation des partenaires à se faire concurrence sur l'affiliation de nouveaux magasins, ce qui peut figer une partie significative du parc de magasins.

24. Sur le marché amont ensuite, l'Autorité avait identifié deux risques principaux :

- un risque de limitation de l'offre, de réduction de la qualité ou d'incitation de certains fournisseurs à innover ou investir : en raison de la réduction des marges des fournisseurs consécutive aux accords à l'achat, ces derniers peuvent être amenés à devoir réduire leurs investissements, le lancement d'innovations ou à rationaliser leur offre ;
- un risque d'éviction des fournisseurs non concernés par les accords : les baisses de prix consenties par les fournisseurs concernés par les accords peuvent conduire à une baisse du chiffre d'affaires de leurs concurrents non concernés, soit parce que leurs ventes vont diminuer (effet volume) soit parce qu'ils seront contraints de s'aligner sur les remises concédées par les fournisseurs concernés (effet prix).

---

<sup>11</sup> Entre Système U et Auchan ; Intermarché et Casino ; et Carrefour et Provera.

<sup>12</sup> Avis du 30 mars 2015 n°15-A-06 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

25. Dans cet avis, l'Autorité a reconnu que ces accords pouvaient également conduire à des effets pro-concurrentiels, notamment sur les niveaux de prix de vente au détail des produits de grande consommation en cas de répercussion à l'aval d'une partie significative des baisses de prix obtenues à l'amont via la coopération à l'achat. De tels bénéfices sont notamment fonction de la manière dont est structurée la coopération et des conditions de concurrence à l'aval.

26. Les constats opérés dans le cadre de cet avis ont conduit l'Autorité à s'interroger sur l'opportunité d'ajuster le cadre législatif en vigueur afin de permettre à celle-ci d'intervenir en temps utile sur la conclusion et la mise en œuvre de ces accords. L'Autorité s'est par conséquent montrée favorable à l'instauration d'un mécanisme d'information préalable obligatoire, lui permettant d'assurer son rôle de veille de manière efficace.

27. Ce dispositif a été introduit à l'article L. 462-10 du code de commerce par la loi Macron du 6 août 2015<sup>13</sup>.

### ***2.2.2. L'introduction d'un mécanisme d'information préalable obligatoire à l'article L. 462-10 du code de commerce***

28. L'article L. 462-10 du code de commerce a créé un dispositif *ad hoc* consistant en une obligation de communiquer à l'Autorité tout accord de coopération à l'achat ou de référencement entre des entreprises<sup>14</sup>, et ce, deux mois avant la mise en œuvre dudit accord.

29. Les accords d'achat ou de référencement sont concernés par cette obligation lorsque :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des parties est supérieur à 10 milliards d'euros ; et
- le chiffre d'affaires total hors taxe réalisé à l'achat en France est supérieur à 3 milliards d'euros<sup>15</sup>.
- En 2018, sans modifier ces seuils d'application, la loi Egalim<sup>16</sup> a renforcé les pouvoirs que l'Autorité détient à travers ce dispositif, de telle sorte qu'avant leur entrée en vigueur, puis à l'occasion de leur mise en œuvre, ces accords puissent faire l'objet d'un contrôle renforcé au regard du droit de la concurrence.
- *Ex ante* d'abord, la loi a introduit deux mesures : elle a étendu, de deux à quatre mois, le délai qui doit être observé entre la communication d'un accord à l'Autorité et sa mise en œuvre ; et elle a introduit l'obligation, pour les parties, de fournir à

<sup>13</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

<sup>14</sup> « Tout accord entre entreprises ou groupements de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la grande distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs » (article L. 462-10 I c. com.).

<sup>15</sup> Décret n° 2015-1671 du 14 décembre 2015 relatif aux seuils de chiffres d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés, article 1.

<sup>16</sup> Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

l'Autorité, en même temps que la communication de l'accord, un « dossier d'information »<sup>17</sup>.

- *Ex post* ensuite, la loi a créé une procédure de « bilan concurrentiel » de la mise en œuvre de ces accords, qui peut être ouverte par l'Autorité de sa propre initiative ou à la demande du ministre chargé de l'économie<sup>18</sup>. Cette procédure doit permettre à l'Autorité d'« examine[r] si cet accord, tel qu'il a été mis en œuvre, est de nature à porter une atteinte sensible à la concurrence au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce »<sup>19</sup>. Pour ce faire, l'Autorité doit apprécier « si l'accord apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser d'éventuelles atteintes à la concurrence, en prenant en compte son impact tant pour les producteurs, les transformateurs et les distributeurs que pour les consommateurs »<sup>20</sup>.
- Si de telles atteintes ou des effets anticoncurrentiels ont été identifiés, les parties peuvent s'engager à prendre des mesures pour y remédier dans le délai que fixe l'Autorité. La loi a ainsi donné la possibilité pour l'Autorité de prendre, de sa propre initiative, des mesures conservatoires, dans l'hypothèse où « cet accord entraîne ou est susceptible d'entraîner immédiatement après son entrée en vigueur » une « atteinte à la concurrence [présentant] un caractère suffisant de gravité »<sup>21</sup>.

### 2.3. La mise en œuvre de ce cadre d'analyse : la pratique décisionnelle récente de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords à l'achat

30. Une deuxième vague de rapprochements à l'achat a eu lieu en France en 2018, avec la formation de quatre nouvelles alliances, entre Auchan, Casino, Metro et Schiever ; Carrefour et Tesco ; Carrefour et Système U ; et Intermarché et Francap, notifiées à l'Autorité sur le fondement de l'article L. 462-10 du code de commerce lorsque les conditions de seuils de chiffres d'affaires étaient notamment remplies. Ces alliances ont conduit à une concentration à l'achat encore plus forte, puisque les quatre premiers

---

<sup>17</sup> Ce dossier d'information prévu à l'arrêté du 9 septembre 2020 relatif au contenu du dossier d'information et du rapport prévus à l'article L. 462-10 du code de commerce doit notamment comprendre : une « description de l'opération » ; une « présentation des entreprises parties aux accords » ; une définition des « marchés concernés » par l'accord, à l'amont et à l'aval ; l'identité des fournisseurs concernés par l'accord et de leurs principaux concurrents ; une « description détaillée de la méthodologie » employée pour sélectionner les fournisseurs et les secteurs concernés par l'accord ou, le cas échéant pour les en exclure (voir à ce sujet l'avis de l'Autorité n°20-A-02 du 13 février 2020 relatif au contenu du dossier d'information et du rapport prévus à l'article L. 462-10 du code de commerce).

<sup>18</sup> Régie par les articles L. 463-2, L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7 du code de commerce.

<sup>19</sup> Article L. 462-10 II alinéa 3 c. com.

<sup>20</sup> Le rapport prévu dans le cadre de la procédure de bilan concurrentiel doit comprendre l'actualisation des informations figurant dans le dossier d'information et la présentation des effets de l'accord sur chaque marché concerné, à l'amont et à l'aval.

<sup>21</sup> Article L. 462-10 III du code de commerce.

acheteurs de la grande distribution<sup>22</sup> représentaient alors plus de 92% du marché, l'IHH<sup>23</sup> à l'amont passant de 2190 en 2014 à 2343 en 2018<sup>24</sup>.

31. D'un champ plus large que les alliances précédentes dans la mesure où elles portaient notamment sur les produits à marque de distributeur (« MDD »), les deux premières alliances ont donné lieu en 2020 à deux décisions d'engagements de l'Autorité, lesquelles concernaient ces produits<sup>25</sup>.

32. Dans ces affaires, l'Autorité s'est saisie d'office sur le fondement du II de l'article L. 462-10, en vue d'examiner si ces différents accords de coopération risquaient de porter une atteinte sensible à la concurrence. L'Autorité s'est ensuite saisie d'office en mesures conservatoires, sur le fondement du III de l'article L. 462-10, pour examiner le bien-fondé du prononcé de telles mesures s'agissant du volet de la coopération portant sur les produits MDD. Les services d'instruction de l'Autorité avaient en effet considéré que la mise en œuvre de ce volet était susceptible de soulever plusieurs risques d'atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

33. Premièrement, à l'amont, les accords étaient susceptibles d'avoir des effets contrastés. Les baisses de prix à l'achat qu'ils étaient susceptibles de générer concernaient dans un nombre significatif de cas des entreprises disposant d'un pouvoir de marché faible en raison des conditions contractuelles et économiques dans lesquelles ces relations étaient nouées. Or les fournisseurs pouvaient être impliqués dans le processus d'innovation, les produits MDD n'étant pas systématiquement définis de manière unilatérale par les distributeurs. Dès lors, la mise en œuvre des accords de coopération comportait le risque que les fournisseurs de MDD concernés par les accords voient leur incitation à innover et à investir diminuer.

34. Deuxièmement, à l'aval, les accords portaient sur des produits MDD potentiellement différenciants entre les enseignes au niveau national. Or ces produits étaient amenés à jouer un rôle de plus en plus stratégique dans la politique de différenciation entre distributeurs. Ainsi, lorsque les accords concernaient des distributeurs qui étaient également concurrents sur le marché de détail<sup>26</sup>, la mise en œuvre des accords de coopération risquait d'affaiblir la concurrence entre enseignes.

35. Les services d'instruction de l'Autorité ont estimé que les conditions du III de l'article L. 462-10 relatives à l'adoption de mesures conservatoires étaient remplies, notamment à la lumière de l'atteinte « sensible » à la concurrence que ces accords étaient susceptibles d'entraîner, du fait que cette atteinte présentait un caractère suffisant de gravité et qu'elle était immédiate.

36. Dans ces conditions, les services d'instruction ont proposé l'adoption de mesures conservatoires; les distributeurs ont par la suite transmis à l'Autorité une proposition d'engagements consistant à :

---

<sup>22</sup> Envergure (Carrefour, Système U et Provera) ; Leclerc ; Horizon (Auchan, Casino, Metro et Schiever) ; et ITM/ Francap.

<sup>23</sup> Indice de Herfindahl-Hirschmann mesurant la concentration d'un marché.

<sup>24</sup> Calculs réalisés à partir des données Kantar Worldpanel 2014 et 2018.

<sup>25</sup> Décision n°20-D-13 du 22 octobre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever et Décision n°20-D-22 du 17 décembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Carrefour et Tesco.

<sup>26</sup> Problématique spécifique à l'accord Auchan, Casino, Metro et Schiever.

- exclure certaines catégories de produits MDD du champ de la coopération. Ces exclusions étaient le plus souvent justifiées par les caractéristiques du marché et concernaient généralement des produits agricoles pas ou peu transformés (comme le lait, les œufs, la charcuterie ou les fruits et légumes), dont les fournisseurs disposent a priori d'un pouvoir de marché limité. Dans le cas des accords impliquant des opérateurs également concurrents à l'aval sur le marché de détail, certaines catégories ont été exclues en raison de leur caractère différenciant (comme les chips, les pâtés, le foie gras) ;
- limiter à 15 % leurs achats en commun dans d'autres catégories de produits MDD pour lesquelles les caractéristiques du secteur et le poids des parties sur le marché ne permettaient pas d'exclure tout risque concurrentiel (comme le coton, les conserves, les biscottes, les pommes de terre, ou les fromages).

37. Pour les autres familles de produits, les engagements permettaient à la coopération de se poursuivre aux conditions initiales.

38. Dans leur économie générale, les engagements présentés étaient cohérents et allaient dans le sens d'un résultat équilibré de nature à limiter les risques concurrentiels identifiés sur les produits MDD. En effet, les fournisseurs auprès desquels les achats groupés étaient exclus totalement ou partiellement du périmètre de la coopération correspondaient au segment de l'offre sur l'amont, qui est le plus fragile en termes de pouvoir de négociation. Concernant en particulier les fournisseurs de certains produits agricoles, peu ou pas transformés, ils disposaient généralement d'un faible pouvoir de marché, étant généralement de petite taille et intervenant dans des secteurs peu concentrés, de sorte que les accords de coopération à l'achat pouvaient impacter encore plus durement leur niveau de rémunération, déjà jugé trop faible par les pouvoirs publics. C'est d'ailleurs précisément pour remédier à ce constat que ces derniers ont mis en place, par le biais des lois Egalim 1 et 2, plusieurs dispositions visant à apporter une rémunération plus juste aux agriculteurs.

39. L'approche retenue, visant à favoriser le dialogue avec les distributeurs dans le cadre d'une démarche constructive et strictement proportionnée aux préoccupations de concurrence relevées, a conduit les distributeurs à accepter, dans le cadre d'une procédure devant l'Autorité, de modifier leur comportement par voie d'engagement.

40. Dans la mesure où ils permettaient de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées, ces engagements ont donc été acceptés par l'Autorité et sont entrés en vigueur peu après l'adoption de ces décisions. Les accords entre Auchan, Casino, Metro et Schiever d'une part, et Carrefour et Tesco d'autre part, ont pris fin en 2021.

41. Globalement, les distributeurs semblent avoir tiré les enseignements des différents avis et décisions de l'Autorité mentionnés *supra*.

42. En premier lieu, les alliances à l'achat apportent désormais souvent des garanties contractuelles pour assurer l'étanchéité des données commerciales sensibles des partenaires commerciaux. Différents dispositifs sont mis en place, tels la création d'une ou plusieurs structure(s) distincte(s) des partenaires et dédiée(s) à la négociation commerciale en commun, l'utilisation de systèmes d'information cloisonnés de ceux des partenaires à l'achat, ou encore, l'emploi de négociateurs salariés de l'entité, soumis à de nombreuses obligations de confidentialité et de non concurrence dans leur contrat, empêchant leur mobilité pendant et à la cessation de l'alliance à l'achat.

43. En second lieu, les dernières alliances à l'achat communiquées à l'Autorité se cantonnent aux produits à marque de fournisseurs, et ne portent plus sur les produits MDD, les produits frais traditionnels issus de la production agricole ou de la pêche, ou encore, les

produits de marque nationale élaborés par des petites ou moyennes entreprises (« PME »). A titre d'illustration, Casino et Intermarché ont désormais exclu les produits MDD du périmètre de leur nouvelle coopération.

44. Cette évolution est positive mais elle ne repose à ce stade que sur l'exégèse des contrats soumis à l'obligation d'information fixée à l'article L. 462-10 du code de commerce précité. L'Autorité sera vigilante sur la mise en œuvre de ces alliances qui, dans leur application, pourraient révéler des pratiques restreignant la concurrence, par exemple si les échanges d'informations portaient sur des éléments stratégiques et allaient au-delà de ce qui était nécessaire, ou encore, si des mesures de rétorsion coordonnées à l'égard des fournisseurs étaient mises en place par les partenaires à l'achat.

### 3. L'appréciation des accords à l'achat sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence (PCR)

#### 3.1. La teneur du dispositif de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence

45. En droit français, il existe aux côtés des règles relatives aux « pratiques anticoncurrentielles », un dispositif permettant notamment de lutter contre les abus de puissance d'achat auxquels peuvent donner lieu les accords à l'achat dans les relations bilatérales.

46. Les accords de coopération à l'achat entre distributeurs concurrents induisent un renforcement de la puissance d'achat de l'ensemble des distributeurs et, à ce titre, sont susceptibles de soulever des préoccupations quant à l'accroissement du déséquilibre entre distributeurs et fournisseurs<sup>27</sup>. A cet égard, la fragilisation excessive du revenu des agriculteurs due à des négociations commerciales trop déséquilibrées menace le niveau général de production et partant la qualité et la diversité des produits alimentaires au détriment des consommateurs français et européens.

47. En outre, la multiplicité des accords de coopération à l'achat sur le marché de l'approvisionnement dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire en France complexifie les négociations commerciales en opérant une distinction entre plusieurs catégories de fournisseurs et de produits et/ou de sous-catégories de produits multipliant ainsi les strates de négociation.

48. Ceci a d'ailleurs été illustré par les constats d'une commission d'enquête parlementaire sur « la situation et les pratiques de la grande distribution et de leurs groupements dans leurs relations commerciales avec les fournisseurs » créée le 26 mars 2019 par l'Assemblée nationale. Cette commission d'enquête a recueilli de nombreux témoignages relatifs à une difficulté particulière des négociations commerciales en France et a notamment mis en exergue la difficulté d'appréhender les activités des centrales internationales d'achat et de services, au fonctionnement opaque, qui semblent procéder d'une stratégie de contournement du droit français alors que les négociations qu'elles conduisent avec les fournisseurs ont des incidences directes sur le marché français.

49. Dans ce contexte, la loi d'accélération et de simplification de l'action publique (dite loi « ASAP ») du 7 décembre 2020 prévoit que la convention écrite conclue entre fournisseurs et distributeurs doit désormais préciser « [...] L'objet, la date, les modalités d'exécution, la rémunération et les produits auxquels il se rapporte, de tout service ou

---

<sup>27</sup> Avis 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

*obligation relevant d'un accord conclu avec une entité juridique située en dehors du territoire français, avec laquelle le distributeur est directement ou indirectement lié. »*

50. L'abus de puissance d'achat des distributeurs et son impact sur l'économie, en particulier sur le marché amont, constituent ainsi l'une des priorités d'action de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) au titre des règles relatives aux « pratiques restrictives de concurrence » et notamment de l'article L. 442-1 I et II Code de commerce qui prohibe<sup>28</sup> :

- l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;
- la soumission ou la tentative de soumission de l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;
- l'imposition de pénalités logistiques disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels ainsi que la déduction d'office des pénalités logistiques ;
- les conditions discriminatoires qu'appliquerait ou obtiendrait une partie à un contrat portant sur des produits alimentaires ou destinés à l'alimentation des animaux de compagnie en l'absence de contreparties réelles, créant, de ce fait, pour son partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;
- la rupture brutale, totale ou partielle, d'une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

51. Le Ministre chargé de l'économie, au vu des constatations effectuées par les services de la DGCCRF, peut assigner les entreprises à l'origine des pratiques commerciales illicites devant le tribunal de commerce, en vue de les faire sanctionner<sup>29</sup>. Il peut notamment demander au juge judiciaire d'ordonner la cessation des pratiques, le prononcé de la nullité des clauses ou contrats, instruments de la pratique abusive, la répétition des sommes indument perçues ainsi que le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :

- cinq millions d'euros ;
- le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;
- 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

52. Il est à noter que la DGCCRF dispose depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 (dite loi DDADUE) d'un pouvoir d'injonction sous astreinte (plafonnée à 1% du chiffre d'affaires) afin de contraindre les opérateurs à procéder à la remédiation de leurs contrats et ce en conformité avec les dispositions du code de commerce prohibant les pratiques commerciales abusives susmentionnées.

---

<sup>28</sup> Article L442-1 du Code de commerce.

<sup>29</sup> Article L442-4 du Code de commerce.

### 3.2. L'action du Ministre de l'économie

53. En droit français, la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence contribue à la préservation de l'ordre public économique. L'objectif de ce dispositif est de garantir la loyauté et l'équilibre des relations commerciales relatives à l'achat et à la distribution de marchandises sur le territoire national français.

54. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion de juger de la constitutionnalité de ces dispositions. Ainsi, dans sa décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011<sup>30</sup>, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence* » et « *qu'ainsi, il a entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la réitération de ces pratiques ; qu'eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique [Soulignement ajouté] qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales* ».

55. L'action du Ministre chargé de l'Economie est une action autonome de protection du marché consacrée par la Cour de cassation française<sup>31</sup> et dont la conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>32</sup>.

56. La Cour de cassation a ainsi jugé, en matière de déséquilibre significatif dans des contentieux internationaux, que le ministre chargé de l'Economie n'est pas lié par les clauses attributives de compétence, ni par les clauses de loi applicable prévues par les parties<sup>33</sup>. Dans une affaire opposant le ministre chargé de l'Economie aux sociétés du groupe américain Expedia, elle a ainsi retenu que « *l'ancien article L. 442-6, I, 2° [...] du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France [...]* ». Il en résulte que ces dispositions « *constituent des lois de police [...] dont l'application s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable* ».

57. En conséquence, il appartient à l'État français d'imposer le respect de ce dispositif sanctionnant les pratiques commerciales déloyales à toute personne se trouvant sur le territoire français ou à tout rapport juridique localisé en France.

58. Dans cette perspective et dans le cadre de sa mission de contrôle et de protection de l'ordre public économique, le Ministre de l'Economie a engagé plusieurs procédures judiciaires et administratives à l'encontre de centrales d'achat et de services, nationales et internationales, pour non-respect des dispositions relatives aux pratiques commerciales abusives susmentionnées.

---

<sup>30</sup> Cons. const., Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre, cons. 5.

<sup>31</sup> Cass. com 8 juill. 2008 n°07-16.761.

<sup>32</sup> CEDH, 17 janvier 2012, GALEC c/ France.

<sup>33</sup> Cass.com, 8 juillet 2020 n°17-31.536, Expédia c/ Ministre ; T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017/050625, Ministre c/Amazon.