

# Conseil de la concurrence Rapport d'enquête dans le secteur de la grande distribution au Grand-Duché de Luxembourg

18 janvier 2019

## Table des matières

IN	ITRODUCTION	4
	Evolution du secteur du commerce à prédominance alimentaire au niveau européen	5
	Evolution du secteur du commerce à prédominance alimentaire au niveau luxembourgeois	5
	Restrictions potentielles dans les accords verticaux et objet de l'enquête	6
I.	Cadre juridique des accords verticaux	7
	I.1. Principe général d'interdiction, article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurre et article 101, paragraphe 1 du TFUE	
	l.2. Exemption individuelle, article 4 de la loi relative à la concurrence et article 101, paragrap du TFUE	
	I.3. Le Règlement 330/2010, l'exemption par catégorie, applicable à la grande distribution	10
II.	Les relations liant fournisseurs et distributeurs	13
	II.1 Relations fournisseurs-distributeurs, prestation de services	13
	II.2. Quel type d'intégration verticale choisir?	14
	Le producteur décide de distribuer ses produits ou services lui-même	14
	II.3 Restrictions territoriales / exclusivité territoriale	16
	Contraintes territoriales d'approvisionnement, arguments économiques	17
	II.4 Evolution des secteurs de la fourniture et de la distribution de produits à prédominance alimentaire	20
	II.4.1 Mouvements de concentration	
	Du côté des fournisseurs	20
	Du côté des distributeurs	21
	II.4.2 Analyse géographique	25
	Au niveau européen	25
	En Allemagne	27
	Au Benelux	28
III.	Le secteur de la distribution luxembourgeoise	
	III.1 Position du Luxembourg au sein de la Grande Région	30
	III.2. Les relations verticales dans les accords de distribution	32
	III.2.1 Les restrictions territoriales telles que perçues par les acteurs de la distribution	32
	III.2.2 La démarche du Ministre de l'Economie	
	III.2.3 Restrictions territoriales et droit de la concurrence	
	III.3. L'enquête du Conseil	
	III.3.1 Contexte et méthodologie	35

III.3.2 Résumé des réponses des fournisseurs étrangers3
III.3.3 Les réponses de la distribution luxembourgeoise
III.3.4 Les réponses des importateurs / grossistes39
CONCLUSION
GLOSSAIRE
ANNEXES5
Annexe 1 : Le cadre juridique des restrictions verticales
Le règlement 330/2010 relatif aux catégories d'accords verticaux
Les restrictions caractérisées
Le Système de distribution exclusive et sélective
Annexe 2 : Les accords verticaux
Annexe 3: ECN activities in the food sector, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector
Annexe 4 : Résumé de l'affaire C-73/95 P, Arrêt de la Cour du 24 oct. 1996, Viho Europe BV 68
Annexe 5 : Questions posées aux entreprises dans le cadre de l'enquête70

#### INTRODUCTION

Le commerce luxembourgeois se plaint, régulièrement et depuis plusieurs années, des conditions d'approvisionnement qui lui sont applicables et qui seraient source de discrimination par rapport au commerce de pays voisins, faussant ainsi le jeu de la concurrence transfrontalière. 1 Ce souci est relayé depuis un certain temps par le gouvernement, qui l'a érigé au rang de priorité politique<sup>2</sup> et œuvre pour la suppression de ces distorsions devant diverses instances internationales. 3

Ces préoccupations ont été entendues par le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil »), qui a décidé, sur base des compétences qui lui sont conférées par l'article 30 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, de procéder à une enquête sectorielle et par type d'accords au sein du secteur de la distribution au Grand-Duché de Luxembourg.

Cet article est libellé comme suit :

« Art. 30. -Enquêtes sectorielles ou par type d'accords

(1) Lorsque l'évolution des échanges, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée, le Conseil peut mener une enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, le Conseil peut demander aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les renseignements nécessaires à l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou des articles 3 à 5 de la présente loi et effectuer les inspections nécessaires à cette fin.

Le Conseil peut notamment demander aux entreprises ou associations d'entreprises concernées de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées.

Le Conseil peut publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans différents secteurs et inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations. Sur base des résultats de l'enquête, le Conseil peut également mettre en œuvre l'article 10.

(2) Les articles 14 à 19, 20, 22 et 31 à 32 s'appliquent mutatis mutandis. »

-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>Voir notamment : Communiqué du 20 janvier 2015, Nouvelle initiative au niveau du Benelux pour s'attaquer au problème d'approvisionnement des distributeurs luxembourgeois, <a href="https://gouvernement.lu/fr/gouvernement/etienne-">https://gouvernement.lu/fr/gouvernement/etienne-</a>

schneider/actualites.gouvernement%2Bfr%2Bactualites%2Btoutes\_actualites%2Bcommuniques%2B2015%2B0 1-janvier%2B20-schneider-benelux.html ou Contribution de la Confédération luxembourgeoise du commerce, avril 2013 *Unfair trading practices contributions*, consultations 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Priorités de la Présidence luxembourgeoise, 1er juillet- 31 décembre 2015, page 23.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Prise de position du gouvernement luxembourgeois concernant le LIVRE VERT de la Commission européenne sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe (31 janvier 2013, COM (2013) 37 final.

La démarche du Conseil n'est d'ailleurs pas isolée, puisqu'au niveau européen, nombreuses sont les autorités de concurrence ayant précédé le Conseil dans l'analyse des rapports verticaux entre entreprises.<sup>4</sup>

#### Evolution du secteur du commerce à prédominance alimentaire au niveau européen

Le commerce, de détail et de gros, compte parmi les secteurs économiques les plus importants en Europe. Ce secteur représente à lui seul 4,5% de la valeur ajoutée de l'économie de l'Union européenne et fournit 8,6% du total des emplois de l'U.E.<sup>5</sup>

Au Luxembourg, le commerce de détail compte 1825 entreprises au total, dont 239 dans la distribution à prédominance alimentaire.<sup>6</sup>

La structure du marché alimentaire a connu, au cours de ces dernières années, d'importantes modifications. On a notamment assisté à un phénomène de regroupement des distributeurs qui ont créé des centrales d'achat pour accroître leur puissance d'achat.

Par ailleurs, une expansion de la « supermarchisation »<sup>7</sup> a pu être constatée, la part de la grande distribution dans le marché de l'alimentation ayant augmenté dans 24 Etats membres de l'Union européenne.

Le développement du *discount*, voire du *hard discount* est également constaté. C'est surtout ce secteur qui a connu une énorme concentration, sa surface de vente ayant augmenté de 81% entre 2000 et 2011 dans l'UE, contre 46% pour les hypermarchés et 26% pour les supermarchés.

#### Evolution du secteur du commerce à prédominance alimentaire au niveau luxembourgeois

Au Luxembourg, les grandes surfaces alimentaires (hypermarchés et supermarchés) constituent le modèle de distribution dominant. Ce marché a connu une concentration importante. En effet, parmi les 26 pays analysés dans la récente étude réalisée par la Commission européenne « *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food* sector »<sup>8</sup>, il ressort que le Grand-Duché se situe en 5<sup>ième</sup> position au niveau de la concentration de la distribution.

L'approvisionnement des entreprises de distribution peut avoir lieu via différents canaux, à savoir : via un producteur luxembourgeois, via un importateur ayant l'exclusivité territoriale pour un produit, via la maison-mère du distributeur ou encore via la filiale belge du groupe international, dotée d'une exclusivité pour la Belgique et le Luxembourg.

Si, au cours du siècle dernier, au niveau mondial, un basculement progressif du rapport de force des fournisseurs/producteurs vers les distributeurs a pu être observé, au Grand-Duché par contre, les distributeurs se disent être à la merci des fournisseurs/producteurs étrangers. En

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Voir notamment les rapports des autorités de concurrence portugaise, espagnole ou suédoise, cités dans le Rapport du Réseau européen de concurrence, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, mai 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Communiqué de presse, Commission européenne, « Renforcer la compétitivité du secteur européen du commerce », 19 avril 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Statec – ressortissants de la Chambre de Commerce, 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> CES, Perspectives économiques et sectorielles à moyen et long terme dans une optique de durabilité, 5 octobre 2015, page 5.

<sup>8</sup> http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/retail study report en.pdf.

effet, selon eux, le pouvoir de négociation se trouverait toujours concentré entre les mains du fournisseur/producteur<sup>9</sup>. De façon concrète, les représentants du commerce luxembourgeois font part de la problématique de l'exclusivité territoriale de l'offre de certains produits agroalimentaires et non-alimentaires tels que les produits de beauté, d'hygiène et les produits d'entretien ménagers.<sup>10</sup>

#### Restrictions potentielles dans les accords verticaux et objet de l'enquête

La distribution est l'activité économique qui établit le lien entre fabricants en amont et consommateurs en aval d'un marché. C'est donc grâce aux distributeurs, qui sont en relation directe avec les consommateurs, que les fournisseurs accèdent au marché. Le rôle de la distribution est dès lors déterminant et toute mesure affectant son fonctionnement est susceptible d'avoir une incidence sur tous les acteurs de la chaîne économique.

D'après certaines sources du commerce luxembourgeois, les distributeurs nationaux, lorsqu'ils cherchent à s'approvisionner auprès de fournisseurs situés sur les marchés d'Etats-membres voisins, plus concurrentiels et aux prix plus attractifs, seraient redirigés soit vers la centrale de distribution de l'Etat membre voisin chargée de leur pays, soit vers leurs grossistes nationaux et/ou étrangers ayant signé des contrats territoriaux avec les fournisseurs<sup>11</sup>.

Même si certaines clauses contractuelles autorisent les clients luxembourgeois à acheter leurs produits auprès du revendeur de leur choix, elles peuvent interdire de faire des achats directs chez une filiale du groupe, faisant partie d'un système de licences intragroupe, pour des raisons d'organisation interne. Les producteurs/fournisseurs insistent sur leur droit d'organiser leurs chaînes de distribution selon leurs besoins et en fonction de la stratégie de distribution propre au groupe pour approvisionner leurs clients luxembourgeois via leur filiale belge. Pour eux, il n'existerait pas de restrictions territoriales ou, pour le moins, elles permettraient une organisation rationnelle et moins onéreuse dont le consommateur européen serait *in fine*, le bénéficiaire.

La présente enquête a été réalisée par le Conseil sur base de plusieurs rencontres organisées avec les responsables de la grande distribution et d'intermédiaires opérant dans la distribution luxembourgeoise, ainsi que sur base des réponses aux demandes de renseignements réalisées auprès des multinationales étrangères, de la grande distribution luxembourgeoise et des intermédiaires de la distribution.

Cette enquête vise à mieux comprendre le fonctionnement du secteur de la distribution de produits à prédominance alimentaire au Luxembourg et, plus particulièrement, les relations commerciales liant les entreprises de la grande distribution luxembourgeoise aux importateurs exclusifs, aux grossistes et aux producteurs ou fournisseurs étrangers. Elle a été initiée afin de mettre en lumière les restrictions dont seraient victimes les distributeurs au Luxembourg et dans les pays voisins. A cette fin, cette enquête se penche dans un premier temps sur le cadre

-

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Voir notamment point III.2.1 du présent rapport.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Voir notamment : Communiqué du 20 janvier 2015, Nouvelle initiative au niveau du Benelux pour s'attaquer au problème d'approvisionnement des distributeurs luxembourgeois, <a href="https://gouvernement.lu/fr/gouvernement/etienne-">https://gouvernement.lu/fr/gouvernement/etienne-</a>

schneider/actualites.gouvernement%2Bfr%2Bactualites%2Btoutes actualites%2Bcommuniques%2B2015%2B0 1-janvier%2B20-schneider-benelux.html ou Contribution de la Confédération luxembourgeoise du commerce, avril 2013 *Unfair trading practices contributions*, consultations 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Voir Chapitre III du présent rapport.

juridique relatif au droit de la concurrence en matière d'accords verticaux (partie I) pour examiner dans un second temps les relations verticales dans le secteur de la distribution (partie II). Elle s'intéresse ensuite à la situation de ce secteur au Luxembourg, en se basant notamment sur les résultats des entretiens menés par le Conseil et les réponses aux questionnaires fournies par les acteurs luxembourgeois et étrangers (partie III), pour résumer et conclure sur les résultats de cette enquête.

## I. Cadre juridique des accords verticaux

Les fondements du droit de la concurrence, à l'échelle européenne, figurent au sein du Traité de Rome de 1957, érigeant l'établissement d'un marché commun, propice à la protection des entreprises concurrentes et au bien-être des consommateurs.

Les règlements d'application du droit de la concurrence ont connu de nombreuses évolutions, visant à intégrer les nouveautés propres au monde des affaires, en mouvement perpétuel, ne cessant d'innover. Les différents modes de distribution devant s'adapter aux attentes des consommateurs et aux objectifs des professionnels, le droit de la concurrence se doit également de suivre cette évolution afin de poursuivre l'objectif d'un marché commun encadré efficacement.

Organiser librement son réseau de distribution en fonction des exigences entrepreneuriales n'a, a priori, rien de critiquable. Au contraire, plus un réseau est efficient, plus grande est la probabilité de retombées positives pour le consommateur. Afin d'augmenter l'efficacité d'un réseau, il incombe aux entreprises, actives dans la distribution de biens se situant dans une relation verticale avec d'autres entreprises, d'organiser leurs échanges. Dans le cadre d'accords verticaux, accords entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution et relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services, certaines obligations et/ou interdictions peuvent être mises en place. Ainsi, il peut être question de « restrictions » au sein d'un accord vertical, entrant dans le champ d'application du Traité actuellement en vigueur, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (ci-après : « TFUE ») et de la loi nationale relative à la concurrence. Une restriction verticale de concurrence est une restriction imposée à une partie à l'accord, limitant sa marge de manœuvre. Ces restrictions verticales présentent un caractère ambivalent, « dans certains cas, elles constituent des restrictions de concurrence, mais elles sont plus souvent source de gains d'efficience économique. Les restrictions verticales ne peuvent donc pas être considérées a priori comme suspectes ou favorables à la concurrence »<sup>12</sup>

Les enseignements économiques montrent que certains accords verticaux peuvent restreindre la concurrence s'ils présentent des restrictions aux effets anticoncurrentiels. Au contraire, d'autres restrictions peuvent être source d'efficience, par exemple pour permettre à un fabricant d'avoir accès à un nouveau marché ou empêcher un distributeur d'exploiter de façon

7

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Géraldine DEMME, Le droit des restrictions verticales, Editions Economica, 2011, pages 49 et 50.

opportuniste les efforts promotionnels d'un autre distributeur (effet *freerider*) ou encore permettre à un fournisseur d'amortir un investissement réalisé pour un client précis. <sup>13</sup>

Le Règlement (UE) No 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (ci-après : « Règlement 330/2010 ») est une illustration de l'intégration par le droit de la concurrence des innovations apportées par le monde des affaires et plus particulièrement celui de la distribution. 14

Avant d'analyser plus en détail les relations entre fournisseur et distributeur indépendants et les restrictions verticales qui sont le fruit de négociations<sup>15</sup> entre ces deux acteurs<sup>16</sup>, il y a lieu de se pencher dans un premier temps sur l'ordre juridique des restrictions verticales et d'analyser le cadre juridique européen définissant les limites dans lesquelles des accords verticaux peuvent être conclus, sachant que le cadre national suit de manière identique le cadre européen.

# I.I. Principe général d'interdiction, article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et article 101, paragraphe 1 du TFUE

Tout accord anticoncurrentiel est en principe prohibé. Au niveau national, l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « loi relative à la concurrence ») prévoit l'interdiction de « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché (...) ». Au niveau européen, l'article 101, paragraphe 1, du TFUE interdit également ces accords lorsqu'ils affectent le commerce entre Etats membres de l'Union européenne. 17

La présente enquête se concentre sur la problématique des restrictions de concurrence de type vertical, entre entreprises se trouvant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> En effet, pour entrer, par exemple, sur un marché où les produits possèdent une forte image de marque, d'importants investissements peuvent être nécessaires de la part du fournisseur. Les restrictions verticales entre fournisseurs et distributeurs tel que l'approvisionnement exclusif peuvent aider à amortir ces investissements.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> «une application claire et prévisible des règles de concurrence aux accords de fourniture et de distribution est essentielle pour la compétitivité de l'économie de l'UE et le bien être des consommateurs » Communiqué de presse n° IP/10/455, Bruxelles, 20 avril 2010, « Ententes, la Commission adopte de nouvelles règles de concurrence pour la distribution des biens et services », voir également la Conclusion du présent rapport au sujet de l'échéance du Règlement 330/2010.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> DUBRUILLE/FARGUES, *Concurrences*, n° 3, « Le prix de revente : un libre espace de jeu » 2008, p.24, pt 3. <sup>16</sup> Voir Titre II de la présente enquête concernant les relations liant fournisseurs et distributeurs.

<sup>17</sup> Article 101, paragraphe 1: « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

distribution, <sup>18</sup> contrairement aux restrictions de concurrence dite horizontales, entre entreprises concurrentes.

# I.2. Exemption individuelle, article 4 de la loi relative à la concurrence et article 101, paragraphe 3, du TFUE

Les dispositions applicables à l'article 3 de la loi relative à la concurrence et à l'article 101, premier paragraphe du TFUE, peuvent être déclarées inapplicables aux accords ou catégories d'accords entre entreprises, décisions ou catégories de décisions entre entreprises et aux pratiques concertées ou catégories :

- qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
- tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte,
- et sans a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Ces critères cumulatifs peuvent être appliqués à travers une exemption individuelle ou par le biais de règlements d'exemption, applicables à certaines catégories d'accords, parmi lesquels figure le Règlement 330/2010 applicable aux accords verticaux.

Dans le cadre d'une analyse d'exemption individuelle, les Lignes directrices de la Commission en la matière indiquent en leur point 96 : « En dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il importe d'examiner si, dans le cas individuel, l'accord relève de l'article 101, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. S'il ne comporte pas de restriction de la concurrence par objet, et notamment de restriction caractérisée de la concurrence, un accord vertical ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie en raison d'un dépassement du seuil de part de marché n'est pas présumé relever de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Une appréciation individuelle des effets probables de l'accord est nécessaire. Les entreprises sont invitées à évaluer elles-mêmes leurs accords. Les accords qui, soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont valides et applicables. »

En cas d'examen individuel par la Commission ou le Conseil, c'est à cette autorité d'apporter la preuve que l'accord enfreint l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. Si, par contre, les entreprises invoquent le bénéfice des dispositions de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE ou 4 de la loi relative à la concurrence, c'est à elles de prouver que les conditions d'exemption sont remplies.

9

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Voir l'article 1, premier paragraphe, lettre a), du Règlement 330/2010.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01.

# I.3. Le Règlement 330/2010, l'exemption par catégorie, applicable à la grande distribution

Le règlement d'exemption 330/2010 prévoit, en son article 2, sous réserve du respect de certaines conditions, que l'article 101, paragraphe 1, du TFUE ne s'applique pas aux accords verticaux concernant la vente de tous types de biens et services, et ce, par application de l'article 101, paragraphe 3 du même Traité.

Nonobstant la possibilité d'exemptions individuelles, le règlement 330/2010 poursuit de manière générale la politique permissive du règlement 2790/1999<sup>20</sup> qu'il a remplacé. En effet, si l'exemption individuelle peut être envisagée comme une dérogation au principe d'interdiction des ententes, l'exemption par catégorie peut, elle, être envisagée comme une sorte de dérogation globale s'appliquant à un ensemble d'accords relevant de la même catégorie.

Le Règlement 330/2010 témoigne de la volonté de la Commission de privilégier l'analyse des effets concrets des restrictions verticales. Cette analyse repose sur une appréciation des effets, tant positifs, que négatifs, sur la concurrence et se traduit par la prise en compte de la puissance économique des opérateurs sur le marché. En effet, par ce Règlement, la Commission a pris en considération deux tendances majeures caractérisant le secteur de la distribution, à savoir la montée en puissance de la grande distribution – d'où l'introduction d'un seuil de part de marché de 30% pour l'acheteur<sup>21</sup>- et les ventes sur internet.

Les effets négatifs que les restrictions verticales sont susceptibles de produire sur un marché et que les règles de concurrence européennes visent à empêcher sont les suivants :

-l'atténuation de la concurrence entre un fournisseur et ses concurrents et/ou la facilitation de la collusion entre fournisseurs, souvent qualifiée de réduction de la concurrence inter-marques,

-l'atténuation de la concurrence entre l'acheteur (le distributeur) et ses concurrents et/ou la facilitation de la collusion entre distributeurs concurrents.

La position détenue par le fournisseur et ses concurrents sur un marché est particulièrement importante car l'affaiblissement de la concurrence intra-marque ne pose problème que si la concurrence inter-marques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intra-marque sera préjudiciable.

Sur un marché où des distributeurs individuels distribuent la ou les marques d'un seul fournisseur, une réduction de la concurrence entre distributeurs d'une même marque entraînera une réduction de la concurrence intra-marque entre eux, mais ne pourra avoir d'effet négatif sur la concurrence entre les distributeurs dans leur ensemble (toutes marques confondues). Dans un tel cas de figure, si la concurrence inter-marques est rude, il est peu probable qu'une

<sup>21</sup> PRIETO et BOSCO, Droit européen de la concurrence, Bruylant, 2013 « l'article 3 du nouveau règlement subordonne l'exemption au non-franchissement du seuil de 30% de parts de marché à la fois par le fournisseur et par le distributeur », page 648.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées [Journal officiel L 336 du 29 décembre 1999].

réduction de la concurrence intra-marque puisse produire des effets négatifs sur les consommateurs.<sup>22</sup>

Les Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01 (ci-après : les « Lignes directrices ») qui accompagnent le Règlement 330/2010 exposent les principes généraux d'appréciation des restrictions verticales et les critères d'évaluation des restrictions les plus courantes, comme le monomarquisme<sup>23</sup> (obligation de non-concurrence)<sup>24</sup>, la distribution exclusive<sup>25</sup>, l'exclusivité de la clientèle<sup>26</sup>, la distribution sélective<sup>27</sup>, la franchise<sup>28</sup>, la fourniture exclusive<sup>29</sup>, les redevances d'accès payables d'avance<sup>30</sup>, les accords de gestion par catégorie<sup>31</sup>, la vente liée<sup>32</sup> et les restrictions concernant le prix de vente<sup>33</sup>.

Le Règlement 330/2010 et les Lignes directrices décrivent également des situations où les restrictions verticales produisent des gains d'efficience, lorsqu'il s'agit d'assurer la pénétration de nouveaux marchés, le lancement de nouveaux produits ou d'éviter la renonciation à de nouveaux investissements<sup>34</sup>. L'imposition de prix de revente est ainsi possible dans certains cas particuliers tels que le lancement d'un nouveau produit, dans le cadre d'un système de distribution uniforme de type franchise par exemple, dans le cadre d'une campagne de prix bas de courte durée (2 à 6 semaines), ou encore dans un scénario de distribution de produits d'expérience ou complexe permettant ainsi aux détaillants de fournir des services de prévente additionnels. Il ressort notamment de l'analyse économique des accords verticaux qu'ils ont globalement des effets positifs<sup>35</sup>. De plus, cette analyse démontre que la réduction de la concurrence intra-marque est peu susceptible d'avoir un effet négatif sur les consommateurs s'il existe une forte concurrence inter-marques<sup>36</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Synthèse des Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Acc0007

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Définition, voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Lignes directrices, points 129-150.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Lignes directrices points 151-167, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Lignes directrices points 168-173, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Lignes directrices points 43-45 et 174-188, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Lignes directrices points 189-191, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Lignes directrices points 192-202, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Lignes directrices points 203-208, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Lignes directrices points 209-213, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Lignes directrices points 214-222, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Lignes directrices points 223-229, définition voir Glossaire

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Lignes directrices, points 60-64 et 106-109.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Joseph VOGEL, *Concurrences N°1-2011*, « Aspects économiques des relations fournisseurs-distributeurs dans le cadre du Règlement 330/2010 ».

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Confirmé dans les Lignes directrices, points 102, 153,154, 177 et 178.

#### Pour résumer ...

L'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, au niveau national, et l'article 101, paragraphe 1 du TFUE, au niveau européen, prohibent les accords horizontaux et verticaux ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Toutefois, certains accords peuvent prétendre au bénéfice d'une exemption, soit individuelle, sur base de l'article 4 de la loi relative à la concurrence ou 101, paragraphe 3, du TFUE, soit au titre d'un règlement d'exemption par catégorie. Le Règlement 330/2010, applicable à la grande distribution permet aux accords verticaux répondant à certains critères de bénéficier d'une telle exemption et témoigne de la volonté de privilégier une analyse concrète des effets que ces accords peuvent avoir sur la concurrence.

Les restrictions verticales ne sont pas automatiquement à considérer comme nocives pour la concurrence et peuvent même procurer des effets pro-concurrentiels dans certains cas.

### II. Les relations liant fournisseurs et distributeurs

#### II. I Relations fournisseurs-distributeurs, prestation de services<sup>37</sup>

Au sein d'une chaîne de production, distributeurs et fournisseurs se situent à des niveaux différents et ne sont pas concurrents directs. Leurs relations sont ponctuées par des négociations ayant pour but de donner lieu à un contrat régissant des conditions générales de distribution, alimentées, en principe, par une volonté de coopération.

Dans une vision idéale de leurs relations, un fournisseur aurait tout intérêt à maintenir de bonnes relations avec son distributeur, qui lui ouvre les portes de ses points de vente. Ces bonnes relations pourraient ainsi se traduire par la mise en place de services de coopération commerciale<sup>38</sup> aboutissant, par exemple, à un meilleur emplacement des produits du fournisseur dans les rayons de l'enseigne du distributeur. De son côté, un distributeur devrait considérer ses différents fournisseurs comme des partenaires commerciaux l'accompagnant dans sa recherche de croissance, de différenciation, de rentabilité et de conquête de parts de marchés lui permettant d'offrir aux consommateurs un assortiment de produits variés.

Or, en réalité, force est de constater que les relations entre fournisseurs et distributeurs ne correspondent que rarement à cet idéal de collaboration<sup>39</sup>. Ces relations bilatérales sont en effet parfois conflictuelles, car caractérisées par des rapports de force inégaux. Ainsi, le distributeur doit faire face à une concurrence sur un marché « biface » à travers lequel la concurrence est présente tant en amont, au stade de l'approvisionnement auprès des fournisseurs, qu'en aval, au stade de la vente aux consommateurs.

Au sein d'une structure verticale, fournisseurs et distributeurs se voient donc confrontés à la complexité de relations teintées à la fois d'éléments de coopération et de concurrence.

Le secteur de la distribution étant actuellement confronté à une clientèle de mieux en mieux informée, il est crucial pour ses acteurs d'améliorer l'efficacité de leur réseau de distribution et la collaboration verticale. Ainsi, pour contrecarrer l'inefficacité inhérente à une structure verticale non intégrée, notamment liée aux phénomènes de « double marginalisation 40 », les relations fournisseurs-distributeurs sont souvent encadrées par des contrats régissant certaines restrictions verticales.

Partant, le succès commercial d'une telle structure est étroitement lié au choix du type de structure verticale opéré par les membres d'une chaîne de production.

<sup>39</sup> Application du principe du *Dilemme du prisonnier*, définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Voir Didier FERRIER et Nicolas FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 2014 et Nicolas GENTY et Philippe DUVOCELLE, *Relations fournisseur-distributeur*, Lamy, 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Définition, voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Rémunérés le plus souvent par le biais de marges dites arrières, définition voir Glossaire.

#### II.2. Quel type d'intégration verticale choisir?

La question du choix de la structure d'intégration verticale est liée à celle de savoir si ce choix peut poser des problèmes de concurrence. En effet, l'intégration verticale peut porter, par exemple, sur le prix d'échange du bien (prix de revente conseillés, tarification non linéaire...) ou sur d'autres variables de l'échange telles que la délimitation de territoires exclusifs ou encore la mise en place de contrats d'exclusivité.

Différentes possibilités s'offrent ainsi aux fournisseurs.

#### Le producteur décide de distribuer ses produits ou services lui-même

Un producteur qui vend ou distribue lui-même directement ses produits ou services sur le marché est défini comme étant « verticalement intégré ».

Opérer à partir d'une entreprise verticalement intégrée diminue les risques de violation du droit de la concurrence, car les règles relatives aux accords verticaux ne s'appliquent qu'entre entités économiques distinctes. Deux sociétés peuvent ainsi former une entité économique unique, l'exemple le plus concret étant celui d'une société mère et de sa filiale sur laquelle elle exerce une influence décisive. En droit de la concurrence, l'entreprise se définit comme toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement<sup>41</sup>. Il est ainsi de jurisprudence constante de retenir que les dispositions relatives aux ententes anticoncurrentielles ne trouvent pas à s'appliquer pour les sociétés d'un même groupe formant une unité économique, au sein de laquelle la filiale ne jouit pas d'une réelle autonomie dans sa ligne d'action sur le marché<sup>42</sup>.

#### Le fournisseur décide de distribuer ses produits via un intermédiaire

En règle générale, le fournisseur se lie à un distributeur pour vendre ou distribuer ses produits ou services. Des clauses contractuelles encadrant les relations des membres de la structure verticale peuvent permettre d'augmenter l'efficacité économique d'un réseau.

La coordination entre entreprises intervenant à différents niveaux n'est, en effet, pas toujours nocive à la concurrence, mais présente un caractère ambivalent. Souvent défavorable à la concurrence intra-marque ou *intra brand*, concurrence se produisant à l'intérieur même de la structure verticale, elle s'avère en principe bénéfique à la concurrence inter-marques ou *inter brand*, concurrence se produisant entre les différentes structures verticales d'un marché.

Dans le cadre de la concurrence inter-marques, plus une structure verticale est compétitive, plus son concurrent sera incité à l'être afin de conserver ses clients. Ce sont en effet les clients qui sanctionneront la structure verticale dont l'offre ne satisferait plus à leurs attentes.

Dans le cadre de la concurrence intra-marque, si la pression inter-marques est faible, l'introduction de restrictions verticales entrainera la réduction de cette concurrence intra-marque car les fournisseurs lui accorderont moins d'importance. Les restrictions verticales

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, ECLI :EU C:1991:161.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Arrêt du 12 juillet 1984, *Hydroterm*, 170/83 ; Arrêt du 24 octobre 1996, *Viho*, *C-73/95*, Arrêt du 10 septembre 2009 *Akzo*, C-97/08 P.

peuvent ainsi permettre de bloquer la concurrence entre distributeurs, avec pour résultat un contrôle total des prix et des services du réseau.

#### Le producteur décide de nommer un agent

Lorsqu'un fournisseur décide de nommer un agent commercial pour distribuer ses produits, ce dernier négocie et commercialise les produits ou services au nom et pour le compte de son fournisseur. Il s'agit alors d'un accord d'agence. Lorsqu'un véritable contrat d'agence est conclu, les contrats conclus et/ou négociés au nom de l'entreprise se trouveront, en général, hors champ des règles relatives aux accords restrictifs de concurrence.

Il convient toutefois d'examiner les clauses de ces types de contrats au regard des orientations relatives aux restrictions verticales, afin de déterminer si elles relèvent effectivement de la définition d'un véritable contrat d'agence.<sup>43</sup>

La jurisprudence relative aux relations mère-fille précitée<sup>44</sup>, et plus particulièrement les conclusions de la jurisprudence dite VIHO indiquant que «Lorsqu' une société mère et ses filiales forment une unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d' une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont adressées par la société mère qui les contrôle à 100 %, la circonstance que la politique mise en œuvre par cette dernière et qui consiste principalement à répartir différents marchés nationaux entre ses filiales puisse produire des effets à l'extérieur de la sphère du groupe, susceptibles d'affecter la position concurrentielle de tiers, ne saurait être de nature à rendre l'article 85, paragraphe 1, du traité applicable [actuel article 101§1 TFUE] » est souvent invoquée par certains grands fournisseurs étrangers actifs au Grand-Duché pour justifier leur choix stratégique d'organisation du réseau de distribution de leur groupe. Dans un tel cas de figure, les acteurs de la distribution luxembourgeoise se voient en quelque sorte « contraints » de s'approvisionner auprès de la filiale désignée responsable pour le marché luxembourgeois, souvent correspondant à la filiale belge. Les fournisseurs justifient ce choix en raison de considérations historiques, des liens économiques étroits entre ces deux marchés et de la présence simultanée de bon nombre de distributeurs sur ces derniers, de la connaissance de la clientèle luxembourgeoise des produits vendus également en Belgique ou encore des efforts communs opérés en matière de marketing en Belgique et au Luxembourg.

Indépendamment du type d'intégration verticale choisi, il importe également d'analyser le fonctionnement de chaque structure de distribution verticale et de leurs obligations supplémentaires à la lumière de l'efficacité du réseau, afin de juger la légalité de ces clauses contractuelles verticales.

-

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> En effet, les contrats d'agence peuvent contenir, par exemple, des clauses qui empêchent la désignation d'autres agents pour un type spécifique d'opération, de clientèle ou de territoire (c'est à dire une obligation d'exclusivité) ou qui empêchent le mandataire d'agir comme agent ou distributeur pour les autres entreprises qui font concurrence avec l'entité principale. Parce que l'agent est une entreprise distincte (indépendante) de l'entité principale, de telles dispositions sont susceptibles de porter atteinte aux règles du droit de la concurrence. Les contrats d'agence peuvent également profiter du règlement d'exemption.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Voir note de bas de page 35.

#### II.3 Restrictions territoriales / exclusivité territoriale

Eu égard aux préoccupations mises en exergue par le secteur de la distribution luxembourgeoise, il y a lieu d'étudier en détail ce que l'encadrement communautaire prohibe d'une part et autorise d'autre part.

Le Règlement 330/2010 prévoit que l'exemption figurant en son 2<sup>ième</sup> article<sup>45</sup> « ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet (...) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement (...) ». <sup>46</sup> Il s'agit de mesures restreignant la liberté de vendre ses biens ou services sur certains territoires ou à certaines clientèles, hypothèse de la « répartition de marchés »<sup>47</sup>.

Ce principe interdisant les restrictions territoriales est donc clair : chaque acheteur doit pouvoir librement choisir son marché de revente, sans être limité par des contraintes territoriales ou de clientèle. Cette règle claire est toutefois assortie de quatre exceptions<sup>48</sup> qui, pour la plupart, sont nécessaires à la mise en place d'un système de distribution exclusive ou sélective.

Il est ainsi vrai que les exclusivités de distribution ou d'achat peuvent s'avérer nécessaires. Elles peuvent assurer la rentabilité d'une activité, notamment par le biais d'investissements spécifiques que l'entreprise n'aurait pas engagés si elle n'avait pu bénéficier d'une exclusivité. Il n'en demeure pas moins que l'attribution d'un territoire exclusif à chaque distributeur est de nature à créer un cloisonnement du marché, remettant en cause le principe même du marché intérieur.

Du fait de leur propre système de distribution, les entreprises peuvent être à l'origine d'écarts de prix entre les différents pays, en exploitant entre autres, les différences de comportements des consommateurs au niveau national. Les négociants parallèles achètent les produits dans les pays où les prix pratiqués sont les plus bas et les revendent dans les pays où ils sont le plus élevé. Le flux de produits ainsi généré est appelé commerce parallèle.

A cet égard, il convient de citer la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. L'arrêt dit Glaxo-SmithKline<sup>49</sup> (GSK) du 6 octobre 2009 concerne le commerce parallèle de produits pharmaceutiques au sein de l'Union européenne. Cette affaire avait permis de «rectifier l'impression d'infraction per se qui pouvait résulter des lignes directrices générales relatives à l'article 101, paragraphe 3, adoptées en 2004 à propos des restrictions caractérisées ». <sup>50</sup> Concernant un problème relatif à un système de prix différencié entravant le commerce parallèle, la Cour de Justice précise que «l'examen d'un accord — aux fins de déterminer si ce dernier contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique et si ledit accord engendre des avantages objectifs sensibles — doit être entrepris au vu des arguments de fait et des éléments de preuve fournis par l'entreprise qui demande à bénéficier de l'exemption. Un tel examen peut nécessiter de prendre en compte les caractères et les éventuelles spécificités du secteur

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Qui déclare inapplicable l'article 101, paragraphe 1 TFUE à certains accords ou pratiques concertées. 46 Article 4, point b) du Règlement n° 330/2010.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> NICOLAS PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Edition Montchrestien Lextenso, 2013, p. 643.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Voir Annexe 1 et Annexe 2.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Arrêt du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> PRIETO et BOSCO, Droit européen de la concurrence, Bruylant, 2013, page 682.

concerné, si ces caractères et spécificités sont décisifs sur le résultat de l'examen. Une telle prise en compte ne signifie pas que la charge de la preuve soit renversée, mais assure seulement que l'examen de la demande d'exemption soit effectué à la lumière des arguments de fait et des éléments de preuve appropriés fournis par le demandeur<sup>51</sup>. » Ainsi, la Cour a invité la Commission à prendre en considération les spécificités du secteur pharmaceutique et à déterminer si ces spécificités ne seraient pas de nature à justifier certaines restrictions au commerce parallèle dans le marché intérieur européen.

Qu'en est-il alors de la position des producteurs ?

En 2013, la European Brand Association (EBA) a commandité une étude intitulée « Territorial supply constraints; the economic arguments (RBB) »<sup>52</sup> dont l'objectif était de démontrer l'inexactitude de certains propos, notamment avancés dans le Livre Vert de la Commission intitulé « La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales »<sup>53</sup>, propos arguant que les restrictions d'approvisionnement entraineraient des différences de prix entre pays qui impacteraient négativement les objectifs d'intégration du marché intérieur et partant, nuiraient in fîne aux consommateurs.

L'étude s'est donc penchée sur la thématique de la différenciation des prix pour savoir si une discrimination par les prix<sup>54</sup> profite ou non aux consommateurs.

Le résumé analytique de l'étude peut être présenté comme suit :

#### Contraintes territoriales d'approvisionnement, arguments économiques

L'étude conclut que la question des restrictions territoriales est beaucoup plus complexe que ne l'a décrit le Livre Vert précité. Contrairement aux affirmations de ce dernier, la discrimination par les prix ne nuirait pas aux consommateurs, bien au contraire.

Toujours selon cette étude, sachant que, tant l'offre que la demande, pour des produits de consommation, diffèrent d'un Etat-membre à un autre, il serait tout à fait logique que les niveaux de prix efficients entre pays membres de l'Union se définissent de manière différente. En effet, ces niveaux de prix sont influencés par des facteurs comme les différences de revenus, de goût et de comportement des consommateurs, les conditions de marché ainsi que des taxations différentes. De plus, les conditions d'approvisionnement diffèrent d'un pays à l'autre. Elles s'expliquent le plus souvent par des différences au niveau des coûts (coût de la main d'œuvre ou coût de la promotion).

53 http://europa.eu/documents/comm/green\_papers/pdf/com96\_721\_fr.pdf, page 47 et suivantes.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Communiqué de presse n°85/09, Cour de Justice des Communautés européennes.

<sup>52</sup> http://www.aim.be/uploads/meeting documents/RBB AIM Report April 2013.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark A/S, C-209/10, EU:C:2012:172, point 30 : « application de prix différents à des clients différents ou à des catégories de clients pour des produits ou des services dont les coûts sont les mêmes, ou, inversement application d'un prix unique à des clients pour lesquels les coûts de l'offre varient. »

L'analyse de comparaison des prix de consommation entre Etats-membres réalisée dans le Livre vert s'est faite à partir des prix de vente de détail. Si les prix de gros des produits de consommation représentent certainement une part importante dans le prix de vente de détail, d'autres facteurs comme les marges du commerce de détail, marges qui en règle générale se situent en dehors du champ d'action du fournisseur, influent également le niveau du prix de vente de détail.

Une étude mandatée par le Ministère de l'économie belge sur le niveau de prix de vente dans les supermarchés belges et néerlandais conclut également que seule une faible partie des différences de prix pour des produits vendus dans les deux pays trouverait son origine dans la politique de prix pratiquée par les fournisseurs, mais pourrait en réalité s'expliquer principalement par les conditions de marché en place.

Sachant que les niveaux de prix varient entre pays, l'étude EBA affirme qu'il est injuste de caractériser tout effort des fournisseurs visant à pratiquer des prix différents ou à conserver des différences de prix comme un comportement qui nuirait automatiquement à l'efficacité économique ou aux consommateurs. Au contraire, l'étude conclut que des mesures visant à interdire des différences de prix entre pays peuvent produire un impact négatif car ces différences reflètent le fonctionnement efficient des marchés pour les produits de consommation en question.

L'étude EBA ne partage pas la position négative du Livre vert au sujet de la discrimination par les prix, elle permettrait en effet aux fournisseurs de couvrir de manière efficiente les coûts ou de desservir d'autres marchés.

La question clé demeure toutefois celle de savoir si la discrimination par les prix nuit *in fine* aux consommateurs. A court terme, l'étude conclut que cette dernière peut s'avérer défavorable aux consommateurs qui devront payer un prix plus élevé sur certains marchés par rapport à des situations où les prix seraient uniformes. Toutefois, à long terme, la discrimination par les prix pourrait engendrer une concurrence accrue bénéficiant aux consommateurs.

La discrimination par les prix est seulement possible si le consommateur ne peut pas s'engager dans un arbitrage parfait. L'arbitrage apparait lorsque le consommateur ou l'intermédiaire achètent et vendent simultanément pour profiter des différences de prix. Si cet arbitrage est réalisable, les fournisseurs ne seront plus en mesure d'appliquer des prix différents à différents groupes de consommateurs.

L'arbitrage peut avoir un effet bénéfique dans la mesure où il peut jouer son rôle dans la réalisation du marché unique. Or, toujours selon l'étude EBA, il ne faut pas confondre le rôle que l'arbitrage peut jouer en termes d'objectifs de réalisation du marché intérieur et son rôle plus discutable en termes d'efficience économique. En effet, l'arbitrage illimité élimine toute possibilité de discrimination par les prix.

Partant, selon l'étude, toute restriction visant à réduire l'arbitrage sera efficiente et souhaitable lorsqu'elle contribue à une discrimination efficiente par les prix.

Un autre scénario pour lequel l'arbitrage pourrait avoir un impact négatif sur le bien-être économique est celui donnant lieu à des situations dites de « free riding » de la part des distributeurs. Ces derniers s'approvisionnent dans ce cas dans les pays à prix faibles et appliquent des prix plus élevés dans des pays où les fabricants ont réussi à créer une image forte pour certains produits. Cependant, une telle situation ne peut durer dans le temps dans la mesure où les fournisseurs ne vont pas accepter que les distributeurs profitent de l'arbitrage à court terme en tant que « free rider » des efforts consentis par le passé par les fournisseurs.

Les conséquences pourraient ainsi être négatives pour le consommateur :

Premièrement, si les fournisseurs ne sont plus à même d'offrir des prix faibles sans affecter les marges obtenues dans d'autres pays, leur motivation d'offrir des prix faibles dès le départ va en diminuant. Si un fournisseur décidait de réduire ses prix dans un pays particulier, il devrait tenir compte du risque que des distributeurs dans d'autres pays essaient également d'en profiter. Dans pareil cas, des réductions de prix pour augmenter ses parts de marchés deviennent moins intéressantes. Il deviendrait également moins intéressant de proposer des promotions sur ce marché.

Deuxièmement, sachant que les distributeurs sont à même de s'approvisionner dans le pays au prix le plus bas, vendre des produits identiques dans plusieurs pays deviendra moins intéressant pour les producteurs. Partant, plutôt que de vendre des produits identiques dans différents pays, les fournisseurs vont envisager de lancer des variations de produits nationaux (sous-brand national).

Troisièmement, comme dans tout scénario de « free rider » des effets négatifs peuvent également survenir du côté des distributeurs, notamment pour ce qui de leur motivation d'investissement. En effet, si les distributeurs ne peuvent plus charger leurs efforts dans le positionnement d'un produit, leur motivation à investir va en diminuant et ce, au détriment du consommateur.

Quatrièmement, une entreprise qui souhaite s'engager dans un nouveau marché pratique en principe une politique de prix différents pour ce marché plutôt que pour des marchés établis. Si la différentiation des prix n'existe plus, un fournisseur pourra hésiter à vouloir pénétrer un nouveau marché.

L'organisation faîtière regroupant plus de 1.800 marques différentes se prononce donc clairement en faveur d'une différenciation des prix, ce par le biais d'une politique volontariste de cloisonnement géographique des marchés et par une interdiction d'un arbitrage illimité entre les différents marchés.

# II.4 Evolution des secteurs de la fourniture et de la distribution de produits à prédominance alimentaire

#### II.4.1 Mouvements de concentration

#### Du côté des fournisseurs

En 2014, la Commission européenne a fait réaliser une étude sur l'impact économique de la grande distribution sur le choix et l'innovation dans le secteur alimentaire de l'Union européenne.<sup>55</sup>

Cette étude analysait, entre autres, le degré et l'évolution de la concentration des fournisseurs et des distributeurs ; le degré de concentration étant exprimé par l'indice de *Herfindahl-Hirschman* (IHH) <sup>56</sup> et calculé selon la formule suivante :

$$H = \sum_{i=1}^{n} s_i^2$$

Selon l'étude, entre 2004 et 2012, la concentration des fournisseurs a augmenté au niveau national dans la plupart des Etats membres et pour la plupart des catégories de produits analysés<sup>57</sup>.

En effet, <u>au niveau national</u>, la concentration des fournisseurs a augmenté pour 20 des 23 catégories de produits dans 13 des 14 Etats membres de l'échantillon. La concentration a augmenté davantage en moyenne entre 2004 et 2008 (22 catégories de produits sur 23 observant une augmentation de la concentration des fournisseurs) qu'après 2008 (17 des 23 catégories de produits voyant leur concentration augmenter).

<u>Au niveau local</u><sup>58</sup>, la concentration des fournisseurs mesurée en part d'assortiment a diminué de 1,3% en moyenne sur la période 2004-2008 dans les 6 pays de l'échantillon considéré<sup>59</sup> et dans 15 catégories de produits sur 23. Après 2008, la baisse de la concentration a ralenti et s'est élevée à - 0,4% par an (10 catégories de produits sont devenues moins concentrées).

Il ressort également de l'analyse qu'au niveau national, le Danemark et les Pays-Bas étaient les pays plus concentrés pour les catégories de produits analysés, tandis que l'Italie et l'Allemagne

<sup>57</sup> Les catégories sont les suivantes : alimentation infantile, biscuit, beurre/margarine, légumes en conserve, céréale, fromage, chocolat, café, dessert, huile, pain frais pré-emballé, légume surgelé, jus de fruit, charcuterie, crème glacée, lait, eau minérale, plat cuisiné, snack salé, boisson gazeuse, entrée/pizza, thé et yaourt.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Source : Etude de la Commission européenne, *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector*, septembre 2014, <a href="http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf">http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf</a>

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Définition voir Glossaire.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> La concentration des fournisseurs au niveau local est la mesure, au niveau local, de la concentration des fournisseurs calculée pour un assortiment en rayon. Celle-ci est impactée par les choix faits en magasin de référencer certains produits et pas d'autres. Elle correspond à la part d'assortiment en rayon.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Belgique, France, Italie, Pologne, Portugal et Espagne.

étaient en moyenne les moins concentrés sur la période analysée. Pour tous les pays, exceptées la Finlande et la Roumanie, le degré de concentration a augmenté lors de la dernière décennie.

Les principaux pays-fournisseurs de la distribution luxembourgeoise, en l'occurrence la Belgique et la France, suivent cette tendance pour se situer en 2012 à l'indice moyen de concentration 2337 pour la Belgique et 2130 pour la France. Une forte concentration au niveau du marché d'approvisionnement belge et français pourrait laisser supposer une plus forte position de négociation des fournisseurs belges et français envers leurs distributeurs luxembourgeois. Cette situation est accentuée par le fait que la distribution luxembourgeoise dépend pour une large mesure du marché belge, en tout cas pour les grandes multinationales ayant choisi d'affecter le marché luxembourgeois à leur filiale belge.

Indices moyens de concentration des fournisseurs pour 23 catégories de produits<sup>60</sup>

Pays	IHH 2004	IHH moyen 2012
Danemark	2433	2840
Pays-Bas	2575	2839
Finlande	2792	2594
Portugal	2123	2427
Belgique	2096	2337
Espagne	1776	2173
France	1839	2130
République Tchèque	1700	2057
Hongrie	1964	2017
Royaume-Uni	1717	1766
Roumanie	1751	1747
Pologne	1440	1743
Italie	1407	1590
Allemagne	1202	1359

#### Du côté des distributeurs

Si l'étude de la Commission a analysé le degré de concentration des fournisseurs, elle s'est également penchée sur le secteur de la distribution<sup>61</sup>.

Durant la période concernée, le marché du commerce alimentaire de détail, comprenant notamment les petits magasins indépendants, a observé une tendance à la concentration des distributeurs dans 22 Etats membres sur 26, portée par le développement de la grande distribution.

S'agissant de la grande distribution uniquement, des tendances opposées sont observées au sein des différents Etats membres sur la période 2004-2012 et résultent de deux phénomènes.

-

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Source: Etude de la Commission européenne, *The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector*, 2014, <a href="http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf">http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf</a>; page 138.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Également basée sur le Herfindahl-Hirschman Index (HHI).

D'une part, les principaux distributeurs ont vu leur part de marché augmenter au niveau européen. En effet, on a pu observer au cours du siècle dernier un basculement progressif du rapport de force des fournisseurs-producteurs vers les distributeurs, suite à la création des centrales d'achat au sein desquelles les distributeurs se sont regroupés, accroissant ainsi leur puissance d'achat<sup>62</sup>.

Ainsi, à la suite de la montée en puissance de la grande distribution puis d'un important mouvement de concentration au cours des années 90, le secteur alimentaire est aujourd'hui plutôt dominé par les acteurs de la distribution.

D'autre part, la croissance des distributeurs détenant de faibles parts de marchés en 2004, ou même absents du marché à cette date - tel que le hard discount dans certains Etats membres- a conduit à une déconcentration de la grande distribution au niveau national entre 2004 et 2012 dans 16 des 26 Etats membres. En revanche, la concentration a annuellement progressé au cours de cette même période dans les 10 autres Etats membres<sup>63</sup>.

Ainsi par exemple, si la concentration du secteur de la distribution était importante pour des pays tels que la Pologne (en rouge sur la carte), elle était moindre voire négative pour des pays comme les Etats baltiques, la Slovaquie, la Roumanie ou le Luxembourg, ce qui s'explique par une situation de concentration déjà élevée avant 2000.

Pour résumer, les Etats membres peuvent être répartis en trois catégories :

- Les Etats membres dans lesquels le secteur de la distribution était déjà développé avant l'an 2000 au moins 65% du total du marché alimentaire et qui ont maintenu ce niveau. Cette catégorie regroupe des pays comme l'Allemagne, l'Autriche, la France, la Finlande, le Luxembourg, le Royaume-Uni ou encore la Suède.
- Les Etats membres dans lesquels le secteur de la distribution moderne s'est développé plus particulièrement depuis 2000 et est nettement plus élevé en 2011 qu'en 2000 au moins 20% du total du marché alimentaire- et cette catégorie comprend des pays comme la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, la Hongrie, l'Irlande, les Pays-Bas, le Portugal ou la Slovaquie.
- Les Etats membres au sein desquels le secteur de la distribution s'est sensiblement développé mais demeure relativement faible par rapport aux autres Etats membres moins de 50% du marché alimentaire total en 2011-, cette catégorie comprenant des pays comme la Bulgarie, Chypre, la Lettonie, la Pologne ou encore la Roumanie.

Enfin, la part de marché des « labels privés »<sup>64</sup> a augmenté dans la plupart des catégories de produits en Europe. Ces marques concurrencent directement les marques nationales des industriels et constituent, pour les distributeurs, un outil de différenciation et de fidélisation de leur clientèle. Les principales raisons de cet engouement en faveur des labels privés incluent probablement la perception des consommateurs, qui considèrent que ces produits offrent un

-

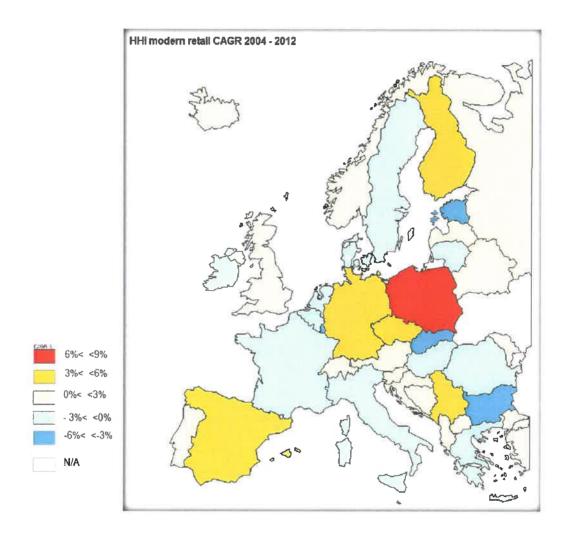
<sup>62</sup> http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ecop\_0249-4744\_2006\_num\_175\_4\_7572#

<sup>63</sup> On observe ces tendances au sein de l'échantillon des 14 Etats membres de l'échantillon représentant près de 85% de la population européenne : la concentration des distributeurs augmente dans 7 pays (Allemagne, Espagne, Finlande, Pologne, Portugal, République Tchèque, Royaume-Uni) alors qu'elle décroit dans les 7 autres (Belgique, Danemark, France, Hongrie, Italie, Pays-Bas, Roumanie).

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Marques propres aux distributeurs.

excellent rapport qualité-prix et représentent une opportunité de marges plus élevées pour les distributeurs.

Evolution de la concentration dans le secteur de la distribution européenne<sup>65</sup>



<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Compound annual growth rate, <a href="https://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/Chauve.pdf">https://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/Chauve.pdf</a>. Source EY analysis based on Planet Retail, with PHILCARTO, HHI 2004-2012.

Concentration du secteur de la distribution en Europe (indice HHI)<sup>66</sup>

Rang	Pays	2004	2012	%
1	Finlande	2881	3985	4.0
2	Lettonie	3076	3443	-1.4
3	Suède	3418	3305	-0.4
4	Chypres	6530	2879	-9.7
5	Luxembourg	3499	2730	-3.1
6	Autriche	2262	2617	1.8
7	Lituanie	2796	2543	-1.2
8	Pays-Bas	2972	2478	-2.2
9	Irlande	2582	2381	-1.0
10	Danemark	2374	2320	-0.3
11	Estonie	2981	2225	-3.6
12	Slovaquie	1659	2127	3.2
13	Belgique	2120	2020	-0.6
14	Slovénie	3183	2015	-5.6
15	Allemagne	1384	1957	4.4
16	Bulgarie	2943	1907	-5.3
17	Portugal	1681	1901	1.5
18	Roumanie	2302	1880	-2.5
19	Grande-Bretagne	1749	1811	0.4
20	République tchèque	1199	1779	5.1
21	Espagne	1335	1701	3.1
22	Grèce	1708	1682	-0.2
23	Pologne	826	1580	8.4
24	France	1533	1410	-1.0
25	Hongrie	1251	1229	-0.2
26	Italie	1299	1170	-1.3

<sup>66</sup> Impact économique de la grande distribution sur le choix et l'innovation dans le secteur alimentaire de l'Union européenne, Septembre 2014, Commission Européenne, page 188.

http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/retail\_study\_ex\_fr.pdf.

#### II.4.2 Analyse géographique

#### Au niveau européen

Au sein de l'Union européenne, le commerce, de détail et de gros, compte parmi les secteurs les plus importants. Ce secteur représente à lui seul 4,5% de la valeur ajoutée de l'économie de l'Union européenne et fournit 8,6% du total des emplois de l'U.E.<sup>67</sup>

Les "euroindicateurs" d'Eurostat font état d'une croissance du chiffre d'affaires du commerce de détail de 14% entre la mi-2013 et le 3<sup>ième</sup> trimestre 2018, après un fléchissement continu de quatre années dans le sillage de la crise financière. En août 2018, par rapport à août 2017, l'indice des ventes de détail a augmenté de 2,4% dans l'UE28, de 2,9% dans le secteur non-alimentaire et 0,9% dans le secteur « alimentation, boissons, tabac ». <sup>68</sup>

La structure du marché alimentaire a connu au cours des dernières années de très fortes modifications, d'une part, l'expansion de la « supermarchisation »<sup>69</sup>, c'est-à-dire le remplacement de nombreux marchés traditionnels et petites boutiques par de grands supermarchés et d'autre part, le développement de discounters. Ce secteur a connu une très importante concentration, de sorte que la distribution alimentaire est caractérisée par l'existence d'enseignes de plus en plus puissantes, aux parts de marché de plus en plus fortes.

En septembre 2014, la Commission européenne a publié les résultats d'une étude approfondie <sup>70</sup> sur l'évolution du choix et de l'innovation en ce qui concerne les produits alimentaires en Europe au cours de la dernière décennie. Les ventes de ces produits sont restées stables durant huit années <sup>71</sup>. La période couverte par l'étude est impactée par la crise économique de 2008, qui a engendré d'importantes répercussions sur le pouvoir d'achat des consommateurs. La recherche du prix le plus bas est par conséquent devenue la priorité du consommateur européen. « En outre, l'évolution de la composition des ménages, le vieillissement global de la population, un intérêt grandissant pour de nouvelles problématiques liées à la santé (intolérances alimentaires, allergies, maladies liées à l'alimentation, surpoids et obésité) et une sensibilité accrue aux impacts environnementaux ont eu une influence sur le commerce alimentaire de détail en Europe. Cela s'est traduit par le développement de catégories de produits spécifiques tels que les produits frais, biologiques ou encore sans gluten. La praticité est également devenue un facteur de plus en plus important pour les consommateurs, ce qui a généré des innovations telles que de nouveaux plats cuisinés, des emballages à ouverture facile, etc. »

Par ailleurs, l'étude indique qu'entre 2004 et 2012, la part de la grande distribution dans le marché de l'alimentation a nettement augmenté, caractérisée par l'ouverture de nouveaux

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Communiqué de presse, Commission européenne, « Renforcer la compétitivité du secteur européen du commerce », 19 avril 2018.

<sup>68</sup> Eurostat, Communiqué de presse du 07/11/2018 : Le volume des ventes du commerce de détail stable dans la zone euro

 $<sup>\</sup>underline{https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/9360131/4-07112018-AP-FR.pdf/c7084962-0d6d-4cfd-aefe-7368dc13dceb}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> CES, Perspectives économiques et sectorielles à moyen et long terme dans une optique de durabilité, 5 octobre 2015.

<sup>70</sup> http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Impact économique de la grande distribution sur le choix et l'innovation dans le secteur alimentaire de l'Union européenne, Synthèse, Septembre 2014,

http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/retail\_study\_ex\_fr.pdf

magasins et l'augmentation des surfaces de vente. Cette croissance est dominée par les magasins de discount qui ont connu la plus forte croissance en termes de nombre de points de vente et de surface commerciale.<sup>72</sup> Les plus grands groupes de grande distribution se sont développés et ont augmenté leur part de marché dans de nombreux États membres.<sup>73</sup>

L'une des conséquences de cette concentration est la disparition d'un grand nombre de petites enseignes qui ont, pour la plupart, été intégrées à de grands groupes.

La structure du marché en aval, sur lequel les distributeurs sont en concurrence pour satisfaire la demande des consommateurs, est ainsi devenue oligopolistique. L'intégration verticale a permis aux détaillants de bénéficier d'une distribution et d'une logistique plus efficaces. Les grandes sociétés de distribution ont pu réaliser des économies d'échelles substantielles vis-àvis de leurs fournisseurs.

Sur le marché en amont, cette situation confère aux distributeurs un pouvoir d'oligopsone<sup>74</sup> face aux fournisseurs.

La concentration de la distribution dans son ensemble a augmenté dans pratiquement tous les États membres, essentiellement en raison de la pénétration accrue des distributeurs modernes ; les supermarchés, hypermarchés et magasins discount disposant d'un système de distribution centralisée, utilisant la logistique moderne. Une telle concentration des acteurs présents peut avoir un impact sur le libre jeu de la concurrence, qui peut être limité ou faussé par l'application de conditions discriminatoires.

A ce propos, une autre étude de la Commission européenne souligne que les autorités de concurrence ont identifié un certain nombre d'exemples de comportements anticoncurrentiels ayant entraîné une distorsion des marchés, essentiellement via des ententes prenant la forme de fixation des prix ou de partage des marchés entre concurrents, représentant environ la moitié des affaires concernées et, dans une moindre mesure, sous la forme de restrictions verticales, telles que des restrictions de la liberté de fixation des prix ou des obligations d'exclusivité<sup>75</sup>.

Le « *Plan d'action européen pour le commerce de détail* » <sup>76</sup> présenté le 31 janvier 2013 a également identifié divers obstacles qui entravent encore la création d'un marché unique du commerce de détail efficient, concurrentiel et intégré, freinant certains processus tels que l'approvisionnement transfrontière.

Comme exposé *supra*, si la concurrence inter-marques est élevée, il est peu probable que les accords verticaux produisent des effets anticoncurrentiels. En revanche, l'absence de concurrence inter-marques demande une plus grande vigilance des autorités de concurrence. Les effets des restrictions verticales dépendent donc de la structure du marché envisagée.

 $<sup>^{72}</sup>$  Leur surface de vente a augmenté de 81% entre 2000 et 2011, contre 46% pour les hypermarchés et 26% pour les supermarchés.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Au niveau paneuropéen, les 10 premiers distributeurs européens de produits alimentaires ont représenté 30,7% des parts de marché en 2011, contre 26% en 2000.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Par opposition à l'oligopole, l'oligopsone est un marché au sein duquel est constaté un faible nombre de demandeurs pour un grand nombre d'offreurs.

<sup>75</sup> Voir Annexe 3: Résumé ECN Activities in the Food sector http://ec.europa.eu/competition/ecn/food\_report\_en.pdf

<sup>76</sup> http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0036&from=FR

#### En Allemagne<sup>77</sup>

L'autorité de concurrence allemande, le Bundeskartellamt (ci-après : « Bkamt »), a également interrogé les différents acteurs du commerce de détail alimentaire. Sur une période de trois années, le Bkamt a examiné la position de marché et le pouvoir de négociation, tant des fournisseurs, que des chaînes de supermarchés.

Les quatre grandes chaînes allemandes<sup>78</sup> représentaient à elles seules 85% sur le marché de la distribution alimentaire du pays. Leur fort pouvoir de marché face aux fournisseurs leur permettant d'acheter à un meilleur prix place ces quatre grandes chaînes dans une position confortable, disposant d'un sérieux avantage sur leurs concurrents de taille moyenne.

En raison du fait que les magasins ne peuvent se passer d'offrir à la clientèle certaines marques phares de grands producteurs, on pourrait imaginer que ces producteurs soient à même de faire face aux grands distributeurs. En réalité, le pourcentage représenté par ces produits est tellement réduit que selon l'autorité de concurrence allemande, cela ne change rien à la position de force des grandes chaînes de distribution.

A première vue, la puissance de la demande sert aux clients. Ils peuvent espérer que le prix d'achat faible soit répercuté jusqu'au comptoir de la boutique. Le Bkamt met toutefois en exergue une spirale négative, dans la mesure où les petits détaillants seraient écartés du marché, menant à une disparition des épiceries. Par ailleurs, à long terme, le pouvoir d'achat des grandes chaînes renforcerait également les tendances de concentration sur le marché des fournisseurs.

Un rôle particulier est attribué au leader allemand EDEKA, puissant de ses 12 000 supermarchés. Lors de la fusion entre EDEKA et PLUS, le Bkamt avait déjà mis en garde EDEKA au sujet de la pratique des *Hochzeitsrabatte*<sup>79</sup>, sorte de rabais sans réelle contre-valeur imposés par EDEKA aux fournisseurs, qui abusait alors de sa position sur le marché de la demande et faisait ainsi également pression sur ses concurrents directs.

Ce blâme prononcé à l'encontre de EDEKA explique peut-être sa vive réaction face aux conclusions de l'enquête. Selon EDEKA, l'analyse limitée à un échantillon de seulement 250 produits aurait induit des conclusions erronées et trompeuses. Par ailleurs, toujours selon EDEKA, la concurrence sur le marché de l'offre n'aurait pas été complètement analysée.

<sup>77</sup>http://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung LEH.pdf;jsessionid=AF0F71A169786E4DB50A95C2B C31CF66.1 cid387? blob-publicationFile&v=7.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Edeka, Rewe, Schwarz Gruppe et Aldi (Spitzengruppe).

<sup>79</sup>http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/hochzeitsrabatte-kartellamt-mahnt-edekaab/8540866.html

#### Au Benelux80

La région du Benelux compte environ 29 millions d'habitants, elle est la plus densément peuplée dans l'Union européenne. La majorité des ménages dispose de deux revenus et les couples biactifs sans enfant sont prêts à payer un prix supplémentaire pour les aliments de convenance, une offre plus variée, une alimentation plus saine et d'autres concepts, comme la cuisine éthique.

Un autre facteur poussant les consommateurs à changer leurs habitudes d'achat est relatif à la taille des ménages ; les ménages d'une à deux personnes étant de plus en plus fréquents face au déclin des ménages de trois personnes ou plus. L'alimentation durable, y compris les produits biologiques, est l'un des marchés les plus importants de la croissance dans l'alimentation au détail. L'industrie affirme que ces consommateurs ont tendance à acheter des produits à valeur ajoutée plus chère.

Notons également que la part de marché des produits de marque privée continue à augmenter dans cette région.

Suite au plan d'action Benelux pour l'emploi et la croissance lancé en 2015 et prévoyant notamment la mise en œuvre de mesures contre les restrictions territoriales de l'offre, les ministres de l'Economie des trois pays concernés ont signé une « recommandation Benelux relative aux restrictions territoriales de l'offre dans le Benelux ». Dans ce contexte, la première étape consiste à « examiner la nature et l'ampleur des restrictions territoriales de l'offre ainsi que leurs conséquences pour la chaîne d'approvisionnement ».

L'enquête Benelux, intitulée « Des restrictions territoriales de l'offre dans le commerce de détail en Belgique, Pays-Bas et Luxembourg, Des conséquences pour le marché intérieur Benelux » publiée en février 2018, (ci-après : « enquête Benelux ») rassemble les données collectées auprès de 66 entreprises du Benelux, dont 44 au Luxembourg, contre 12 en Belgique et 10 aux Pays-Bas. Cette étude retranscrit les « perceptions des entreprises. Les données récoltées donnent une idée générale du phénomène des restrictions territoriales de l'offre (RTO) dans le commerce de détail dans le Benelux. Elles permettent de décrire des phénomènes et des tendances, malgré le fait que les données ne soient sans doute pas statistiquement significatives<sup>81</sup> » Ainsi, il n'est pas procédé à une analyse de ces résultats ni à la recherche des preuves relatives aux allégations des entreprises, puisque l'étude fait part des expériences et estimations propres des entreprises, « de sorte que les résultats mesurent surtout des perceptions des entreprises<sup>82</sup> ».

L'enquête conclut en expliquant notamment que :

- le phénomène des RTO se retrouve dans tous les pays, pour des entreprises tant indépendantes que dépendantes,
- les RTO semblent concerner un large éventail de produits et d'entreprises de détail,

<sup>80</sup>http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/Retail%20Foods\_The%20Hague\_Netherlands\_6-25-2012.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Enquête Benelux, page 2.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Enquête Benelux, page 11.

- la majorité des entreprises estiment que les RTO ont un impact négatif sur les prix à la consommation, la gamme de produits et les marges bénéficiaires des entreprises,
- les entreprises cherchant à remédier à ce phénomène semblent uniquement se tourner vers les importations parallèles avec 33% des entreprises y ayant recours.

#### Pour résumer ...

Les relations au sein d'une structure verticale ne sont pas toujours évidentes ; en fonction du choix d'intégration verticale opéré, le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer différemment.

Le commerce de détail, en général, et celui de la distribution alimentaire, en particulier, ont connu de nombreux changements qui sont allés de pair avec un essor sans pareil lors de la dernière décennie. Les grandes sociétés de distribution ont pu réaliser des économies d'échelle substantielles dans leurs processus d'achat et ainsi accroître leur pouvoir de négociation vis-à-vis de leurs fournisseurs. La centralisation des achats a entraîné une internationalisation progressive de l'offre, que ce soit dans l'UE ou dans les pays tiers. Des détaillants indépendants, de petite ou moyenne taille, ont conclu des accords d'achat ou se sont regroupés pour mettre en commun leur expertise et réaliser des économies d'échelle. Enfin, dans leurs efforts pour mieux répondre à la demande des consommateurs, les détaillants ont renforcé leur contrôle sur la chaîne d'approvisionnement, par exemple au moyen de marques distributeur.

Le pouvoir s'est déplacé du marché en amont vers celui en aval. La concentration a augmenté dans pratiquement tous les Etats de l'Union européenne. Or, le secteur de la distribution présente un tableau très hétérogène. Si la concentration est plus importante dans nos pays voisins, elle a connu un moindre développement au Grand-Duché de Luxembourg.

## III. Le secteur de la distribution luxembourgeoise

#### III. I Position du Luxembourg au sein de la Grande Région

L'attractivité et la compétitivité du commerce luxembourgeois au sein de la Grande Région est une préoccupation majeure de la politique nationale. L'Observatoire de la formation des prix se charge d'analyser la compétitivité des prix des produits identiques dans les grandes surfaces alimentaires de la Grande Région, <sup>83</sup> sur base de relevés de prix effectués par Nielsen depuis 2006. Le rapport 2018 « Etude 4 Frontières Edition 2018 – Analyse comparative des prix de produits identiques dans les grandes surfaces alimentaires au sein de la Grande Région » est basé sur les prix relevés dans 22 enseignes en novembre 2017, analysant le niveau de prix des grandes surfaces alimentaires luxembourgeoises, comparées à leurs concurrents directs en France, Belgique et Allemagne.

Les résultats de cette étude<sup>84</sup> peuvent être regroupés en deux catégories:

#### Au niveau des pays :

- L'Allemagne présente le prix moyen le plus bas de la Grande Région, avec un indice de détention de 91,1 (la moyenne de la Grande Région étant de 100). L'Allemagne s'est améliorée de 0,6 point par rapport à la dernière étude publiée.
- Le Luxembourg s'est également amélioré par rapport à la dernière édition, avec un indice de 99,9, légèrement moins cher que la moyenne de la Grande Région.
- L'indice de la France s'est amélioré, tandis que celui de la Belgique s'est détérioré et est le pays le plus cher dans les 5 rayons analysés.
- Le Luxembourg est le pays le plus compétitif dans le rayon *liquides* (en raison principalement des boissons alcoolisées), les prix des *produits frais* sont les plus intéressants en France tandis que les rayons *épicerie*, *droguerie-parfumerie-hygiène* (DPH) et non-alimentaire sont les moins chers en Allemagne.
- L'enquête Nielsen permet aussi de comparer les pays l'un à l'autre « par paire », c'està-dire par binômes. Faire de telles comparaisons présente l'avantage que seuls les produits communs aux deux pays en question sont pris en compte. Le Luxembourg et la Belgique partagent bien plus de produits communs (7427) que le Luxembourg et la France (3299) ou que le Luxembourg et l'Allemagne (1949). « L'avantage du Luxembourg par rapport à la Belgique se creuse dans cette analyse : celle-ci présente un désavantage de 5,6%, principalement à cause des liquides, plus chers en moyenne

L'étude n'analyse pas les facteurs des divergences de prix : coûts, taxes, marges, heures d'ouverture.

L'étude n'analyse pas les facteurs des divergences de prix : coûts, taxes, marges, heures d'ouverture, équipements...

<sup>83</sup> Luxembourg, Lorraine, Rhénanie-Palatinat, Sarre et Wallonie.

de 16,5% en Belgique qu'au Luxembourg. La France et l'Allemagne présentent, par contre, un avantage compétitif de respectivement 4,7% et 8,8% par rapport au Luxembourg. Enfin, 62,2% des produits communs entre la Belgique et le Luxembourg sont moins chers au Luxembourg contre 37,2% entre la France et le Luxembourg et 30% entre l'Allemagne et le Luxembourg. »

#### Au niveau des enseignes :

- Il existe une grande hétérogénéité au niveau des produits disponibles ; ainsi, par exemple, en France, les enseignes proposent bien plus de produits que les enseignes belges ou luxembourgeoises.
- La moyenne des produits référencés pour les enseignes luxembourgeoises se situe à 14 210 produits, pour une moyenne de 18 903 en France et 13 960 en Belgique.
- Les analyses de prix montrent que trois enseignes luxembourgeoises sont en-dessous de la moyenne de la Grande Région, tandis qu'une enseigne luxembourgeoise est la plus chère de l'ensemble de l'échantillon, « Les analyses de prix montrent que trois enseignes luxembourgeoises sont en dessous de la moyenne de la Grande Région et ce dans les rayons épicerie, liquides et DPH. Certaines enseignes au Luxembourg présentent ainsi un réel avantage compétitif au sein de la Grande Région. Dans ce cadre, il faut noter que les magasins allemands ne peuvent pas être identifiés individuellement suite à des restrictions réglementaires dans la collecte de données. »
- Pour la première fois, l'étude s'est penchée sur les produits biologiques et constate que l'Allemagne propose les prix les moins élevés, tandis que les prix de ces produits sont les plus élevés en Belgique.

Les auteurs de l'étude mettent en garde en indiquant que « tous ces résultats montrent qu'une comparaison transfrontalière de prix de l'offre commerciale territoriale présente des difficultés méthodologiques importantes qui ne permettent pas simplement de conclure que « le pays A est de x% plus ou moins cher que le pays B ». De plus, à l'intérieur d'un même pays, des différences substantielles de prix peuvent exister entre les différentes enseignes individuelles...» 85

Notons par ailleurs, à titre indicatif, que pour le choix d'un produit alimentaire, le consommateur ne se base pas exclusivement sur le prix, mais sur d'autres éléments tels que la fraîcheur, la proximité et la qualité des produits. L'importance attribuée à chacun de ces critères est la même, ce qui pourrait indiquer que le consommateur devient toujours plus exigeant Rappelons que l'étude se limite à relever des prix et n'analyse pas les facteurs de la formation de ces prix, ni ne peut prendre en compte d'autres facteurs influençant également le comportement des consommateurs tels que les heures d'ouverture ou encore le cadre et l'ambiance dans lesquels les consommateurs peuvent procéder à leurs achats. Néanmoins, si on considère les résultats de cette étude pertinents, <u>l'assertion selon laquelle le Luxembourg</u>

.

<sup>85</sup> Enquête Benelux, page 6.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> LE FOREM: Analyse du marché de l'emploi et de la formation - Juin 2013 - Actualisation qualitative de l'écosystème édité en 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> CES, Perspectives économiques et sectorielles à moyen et long terme dans une optique de durabilité, 5 octobre 2015, page 26.

serait, parmi les pays de la Grande Région, le pays le plus cher en matière de commerce de détail ne peut pas être confirmée. L'Allemagne présente certes le prix moyen le plus bas de la Grande Région (8,9% moins cher en moyenne que la Grande Région). Toutefois, le Luxembourg est, pour la première fois depuis 2011, en moyenne 0,1% moins cher que la Grande Région.

#### III.2. Les relations verticales dans les accords de distribution

#### III.2.1 Les restrictions territoriales telles que perçues par les acteurs de la distribution

Une différence de prix s'explique-t-elle-par différentes conditions économiques, sociales et réglementaires entre pays européens ou trouve-t-elle son origine dans des dispositions spécifiques contenues dans les contrats verticaux entre fournisseurs et distributeurs?

Les représentants du commerce luxembourgeois (notamment la Confédération Luxembourgeoise du Commerce) mettent régulièrement en exergue le fait que le commerce luxembourgeois serait défavorisé par rapport à ses concurrents étrangers. Le niveau de prix et les différences par rapport aux pays voisins sont selon eux liés au fait que les enseignes luxembourgeoises ne sont pas libres dans leur choix d'approvisionnement. Concrètement et comme déjà expliqué précédemment, les distributeurs luxembourgeois seraient contraints de passer leurs commandes via les grossistes belges ou via les filiales belges des grands groupes internationaux, c'est-à-dire qu'ils seraient systématiquement redirigés soit vers la filiale chargée de ce marché géographique, soit vers leurs grossistes nationaux qui ont signé des contrats territoriaux avec les fournisseurs.

Ces contraintes permettraient, toujours selon les représentants du commerce luxembourgeois, la fragmentation du marché et entraîneraient d'importantes différences de prix de gros entre pays. Ainsi, la Confédération luxembourgeoise du commerce, la CLC, a comparé les prix de vente pour certains produits dans des enseignes allemandes, aux prix d'achat payés par certaines enseignes luxembourgeoises pour ces mêmes produits.

Avec cinq enseignes de la distribution luxembourgeoise, elle a réalisé une étude non exhaustive sur le prix d'achat « triple net »<sup>88</sup> de certains produits identiques (même code EAN<sup>89</sup>) en Allemagne et au Luxembourg, pour les comparer ensuite au prix de vente hors promotion et hors TVA dans le commerce allemand<sup>90</sup>. Même si des différences importantes n'ont pas pu être observées pour l'ensemble des produits analysés, des différences significatives existent bel et bien pour certaines catégories de produits.

Le marché intérieur serait-il menacé?

90 Source: CLC.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Le "triple net" correspond au prix réellement payé par le distributeur, après remise sur facture d'achat, remise de ristournes différées et de la coopération commerciale.

<sup>89</sup> Définition, voir glossaire.

De nombreuses études<sup>91</sup> ont été réalisées, notamment sur le sujet d'un bon fonctionnement du marché intérieur. Les principales conclusions de tous ces rapports notent des restrictions importantes, tant verticales qu'horizontales.

Ainsi, par exemple, le Livre vert de la Commission<sup>92</sup> identifie sept types de pratiques commerciales déloyales, parmi lesquelles figurent les restrictions territoriales de l'offre imposées par des fournisseurs multinationaux qui peuvent empêcher les détaillants de se tourner vers l'étranger pour s'approvisionner en biens identiques et les distribuer dans d'autres Etats-membres.

#### III.2.2 La démarche du Ministre de l'Economie

Par courrier du 17 mars 2008, le Ministre de l'Economie s'était déjà adressé à un ensemble de grands groupes alimentaires internationaux afin qu'ils se prononcent sur les doléances des distributeurs luxembourgeois concernant les restrictions d'approvisionnement, les conditions d'achat discriminatoires pénalisant les entreprises luxembourgeoises ainsi que le niveau des prix plus élevé pour certains produits comparés aux prix des zones avoisinantes en Allemagne, en Belgique et en France.

Les réponses des grands fournisseurs internationaux (alimentaires et non-alimentaires) peuvent se résumer comme suit :

- Même si le marché luxembourgeois dépend d'un point de vue de l'approvisionnement commercial et logistique de la Belgique, rien n'empêche néanmoins le distributeur luxembourgeois de s'approvisionner via des canaux alternatifs. Une étude publiée en juin 2015 par Eurostat<sup>93</sup> compare les prix de vente de certains produits de première nécessité. Force est de constater que les prix de vente de détail sont très comparables en Belgique et Luxembourg<sup>94</sup>.
- Certains précisent encore que les prix d'achat de la grande distribution sont influencés par des variables comme le volume, le coût logistique de la distribution et le coût du marketing ou encore de tout autre coût à charge pour le fournisseur en relation avec la livraison au Luxembourg, de même que des attentes de marges plus élevées dans le secteur de la distribution luxembourgeoise.

explained/index.php/Comparative price levels of consumer goods and services

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Consumer prices - detailed average prices

http://ec.europa.eu/eurostat/documents/272892/272992/Consumer+Prices+Research+-

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Voir, parmi d'autres Communication EC 10/2009 - Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe, SPF Economie 2011 -Niveau des prix dans les supermarchés., ECN - Report on competition law enforcement and market monitoring activities in the food sector (May 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Commission européenne : Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire en Europe, janvier 2013

http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2013/02/comm-pcd/index.html

<sup>93</sup>http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-

<sup>+</sup>October+2015/badc06ab-bf87-47c9-bc8d-0ef57666dd8c

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Ceci confirme que la distribution luxembourgeoise s'approvisionne principalement en Belgique et est également cohérent par rapport aux enquêtes 4 frontières.

<sup>95</sup> Haribo, Storck, Proctor and Gamble, Unilever, Colgate-Palmolive, Dr Oetker, Lu (kraft)

- La réponse d'autres firmes se résume au constat qu'elles se conforment à tous les textes légaux en vigueur, y inclus ceux ayant trait aux aspects de concurrence et que leur philosophie commerciale avec les clients exclut les pratiques discriminatoires<sup>96</sup>.

On constate que d'une manière générale, les fournisseurs, tant de produits alimentaires que non-alimentaires, déclarent tous ne pas imposer des restrictions d'approvisionnement à leurs distributeurs, qui sont libres d'utiliser les canaux d'approvisionnements de leur choix et qu'ils respectent a fortiori les règlementations en vigueur.

#### III.2.3 Restrictions territoriales et droit de la concurrence

Afin d'examiner l'applicabilité de l'interdiction des ententes de l'article 3 de la loi nationale et de l'article 101 du TFUE, il est nécessaire de distinguer deux cas de figure :

i. les distributeurs luxembourgeois s'approvisionnent directement auprès d'un groupe alimentaire international

Dans ce cas, l'application de l'interdiction sera conditionnée à l'existence d'un accord vertical entre un distributeur local luxembourgeois et un producteur/fournisseur international pour lequel les parts de marchés d'une des parties seraient supérieures à 30%.

En effet, « en vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont déterminantes pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie s'applique, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits contractuels doivent être chacune inférieures ou égales à 30 %. Dans le cas d'accords entre des petites et moyennes entreprises, il n'est généralement pas nécessaire de calculer les parts de marché. »<sup>97</sup>

Dans ce cas précis, l'accord ne sera pas couvert par le règlement d'exemption 330/2010 et nécessitera un examen individuel.

Ainsi, « en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il importe d'examiner si, dans le cas individuel, l'accord relève de l'article 101, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. S'il ne comporte pas de restriction de la concurrence par objet, et notamment de restriction caractérisée de la concurrence, un accord vertical ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie en raison d'un dépassement du seuil de part de marché n'est pas présumé relever de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Une appréciation individuelle des effets probables de l'accord est nécessaire »98.

S'il est établi que l'accord est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, les entreprises peuvent démontrer l'existence de gains d'efficience et exposer les raisons pour

-

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> GsK Glaxo Smith Kline, Beiersdorf, Délifrance Nature&Saveurs, Danone.

<sup>98 § 96</sup> du Règlement 330/2010.

lesquelles un système de distribution donné est indispensable pour entraîner des avantages probables pour les consommateurs, sans éliminer la concurrence.

Une autre possibilité serait d'invoquer le retrait individuel de l'exemption prévu à l'article 29§2 du Règlement 1/2003<sup>99</sup> si les accords entre le distributeur luxembourgeois et le fournisseur étranger avaient un impact sur la compétitivité transfrontalière au niveau de la Grande région. En vertu de cet article, il est possible de retirer le bénéfice d'un règlement d'exemption si un accord, une décision ou une pratique concertée visé par ce règlement d'exemption produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3 du traité<sup>100</sup>.

ii. Le distributeur luxembourgeois contracte avec un intermédiaire indépendant à Luxembourg ou à l'étranger ayant une exclusivité territoriale pour certains produits.

En effet, l'article 4 du règlement 330/2010 prévoit que son article 2 (exemption) ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de restreindre les ventes actives sur un territoire.

Dans tous les cas de figure, les importations parallèles auprès d'autres intermédiaires indépendants ne peuvent être réprimées par un fournisseur.

#### III.3. L'enquête du Conseil

#### III.3.1 Contexte et méthodologie

Afin de mettre en évidence les potentielles restrictions de concurrence dans le secteur de la grande distribution alimentaire et non alimentaire, le Conseil a réalisé une enquête sectorielle, qui, à l'instar des enquêtes similaires réalisées par plusieurs autres autorités de concurrence européennes<sup>101</sup>, s'est penché sur les rapports verticaux existant entre les entreprises actives dans ce secteur, particulièrement important pour le consommateur.

Dans un pays comme le Luxembourg, dont la taille réduite explique que le consommateur peut aisément se déplacer pour faire ses achats dans les pays voisins, il est primordial que les entreprises puissent s'approvisionner librement auprès du fournisseur de leur choix au sein du marché intérieur afin de pouvoir rester compétitives par rapport à leurs concurrents de la Grande Région. Ainsi, si les conditions d'achat étaient discriminatoires par rapport à des entreprises d'autres Etats membres situées seulement à quelques kilomètres des frontières du Luxembourg, elles pourraient fausser le jeu de la concurrence au détriment des entreprises luxembourgeoises.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> Article 6§3 de la loi relative à la concurrence.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> Voir, à titre d'exemple, les rapports des autorités portugaise, anglaise, suèdoise, espagnole et finlandaise, cités dans le ECN Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, précité, pts. 130-134.

La conséquence d'une telle situation est une double pénalisation pour le commerce national. Premièrement, les commerces luxembourgeois peuvent se voir désavantagés par rapport aux commerces des Etats voisins, en raison de l'impossibilité de s'approvisionner aux meilleurs prix. Deuxièmement, le désavantage peut provenir d'une disponibilité limitée des produits sur le marché luxembourgeois.

Dans un premier temps, afin de pouvoir mieux cibler son enquête, le Conseil a entendu, dans le cadre de rencontres organisées à cette fin, certains responsables parmi les entreprises actives dans le secteur de la grande distribution au Grand-Duché de Luxembourg.

Dans un second temps, notamment sur base des renseignements obtenus, le Conseil a adressé des demandes de renseignement ciblées à plusieurs entreprises de la grande distribution luxembourgeoise, à des grossistes et à des producteurs internationaux<sup>102</sup>.

Enfin, l'analyse des données recueillies a permis de comprendre le fonctionnement des relations verticales au niveau de la distribution. En particulier, ont été examinés l'existence, le contenu et l'impact des différentes relations contractuelles liant les entreprises implantées au Grand-Duché de Luxembourg aux producteurs étrangers. Sur cette base, le Conseil a procédé à une évaluation à la lumière des dispositions du droit de la concurrence national et européen.

#### III.3.2 Résumé des réponses des fournisseurs étrangers

Les réponses des grands fournisseurs internationaux actifs dans le secteur alimentaire et nonalimentaire peuvent être résumées comme suit :

Dans un bon nombre de cas, les producteurs internationaux disposent de filiales dans différents États membres de l'Union, chargées de la représentation et des relations commerciales sur un certain territoire qui leur est attribué par leur société mère. En ce qui concerne le Luxembourg, le plus souvent, les entreprises de la distribution et les importateurs ont conclu des contrats d'approvisionnement avec la filiale belge d'un producteur international. Les producteurs étrangers justifient ce choix commercial et logistique notamment par des considérations historiques et des liens économiques étroits entre les deux marchés. En outre, ils estiment que les consommateurs luxembourgeois connaissent les produits vendus également en Belgique et sont habitués à ceux-ci. Enfin, ils soulignent la présence simultanée d'un bon nombre de distributeurs sur les deux marchés et les efforts communs en matière de marketing.

Certains de ces grands producteurs internationaux s'appuient sur leur droit d'organiser leur réseau de distribution selon leurs besoins, invoquant notamment les développements de la jurisprudence Viho<sup>103</sup> de la Cour de justice de l'Union européenne. Pour rappel, dans cet arrêt, la Cour a établi que des filiales entièrement dépendantes de leur société mère et ne jouissant d'aucune autonomie réelle, forment une seule unité économique avec cette société mère. Dans ce cas de figure, l'article 101 du TFUE ne s'applique pas aux accords entre la société mère et ses filiales, alors même que cette politique de distribution risque d'entraîner, voire entraîne un cloisonnement des marchés.

10

<sup>102</sup> Annexe 5.

<sup>103</sup> Arrêt du 24 octobre 1996, Viho Europe BV / Commission, C-73/95 P, précité, résumé de l'arrêt en annexe.

Même si le marché luxembourgeois dépend d'un point de vue de l'approvisionnement de la Belgique, rien n'empêcherait néanmoins le distributeur luxembourgeois de s'approvisionner par d'autres moyens et auprès d'autres fournisseurs de son choix. Les fournisseurs autoriseraient également les filiales luxembourgeoises des groupes de distribution internationaux à se faire fournir par la maison mère à l'étranger, qui peut faire ses achats auprès d'autres filiales que la filiale belge du fournisseur.

Pour démontrer qu'il n'existe pas d'obstacle empêchant la grande distribution luxembourgeoise de s'approvisionner auprès d'une autre filiale que celle responsable du territoire luxembourgeois, certains producteurs avancent que des produits en provenance de différentes filiales sont disponibles dans le commerce luxembourgeois.

Certains fournisseurs étrangers interrogés<sup>104</sup> précisent que les prix d'achat de la grande distribution sont influencés par des variables comme le volume des achats, le coût logistique de la distribution, le coût du marketing ou encore de tout autre coût à charge pour le fournisseur en relation avec la livraison au Luxembourg. En outre, il y aurait des attentes de marges plus élevées dans le secteur de la distribution luxembourgeoise.

D'autres fournisseurs<sup>105</sup> se bornent à indiquer que leurs systèmes de distribution seraient en conformité avec les règles de droit applicables. En ce qui concerne, en particulier, le droit de la concurrence, leurs relations commerciales avec les entreprises luxembourgeoises ne seraient pas caractérisées par des accords interdits.

Le Conseil constate que, de manière générale, les fournisseurs, tant de produits alimentaires que non-alimentaires, déclarent tous qu'ils n'imposeraient pas de restrictions d'approvisionnement à leurs distributeurs, qui seraient libres d'utiliser des canaux d'approvisionnement alternatifs.

Toutefois, en ce qui concerne la possibilité concrète qu'une entreprise de la grande distribution luxembourgeoise s'adresse, à titre d'exemple, à la filiale allemande d'un producteur international au lieu de s'adresser à la filiale belge, les réponses fournies au Conseil ne sont pas concluantes. En partie, elles mentionnent qu'un tel cas de figure ne s'est pas encore présenté. Parfois, il est simplement indiqué que les clients luxembourgeois sont libres de s'adresser à tout fournisseur. Certaines réponses précisent qu'une demande qui n'est pas adressée à la filiale territorialement responsable est appréciée au cas par cas.

En outre, les entreprises interrogées estiment que leurs systèmes de distribution sont conformes au droit de la concurrence, en ce qu'ils ne prévoient pas de restrictions verticales interdites par l'article 101 TFUE et l'article 3 de la loi relative à la concurrence.

Toutefois, l'enquête du Conseil ne s'est pas étendue sur les relations entre fournisseurs et revendeurs étrangers indépendants. Il est toujours possible que les fournisseurs imposent des restrictions territoriales à leurs revendeurs étrangers qui ne seraient alors pas à même de répondre positivement à des demandes venant du Luxembourg.

105 GlaxoSmithKline, Beiersdorf, Délifrance Nature&Saveurs, Danone.

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> Haribo, Storck, Proctor and Gamble, Unilever, Colgate-Palmolive, Dr Oetker, LU (Kraft - Mondelez).

#### III.3.3 Les réponses de la distribution luxembourgeoise

Au Luxembourg, les grandes surfaces alimentaires (hypermarchés et supermarchés) constituent le modèle de distribution dominant. Ce marché a en effet connu une concentration importante. Le marché luxembourgeois des distributeurs compte une dizaine d'enseignes actives dans la distribution au consommateur final. Sont actives au Grand-Duché de Luxembourg les sociétés Aldi, Alima, Auchan, Cactus, Colruyt, Cora & Match & Smatch (Groupe Louis Delhaize), Delhaize & Shopn'go (Groupe Delhaize), Lidl, Massen et Pall Center. En outre, le groupement d'intérêt économique INCOM opère comme centrale d'achat pour huit distributeurs actifs au Grand-Duché. Les acteurs de la grande distribution interrogés sont au nombre de 6, à savoir Auchan, Cactus, Colruyt, Delhaize Group, Louis Delhaize (le Lion) et Pall Center. Le Conseil a procédé à des demandes de renseignements afin de connaître leurs canaux d'approvisionnement et les contraintes auxquelles ils font face dans leurs relations avec les producteurs internationaux.

En substance, les réponses ont révélé que l'approvisionnement des entreprises de la grande distribution au Luxembourg auprès des producteurs internationaux se fait par les canaux suivants :

- l'achat des produits auprès des filiales belges des groupes internationaux; souvent, ces filiales sont dotées d'une licence exclusive pour approvisionner les entreprises de la distribution en Belgique et au Luxembourg ainsi que les grossistes dans ces pays;
- l'approvisionnement des entreprises de la grande distribution au Luxembourg par leurs maisons mère belges ou françaises ;
- la revente des produits par un importateur luxembourgeois doté d'une exclusivité de distribution pour le Luxembourg ;
- l'achat des produits directement auprès de l'établissement du producteur au Luxembourg ;
- l'approvisionnement par des contrats directs avec la société mère du producteur étranger (cas de figure très rare);
- l'approvisionnement à travers l'engagement dans une centrale d'achat (par exemple : ALVA, BLOC, INCOM<sup>106</sup>, Rewe<sup>107</sup>, Casino<sup>108</sup>, Wasgau<sup>109</sup>).

Si les formes des réseaux de distribution varient d'un acteur à l'autre, en fonction de leur appartenance à un groupe international ou non, le Conseil constate que, en principe, les entreprises actives dans le secteur de la grande distribution au Grand-Duché de Luxembourg sont libres d'organiser leur propre réseau d'approvisionnement.

<sup>106</sup> Groupement d'intérêt économique regroupant 8 distributeurs luxembourgeois indépendants.

<sup>107</sup> Coopérative de commerçants d'origine allemande exerçant principalement dans le secteur de la grande distribution à prédominance alimentaire.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Groupe de distribution alimentaire opérant dans le monde entier, principalement en France.

<sup>109</sup> Wasgau Produktions und Handels GmbH. Distributeur allemand opérant dans le secteur alimentaire.

L'analyse des réponses fournies par les acteurs de la distribution luxembourgeoise n'a pas pu mettre en exergue des éléments permettant de prouver l'existence de restrictions qui ne seraient pas couvertes par le règlement d'exemption 330/2010 et donc exemptes de l'application des règles de concurrence prévues à l'article 101 TFUE et à l'article 3 de la loi sur la concurrence.

#### III.3.4 Les réponses des importateurs / grossistes

Les importateurs, revendeurs et grossistes suivants ont été interrogés dans le cadre de l'enquête sectorielle du Conseil : Emile Kass et Cie, Zuang Distributions, Caves Wengler, Établissement Rossi, Retaxa, Othon Schmitt Sarl, Hennen Peter GmbH et Munhoven SA.

En résumé, l'approvisionnement des importateurs luxembourgeois est organisé de la manière suivante :

- via des contrats conclus avec les fournisseurs internationaux pour certains produits de leur gamme;
- via des contrats conclus directement avec les fournisseurs luxembourgeois pour certains produits de leur gamme;
- via des contrats conclus avec le distributeur belge ayant obtenu l'exclusivité pour les marchés luxembourgeois et belge. Alors que la facturation se fait à partir de la Belgique, il n'est pas exclu que les produits ne proviennent d'autres pays;
- via des contrats conclus avec des revendeurs étrangers.

Parmi les clients des importateurs, on retrouve en règle générale les acteurs de la grande distribution mais également des centrales d'achat (comme INCOM) ou des détaillants luxembourgeois.

Un bon nombre d'importateurs ont l'exclusivité de distribution pour certains produits sur le marché luxembourgeois. Soit l'exclusivité leur est accordée en vertu des contrats conclus avec les producteurs, soit elle repose sur une simple pratique commerciale.

Les accords de coopération ou d'approvisionnement incluent de nombreuses clauses contractuelles stipulant, d'une part, que le producteur informe le client de l'existence d'un contrat d'exclusivité avec le revendeur si ce client s'adresse directement à lui, et d'autre part, que l'importateur n'a pas le droit d'exporter, de distribuer ou de promouvoir activement les produits en dehors du territoire concédé.

Une autre clause qui est reprise dans de nombreux contrats de distribution est celle indiquant que le distributeur ne doit pas vendre des produits similaires ou des produits qui pourraient concurrencer les produits faisant partie du contrat d'exclusivité.

Dans les relations commerciales avec les grandes multinationales, les importateurs peuvent recevoir leurs produits de différents pays européens, alors que la facturation se fait par la filiale belge du producteur.

À l'instar des réponses fournies par les entreprises de la grande distribution au Grand-Duché de Luxembourg, les observations soumises au Conseil par les importateurs ne permettent pas non plus de conclure à l'existence des restrictions interdites par l'article 101 TFUE et par l'article 3 de la loi relative à la concurrence. Certains des importateurs ont certes été dotés de droits de distribution exclusifs. Ces droits empêchent les importateurs installés dans les États membres voisins de proposer les mêmes produits aux entreprises de la grande distribution au Luxembourg. Or, des tels droits exclusifs, s'ils rendent, certes, l'approvisionnement auprès de différents revendeurs du même produit plus difficile, ne l'empêchent pas entièrement car les importations parallèles doivent rester possibles — les distributeurs ne sont pas obligés de s'adresser à l'importateur exclusif mais peuvent rechercher une source d'approvisionnement alternative à l'étranger.

### Pour résumer ...

Les représentants du commerce luxembourgeois s'estiment défavorisés par rapport à leurs concurrents étrangers. Toutefois, l'assertion selon laquelle le Luxembourg serait le pays le plus cher de la Grande Région ne peut être confirmée.

De nombreuses études s'intéressent à la question des restrictions territoriales, en témoignent notamment les initiatives au sein du Benelux et la démarche du Ministre de l'Economie qui s'est adressé, dès 2008, aux groupes alimentaires internationaux concernant les restrictions d'approvisionnement et les conditions d'achat des entreprises luxembourgeoises.

Les réponses fournies par les acteurs de la distribution luxembourgeoise, les fournisseurs étrangers et les grossistes interrogés ne permettent pas de conclure à l'existence de restrictions punissables au nom des règles de concurrence nationales ou européennes.

### CONCLUSION

Les revendications des acteurs du commerce au sein du Grand-Duché de Luxembourg et plus généralement, au niveau de la région Benelux concernant les conditions d'approvisionnement potentiellement imposées par leurs fournisseurs étrangers ne sont pas restées lettre morte.

Tant les gouvernements respectifs des trois pays concernés, que les autorités de concurrence nationales, s'intéressent à la voix des commerçants.

Si le commerce luxembourgeois souligne régulièrement la problématique d'un approvisionnement imposé par les fournisseurs étrangers de grandes marques, force est de constater que la structure du commerce alimentaire a connu ces dernières années d'importantes fluctuations, incluant le déplacement partiel du pouvoir de négociation du côté des distributeurs.

Le Conseil de la concurrence a souhaité, par le biais de cette enquête, déterminer si les allégations avancées pouvaient donner lieu à des préoccupations de concurrence, voire à des violations condamnables sous l'angle du droit de la concurrence national et européen.

Si, tant l'enquête du Conseil que les résultats de l'Etude Benelux « Des restrictions territoriales de l'offre dans le commerce de détail en Belgique, Pays-Bas et Luxembourg » mettent en avant la perception et le sentiment des acteurs du commerce luxembourgeois concernant l'existence de restrictions, les données recueillies par le Conseil — réponses aux demandes de renseignements, analyse de contrats, documentations fournies par les distributeurs, entretiens physiques — n'ont permis de constater l'existence de restrictions verticales condamnables sous l'angle du droit de la concurrence. En effet, l'analyse des relations commerciales et plus particulièrement celle des restrictions verticales entre fournisseurs et grossistes / importateurs et distribution n'a pu mettre en exergue de restrictions caractérisées ou interdites, telles que définies par le Règlement n°330/2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et par les Lignes directrices l'accompagnant. Si de telles restrictions devaient exister, des pièces les documentant à suffisance de droit n'ont pas été mises à disposition du Conseil.

Partant, le Conseil ne peut conclure à l'existence de pratiques qui obligeraient la distribution luxembourgeoise à s'approvisionner sur un marché spécifique, caractérisé par des conditions d'achat moins favorables que sur un autre et qui ne seraient pas autorisées au regard des règles de concurrence.

Si les fournisseurs organisent leur réseau de distribution via des filiales européennes et mettent ainsi en place une protection territoriale, une telle pratique ne saurait être de nature à rendre l'article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne applicable. La jurisprudence de l'Union est en effet claire : lorsqu' une société mère et ses filiales forment une unité économique à l' intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d' une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d' action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont adressées par la société mère qui les contrôle à 100 %, la circonstance que la politique mise en œuvre par cette dernière et qui consiste principalement à répartir différents marchés nationaux entre ses filiales puisse produire des effets à l'extérieur de la sphère du groupe, susceptibles d'affecter la position concurrentielle de tiers, ne saurait

être de nature à rendre applicable l'article 101, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Même si les représentants du commerce luxembourgeois soulignent des différences prix triplenet importantes, l'Etude 4 frontières, analysant les prix de vente de produits identiques au niveau de la Grande région, conclut que l'on ne peut affirmer que les prix des produits vendus au Luxembourg seraient systématiquement plus élevés. Certes, l'Allemagne dispose encore d'un avantage concurrentiel, mais la compétitivité du Grand-Duché s'est améliorée ces dernières années.

Par ailleurs, il résulte des résultats de l'Etude Benelux que 33% des entreprises participantes (incluant donc les réponses des autres pays) indiquent avoir recours aux importations parallèles pour profiter de prix d'achat plus favorables et/ou élargir leur gamme.

Il convient enfin de rappeler la distinction entre restrictions verticales anticoncurrentielles et restrictions verticales autorisées, voire même encouragées dans certains cas, car produisant des effets pro-concurrentiels. En dehors des exclusivités territoriales absolues qui éliminent le commerce parallèle, toutes les restrictions verticales ne sont pas automatiquement nocives pour le droit de la concurrence. En effet, pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à différents stades du commerce, lorsqu'il existe un pouvoir de marché assez important du côté du fournisseur, de l'acheteur ou des deux. En dehors de ce cas de figure, il est peu probable que la réduction de la concurrence intramarque puisse avoir des effets négatifs sur un marché où la concurrence inter-marques est rude.

Le Conseil de la concurrence restera évidemment attentif et maintiendra sa vigilance quant à la problématique soulevée par le commerce luxembourgeois et, en sa qualité d'autorité indépendante compétente en matière d'ententes anticoncurrentielles et d'abus de position dominante, se tient à disposition de toute entreprise souhaitant dénoncer l'existence de pratiques prohibées par les articles 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 3 et 5 de la loi relative à la concurrence du 23 octobre 2011.

Par ailleurs, le Conseil tient à souligner l'existence de son programme de clémence, permettant d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui dénoncent une pratique anticoncurrentielle ou collaborent dans le cadre d'une enquête en cours et invite les entreprises détenant des preuves de telles pratiques à venir le consulter.

Enfin, le Conseil tient à attirer l'attention sur l'évaluation lancée par la Commission européenne<sup>110</sup> ayant pour objet de collecter des informations sur le fonctionnement du Règlement 330/2010 et des lignes directrices l'accompagnant, dans le cadre de son expiration au 31 mai 2022, afin de décider si cette règlementation est toujours efficace, pertinente et conforme aux autres règles de l'UE. Le Conseil invite ainsi les parties intéressées à contribuer à la consultation publique de 12 semaines qui sera lancée au premier trimestre 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup>Voir sur le site du Conseil : <a href="https://concurrence.public.lu/fr/actualites/20171/evaluation-Commission-reglement-exemption-accords-verticaux.html">https://concurrence.public.lu/fr/actualites/20171/evaluation-Commission-reglement-exemption-accords-verticaux.html</a>.

Ainsi délibéré et avisé en date du 18 janvier 2019.

Pierre Barthelmé

Président

Mattia Melloni

Havielful.

Conseiller

Jean-Claude Weidert

Conseiller

Grazyna Piesiewicz

Conseiller

## **GLOSSAIRE**

## A-B

APPA: Accord de parité inter-plateformes.

Accords de gestion par catégorie: Les accords de gestion par catégorie sont des accords par lesquels, dans le cadre d'un accord de distribution, le distributeur confie au fournisseur (le « capitaine de catégorie ») la commercialisation d'une catégorie de produits incluant, en général, non seulement les produits du fournisseur, mais aussi ceux de ses concurrents. Le capitaine de catégorie peut ainsi exercer une influence sur, par exemple, le choix, le placement et la promotion des produits vendus dans le magasin. Ces accords bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %111

Accord vertical: Accord entre deux ou plusieurs entreprises non-concurrentes se situant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution.

<u>Commerce de gros</u>: Le commerce de gros consiste à acheter, entreposer et vendre des marchandises généralement à des détaillants, des utilisateurs professionnels (industriels ou commerciaux) ou des collectivités, voire à d'autres grossistes ou intermédiaires, et ce quelles que soient les quantités vendues.

Les intermédiaires du commerce de gros mettent, quant à eux, en rapport les acheteurs et les vendeurs (ou bien exécutent des opérations commerciales pour le compte d'un tiers), sans être eux-mêmes propriétaires des marchandises (il s'agit des commissionnaires, courtiers, agents commerciaux, représentants non-salariés, etc.). Les centrales d'achats, autres intermédiaires du commerce, peuvent, quant à elles, être propriétaires des marchandises, qu'elles cèdent alors à leurs adhérents et à leurs affiliés pour une marge de commerce très faible.

Presque tous les biens peuvent donner lieu à un commerce de gros mais seuls certains d'entre eux sont commercialisés au détail (commerce de détail).112

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01, §209.

<sup>112</sup> https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1867.

<u>Commerce de détail</u>: Le commerce de détail consiste à vendre des marchandises dans l'état où elles sont achetées (ou après transformations mineures) généralement à une clientèle de particuliers, quelles que soient les quantités vendues. Outre la vente, cette activité de commerce de détail peut aussi recouvrir la livraison et l'installation chez le client (de meubles ou d'électroménager par exemple).

La commercialisation d'un bien comprend généralement successivement une activité de commerce de gros (commerce interentreprises) suivie d'une activité de commerce de détail mais certains biens (biens d'équipement) ne font pas l'objet de commerce de détail.<sup>113</sup>

<u>Commerce indépendant</u>: Il regroupe les détaillants et grossistes travaillant de manière isolée. Exemples : la boucherie de quartier, le grossiste en matériel informatique etc.

<u>Commerce intégré:</u> Egalement nommé « grand commerce » car ces entreprises rassemblent des fonctions de gros et de détail en intervenant entre les producteurs et les consommateurs. Il regroupe des points de vente appartenant ou dépendant de grandes enseignes nationales et gérés par des salariés. Exemples : les hypermarchés, les grandes surfaces spécialisées, les grands magasins, etc.

<u>Commerce associé</u>: Regroupe les commerces juridiquement indépendants, mutualise leur puissance d'achat et de communication.

Centrale d'achat: Une centrale d'achat est au sens strict un organisme au statut variable qui centralise les achats pour un ensemble de distributeurs ou grossistes indépendants<sup>114</sup>. Ils ont pour objectif de négocier des conditions d'achat plus avantageuses que celles que chacun d'eux pourrait obtenir individuellement s'ils traitaient isolément avec les fournisseurs. L'objectif essentiel de la centrale d'achat est d'obtenir de meilleures conditions commerciales grâce aux volumes obtenus par le regroupement des achats, elle permet également de pousser davantage la spécialisation de la fonction achat. En général, la centrale d'achat prend en charge la recherche et le référencement des fournisseurs, les éventuels appels d'offres, la négociation des conditions commerciales et la réalisation des achats.

<u>Concurrence intra-marque</u>: Concurrence qui s'exerce à l'intérieur d'une structure verticale, la concurrence intra-marque a lieu entre les distributeurs concernant les produits d'une même marque.

<u>Concurrence inter-marques</u>: Concurrence qui s'exerce entre différentes structures verticales.

D

<u>Dilemme du prisonnier</u>: Exemple le plus connu de la théorie des jeux, l'application du principe du dilemme du prisonnier caractérise une situation où deux joueurs auraient intérêt à coopérer,

<sup>113</sup> https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1647.

<sup>114</sup> http://www.definitions-marketing.com/Definition-Centrale-d-achat.

mais où, en l'absence de communication entre les deux joueurs, chacun choisira de trahir l'autre si le jeu n'est joué qu'une fois. La raison est que si l'un coopère et que l'autre trahit, le coopérateur est fortement pénalisé. Pourtant, si les deux joueurs trahissent, le résultat leur est moins favorable que si les deux avaient choisi de coopérer. Ce problème modélise bien les questions de politique tarifaire, le concurrent qui baisse ses prix gagne des parts de marché et peut ainsi augmenter ses ventes et accroître éventuellement son bénéfice, mais si son concurrent principal en fait autant, les deux peuvent y perdre.

<u>Distribution exclusive</u>: Système de distribution au sein duquel une entreprise accorde un droit exclusif sur ses produits ou services à une autre entreprise. Le fournisseur peut ainsi limiter ses ventes à un seul acheteur/distributeur au sein d'un territoire géographique déterminé. Le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs).

<u>Distribution sélective</u>: Système de distribution au sein duquel le fournisseur conclut des accords verticaux avec un nombre limité de distributeurs. Un fournisseur ne vend ses produits qu'aux distributeurs qui satisfont des exigences « définies », Arrêt du 25 octobre 1977, *Metro c/Commission*, C-26/76. Le fournisseur crée un réseau auquel il n'est pas possible d'appartenir sans satisfaire un certain nombre de conditions (tenant au personnel, aux locaux, etc.). 115

<u>Double marginalisation</u>: Dans une structure verticale non intégrée, chaque entité prélève sa propre marge, sans tenir compte de l'externalité qu'elle crée sur le profit de l'autre partie. Par comparaison avec une situation où les deux firmes seraient verticalement intégrées, il résulte de cette double marginalisation un moindre profit total pour les firmes ainsi que des prix plus élevés pour les consommateurs.

F

<u>EAN</u>: European Article Numbering à 13 chiffres est un système global destiné à l'identification univoque d'objets, communément connu sous le nom de code-barres. Il identifie des articles ou des unités logistiques de façon unique et constitue la base de contrôle du flux des marchandises.

Exclusivité de clientèle: Le fournisseur peut limiter ses ventes à un seul acheteur/distributeur au sein d'un territoire géographique déterminé. Le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs).

<sup>115</sup> Le règlement adopte par ailleurs une position favorable à l'égard des accords de distribution sélective. Lorsqu'ils respectent les conditions établies par la jurisprudence *Métro* (système de distribution sélective qualitative), les systèmes de distribution qualitative échappent en principe à l'application de l'article 101.1 et ceci indépendamment de la part de marché détenue par les entreprises en cause. Dans la distribution sélective quantitative - à savoir dans un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci – le bénéficie de l'exemption est maintenue pour autant que la part de marché détenue par chacune des entreprises <30%.

F

<u>Franchise</u>: Il s'agit d'un accord par lequel le franchiseur concède à son franchisé un droit d'exploitation d'un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle, pour la production et/ou la commercialisation de produits et/ou services, en échange d'une contrepartie financière. Ces accords qui contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués (distribution sélective) et/ou la distribution exclusive. En règle générale, ils remplissent les conditions d'exemption.

<u>Fourniture exclusive</u>: Le fournisseur est tenu de vendre les produits contractuels uniquement ou principalement à un seul acheteur à l'intérieur du marché européen.

# G-H-I

Grande distribution: Le terme de grande distribution désigne généralement le commerce de détail de biens de consommation s'effectuant en libre-service au sein du commerce intégré ou associé. La notion de grande distribution sous-entend également généralement une surface minimum de vente (hypermarché, supermarché, supérette), mais ce dernier facteur à tendance à évoluer avec le développement du commerce intégré de ville s'effectuant sur des petites surfaces et le développement de grands acteurs de l'e-commerce n'ayant pas de surfaces de vente. La grande distribution peut être généraliste, alimentaire ou spécialisée. La notion de grande distribution s'oppose à celle de petit commerce indépendant. 116

Hochzeitsrabatte: Remise sans réelle contre-valeur. 117

Indice de Herfindahl-Hirschmann: (en anglais, Herfindahl-Hirschman Index: IHH ou HHI) Indice de concentration du marché, c'est-à-dire de la mesure dans laquelle un petit nombre d'entreprises représentent une grande partie de la production. L'IHH est utilisé comme un indicateur possible du pouvoir de marché ou de la concurrence qui s'exerce entre entreprises. Il mesure la concentration du marché en additionnant les carrés des parts de marché de toutes les entreprises du secteur. Lorsque, par exemple, sur un marché comptant cinq entreprises, chacune d'elles détient une part de marché de 20 %, l'IHH est alors égal à : 400 + 400 + 400 + 400 + 400 + 400 = 2 000. Plus l'IHH d'un marché donné est élevé, plus la production est concentrée entre un petit nombre d'entreprises. D'une manière générale, lorsque l'IHH est inférieur à 1 000, la concentration du marché est considérée comme faible, lorsqu'il est compris entre 1 000 et 2000, elle est considérée comme moyenne et lorsqu'il est supérieur à 2000, elle est considérée comme élevée. 118

47

<sup>116</sup> Définition https://www.definitions-marketing.com/definition/grande-distribution./

 $<sup>^{117}\</sup>underline{http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/hochzeitsrabatte-kartellamt-mahnt-edeka-ab/8540866.html}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Source Commission européenne.

## J- K- L- M

<u>Marges dites « arrière »</u>: Les marges arrière ou rétro-commissions sont des rémunérations ou des remises différées versées par le fournisseur au distributeur qu'il ne pouvait intégrer dans le calcul de ses prix de vente aux consommateurs. Elles prennent souvent la forme de remises de fin d'année.

Monomarquisme: Englobe la notion de non-concurrence et quotas d'achats. Une clause de non-concurrence repose sur un dispositif qui oblige ou incite l'acheteur à couvrir plus de 80 % de ses besoins sur un marché donné en s'approvisionnant auprès d'un seul et même fournisseur ou l'oblige à ne pas acheter, produire ou vendre des produits en concurrence avec les produits objets du contrat avec le fournisseur. L'imposition de quotas d'achat peut par exemple prendre la forme d'une obligation d'achat minimal ou de constitution de stocks ou d'une tarification non linéaire comme notamment des rabais conditionnels ou un prix à double composante (redevance fixe plus prix à l'unité). La clause dite « anglaise », en vertu de laquelle l'acheteur doit déclarer toute offre plus avantageuse et ne peut l'accepter que si le fournisseur ne s'aligne pas sur elle, produira vraisemblablement le même effet qu'une obligation de monomarquisme, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de l'offre.

## N-O

Oligopole: Marché au sein duquel le nombre de vendeurs est très limité.

Oligopsone : Marché au sein duquel le nombre de demandeurs est faible pour un grand nombre d'offreurs.

P

<u>Prix de vente conseillé et prix de vente maximal</u>: Les prix de vente dits conseillés sont des prix exprimés à titre indicatif au distributeur par le fournisseur et sont autorisés, contrairement aux prix de vente imposés sanctionnés par le droit de la concurrence.

<u>Prix triple net</u>: Le prix "triple net" correspond au prix réellement payé par le distributeur, après remise sur facture d'achat, remise de ristournes différées et de la coopération commerciale. Les conditions générales de vente définissent le barème de tarifs, la ristourne quantitative sur le prix, la remise liée à la vente et éventuellement un escompte. La facture (prix net) du fournisseur détermine la marge avant, alors que les ristournes conditionnelles (non directement liées à l'acte d'achat-vente) énumérées sur la facture différée du fournisseur (prix net net) déterminent la marge arrière. La coopération commerciale, c'est-à-dire des services non liés à l'achat des

produits sont repris sur une facture du distributeur et facturés séparément. Elles constituent d'autres marges arrière et permettent de déterminer le prix net-net (triple net).

# Q-R

<u>Restriction verticale</u>: Restriction de la concurrence résultant d'un accord vertical, ces pratiques sont mises en place par les fabricants ou les fournisseurs et concernent la revente des produits.

Redevances d'accès payables d'avance: Ces redevances sont définies dans les lignes directrices relatives aux restrictions verticales comme des redevances fixes versées par les fournisseurs aux distributeurs au début d'une certaine période pour pouvoir accéder à leur réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent ces distributeurs. Les redevances d'accès payables d'avance bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %.

<u>Règlement d'exemption</u>: Texte cadre général, un tel règlement permet d'exempter de sanctions des pratiques qui restreignent normalement la concurrence sur le marché intérieur, telles que les aides d'Etat ou les pratiques concertées entre entreprises.

S

Stock Keeping Unit (SKU): Dans le domaine de la gestion de stocks, une unité de gestion des stocks ou SKU renvoie à un item spécifique, stocké à un endroit spécifique.

<u>Supermarchisation</u>: Remplacement des marchés traditionnels et petites boutiques par de grands supermarchés et développement des discounters.

# T -U - V

<u>Ventes actives</u>: Par ventes actives, on entend « le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont considérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire. »<sup>119</sup>

<u>Ventes passives</u>: Par ventes passives, on entend « le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint

<sup>119</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2000/C 291/01, § 50.

des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs. »<sup>120</sup>

<u>Vente liée</u>: Les clients qui achètent un produit (produit liant) sont tenus d'en acheter également un autre, produit distinct (produit lié) auprès du même fournisseur. Il peut s'agir d'un pratique problématique du point de vue des règles de concurrence lorsqu'elle n'est pas objectivement justifiée par la nature du produit ou son usage commercial.



\*

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2000/C 291/01, § 50.

# **ANNEXES**

- Annexe 1 : Le cadre juridique des restrictions verticales
- Annexe 2: Les accords verticaux
- Annexe 3 : Résumé ECN activities in the food sector, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector
- Annexe 4 : Résumé de l'affaire C-73/95 P, Arrêt de la Cour du 24 octobre 1996, Viho Europe BV
- Annexe 5 : Questions posées aux entreprises dans le cadre de l'enquête

### Annexe I: Le cadre juridique des restrictions verticales

#### Le règlement 330/2010 relatif aux catégories d'accords verticaux<sup>121</sup>

Le Règlement 330/2010 et Lignes directrices sur les restrictions verticales de 2010<sup>122</sup> constituent, avec la Communication *de minimis* de 2014,<sup>123</sup> les principaux textes régissant l'application des règles de concurrence aux accords verticaux.

Ces textes partent du principe que les accords verticaux n'ont d'effets anticoncurrentiels signifiants que lorsque qu'ils sont l'œuvre d'entreprises jouissant d'un certain pouvoir de marché ou qu'ils contiennent des restrictions caractérisées, en particulier des clauses de fixation de prix ou des restrictions territoriales ou de clientèle.

Le pouvoir de marché est aujourd'hui au cœur des règlements d'exemption « nouvelle génération », car conformément à ce qu'enseigne l'analyse économique, les restrictions verticales ne peuvent soulever de problèmes sous l'angle de la concurrence que si la concurrence inter-marques est insuffisante, autrement dit lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché 124.

Le Règlement prévoit que l'article 101, paragraphe 1 du TFUE ne s'applique pas aux accords verticaux répondant à certaines conditions.

La première condition est qu'ils ne contiennent pas de restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption par catégorie.

La seconde condition concerne le seuil de part de marché de 30 % fixé pour les fournisseurs et les acheteurs.

Autrement dit, le Règlement ne s'applique pas

- si les parts de marché du fournisseur et/ou de l'acheteur dépassent 30 % (article 3 du Règlement et §87 à 92 des Lignes directrices). Toutefois, le dépassement de ce seuil de 30 % n'entraîne pas de présomption d'illégalité. Ce seuil ne vise qu'à faire la distinction entre les accords présumés légaux et ceux qui nécessitent un examen individuel. Les lignes directrices aident les entreprises à procéder à cette autoévaluation (§ 88 à 127).
- aux accords conclus entre concurrents (qui sont eux concernés par les règles applicables aux accords horizontaux).

\_

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Ci-après le « Règlement », Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101,3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J.O., L 102 du 23 avril 2010.

<sup>122</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01

<sup>123</sup> Les accords d'importance mineure (conforme au principe de *minimis non curat praetor*: en deçà d'un seuil de 10% de part de marché cumulée détenue par les parties à un accord entre concurrents et de 15% de part de marché détenue par chacune des parties à un accord entre non-concurrents, l'entente échappe à la prohibition). Révisé suite l'arrêt Expédia, Voir CJUE, C-226/11, *Expedia Inc. Contre Autorité de la concurrence*, 13 décembre 2012. 124 Voir, Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution, Catherine Delforge, pages 40-45.

Au vu du caractère assez permissif qui prévaut, l'essentiel lors de la rédaction d'un contrat de distribution consiste à vérifier que l'accord ne contient aucune des cinq restrictions caractérisées énoncées à l'article 4 du Règlement.

En effet, en présence de telles « restrictions caractérisées » ou « clauses noires », le bénéfice de l'exemption par catégorie du Règlement ne s'applique pas à l'accord.

L'article 4 du Règlement exclut uniquement du bénéfice de l'exemption par catégorie les accords verticaux qui ont pour « objet » l'une des restrictions énumérées. L'omission de l'alternative « effet » signifie que si une restriction résulte seulement de l'effet de l'accord, l'exemption peut être maintenue.

#### Les restrictions caractérisées

#### Les prix de revente imposés (article 4, a)

<u>L'article 4. a</u>, du Règlement permet aujourd'hui des prix imposés maxima, lorsque la part de marché de chacune des entreprises n'excède pas le seuil de 30%, cela signifie, *a contrario*, que **l'exemption ne s'applique pas aux accords visant à restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer** son prix en imposant des prix fixes ou minima.

La pratique des prix imposés maxima est ressentie comme la forme d'imposition de prix la moins nocive, elle paraît conforme à l'intérêt du consommateur, car le revendeur ne peut augmenter son prix au-delà d'un certain montant.

Ainsi, lors de la rédaction de contrats de distribution, l'écueil à éviter est d'imposer à l'acheteur un prix fixe ou minima.

En revanche, l'existence de prix fixes ou minima n'impliquent pas directement la condamnation, si les entreprises peuvent démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence dans le cadre d'un examen individuel. La Commission est ainsi consciente des effets pro-concurrentiels que peuvent avoir certains cas spécifiques de prix imposés, dont elle énumère certains au point 225 de ses Lignes directrices :

- lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, le prix de vente imposé peut être utile pendant la période d'introduction ou pendant la période pendant laquelle la demande augmente et ceci dans un esprit d'incitation des distributeurs à augmenter leurs efforts de promotion pendant cette période;
- un deuxième cas de figure pour lequel des prix imposés peuvent s'avérer nécessaires et non nuisibles est celui d'une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines par exemple, qui profitera également aux consommateurs);
- enfin, les Lignes directrices estiment que la marge supplémentaire offerte par des prix imposés peut permettre aux détaillants d'offrir des services supplémentaires, notamment pour des produits plus complexes.

Il est dès lors de bonne pratique, au stade de la rédaction d'un contrat de distribution, de motiver, d'expliquer et de justifier la raison de la clause contractuelle.

#### - Restrictions de territoire ou de clientèle (article 4, b)

<u>L'article 4, b</u> du Règlement exclut le bénéfice de la présomption de légalité aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, ont pour objet une restriction territoriale ou de clientèle. Le principe est clair : chaque acheteur doit avoir la liberté de choisir son marché de revente, sans limitation territoriale ou de clientèle. <sup>125</sup>

Si les règles de concurrence rendent illégales les obligations *directes* de ne pas vendre à certains clients, elles interdisent également les mesures *indirectes* prises par les fournisseurs et visant à dissuader un acheteur de revendre sur certains territoires ou à certains clients, comme par exemple : refus de livraison, refus ou réduction des primes ou remises, menaces de rupture de l'accord, etc.

La jurisprudence s'est toujours montrée extrêmement sévère à l'égard des restrictions qui octroient une protection absolue portant sur un territoire ou une clientèle.

Ce principe connaît toutefois quatre exceptions qui, pour la plupart, sont nécessaires à la mise en place d'un système de distribution exclusive ou sélective (voir point *infra* sur les systèmes de distribution exclusive et sélective):

- (a) un fournisseur est libre d'interdire à ses acheteurs de réaliser des « ventes actives » vers un territoire ou clientèle concédé exclusivement à un autre acheteur, à condition que cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur ;
- (b) les trois autres exceptions autorisent des restrictions des ventes passives et actives<sup>126</sup> s'il s'agit (i) d'interdire à un acheteur opérant en qualité de grossiste de s'adresser aux utilisateurs finaux, (ii) d'interdire à un distributeur sélectif de vendre à des distributeurs non-agréés établis dans un territoire où il existe un distributeur sélectif ou (iii) de restreindre la capacité d'un acheteur de composants (exemple : pièces détachées) destinés à être incorporés dans un produit, de revendre ces composantes à des concurrents du fournisseur.

Comme pour les prix de revente, les contrats de distribution peuvent contenir des clauses restreignant les territoires et les clientèles du distributeur. Il convient alors de démontrer que ces clauses sont nécessaires à l'existence d'un accord.

Le distributeur qui sera le premier à vendre une nouvelle marque sur un marché peut bénéficier d'une protection territoriale absolue pendant deux ans, lorsque des investissements importants ont été nécessaires pour pénétrer voire pour créer ce marché.

-

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Lignes directrices, § 50.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Par vente active, on entend le fait de prospecter des clients situés à l'intérieur du territoire exclusif (ou parmi la clientèle exclusive) d'un autre acheteur.

 Restrictions des ventes passives et actives aux utilisateurs finals par des membres d'un système de distribution sélective (article 4, c)

Le Règlement se montre néanmoins plus hostile vis-à-vis de ces clauses dans le cadre *des accords de distribution sélective* (arrêt de principe Métro, 1977<sup>127</sup>), <u>car l'article 4, point c, exclut du bénéfice de la présomption de légalité toute restriction portant sur les ventes aux utilisateurs finaux, qu'il s'agisse de professionnels ou de consommateurs, par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché.</u>

L'idée étant de favoriser la concurrence intra-marque, qui est plus faible dans un système de distribution sélective, ses membres doivent donc pouvoir réaliser des ventes (actives et passives) à n'importe quel utilisateur final.

Cette restriction caractérisée ne s'applique qu'aux détaillants, le fournisseur reste toujours libre d'interdire aux grossistes de vendre directement au consommateur final.

Ce type de distribution, dans lequel le fournisseur crée un réseau auquel on ne peut adhérer que si on respecte certaines conditions de qualité, est très fréquent dans l'industrie du luxe.

Le fournisseur peut restreindre la liberté du distributeur en lui imposant une clause d'implantation, en lui imposant ainsi de vendre à partir d'un endroit déterminé.

 Restriction des livraisons croisées entre distributeurs au sein d'un réseau de distribution sélective (article 4, d)

Cette clause concerne également les contrats de distribution sélective. Ainsi, les distributeurs doivent rester libres de s'approvisionner auprès d'autres membres du réseau.

Selon cette logique, un tel réseau ne peut pas être combiné avec une autre restriction verticale, comme une obligation d'achat exclusif au profit du fournisseur<sup>128</sup>. Notons que les Lignes directrices prévoient à nouveau des exemptions permettant le maintien d'une clause restreignant les fournitures croisées dans les contrats de distribution sélective.

 Restriction de la capacité d'un fournisseur de composants de vendre aux utilisateurs finals, réparateurs et prestataires de service indépendants (article 4, e)

La dernière restriction caractérisée citée dans le Règlement s'applique aux contrats entre, d'une part, un fournisseur de composants et d'autre part, un acheteur incorporant ces composantes dans ses propres produits.

<sup>127</sup> Arrêt de la Cour du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, C-26/76.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Voir, Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution, Catherine DELFORGE, page 51.

L'idée étant d'éviter que le client final ou un réparateur indépendant doive s'adresser au prestataire incorporant les produits, mais puisse directement s'adresser au fabricant.

\*\*\*

En résumé, on peut dire que le Règlement, à l'exception des restrictions caractérisées, donne une grande flexibilité aux organisateurs d'un réseau de distribution. Toutefois, les co-contractants doivent être vigilants à ce qu'aucune des parties ne détienne une part de marché supérieure à 30%.

A l'opposé de l'approche formelle des anciens règlements d'exemption par catégorie<sup>129</sup>, les règlements « nouvelle génération » se concentrent sur l'appréciation des effets sur le marché. Le critère du pouvoir de marché se trouve placé au cœur des règlements d'exemption « nouvelle génération ».

<u>L'article 5</u> exclut par ailleurs certaines restrictions du bénéfice de l'exemption. Ces restrictions non couvertes par l'exemption, dites « clauses rouges » ou « restrictions exclues », se différencient des restrictions caractérisées dans le sens qu'elles ne font pas perdre le bénéfice de l'exemption à l'accord dans son ensemble. Seule l'obligation concernée ne bénéficiera pas de l'exemption et sera séparée du contrat.

Les restrictions en cause sont les suivantes

- i) L'obligation de non-concurrence: il s'agit de clauses de monomarquisme et obligations d'achat exclusif. Le système d'exemption automatique sous le seuil de 30% s'applique uniquement aux obligations de non-concurrence d'une durée inférieure ou égale à 5 ans<sup>130</sup>.
- ii) L'obligation de non-rétablissement : l'article 5 assimile certains engagements de non-concurrence à des restrictions exclues, ce qui signifie qu'elles ne bénéficient pas de la présomption de licéité posée par le Règlement.

L'article 5 exclut les obligations de non-concurrence pendant l'exécution du contrat dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans (alinéa 1 a) ainsi que les clauses de tacite reconduction.

Il refuse le bénéfice de l'exemption à la clause de non-concurrence post contractuelle avec certaines exceptions notamment dans des réseaux de franchisés. En effet, une obligation de non-concurrence post-contractuelle sur une période raisonnable est indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur.

L'exemption ne s'applique pas aux clauses de non-concurrence qui imposent aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre des marques de concurrents déterminées. (Article 5, 1, c). Avec l'instauration de cette clause rouge, la Commission vise à empêcher que plusieurs fournisseurs n'adoptent une même stratégie d'éviction à l'égard d'un ou plusieurs concurrents déterminés (boycott collectif).

<sup>129</sup> Par exemple : Règlement CEE n° 183/83, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution sélective ; Règlement CEE n° 1984/83, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, etc. 130 Voir pour définition, article 1(d) du Règlement.

<u>L'article 6</u> (autre innovation des règlements « nouvelle génération ») donne pouvoir à la Commission d'exclure du champ d'application de l'exemption, par voie de règlement, des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires, lorsque ceux-ci couvrent plus de 50% d'un marché en cause.

<u>L'article 7</u> aborde quant à lui les questions techniques liées au calcul du seuil de part de marché. Celle-ci est calculée sur base de données relatives à la valeur des ventes (concernant la part de marché du fournisseur; 30%), voire des achats (concernant la part de marché de l'acheteur; 30%).

Des mesures de tolérance sont prévues en cas de dépassement du seuil.

Si la part de marché franchit le seuil mais sans dépasser de plus de 5%, l'exemption continuera de s'appliquer pendant deux ans. De plus, si une entreprise dépasse le seuil de plus de 5%, l'exemption continuera de s'appliquer pendant une année civile.

Par pouvoir de marché, il faut entendre la capacité d'un opérateur économique à influencer le prix d'un produit ou d'un service.

Selon sa propre définition, la Commission entend par pouvoir de marché « la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou de maintenir la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation à un niveau inférieur à ce qui devrait être une production compétitive, et ce pendant une période non négligeable »<sup>131</sup>.

Le Règlement prévoit que l'exemption s'applique non seulement au fournisseur mais aussi à l'acheteur. Ainsi, la Commission a pris en compte le phénomène du rôle de plus en plus dominant de l'acheteur, donc du pouvoir de distribution.

C'est la structure du marché qui détermine si un accord vertical restreint effectivement la concurrence et si, dans ce cas, les effets positifs l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. En principe, une évaluation individuelle est nécessaire<sup>132</sup> pour déterminer si l'article 101, paragraphe1, 101, paragraphe 3 du TFUE ou une exemption par catégorie s'applique.

En effet, l'article 101, paragraphe 3, du TFUE ainsi que les règles nationales (article 4 de la loi relative à la concurrence du 23 octobre 2011) accordent une exemption aux accords qui produisent des avantages suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels. Toute clause ne doit pas être condamnée au seul motif qu'elle développe certains effets restrictifs de concurrence. Il n'y aura donc que « restriction de concurrence » proprement dite, que lorsque

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Communication de la Commission, Les lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie du 28 mars 2014, 2014/C 89/03 page C89/8.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Les Lignes directrices apportent un cadre qui permet aux entreprises d'effectuer au cas par cas l'évaluation de la compatibilité des accords verticaux au titre des règles de concurrence de l'Union européenne (UE). Elles décrivent la méthode d'analyse et la politique suivie pour l'application des règles utilisées par la Commission dans des cas particuliers qui concernent les accords verticaux en vertu de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

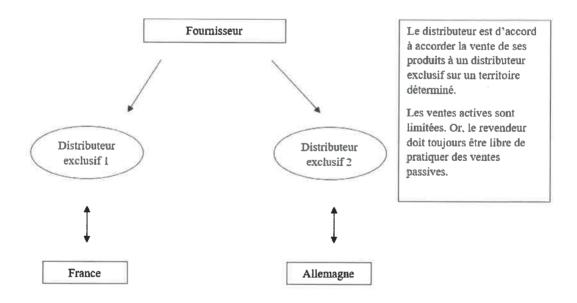
le fonctionnement du marché se trouvera mis à mal. Une analyse de l'impact de l'accord sur le fonctionnement du marché est donc nécessaire avant de se prononcer sur une « restriction de concurrence ».

#### Le Système de distribution exclusive et sélective

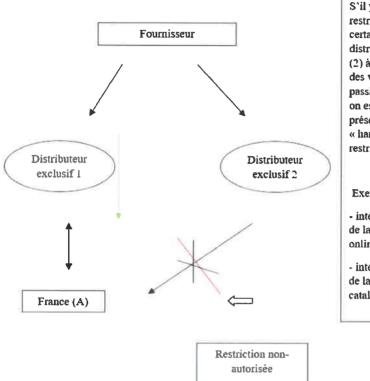
Comme expliqué précédemment, la jurisprudence communautaire s'est toujours montrée extrêmement sévère à l'égard des restrictions qui octroient une protection absolue portant sur un territoire ou une clientèle. L'article 4, point b du Règlement retire le bénéfice de l'exemption aux accords verticaux qui ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels.

Ce principe connaît toutefois 4 exceptions qui, pour la plupart, sont nécessaires à la mise en place d'un système de distribution exclusive (voir sous 1) b) ou sélective (voir sous 1) c).

Ces exceptions mises à part, les restrictions territoriales et de clientèle ne bénéficient pas de la présomption de licité. D'une manière schématique, le Système de distribution exclusive se présente comme suit :



#### Restriction sur les ventes passives (répondre à des demandes non-sollicités par des clients)



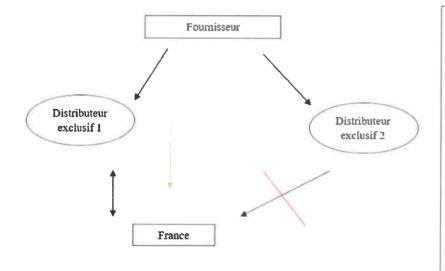
S'il y a restriction sur certains distributeurs (2) à procéder à des ventes passives, alors on est en présence d'une « hardcore restriction ».

#### Exemples:

- interdictions de la vente online
- interdiction de la vente par catalogues

Un distributeur ne (2) ne peut jamais être interdit à vendre d'une manière passive vers un territoire (A) attribué exclusivement, suite à une demande nonsollicitée d'un consommateur final.

Restriction sur les ventes actives par un acheteur agissant en tant que grossiste



La restriction
des ventes
actives d'autres
distributeurs
vers un territoire
alloué
exclusivement
n'est pas une
« hardcore »
restriction.

L'exclusivité
requiert la
protection contre
les ventes
actives de la part
d'autres
distributeurs
mais non du
fournisseur.

On constate que, pour la distribution à grande échelle, notamment à l'échelle européenne, les producteurs tiennent compte des particularités locales et qu'ils cherchent à s'adapter à chaque marché géographique.

En fonction de la demande, il sera alors de leur intérêt d'adopter des formules différentes de distribution selon les territoires nationaux : distribution libre dans un territoire, distribution sélective dans d'autres.

Le Règlement en son article 4, d) précise que les fournitures croisées entre distributeurs doivent toujours être possibles, y compris entre distributeurs opérant à des stades différents du processus de distribution.

Il y a néanmoins encore lieu de soulever le cas de figure de la distribution exclusive multiple, c'est-à-dire une situation où différents fournisseurs désignent le même distributeur exclusif sur un territoire donné. Dans ce cas de figure, le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence peut s'accroître.

Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence inter-marques la distribution exclusive multiple sont cependant plus élevés au niveau du commerce de gros qu'à celui du commerce de détail. Dans le cadre d'une telle distribution exclusive multiple, le détaillant n'est pas incité à répercuter sur le consommateur final les éventuelles baisses de prix décidées par un des fabricants, car cela diminuerait les ventes et les bénéfices qu'il réalise sur les autres marques.

La distribution sélective est définie par le Règlement comme « un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système ». <sup>133</sup>

Le système de distribution sélective peut être mis en œuvre dans les relations entre fabricants et détaillants, fabricants et importateurs ou grossistes ou encore entre grossistes et détaillants.

La distribution sélective est un mode de distribution très prisé par les marques de luxe, ou encore par les fabricants de produits présentant une certaine technicité. La distribution sélective leur permet de préserver l'image de marque de leurs produits ou encore de s'assurer de l'aptitude des distributeurs à en assurer la commercialisation dans des conditions de service et d'information définis par le fournisseur.

En effet, les accords de distribution sélective restreignent le nombre de distributeurs agréés ainsi que leur droit de revendre les produits à des distributeurs non-agréés. Dans un système de distribution sélective, les seuls acheteurs du produit sont les vendeurs agréés et les clients finals.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Article 1, c.

La distribution sélective, lorsqu'elle repose sur des critères légitimes de sélection des distributeurs et n'entraîne pas des pratiques contraires au droit de la concurrence peut bénéficier d'une exemption.

Les critères de sélection des distributeurs peuvent être qualitatifs et quantitatifs.

La sélection qualitative consiste en la détermination de critères d'agrément des distributeurs sur la base de critères objectifs requis par la nature des produits.

On considère généralement que la distribution sélective purement qualitative ne fausse pas la concurrence, dès lors que trois conditions sont remplies :

- tout d'abord, la nature du produit doit être telle qu'elle requiert la mise en place d'un système de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer un bon usage,
- ensuite, les distributeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs, uniformes pour tous, portés à leur connaissance et appliqués de manière non-discriminatoire,
- enfin, les critères de sélection définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

Ont été ainsi considérés comme légitimes, les critères de sélection nécessaires à la bonne commercialisation du produit en cause. De tels critères peuvent être relatifs :

- au personnel du distributeur et à son aptitude à vendre dans de bonnes conditions ou à assurer un service après-vente,
- aux points de vente du distributeur, à la surface de vente et de présentation des produits, au potentiel de chalandise, etc.
- à la localisation ou à l'agencement du point de vente en adéquation avec l'image de marque du produit concerné,
- à l'achat initial d'un stock minimal.

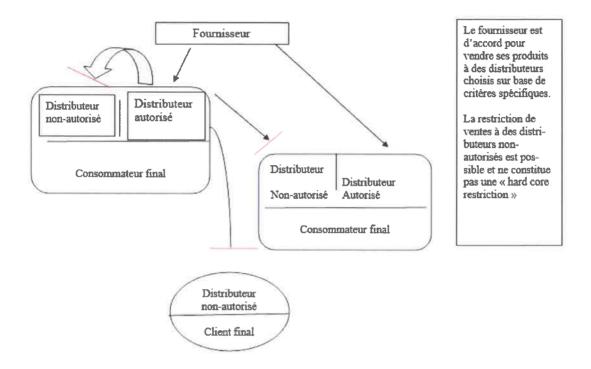
En revanche, certains fournisseurs ayant instauré des critères de sélection visant à éliminer des distributeurs sans justification quant à la nature du produit ou à la pratique commerciale du fournisseur ont été condamnés.

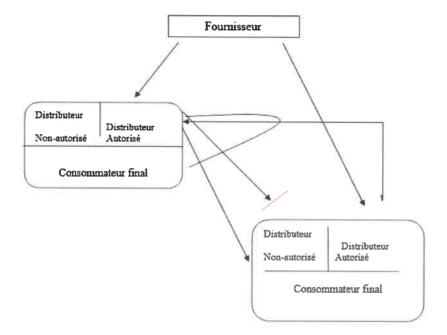
Les systèmes de distribution sélective quantitative ajoutent aux critères de sélection qualitatifs des critères quantitatifs. Ils peuvent ainsi exiger un niveau de vente minimal ou maximal, limiter le nombre de revendeurs agréés, etc. 134

٠

<sup>134</sup> Voir notamment arrêt du 14 juin 2012, Auto 24 SARL, C-158/11.

#### D'une manière schématique le Système de distribution sélective se présente comme suit :





Les ventes croisées entre distributeurs sélectifs doivent toujours rester possibles.

Les ventes actives et passives aux utilisateurs finaux sont possibles car dans un système de distribution sélective la concurrence intramarque est plus faible, donc il faut la favoriser.

#### Rappelons encore les règles générales pour l'évaluation des restrictions verticales :

Pour déterminer si un accord vertical a pour effet de restreindre la concurrence, une comparaison sera effectuée entre la situation réelle du marché en cause avec les restrictions verticales, ou son évolution probable, et la situation qui existerait en l'absence des restrictions verticales contenues dans l'accord.

Des effets anticoncurrentiels sensibles sont probables, lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient un certain pouvoir sur le marché et que l'accord contribue à la création, au maintien et au renforcement de ce pouvoir, ou permet aux parties d'exploiter un tel pouvoir de marché.

Les effets négatifs que les restrictions verticales sont susceptibles d'avoir sur le marché et que les règles de concurrence de l'UE visent à empêcher sont les suivants (§ 100-105 des Lignes directrices):

- éviction anticoncurrentielle d'autres fournisseurs ou d'autres acheteurs:
- atténuation de la concurrence entre le fournisseur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre fournisseur;
- atténuation de la concurrence entre l'acheteur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre concurrents;
- création d'obstacles à l'intégration du marché.

Il est important de reconnaître que les restrictions verticales peuvent avoir des **effets positifs** (§106-109), en particulier en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que le prix et l'amélioration de la qualité des services<sup>135</sup>. Les gains d'efficience sont généralement plus élevés pour les restrictions verticales d'une durée limitée, qui permettent d'introduire de nouveaux produits complexes, qui protègent les investissements propres à la relation contractuelle ou qui facilitent le transfert du savoir-faire.

La Commission applique dix règles générales <sup>136</sup> pour l'évaluation des restrictions verticales.

**En résumé**, le droit de la concurrence européen s'applique aux contrats de distribution, c'està-dire à des contrats conclus entre acteurs économiques se trouvant à des niveaux différents de la chaîne de distribution, qu'il qualifie génériquement par « accords verticaux ».

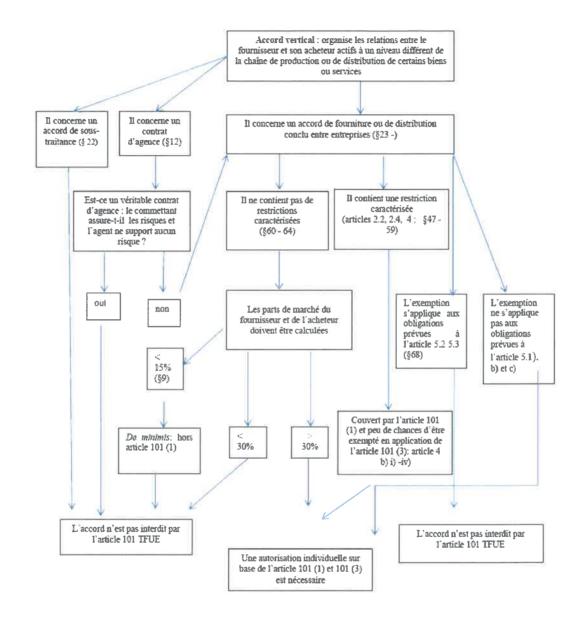
La violation des règles peut causer la nullité absolue d'un contrat ou de ses clauses. Néanmoins, force est de souligner que le Règlement régissant les accords verticaux est très permissif en matière d'accords de distribution, car à l'exception des restrictions énumérées dans ledit règlement, toutes les formes contractuelles sont possibles.

+

<sup>135</sup> Evite le phénomène du parasitisme (§ 107 a) et c))

<sup>136</sup> Source : Lignes directrices 2010/C 130/01, paragraphe 119 : Parts de marché, nature de l'accord, position des parties sur le marché, position des concurrents sur le marché, position des acheteurs de produits contractuels sur le marché, barrières à l'entrée, maturité du marché, stade commercial, nature du produit, autres facteurs

Annexe 2 : Les accords verticaux 137



-

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Source : Nicolas Petit, Droit européen de la concurrence, 2013, page 663, Adaptation d'un schéma de la Commission européenne, La politique de concurrence en Europe. Les règles applicables aux accords de fourniture et de distribution, 2002.

# Annexe 3 : ECN activities in the food sector, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector 138

Le secteur alimentaire a été l'une des priorités des autorités de la concurrence en Europe au cours de ces dernières années (actions intensifiées dans ce secteur dans le contexte récent de l'augmentation des prix des denrées alimentaires).

Au cours de la période 2004-2011, les autorités de la concurrence ont examiné plus de 180 affaires d'ententes, analysé près de 1.300 concentrations et mené plus de 100 enquêtes sectorielles et autres actions de contrôle des marchés alimentaires.

Les enquêtes sectorielles ont montré comment les marchés des denrées alimentaires fonctionnent. D'autres enquêtes ont mis à jour des évolutions défavorables du marché (par exemple des augmentations de prix), qui peuvent être attribuées à des facteurs structurels ou cycliques non nécessairement liés à l'existence de restrictions de concurrence par les opérateurs du marché. Parmi ces facteurs, on peut citer, par exemple, les fluctuations sur les marchés internationaux des produits de base, les augmentations de coûts des intrants pour les produits agricoles, l'évolution de l'offre et de la demande au niveau mondial, la disponibilité des stocks, les coûts de l'énergie et de la main-d'œuvre, ainsi que le caractère saisonnier de la production de certains produits alimentaires.

Enfin, les autorités de la concurrence ont identifié un certain nombre d'exemples de comportements anticoncurrentiels ayant entraîné une distorsion des marchés, essentiellement sous la forme d'ententes sur la fixation de prix ou le partage des marchés entre concurrents (soit environ la moitié des affaires étudiées) et, <u>dans une moindre mesure</u>, <u>sous la forme de restrictions verticales</u>.

Ont été analysés tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement en enquêtant sur les infractions des producteurs, des transformateurs, des fabricants, des grossistes et des détaillants.

Dans les secteurs alimentaires spécifiques, la majorité des affaires portait sur les produits à base de céréales, les ventes au détail de produits d'épicerie, le lait et les produits laitiers, les fruits et légumes, la viande, la volaille et les œufs.

La moitié du nombre total des affaires individuelles examinées par les autorités de la concurrence concernait des accords horizontaux entre concurrents. Concrètement, les autorités ont sanctionné plus de 50 ententes impliquant la fixation de prix, le partage de marchés et de clients, ainsi que l'échange d'informations commerciales sensibles. D'autres infractions concernant des restrictions verticales surtout au niveau du secteur du *retail* et des multi-produits ont été examinées. (Voir page 39).

#### Sur les 1.300 concentrations étudiées :

- 82 concentrations étaient problématiques, les secteurs problématiques étaient ceux de la viande et des produits laitiers.

<sup>138</sup> European Competition Network, May 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/food\_report\_en.pdf

- 8 concentrations ont été interdites dans les secteurs de la pâtisserie, des fromages, de la viande, des boissons et des produits de confiserie.

De nombreuses autorités de concurrence ont aussi recensé des conflits qui résulteraient de pratiques commerciales déloyales en cas de déséquilibre dans les pouvoirs de négociation entre les parties dans la chaîne d'approvisionnement. Ces autorités ont constaté que, dans la plupart des cas, <u>les pratiques en question ne relèvent pas du droit de la concurrence</u> dans la mesure où elles n'ont pas pu établir qu'elles portaient préjudice aux consommateurs.

Le commerce de détail est l'un des niveaux où il existe une concentration au niveau local, souvent associée à l'existence d'importants obstacles à l'entrée de ces marchés. Ces obstacles résultent essentiellement de contraintes réglementaires des pouvoirs publics, telles que les lois d'aménagement du territoire/de zonage restrictives et les autorisations administratives imposées pour l'ouverture ou l'extension de magasins de vente au détail ou d'autres accords contractuels limitant la liberté des détaillants indépendants d'adhérer à des réseaux de détail qui se concurrencent ou de passer de l'un à l'autre. Les autorités de la concurrence ont clairement demandé la levée de ces obstacles afin de renforcer la concurrence et de faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs sur les marchés de détail.

### Annexe 4 : Résumé de l'affaire C-73/95 P, Arrêt de la Cour du 24 oct. 1996, Viho Europe BV

La société Parker Pen Ltd est une société de droit anglais, produisant des stylos commercialisés à travers l'Europe par ses filiales dont elle détient l'entièreté des parts ou par des sociétés de distribution indépendantes. La société VIHO, de droit néerlandais, commercialise des fournitures de bureau.

Cette dernière, qui a tenté vainement d'établir des relations commerciales avec Parker sur base de conditions équivalentes à celles des distributeurs et filiales de la société, a introduit deux plaintes auprès de la Commission européenne. La première, en date du 19 mai 1988, faisait grief à la société Parker « d'interdire l'exportation de ses produits par ses distributeurs, de partager le marché commun en marchés nationaux des Etats membres et de maintenir sur les marchés nationaux des prix artificiellement élevés pour les produits Parler<sup>139</sup> ». La seconde plainte, intervenue le 22 mai 1991, concernait la politique de distribution de Parker « consistant à obliger ses filiales à limiter la distribution des produits Parker à des territoires impartis » et arguant que Parker contraignait ses potentiels clients à s'approvisionner exclusivement auprès d'une filiale déterminée.

Dans sa décision du 15 juillet 1992, la Commission a retenu l'infraction à l'article 85, paragraphe 1 du traité CEE entre Parker et un grossiste indépendant allemand. Les recours introduits contre cette décision ont fait l'objet d'un rejet par le Tribunal.

La seconde plainte a, quant à elle, fait l'objet d'un rejet au motif que, « au regard de la jurisprudence de la Cour, l'article 85, paragraphe 1, du traité n'était pas applicable à ce système, puisque les filiales formaient avec la société mère une unité économique dans laquelle les filiales ne pouvaient déterminer de manière autonome leur comportement sur le marché et que l'attribution d'un territoire de vente déterminé à chacune des filiales Parker n'allait pas au-delà de ce qui est normalement considéré comme indispensable pour assurer une distribution correcte des fonctions à l'intérieur d'un groupe. La Commission a ajouté que Parker n'enfreignait pas non plus l'article 85, paragraphe 1, du traité en n'accordant pas à la requérante au pourvoi les prix et conditions analogues à ceux réservés à ses distributeurs indépendants. 140 »

VIHO a introduit un recours devant le Tribunal, qui l'a rejeté dans son intégralité par arrêt du 12 janvier 1995, rappelant la théorie applicable entre société mère et filiales en l'absence d'autonomie réelle de détermination de leur ligne d'action sur le marché en cause. <sup>141</sup> VIHO a alors formé un pourvoi contre cet arrêt, maintenant l'ensemble de ses moyens et estimant « qu'une telle protection territoriale empêche des tiers, comme la requérante, de s'approvisionner librement au sein de la Communauté auprès de la filiale qui proposerait les meilleures conditions économiques et de pouvoir ainsi répercuter de tels avantages sur le consommateur. Par conséquent, la requérante considère que l'article 85, paragraphe 1, interprété à la lumière des articles 2 et 3, sous c) et g) [antérieurement article 3, sous f), du traité CEE], du traité CE doit s'appliquer dès lors que la politique de renvoi en cause va bien au-delà d'une simple répartition interne des tâches au sein du groupe Parker. <sup>142</sup>»

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> Conclusions de M. Lenz - Affaire C-73/956 P.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Ibid., point 10.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Voir en ce sens, Arrêt du 12 juillet 1984, Hydroterm, 170/83.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Arrêt du 24 octobre 1996, points 13 et 14.

Par son arrêt rendu le 24 octobre 1996, la Cour de Justice rejette le pourvoi aux motifs que « Lorsqu'une société mère et ses filiales forment une unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont adressées par la société mère qui les contrôle à 100 %, la circonstance que la politique mise en œuvre par cette dernière et qui consiste principalement à répartir différents marchés nationaux entre ses filiales puisse produire des effets à l'extérieur de la sphère du groupe, susceptibles d'affecter la position concurrentielle de tiers, ne saurait être de nature à rendre l'article 85, paragraphe 1, du traité applicable, même lu en combinaison avec les articles 2 et 3, sous c) et g), du traité. En revanche, un tel comportement unilatéral pourrait relever de l'article 86 du traité si les conditions d'application qu'il pose étaient réunies. »

### Annexe 5 : Questions posées aux entreprises dans le cadre de l'enquête

#### **Distributeurs**

Au Luxembourg, la question de l'exclusivité territoriale de l'offre de certains produits agroalimentaires et non alimentaires (comme les produits d'hygiène/beauté et des produits d'entretien ménagers) est régulièrement thématisée par des représentants du commerce luxembourgeois. Concrètement, les distributeurs luxembourgeois lorsqu'ils cherchent à s'approvisionner auprès de fournisseurs situés sur des marchés voisins plus concurrentiels et aux prix plus attractifs, seraient redirigés soit vers la centrale de distribution chargée de ce marché géographique, soit vers leurs grossistes nationaux ayant signé des contrats territoriaux avec les fournisseurs.

Dans le cadre de cette enquête sectorielle, le Conseil veut comprendre le fonctionnement du secteur de distribution de produits agro-alimentaires et non-alimentaires et savoir si des contrats d'exclusivité territoriale entre votre groupe et certains de vos fournisseurs vous limiteraient dans votre choix d'approvisionnement pour les produits en question.

- 1. Décrivez vos relations commerciales (relation contractuelle, procédure de négociation des prix d'achat, vos limites/contraintes en matière de négociation avec vos fournisseurs, déroulement pratique de l'approvisionnement) avec vos fournisseurs en produits agro-alimentaires et produits non alimentaires comme les produits d'hygiène/santé et des produits d'entretien ménager notamment :
  - pour les produits reçus des grandes multinationales ;
  - pour les produits reçus par les grossistes locaux ;
  - pour les produits reçus directement par certains producteurs étrangers (autres que ceux cités sous le premier tiret);
  - pour les produits reçus par les producteurs nationaux.
- 2. Vos relations commerciales sont-elles régies par des écrits ? Si oui, pourriez-vous nous faire parvenir un exemple d'un contrat type ou d'autres écrits régissant les relations commerciales entre votre groupe:
  - et les grandes chaînes agro-alimentaires internationales ;
  - et les importateurs / grossistes luxembourgeois ayant l'exclusivité territoriale sur le territoire luxembourgeois ;
  - et des producteurs étrangers ;
  - et des producteurs luxembourgeois ;
  - et les centrales d'achat auxquelles vous êtes affiliées ;
  - et votre maison mère.
- 3. Votre groupe connaît-il des restrictions (refus de livraison, limitation d'approvisionnement) au niveau de l'approvisionnement de produits agro-alimentaires et/ou de produits non-alimentaires avec les différents fournisseurs précités ?
  - Si oui, pouvez-vous nous fournir des exemples concrets.
  - Veuillez indiquer le nom du fournisseur.

- De quel type de restriction s'agissait-il?
- Et pour quel type de produit?
- Disposez-vous de pièces tangibles établissant cette restriction (clause contractuelle ou autre) ?
- Quelles sont selon vous les raisons principales pour les différents types de restrictions ?
- 4. Dans le cadre de vos relations commerciales avec les grandes multinationales et dans une situation où vous essayiez de vous approvisionner sur un marché parallèle, avez-vous connu des situations où vous étiez redirigés vers la centrale d'achat belge pour le produit en question ?
- 5. Vos relations commerciales, étaient-elles selon vous caractérisées par l'imposition de pratiques commerciales déloyales de la part de votre fournisseur / fabriquant ?
  - Si oui, de quelles pratiques s'agissaient-ils et pour quel type de produit ?

#### Grossistes

Au Luxembourg, la question de l'exclusivité territoriale de l'offre de certains produits agroalimentaires et non alimentaires (comme les produits d'hygiène/beauté et des produits d'entretien ménagers) est régulièrement thématisée par des représentants du commerce luxembourgeois. Concrètement, les distributeurs luxembourgeois lorsqu'ils cherchent à s'approvisionner auprès de fournisseurs situés sur des marchés voisins plus concurrentiels et aux prix plus attractifs, seraient redirigés soit vers la centrale de distribution chargée de ce marché géographique, soit vers leurs grossistes nationaux ayant signé des contrats territoriaux avec les fournisseurs.

Dans le cadre de cette enquête sectorielle, le Conseil veut comprendre le fonctionnement du secteur de la distribution de produits agro-alimentaires.

Il nous importe également de connaître les relations commerciales entre votre entreprise, le secteur de la distribution et vos fournisseurs.

- 1. Veuillez nous indiquer le nom de vos clients et fournisseurs:
- (i) Au niveau de la grande distribution luxembourgeoise,
- (ii) Au niveau des fabricants étrangers et résidents,
- (iii) Au niveau des centrales d'achat étrangères.
  - 2. Pour quels produits alimentaires et non alimentaires :
    - (i) vous vous approvisionnez directement auprès des producteurs/multinationales (sans passer par une centrale d'achat) et quel est la part de ces achats par rapport à votre chiffre d'affaires total?
    - (ii) vous vous approvisionnez également via le marché parallèle et quel est la part de ces achats par rapport à votre chiffre d'affaires total ?

- 3. Avez-vous connaissance d'un mécanisme mis en place par vos fournisseurs ayant pour objectif ou effet de limiter vos possibilités à vous approvisionner sur un marché parallèle?
- 4. Votre entreprise connaît-elle des restrictions (refus de livraison, limitation d'approvisionnement ou refus d'approvisionnement sur un marché parallèle et redirection vers la central d'achat belge) au niveau de l'approvisionnement de produits agro-alimentaires ou non-alimentaires imposées par vos fournisseurs? Si oui,
  - (i) Veuillez indiquer le nom du fournisseur.
  - (ii) De quel type de restriction s'agissait-il?
  - (iii) Et pour quel type de produit?
  - (iv) Disposez-vous de pièces tangibles établissant cette restriction (clause contractuelle ou autre)?
  - (v) Quelles sont selon vous les raisons principales pour les différents types de restrictions ?
- 5. Pour quels produits disposez-vous d'une exclusivité territoriale pour le Luxembourg ? Veuillez nous faire parvenir les contrats décrivant les relations commerciales avec vos fournisseurs.
- 6. Votre producteur/fournisseur, pour les produits dont vous avez l'exclusivité territoriale :
- (i) vous a-t-il demandé le respect des prix minimas ou recommandés ?
- (ii) Vous a-t-il interdit de vous approvisionner sur un marché d'un autre grossiste disposant également de l'exclusivité pour le produit en question? Si oui :
  - De quel(s) produit(s) s'agit-il?
  - Quelles étaient les raisons invoquées pour justifier ces refus d'approvisionnement ?
  - 7. Veuillez énumérer les acteurs de la grande distribution auxquels vous livrez les produits pour lesquels vous disposez de l'exclusivité territoriale ?
  - 8. Décrivez vos relations commerciales (relation contractuelle, procédure de négociation des prix d'achat, vos limites/contraintes en matière de négociation avec vos fournisseurs, déroulement pratique de l'approvisionnement) avec vos fournisseurs notamment pour les produits agro-alimentaires et non alimentaires comme les produits DPH et ce :
    - pour les produits reçus des grandes multinationales ;
    - pour les produits fournis par les producteurs étrangers et nationaux.
  - 9. Veuillez nous fournir tout document (document contractuel, correspondance, notice...) étayant vos réponses à chaque question et sous-question ci-dessus.

#### Producteurs étrangers

Au Luxembourg, la question de l'exclusivité territoriale de l'offre de certains produits agroalimentaires et non alimentaires (comme les produits d'hygiène/beauté et des produits d'entretien ménagers) est régulièrement thématisée par des représentants du commerce luxembourgeois. Concrètement, les distributeurs luxembourgeois, lorsqu'ils cherchent à s'approvisionner auprès de fournisseurs situés sur des marchés voisins plus concurrentiels et aux prix plus attractifs, seraient redirigés soit vers la centrale de distribution chargée de ce marché géographique, soit vers leurs grossistes nationaux ayant signé des contrats territoriaux avec les fournisseurs.

Dans le cadre de cette enquête sectorielle, le Conseil veut comprendre le fonctionnement du secteur de la distribution de produits agro-alimentaires et non alimentaires en général et les règles régissant la relation entre la distribution luxembourgeoise et des fournisseurs/producteurs internationaux. En effet, il semble que certains distributeurs luxembourgeois éprouvent des difficultés à s'approvisionner dans le marché où la structure des prix est la plus intéressante.

Suite à une demande de renseignement du 17 mars 2008 de Monsieur le Ministre de l'Economie, vous indiquiez que chaque distributeur luxembourgeois était libre à s'approvisionner sur tous les marchés européens. Or, encore aujourd'hui, les distributeurs luxembourgeois en essayant à s'approvisionner avec vos produits, sont en règle générale redirigés vers une filiale de distribution belge.

- 1. Veuillez nous indiquer le nom de vos clients luxembourgeois :
- (i) Au niveau de la grande distribution.
- (ii) Au niveau des grossistes/importateurs.
- (iii) Au niveau des grossistes/importateurs ayant l'exclusivité territoriale luxembourgeoise.
- 2. Veuillez fournir une copie des conditions commerciales négociées avec vos clients cités sous (1) et ce pour les 3 dernières années.
- 3. Sur base de nos informations votre groupe impose différents types de restrictions (refus de livraison, limitation d'approvisionnement, système de contingentement, interdiction d'importation parallèle) aux distributeurs ou grossistes luxembourgeois. En effet, votre groupe ne permet pas aux distributeurs ou grossistes de s'approvisionner sur les marchés où les produits sont les moins chers.
  - 10. Pour quels types de produits pratiquez-vous ces restrictions?
  - 11. Pour quels clients?
  - 12. Veuillez nous faire parvenir les pièces tangibles établissant cette restriction (clause contractuelle ou autre).
- 4. Pour chaque type de restriction envers vos clients luxembourgeois, veuillez décrire le système mis en place et les raisons justifiant ce dernier.

- 5. Comment expliquer les différences de prix de vente de certains produits de votre groupe entre le marché allemand et belge et/ou luxembourgeois ? Ainsi, sur le marché allemand, certains de vos produits sont vendus à des prix inférieurs au prix d'achat auquel les distributeurs luxembourgeois sont obligés à s'approvisionner, différence qui ne saurait s'expliquer ni par les particularités des différents marchés ni par des considérations ou habitudes historiques.
- 6. Ne considérez-vous pas que des actions promotionnelles temporaires ou permanentes proposées aux distributeurs luxembourgeois restreignent la liberté de choix de ces derniers à s'approvisionner sur des marchés autres que le marché belge?
- 7. Veuillez indiquer les noms des distributeurs luxembourgeois qui s'approvisionnent directement auprès de votre société mère sans passer ni par votre filiale belge ni par les grossistes luxembourgeois. Et ce pour quels produits?

#### 8. Veuillez nous fournir:

- (i) tout document (document contractuel, correspondance, notice,...) étayant vos réponses à chaque question et sous-question ci-dessus couvrant une période minimale de 3 ans; et
- (ii) une description des relations commerciales (relation contractuelle, procédure de négociation des prix d'achat, déroulement pratique de l'approvisionnement) avec vos différents clients luxembourgeois.