



# Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique

Laurent BENZONI

Pierre-Yves DEBOUDE

**TERA** Consultants

39, rue d'Aboukir

75002 PARIS

Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10

Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

[www.teraconsultants.fr](http://www.teraconsultants.fr)

S.A.S. au capital de 200 000 €

RCS Paris B 394 948 731

13 janvier 2015

## Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique<sup>1</sup>

Laurent BENZONI<sup>2</sup>, Pierre-Yves DEBOUDE<sup>3</sup>

En son article L.442-6-1-2°, le code du commerce dispose : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties [...]* ».

Si ce dispositif s'applique à tous les secteurs d'activité, l'objectif avoué, lors de son introduction dans la Loi de Modernisation de l'Economie de 2008, était, une fois encore, de protéger les producteurs de biens de consommations courante du pouvoir excessif dont peuvent potentiellement disposer les acheteurs, sous-entendu la grande distribution. Une fois encore car, depuis plus de trente ans, les pouvoirs publics se sont attelés, manifestement sans le résultat escompté, à cette question récurrente des relations commerciales entre fournisseur et distributeurs aussi bien par la voie législative que réglementaire.

Ce nouveau texte voté, de nombreux cas ont depuis été portés devant les tribunaux qui ont permis d'éclaircir, en droit, ce qu'il fallait comprendre par « déséquilibre significatif »<sup>4</sup>. Ont ainsi été sanctionnés des clauses imposant au fournisseur des pénalités excessives, systématiques et unilatérales, des clauses de retour des produits dégradés par la clientèle, des clauses imposant des modalités de règlement abusives et non-réciproques, des clauses prévoyant des modalités asymétriques de révision des tarifs au bénéfice du distributeur, etc<sup>5</sup>. Le droit avance donc et se construit dans ce domaine<sup>6</sup>.

Répond-il au problème économique de fond, à savoir neutraliser une trop grande puissance d'achat de la grande distribution que dénoncent continuellement les producteurs et dont ils alertent régulièrement pouvoirs politiques et opinion publique ? Des économistes comme Patrick Rey et Jean Tirole (prix Nobel d'économie 2014) indiquaient déjà, en 2000, qu'il existait cette demande constante de régulation des producteurs et ils avertissaient : « *les producteurs ne doivent pas être autorisés à*

---

<sup>1</sup> Cet article a été rédigé sur la base de la communication orale présentée par Laurent Benzoni lors de la conférence, *L'équilibre contractuel pour quoi faire ?*, DGCCRF, Ministère de l'Economie, de l'Industrie, du Numérique, 6 novembre 2014.

<sup>2</sup> Professeur d'Economie à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas), CRED.

<sup>3</sup> Directeur général TERA Consultants.

<sup>4</sup> Pour une recension récente, N. Lajnef, « Les déséquilibres dans les contrats d'affaires : cinq ans après », *Revue Lamy Concurrence*, n°39, avril-juin 2014.

<sup>5</sup> cf. [www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-restrictives-concurrence-decisions-rendues-sur-action-ministre#HautDePage](http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-restrictives-concurrence-decisions-rendues-sur-action-ministre#HautDePage)

<sup>6</sup> cf. [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/cepc/etude/Bilan\\_decisions\\_judiciaires2013\\_dgccrf.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2013_dgccrf.pdf)

*utiliser l'appareil de l'État pour leur bénéfice et au dépend de l'intérêt social*»<sup>7</sup>. Cette disposition concernant le 'déséquilibre significatif' entre-t-elle dans cette catégorie de mesures « corporatistes » qui manquent son objectif et dont les effets mal anticipés produisent plus de maux qu'ils n'en soulagent ?

En ce sens, une perspective économique sur ce dispositif juridique ne paraît pas inutile.

Il convient d'abord de lever l'ambiguïté sur la notion d'équilibre et de déséquilibre. Dans son acception la plus large, un équilibre désigne l'état d'un système stabilisé en présence de forces qui s'opposent. L'équilibre ne présuppose donc en aucun cas la présence de forces égales. Un équilibre peut être atteint en présence de forces inégales. Suivant cette définition, l'économie identifie l'équilibre de concurrence : un état stable du marché où aucune partie prenante ne dispose d'une force (pouvoir de marché) supérieur aux autres parties. Mais l'économie définit aussi l'équilibre de monopole : un état du marché où un offreur impose sa puissance aux consommateurs. Le prix de monopole n'est pas un prix déséquilibré, c'est un prix d'équilibre entre un offreur disposant d'un pouvoir de marché maximal et de multiples consommateurs qui ne peuvent s'opposer au pouvoir de marché qu'en refusant d'acheter le bien offert au prix imposé par l'offreur. Pour autant, s'il constitue un prix d'équilibre, le prix du monopoleur ne maximise pas le bien-être collectif. Pour cette raison, le pouvoir sur le marché n'est pas souhaitable du point de vue économique, qu'il se situe du côté de l'offre mais aussi du côté de la demande.

Il en va de même pour les contrats. Des contrats conclus entre partenaires commerciaux sont, du point de vue économique, à l'équilibre, même s'ils ne maximisent pas l'intérêt des deux parties prenantes : un contrat résulte toujours d'un compromis obtenu à un moment donné entre des forces inégales *a priori*. Toutefois, si les contrats bilatéraux altèrent l'intérêt collectif par l'effet cumulatif de clauses récurrentes et systématiques en engendrant l'éviction d'acteurs efficaces, la réduction de la diversité de l'offre, des freins aux possibilités d'entrée, d'innovation, de lancement ou de pérennité de bons produits, etc., ils posent problème sur le plan économique. Ces clauses contractuelles aux effets indésirables peuvent être considérées comme économiquement abusives et que le contrat pourra être considéré comme « déséquilibré ». C'est ainsi plus au regard des effets de ces contrats sur les équilibres concurrentiels et les marchés, donc par leur impact au-delà de leurs seules conséquences immédiates et directes pour les parties contractantes impliquées, que l'analyse économique peut apporter une contribution utile à la notion de « déséquilibre significatif » stipulé dans l'article L.442-6-1-2° susmentionné.

Dans cette perspective, les effets déséquilibrants de la puissance d'achat peuvent se manifester à travers l'exercice de deux mécanismes bien distincts dans la littérature économique : d'une part, l'exercice du **pouvoir de monopsonie** qui relève plutôt du fonctionnement des marchés et du droit de la concurrence, d'autre part, l'exercice du

---

<sup>7</sup> P. Rey, J. Tirole, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Conseil d'Analyse Economique, éditions La Documentation française, 2000.

**pouvoir de négociation** qui relève plutôt des mécanismes contractuels bilatéraux et du droit du commerce<sup>8</sup>. Cette distinction est néanmoins « virtuelle » car le fonctionnement réel des marchés intrique les deux types de pouvoir, ce qui explique toute la complexité et la difficulté du sujet, tant en économie qu'en droit.

Néanmoins, les deux types de pouvoir que peu(ven)t exercer le(s) acheteur(s) ont pour point commun de se traduire par une pression à la baisse sur les prix négociés avec les fournisseurs, et plus généralement par des comportements réduisant indûment le surplus économique des fournisseurs au seul bénéfice des acheteurs.

Ces deux mécanismes de la puissance d'achat que distingue l'analyse économique se manifestent dans des circonstances différentes qui seront traitées successivement.

## 1. Le pouvoir de monopsonie

Ce concept est proposé dès 1933 par Joan Robinson dans un ouvrage, *La concurrence imparfaite*<sup>9</sup>. Le monopsonie définit l'exact contraire du monopole : une structure de marché où l'acheteur fait face à de très nombreux offreurs. Par extension, l'oligopsonie désigne une structure où quelques acheteurs font face à une pluralité d'acheteurs de plus petite taille. On perçoit dans cette dernière configuration, la structure qui semble prévaloir sur les marchés où se rencontrent les centrales d'achat de la grande distribution, en tant qu'acheteurs, face aux différentes entreprises qui les approvisionnent en tant que vendeurs. Cette position asymétrique favorable aux acheteurs peut leur conférer un pouvoir de monopsonie ou d'oligopsonie que nous qualifierons globalement de pouvoir de monopsonie dans la suite de cette section, par opposition au pouvoir de marché, terme que nous réserverons au pouvoir des vendeurs.

### 1-1/ L'analyse économique standard implique une attention des autorités de concurrence principalement portée sur le maintien de la concurrence dans la distribution

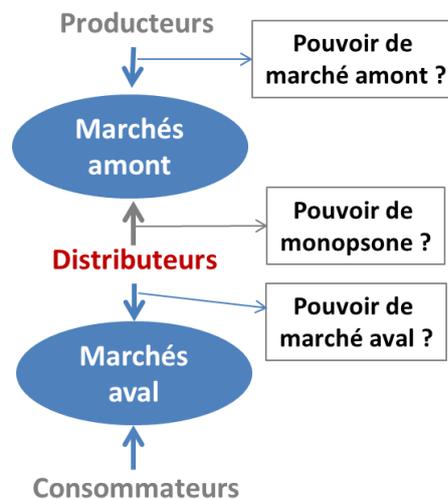
Schématiquement, les producteurs se situent donc sur les marchés d'approvisionnement en amont en tant qu'offeurs (cf. figure 1 ci-dessous). Sur ces marchés, ils peuvent éventuellement exercer un pouvoir de marché amont en tant que vendeurs. Face à eux sur ces marchés, les distributeurs sont les demandeurs qui peuvent, quant à eux, exercer un pouvoir de monopsonie. Sur le marché aval, les distributeurs sont alors les offreurs et ils peuvent, le cas échéant, exercer un pouvoir de marché aval sur les consommateurs finaux qui constituent au stade aval les demandeurs.

---

<sup>8</sup> cf. J. Church, « Background Note », in *Monopsony and Buyer Power*, OECD Policy Roundtable, 2008.

<sup>9</sup> J. Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan, 1933 (2nd ed., 1969).

**Figure 1 - Articulation des marchés amont-aval, pouvoir de monopsonne-pouvoir de marché**



Le pouvoir de monopsonne a suscité moins d'attention et de travaux dans la littérature économique que le pouvoir de marché. Schématiquement, l'analyse standard du pouvoir de monopsonne est la suivante<sup>10</sup>. Les producteurs sont en concurrence sur les marchés amont. Leurs prix incluent ou non des quasi-rentes, mais pas de rentes<sup>11</sup>, et leurs coûts marginaux sont croissants. Face à eux, les acheteurs peu nombreux exercent leur pouvoir de monopsonne ce qui se traduit par une baisse des prix sur les marchés amont accompagnée ou non d'une réduction des quantités vendues par les producteurs<sup>12</sup>. Dans tous les cas, les producteurs les plus efficaces voient leurs quasi-rentes baisser et les moins efficaces sortent du marché amont<sup>13</sup>. Sur le marché aval, les distributeurs ne répercutent pas la baisse des prix obtenue en amont s'ils disposent d'un pouvoir de marché tandis que les quantités vendues sur le marché aval pourront éventuellement être plus réduites qu'en l'absence du pouvoir de monopsonne sur le marché amont.

**Globalement, pour que l'exercice du pouvoir de monopsonne en amont s'exerce en faveur des distributeurs et ne bénéficie donc pas aux consommateurs en aval, il importe que les distributeurs jouissent aussi d'un pouvoir de marché en aval, en sus du pouvoir de monopsonne en amont.**

<sup>10</sup> G. Shaffer, «Slotting Allowances and Real Price Maintenance: a comparison of facilitating practices», *Rand Journal of Economics*, 22(1), 1991, pp. 120-135.

<sup>11</sup> Le terme de quasi-rente est dû à A. Marshall (1920). Il désigne globalement la fraction du surplus des offreurs liée à leur efficacité propre relativement à celle de leurs concurrents. La quasi-rente procède d'une *concurrence par les mérites*. À l'opposé, le terme de rente désigne un surplus qui ne procède pas d'une concurrence par les mérites, soit en raison de l'accès à une ressource rare non-reproductible (rente ricardienne), soit par l'exercice d'un pouvoir de marché (rente de monopole).

<sup>12</sup> P. Dobson, M. Waterson, A. Chu, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, rapport for Office Of Fair Trading, OFT-239, 1998.

<sup>13</sup> Une situation de réduction des prix et des quantités est la conséquence de la double hypothèse d'absence de rente et de coûts marginaux croissants.

L'absence de pouvoir de marché aval des distributeurs est alors fréquemment avancée comme moyen efficace pour juguler l'effet négatif du pouvoir de monopsonne dont dispose la grande distribution en amont. En effet, tant que le marché aval de la grande distribution est concurrentiel, la baisse des prix sur les marchés amont sera logiquement répercutée sur les marchés en aval sans accaparement indu du surplus des producteurs obtenu en amont par les distributeurs. Ainsi, les consommateurs finaux sont bien les seuls bénéficiaires des baisses de prix obtenues en amont par les distributeurs auprès des producteurs. Ce processus va dans le sens de l'intérêt général. Les consommateurs bénéficient de prix bas et consomment plus, les distributeurs vendent donc beaucoup et les offreurs produisent plus ce qui permet de baisser leurs coûts grâce aux gains d'efficacité réalisés, et de supporter ainsi les prix plus bas sans subir de pertes, du moins pour les plus efficaces d'entre eux. Pour les autres, la pression sur les prix devient insupportable, ils sont évincés du marché, conséquence logique de la concurrence par les mérites qui n'a pas pour objet de protéger les producteurs inefficaces.

Selon ce raisonnement, on comprend que l'intervention des autorités de concurrence pour contrer l'effet négatif du pouvoir de monopsonne en amont se focalise principalement sur la préservation d'une concurrence sur les marchés en aval. En effet, si la concurrence entre grands distributeurs reste pleine et active, le pouvoir de monopsonne des distributeurs serait une chimère que poursuivraient les producteurs pour refuser la concurrence en prix en amont alors que les distributeurs agissent au bénéfice des consommateurs comme un contre-pouvoir salvateur au pouvoir de marché que veulent exercer les producteurs sur les marchés amont afin de conserver leurs quasi-rentes, voire leurs rentes.

Dans ce contexte, les autorités de concurrence portent une grande attention sur l'analyse concurrentielle des marchés en aval, en particulier à l'occasion des opérations de concentration entre centrales d'achat ou lors d'acquisitions de points de vente entre enseignes. Ainsi, l'analyse des effets de la concentration dans la distribution a produit une délimitation de plus en plus fine des marchés pertinents dans leur dimension géographique tout en s'en tenant à une délimitation relativement agrégée des marchés dans leur dimension «produits». En effet, les marchés pertinents de produits pour la distribution sont généralement regroupés autour d'une dizaine ou d'une vingtaine de gammes de produits (hygiène, textile, produits frais, etc.) alors qu'un hypermarché, selon sa surface, compte de 20.000 à 80.000 références différentes. Au total, le pouvoir de marché d'un distributeur en aval est apprécié par sa part de marché par grande catégorie de produits dans la zone géographique délimitant le marché pertinent.

Fort approfondies quant à leur impact sur les marchés aval, les analyses de la concentration dans le secteur de la distribution restent pourtant succinctes quant à

leurs effets sur les marchés amont, en particulier sur le renforcement du pouvoir de l'acheteur qu'elles impliquent nécessairement<sup>14</sup>.

### 1-2/ Identifier le pouvoir de monopsonie : quels indicateurs ?

Le pouvoir de monopsonie des distributeurs dépend étroitement de la faculté des producteurs de substituer un distributeur par un autre dès lors que les conditions commerciales qui leur sont proposées ne paraissent plus acceptables (« option de sortie » d'une relation commerciale). Si les producteurs peuvent aisément se retourner vers d'autres distributeurs situés dans d'autres zones géographiques ou modifier leurs produits dans des délais raisonnables sans supporter de surcoûts significatifs afin de trouver de nouveaux débouchés, le pouvoir de monopsonie des distributeurs apparaît, en tout état de cause, limité. Dans ce cas, la substitution d'un distributeur par un autre est aisée et rapide : le distributeur n'est pas en mesure d'exercer de pouvoir de monopsonie. C'est d'ailleurs sur l'existence « des options de sortie » que se base, au fond, l'évaluation d'une dépendance économique telle que prévue par l'article L.420-2 de notre code de commerce mis en œuvre par l'Autorité de la concurrence<sup>15</sup>.

Or, la faculté de substitution d'un distributeur par un autre est, en premier lieu, directement liée au niveau de concentration observé dans le secteur distribution. Plus la concentration y sera élevée, plus les facultés de substitution d'un distributeur par un autre seront limitées pour un producteur, par conséquent, plus le pouvoir de monopsonie des distributeurs sera potentiellement grand.

En second lieu, identifier un pouvoir de monopsonie suppose l'existence d'une position dominante côté demande sur les marchés amont, ce qui présuppose de délimiter les marchés pertinents en amont. Cet exercice pourrait être rigoureusement pratiqué à l'aide d'un test, non pas de monopoleur hypothétique, mais de monopsonneur hypothétique. Il conviendrait ainsi d'évaluer si un distributeur est en mesure de faire baisser les prix produit par produit, producteur par producteur auprès desquels il s'approvisionne dans une proportion faible mais significative et non transitoire<sup>16</sup>. Mené rigoureusement, ce test permettrait d'apprécier l'existence ou non de positions dominantes monopsoniques et de délimiter les marchés pertinents en cause.

L'exercice étant particulièrement lourd à mener, la Commission européenne a défini un test substitut : le «taux de menace». Il correspond à la part que représente un distributeur donné dans le chiffre d'affaires d'un producteur. Selon la Commission, ce taux atteint un seuil critique lorsqu'un distributeur assure plus de 22% du chiffre

---

<sup>14</sup> L'autorité de concurrence finlandaise résume cette appréciation lors de la table ronde de l'OCDE en indiquant : «Lors de fusions dans le secteur de la distribution, les analyses de la puissance d'achat ne sont pas la préoccupation principale», *op. cit.*, p. 155.

<sup>15</sup> «...Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme», article L-420-2, Code du commerce.

<sup>16</sup> cf. OCDE, *op. cit. supra*, p. 11.

d'affaires de l'un de ses fournisseurs<sup>17</sup>. Au-delà du seuil de 22%<sup>18</sup>, le fournisseur passe en situation de dépendance économique et peut subir le pouvoir de monopsonne du distributeur. Des remèdes peuvent alors s'avérer nécessaires pour contrecarrer le pouvoir de monopsonne. Intéressante de prime abord car aisée à mettre en œuvre, cette proposition recèle un paradoxe : *la concentration sur les marchés amont n'aurait aucune influence sur le pouvoir de monopsonne des distributeurs*. Soit le marché d'un produit réparti en aval entre 5 distributeurs disposant chacun de 20% du marché : supposons d'abord que sur le marché amont, un seul producteur en position de monopole fabrique ce produit (entreprise mono-produit). Pour ce producteur, aucun des 5 distributeurs ne dépasse 20% de ses débouchés donc ne dépasse le seuil critique de 22% du taux de menace. Il ne ressort pas de pouvoir de monopsonne. Supposons à présent que 100 producteurs se répartissent le marché amont du produit. Aucun des 100 producteurs ne dépendra aussi à plus de 20% d'un seul distributeur : le seuil du taux de menace n'est donc pas plus atteint qu'il existe en amont un monopole, ou une multitude de producteurs face à un oligopsonne de distributeurs. L'analyse économique contredit ce résultat : le niveau de concentration sur les marchés influence le pouvoir de négociation, donc le pouvoir des distributeurs<sup>19</sup>.

**Le taux de menace ne peut donc constituer qu'un premier indicateur très imparfait du pouvoir de monopsonne. Le seuil de 22%, établi à l'issue d'une enquête ponctuelle, devrait être sérieusement reconsidéré et construit sur des bases plus solides.**

Toutefois, même établi sur des bases plus robustes, le taux de menace devra être complété par d'autres indices<sup>20</sup>. Il pourrait ainsi être suggéré d'évaluer pour chaque marché pertinent :

- la sensibilité de la rentabilité d'exploitation<sup>21</sup> à une variation du chiffre d'affaires des produits des producteur ayant dépassé le seuil critique du taux de menace : plus cette sensibilité est grande, plus les producteurs sont en situation de faiblesse sur les marchés ;
- le ratio HHI aval/HHI amont sur les marchés pertinents amont : plus le ratio s'élève plus la dépendance économique croît ;
- le ratio élasticité prix de la demande au produit d'un producteur sur le marché amont, élasticité prix de la demande à ce produit sur le marché aval : plus la valeur de ce ratio baisse, plus le pouvoir du distributeur sur la formation des prix sur le marché amont est élevée,
- etc.

---

<sup>17</sup> [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1684\\_20000125\\_440\\_3219705\\_FR.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1684_20000125_440_3219705_FR.pdf)

<sup>18</sup> Ce seuil de 22% était déjà apparu dans une première affaire au niveau européen (Rewe/Meindl), et dans une affaire française (93-D-21 : Décision relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora).

<sup>19</sup> cf. sur ce point par exemple, M.-L. Allain, S. Souam, « Horizontal Mergers and Vertical Relationships », CREST, N°2000-27, 2000.

<sup>20</sup> Au demeurant le Conseil de la concurrence le relevait dans sa décision 93-D-21 susmentionnée : « *que si cette circonstance (seuil critique) n'interdit pas de caractériser la situation des fournisseurs en cause, encore faut-il que les indices figurant au dossier convergent pour établir l'existence de situations de dépendance économique* », p. 12.

<sup>21</sup> Résultat d'exploitation/Chiffre d'affaires du produit en cause

Les autorités peuvent ainsi aisément activer de nombreux autres indices de l'existence du pouvoir de monopsonne que le seul taux de menace. Il importerait ainsi de raisonner sur la base d'un faisceau d'indices et non sur la base d'un indicateur unique. Sur le fond, il s'agit, ni plus ni moins, que d'appliquer à la détermination du pouvoir de monopsonne, les méthodes d'analyse retenues de longue date pour évaluer la présence d'une position dominante permettant l'exercice d'un pouvoir de marché.

### 1-3/ L'exercice du pouvoir de monopsonne : comment le mesurer ?

Une position dominante sur un marché n'implique pas l'existence de pratiques abusives, une position de monopsonne non plus<sup>22</sup>. Comme le pouvoir de monopsonne repose avant tout sur le pouvoir du distributeur de contraindre les producteurs à baisser leurs prix sur les marchés amont sans que ces baisses soient répercutées sur les marchés aval, il conviendrait donc de mener l'analyse simultanée des prix en amont et en aval afin de vérifier l'existence ou non de ce phénomène.

En premier lieu s'agissant des prix amont, la littérature économique usuelle du pouvoir de monopsonne suppose des transactions basées sur des tarifs dits linéaires : le prix du produit ne varie pas avec les quantités échangées. Or, M. Mougeot note : «... *il y a une constante dans le mode de fixation des paiements aux grandes surfaces, c'est leur caractère non linéaire*»<sup>23</sup>. En effet, les nombreuses clauses contractuelles qui régissent les relations commerciales entre producteurs et distributeurs introduisent des paiements, des règlements, des pénalités non strictement proportionnées aux quantités échangées. Ces modalités contractuelles complexes masquent souvent un mode de tarification non linéaire et binomiale ; en d'autres termes, il existe une partie fixe dans les contrats indépendante des quantités échangées, en particulier pour les opérations dites de «coopération commerciale». Sur le plan économique, cette partie fixe revient à facturer aux producteurs une sorte de droit d'accès aux linéaires, c'est-à-dire aux clients du distributeur<sup>24</sup>. Le distributeur se pose en goulet d'étranglement («gate-keeper») pour l'accès du producteur aux consommateurs de ses propres produits<sup>25</sup>. Comme le note, O. G. de Vera : «La première condition pour qu'un produit sorte d'un magasin est qu'il y soit entré»<sup>26</sup>. L'exercice du pouvoir de monopsonne se révélera dans la faculté du distributeur à élever le droit d'accès (partie fixe du contrat),

---

<sup>22</sup> M. Glais, «La sanction des abus de dépendance économique, entre désillusion et espoir», *Revue mensuelle LexisNexis, JurisClasseur*, décembre, 2006.

<sup>23</sup> M. Mougeot, «Commentaire», in P. Rey, J. Tirole, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, C.A.E., La Documentation française, 2000, p. 42.

<sup>24</sup> cf. M. Glais, «Concurrence-Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, Vol. 85, 3e trimestre, 1998. pp. 85-116.

<sup>25</sup> W. Grimes, «Buyer Power and Retail Gatekeeper Power : Protecting Competition and the Atomistic Seller», *Antitrust Law Journal*, 72, 2005, pp. 563-588.

<sup>26</sup> O. Geradon de Vera, *Quand les gondoles changent de tête*, Editions Liaison, 1998, p.47.

et à prélever ainsi une partie du surplus du producteur sans assumer pleinement le risque associé à la fonction économique du distributeur<sup>27</sup>.

L'analyse de ce type de clauses menée systématiquement sur un ensemble de produits et sur des zones géographiques bien identifiées ainsi que l'évolution au cours du temps de ces clauses n'a pas été menée en France. Ce travail suppose l'accès aux contrats signés entre producteurs et distributeurs, une information accessible aux autorités au regard des pouvoirs d'instruction qui leur sont conférés<sup>28</sup>.

A défaut de telles investigations, il sera difficile pour une autorité de postuler que la concentration dans la distribution ne se traduit pas par l'exercice d'un pouvoir de monopsonne ou d'apprécier si le pouvoir de monopsonne n'a pas d'effet sur la dynamique des secteurs amont ou sur certaines catégories de producteurs. Il s'agirait alors de mesurer l'éventuel effet du pouvoir de monopsonne qui, en abaissant par trop les prix, baisse les perspectives de rentabilité des producteurs ce qui incitera logiquement ces derniers à réduire la prise de risque, donc diminuera leur incitation à innover<sup>29</sup>, dissuadera l'entrée de nouveaux producteurs, voire altèrera la capacité d'investissement donc le renouvellement de l'appareil productif, etc.

En second lieu, il convient aussi d'analyser l'éventuelle divergence qui pourrait être constatée entre l'évolution des prix nets pratiqués sur les marchés amont et les prix effectifs pratiqués au niveau des consommateurs. En effet, si l'écart entre les prix pratiqués sur les marchés amont et ceux sur les marchés aval s'accroît, il y a un indice d'exercice potentiel d'un pouvoir de monopsonne par les distributeurs.

Mais sur ce point aussi il n'existe pas, à notre connaissance pas d'études empiriques approfondies sur cette question pourtant essentielle. Ces études sont nécessaires car, sur les marchés en aval, les distributeurs pratiquent la discrimination des prix sur le plan géographique et sur le plan temporel. Un même produit est vendu dans une même enseigne à des prix différents selon les magasins alors qu'il donne lieu à un prix d'achat unique. De même le prix d'un même produit varie du jour au lendemain à la hausse dans certains magasins d'une enseigne et à la baisse dans d'autres magasins de la même enseigne, sans que cela ne corresponde à une variation des prix en amont. Or, ces écarts de prix et variations de prix observables sur les marchés en aval qui ne reflètent pas symétriquement des niveaux et variations de prix d'approvisionnement constatés en amont sont l'indice d'une pratique de discrimination. Or, la faculté de discrimination des prix sur les marchés aval dont dispose les distributeurs est identifiée dans la littérature économique comme un moyen de ne pas répercuter en aval la baisse des prix obtenue en amont auprès des producteurs. La discrimination en aval peut être mobilisée pour conserver une partie du surplus captée

---

<sup>27</sup> « Même si les producteurs bénéficient d'un service associé au référencement et aux opérations de promotion, la partie fixe vise plus à l'appropriation du surplus des producteurs qu'à la rémunération de ce service...», M. Mougeot, *op. cit.*, p. 42.

<sup>28</sup> Signalons néanmoins le travail très intéressant de M. Dietsch, *L'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs : le cas des produits de grande consommation*, Rapport pour la commission d'examen des pratiques commerciales, 22 janvier 2007.

<sup>29</sup> Pour une estimation empirique récent sur ce point, C. Köhler, C. Rammer, *Buyer Power and Suppliers' Incentives to Innovate*, Center for European Economic Research Discussion Paper, n° 12-058, 2012.

auprès des producteurs sans en faire bénéficier les consommateurs : soit l'exercice abusif du pouvoir de monopsonne en amont y compris en l'absence d'un pouvoir de marché observable clairement mesurable sur le marché aval sans une analyse très fine à ce niveau en relation avec les marchés amont.

L'avis récent de l'Autorité de concurrence sur le secteur de la distribution alimentaire à Paris révèle cette faculté de discrimination des prix et de captation de rentes par les distributeurs à un niveau très fin sur le plan géographique et sur le plan des produits<sup>30</sup>. Dans cet avis l'Autorité relève : « *Dans le cas du groupe Casino, la marge amont, réalisée au travers de Distribution Franprix et Sédifrais, s'élève à [3 – 7]%. Au final, le niveau de marge réalisé par les centrales d'achat du groupe Casino et les magasins Franprix autoriseraient donc ces opérateurs à diminuer leurs prix s'ils étaient soumis à une concurrence plus forte.* »<sup>31</sup>. C'est donc en comparant le niveau moyen de marge des centrales d'achat par rapport aux prix pratiqués sur la seule zone de Paris intra-muros que l'Autorité révèle cette pratique de discrimination géographique qui soulève un réel problème de concurrence aux détriment des consommateurs et des producteurs. Une enquête généralisée portant sur l'ensemble du territoire, zone de chalandise par zone de chalandise, serait très utile pour révéler et mesurer l'ampleur de cette pratique par toutes les enseignes.

De son côté, la Commission européenne vient de publier une étude sur l'impact de la distribution dite « moderne » sur le choix et l'innovation dans le secteur de l'alimentation en Europe<sup>32</sup>. L'étude porte sur 23 catégories de produits alimentaires analysées entre 2004 et 2012 sur des échantillons représentatifs de types de magasins (hyper, supermarché, magasins de proximité) et en fonction de leur implantation géographique (centre-ville, banlieues, zones rurales, etc.). La méthode retenue dans cette étude est au fond très discutable (cf. *infra* §2-2-1), néanmoins on lit page 112, qu'en France, contrairement à d'autres pays d'Europe, les prix de vente pratiqués par les distributeurs ont augmenté dans 13 des 23 catégories de produits étudiés et n'ont baissé que dans deux d'entre elles. Parmi les 4 pays plus précisément analysés, la France présente aussi l'indice de concentration de la distribution le plus élevé *mesuré au niveau local*. La concentration dans la distribution au niveau local a donc bien un impact négatif sur les niveaux des prix de détail comme le démontre l'analyse de l'Autorité mentionnée ci-dessus sur le marché parisien de la distribution ? En revanche, l'étude de la Commission ne teste pas cette relation, cependant on note dans les données fournies dans cette étude que plus la concentration au niveau local s'élève plus la part de l'innovation dite de « packaging » prend le pas sur l'innovation dite de « formulation », en d'autres termes : la concentration dans la distribution favoriserait plus la « prolifération de produits » que l'innovation de de type schumpeterien.

---

<sup>30</sup> cf. Autorité de la concurrence, *Avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris*.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>32</sup> European Commission, *The Impact of Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2014

#### 1-4/ Conclusion sur le pouvoir de monopsonne

Que peut-on conclure à ce stade sur le pouvoir de monopsonne ? Au regard du niveau critique de concentration dans le secteur de la distribution lorsqu'il est mesuré au niveau local en France, ce dont attestent toutes les études : le rapport de la Commission européenne, l'avis de l'Autorité sur le marché parisien, etc.<sup>33</sup>, au regard des pratiques de tarification non linéaires, et plus précisément binomiales qui semblent usuelles dans les contrats entre producteurs et distributeurs, au regard enfin des pratiques de discrimination tarifaires géographiques<sup>34</sup> et temporelles sur les marchés aval au niveau des consommateurs, il ne peut être exclu que un ou des distributeur(s) dispose(nt) d'une position de monopsonne sur certaines catégories de produits et dans certaines zones géographiques. Seule la disponibilité d'indices de prix fiables et comparables à un niveau particulièrement fin en amont et en aval permettraient de mesurer dans quelle mesure les prix négociés auprès des producteurs<sup>35</sup> sont répercutées au niveau des consommateurs et donc si les positions de monopsonne confèrent un pouvoir de monopsonne qu'il conviendrait de neutraliser. Or ces indices de prix cohérents entre marchés amont et aval, matériau indispensable pour la recherche d'un éventuel pouvoir de monopsonne, n'existent pas à notre connaissance.

«*Ignorance est mère de tous le maux*» disait Rabelais. C'est sans doute cette ignorance qui suscite la suspicion constante dans les relations entre producteurs et distributeurs avec pour arbitre un pouvoir politique balloté par les vents qu'activent les lobbies.

Au-delà du pouvoir de monopsonne exercé individuellement, se pose aussi la question de l'exercice d'un pouvoir de monopsonne collectif. L'appréciation d'une position dominante collective s'effectue sur la base d'une analyse de critères aujourd'hui bien établis par la jurisprudence. Or, ces critères semblent d'autant plus réunis sur le marché français de la distribution des biens de consommation courante que des accords entre centrales d'achat viennent d'être noués quasiment simultanément. **C'est donc sans doute à travers le filtre de l'existence d'une position dominante monopsonique collective que le fonctionnement du marché amont devrait sans doute être analysé sur le plan concurrentiel compte tenu d'un oligopole sur le marché aval de la distribution, oligopole qui semble disposer du pouvoir de marché en aval lui permettant de valoriser son pouvoir de monopsonne à travers**

---

<sup>33</sup> Mentionnons de nouveau le rapport de M. Dietsch cité *supra*, ou l'étude du cabinet Asterop réalisé à l'occasion de la LME de 2008 qui montre que 87 % des 683 zones de chalandises en France identifiées par ce cabinet se caractérisent par une situation de monopole ou de duopole.

<sup>34</sup> Dans l'étude mentionnée ci-dessus du cabinet Asterop, il est montré qu'entre deux zones de chalandise, l'une concurrentielle, l'autre non, les écarts de prix d'un même produit vont jusqu'à 20 %.

<sup>35</sup> Les prix sur les marchés amont doivent être calculés en «3 fois net». Pour mémoire, le prix net est le prix unitaire figurant dans les «conditions générales de vente» ou les «conditions particulières de ventes» en année n sans prise en compte des remises conditionnelles. Le prix dit «2 fois net» est le prix net duquel sont déduits les remises, rabais et ristournes conditionnels généralement liés aux quantités vendues, accordées en fin d'année. Ce «2 net» ne peut être calculé qu'en début d'année n+1 mais il correspond au chiffre d'affaires du producteur sur l'année n d'un produit donné. Le prix «3 fois net» incorpore en sus les charges de «coopération commerciale» supportée par le producteur à la demande du distributeur. Ces charges commerciales par les fournisseurs, enregistrées en production de services vendue par les distributeurs, exigent donc un retraitement comptable plus fin, mais sont aisément calculables.

## les pratiques de discrimination tarifaire sur les plans géographiques et temporels.

### 2. Le pouvoir de négociation

Le deuxième mécanisme par lequel peut s'exercer la puissance d'achat est le pouvoir de négociation. Un concept moins bien cerné dans la littérature économique qui s'applique à toute relation commerciale indépendamment de la position des parties prenantes sur les marchés.

Cette analyse se situe essentiellement sur les marchés amont où se rencontre l'offre des producteurs et la demande des distributeurs, contrairement à l'analyse du pouvoir de monopsonie qui nécessite pour être menée une analyse sur deux marchés verticalement liés.

Dans ce contexte des relations commerciales entre producteurs et distributeurs, le pouvoir de négociation renvoie souvent à des situations où la structure des marchés amont relève d'un oligopole bilatéral, à savoir un petit nombre de producteurs face à un petit nombre de distributeurs. La position des acteurs sur les marchés amont ne leur permet pas de tirer un avantage indu lié au pouvoir de marché (producteurs) ou au pouvoir de monopsonie (distributeurs). C'est dans le cadre de relations contractuelles bilatérales que vont se nouer les problèmes du pouvoir de négociation et de leurs éventuels effets sur les marchés et le bien-être général. Une littérature économique croissante s'intéresse ainsi au pouvoir de négociation lorsque celui-ci se situe du côté des acheteurs.<sup>36</sup>

#### 2-1/ Des facteurs à l'origine du pouvoir de négociation

Il est possible dans un premier temps de spécifier les facteurs qui permettent à l'une des parties de disposer d'une position forte dans la négociation par rapport à l'autre. Ces facteurs sont donc à la source du pouvoir de négociation. Cinq facteurs souvent analysés dans la littérature économique peuvent ainsi être mentionnés<sup>37</sup>.

**Premier facteur :** *la part que le contrat représente dans l'activité ou dans le surplus de chacune des parties prenantes.* Schématiquement, si un contrat représente 1% du chiffre d'affaires ou du surplus de l'une des parties mais qu'il représente en revanche

---

<sup>36</sup> Par exemple : P. Dobson, «Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade», *Antitrust Law Journal*, 72, 529 ; A. Majumdar, «Waterbed Effects and Buyer Mergers», *CCP Working Paper*, n° 05-7, June 2005 ; R. Blair et J. Harrison, *Monopsony : Antitrust Law and Economics*, Princeton University Press, 1993 ; R. Inderst et N. Mazzarotto, «Buyer Power: Sources, Consequences and Policy Responses», Mimeo, London School of Economics ; S. Salop, S.C., «Anticompetitive Overbuying by Power Buyers», *Antitrust Law Journal*, 2005, pp. 669-715, .

<sup>37</sup> Cette présentation synthétique s'appuie sur un certain nombre de recensions réalisées sur le sujet, en particulier : R. Inderst, N. Mazzarotto, « Buyer Power in Distribution », in W. D. Collins (ed.) *Issues in Competition Law*, Chicago, American Bar Association, 2008 ; R. Inderst et G. Shaffer, « Buyer Power in Merger Control », in W. D. Collins, *Issues in Competition Law and Policy*, 2. Chicago, ABA Section of Antitrust Law, 1611-1636 ; P. Dobson, « Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade », *Antitrust Law Journal*, 72, 529, 2005 ; ACCC, *Inquiry into the Competitiveness of Retail Prices for Standard Groceries*, 2008.

20% du chiffre d'affaires ou du surplus de l'autre partie, on imagine aisément la partie qui se trouvera la plus encline à finaliser la transaction donc à accepter des concessions contractuelles.

**Deuxième facteur :** *la possibilité des options de sortie de la négociation.* Si l'une des parties dispose d'options de sortie et réelles, soit pour vendre, soit pour acheter les produits qui sont l'objet du contrat, alors elle dispose bien évidemment d'un pouvoir de négociation plus important que l'autre partie. Parmi les options de sortie, il faut mentionner la possibilité de l'intégration ou de la quasi-intégration. Ainsi, et cela a été constaté, des distributeurs se sont intégrés dans la production de certains produits en amont ce qui renforce leur pouvoir de négociation face aux producteurs. Mais il faut aussi noter les marques de distribution ('private labels') qui peuvent être produits par des producteurs non intégrés aux distributeurs et agissent comme un puissant facteur de pression dans la négociation vis-à-vis des producteurs détenteur de marques propres<sup>38</sup>. Cette pression à la baisse des prix de marques de distributeurs est d'autant plus prégnante lorsque les marques de distributeurs agissent comme des substituts de basse qualité à moindres coûts que les marques leaders<sup>39</sup>, et renforce la concurrence entre producteurs pour l'accès au linéaire du distributeur<sup>40</sup>.

**Troisième facteur :** *la capacité à attendre.* Lorsque la négociation consiste en un jeu de guerre d'usure, la partie gagnante dans la négociation est celle qui a la plus grande capacité à faire durer la négociation ou la renégociation. Elle peut d'ailleurs délibérément retarder l'entrée en négociation ou en renégociation afin de mieux faire céder l'autre partie.

**Quatrième facteur :** *la faculté à investir pour rechercher l'information sur le partenaire.* C'est un point plus original que l'on trouve dans certains articles. Dans toute négociation commerciale, les parties prenantes à la négociation sont en situation d'information imparfaite ou d'asymétrie d'information. Elles ne connaissent pas toute l'information sur la partie d'en face et cette méconnaissance autorise alors les stratégies de bluff. Rappelons qu'en théorie des jeux, le bluff consiste à jouer comme si l'on avait une position différente de celle détenue en réalité. Le bluff n'est possible que si la partie en face dans la négociation ne dispose pas de l'information sur l'autre partie. Il est alors posé que les acteurs les plus importants en taille disposent de la faculté d'investir dans la recherche d'informations sur la ou les partie(s) avec lesquelles elles négocient afin de réduire l'asymétrie d'information et limiter ainsi les stratégies de bluff de l'autre partie. Plus l'asymétrie d'information joue en faveur d'un acteur, plus cet acteur est en position de mieux négocier.

**Cinquième facteur :** la réputation ou le « must stock » ou « must have ». Si un acteur dispose d'une forte réputation sur un produit particulier ou une gamme de produits, à

---

<sup>38</sup> S. Caprice, *Intégration verticale en présence d'une source alternative d'approvisionnement*, miméo, cité in M.-L. Allain, C. Chambolle, « Approches théoriques de rapports de force entre producteurs et distributeurs, *Economie rurale*, n°277-278, 2003, n° spécial : *La politique de la concurrence dans l'agriculture*, pp. 183-191.

<sup>39</sup> P. Bontems, S. Monier, V. Réquillard, « Strategic Effect of Private Labels », *European Review of Agricultural Economics*, 1999, 36(2), pp.147-165.

<sup>40</sup> M.-L. Allain, « Influence d'une contrainte de capacité sur le développement des marque de distributeurs », *Revue économique*, 52(3), 2001, pp. 643-653.

l'inverse si une enseigne dispose de la réputation, l'acteur dont la réputation est la plus forte est celui qui dispose d'une meilleure position dans la négociation. Le distributeur ne pourra pas se passer du produit réputé au risque de voir des consommateurs se détourner de ses magasins, ou à l'inverse le producteur risque de perdre des consommateurs car ils seront plus fidèles à l'enseigne qu'à leur produit.

Schématiquement, ses cinq principaux facteurs peuvent se cumuler ou se neutraliser et conduisent les acteurs à disposer d'un plus ou moins grand pouvoir de négociation. On conçoit aisément qu'un distributeur puisse obtenir de larges concessions de son partenaire commercial si, cumulativement : i) le contrat représente une faible part de son activité contre une part importante pour l'autre partie, ii) il peut aisément trouver un producteur substitut en cas d'échec de la négociation, iii) il sait tout sur la partie d'en face tandis qu'elle en sait peu sur lui, iv) il peut attendre plus que l'autre partie de conclure le contrat, v) il dispose d'une plus grande réputation sur le marché.

L'influence de ces facteurs sur l'issue de la négociation, donc sur la teneur des clauses contractuelles, sera aussi d'autant plus prégnante que le contrat est du type « take it or leave », c'est-à-dire « à prendre ou à laisser ».

## **2-2/ De l'effet anticoncurrentiel du pouvoir de négociation**

Selon les circonstances, les produits, les producteurs, les distributeurs, etc. impliqués dans une négociation, le pouvoir de négociation peut alors se situer plus du côté distributeur ou du côté producteur. La partie disposant du plus grand pouvoir de négociation obtient généralement un partage du surplus qui lui est plus favorable au détriment de l'autre.

Ce déséquilibre dans le pouvoir de négociation se matérialisera logiquement par des clauses sur les prix, ou par des clauses sur un transfert de charges ou encore par des clauses sur un transfert des risques à l'avantage de la partie disposant du plus grand pouvoir de négociation et au détriment de l'autre.

Peut-on inférer de ces contrats signés dans un contexte de pouvoir de négociation déséquilibré, une liste de clauses qui procèderaient d'une concession raisonnable par opposition à des clauses stipulant *ex post* des concessions déraisonnables, ce que l'article L.442-6-1-2°, qualifie « *d'obligations créant un déséquilibre significatif* » ? La littérature économique ne tranche pas sur ce point de façon générale, seul un examen au cas par cas pourra éclairer cette question.

Toutefois nombre d'auteurs soulignent que la concurrence effective (« *workable competition* ») est un processus de sélection qui conduit à l'éviction des acteurs les moins efficaces. La conclusion de contrats déséquilibrés par des acteurs « faibles » dans la négociation ne serait-elle pas finalement un révélateur de leur faible efficacité ou de leur faible utilité pour le marché, ce qui interroge sur les raisons économiques qui justifieraient de protéger les acteurs des clauses qu'ils ont accepté de signer ? Le droit viendrait alors *a posteriori* au secours de ces acteurs pour les « surprotéger » et non pour les protéger ?

Sur le plan économique, la juste question qui doit être posée est : le pouvoir de négociation conduit-il à éliminer du marché des acteurs efficaces au point que cela conduit à une perte globale d'efficacité ? Sur ce point, un certain nombre de travaux récents pointent l'effet du pouvoir de négociation, non pas sur un contrat et un contractant donné, mais plutôt sur l'effet cumulatif de multiples contrats recourant à des clauses identiques : la « norme » contractuelle infère alors des conséquences négatives sur le fonctionnement du marché en altérant l'efficacité dynamique. Le pouvoir de négociation cumulé des distributeurs peut altérer l'efficacité dynamique des marchés de multiples façons.

### 2-2-1. Le Hold-up

Un premier effet négatif du pouvoir de négociation, relève de la problématique économique dite du « hold-up »<sup>41</sup>. Cet effet potentiel est relevé dans nombre de travaux économiques consacré aux relations entre fournisseurs et distributeurs<sup>42</sup>. Il dérive d'une situation où le producteur a consenti une dépense irréversible (« *sunk cost* ») et dédiée (« *specific asset* ») pour construire une relation commerciale particulière. Si le montant de l'investissement n'a pas été amorti au moment de la renégociation du contrat, la menace d'une rupture de la relation commerciale le conduit à accepter des concessions contractuelles<sup>43</sup>. Un producteur peut ainsi littéralement se faire spolier de ses investissements par le distributeur n'ayant pas supporté la dépense dès lors que ce dernier menace de rompre ou de ne pas renouveler le contrat. Si la rupture contractuelle est consommée, son traitement juridique peut alors relever de la problématique des ruptures contractuelles abusives<sup>44</sup>. Mais dans nombre de cas, la rupture est trop coûteuse et la seule menace permet au distributeur d'obtenir des clauses contractuelles lui permettant de capter une partie du surplus revenant au producteur<sup>45</sup>. Comme le notent P. Rey et J. Tirole : « *l'exercice d'un pouvoir de négociation important soulève des difficultés particulières lorsque les producteurs doivent réaliser des investissements spécifiques. Un fort pouvoir de négociation des distributeurs fait en effet que la rémunération de ces investissements n'est plus assurée* »<sup>46</sup>. Si le mécanisme du hold-up est bien cerné sur le plan conceptuel et théorique, peut-on mesurer l'effet de hold-up du pouvoir de négociation ? A notre connaissance, les approches empiriques s'en sont tenues à des études au cas par

---

<sup>41</sup> Ce terme est dû à V. Goldberg in : « Regulation and Administered Contracts », *Bell Journal of Economics*, 7, pp. 426-448. Il décrit cette situation de la façon suivante : « *lorsque l'acheteur s'est engagé dans une relation avec le fournisseur, il se sentira vulnérable aux augmentations ou à la menace de résiliation du contrat ; le fournisseur pourra discriminer le prix pour capturer le surplus 'ex-post' du consommateur* » [art.cit., p. 439].

<sup>42</sup> Pour une recension, cf. P. Rey et J. Tirole, *op. cit. supra*. Ces auteurs décèlent dans le hold-up l'un des problèmes d'efficacité qui peut surgir dans les relations entre distributeurs et fournisseurs.

<sup>43</sup> Cf. O. Williamson, « The Vertical Integration of Production : Market Failure Considerations », *American Economic Review Papers and Proceedings*, Vol 61, n°2, 1971, pp. 112-123.

<sup>44</sup> Sur cette question du traitement économique des ruptures contractuelles abusives, cf. L. Benzoni, *Analyse économique de la durée du préavis lors de la cessation d'une relation contractuelle*,

<http://www.teraconsultants.fr/fr/publications/2013/TERA-Consultants-newsletter-Concurrence->

<sup>45</sup> Le terme de surplus fait référence au concept de quasi-rente faisant l'objet principal de l'article de B. Klein, Crawford et A. Alchian, « Vertical Integration Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process », *Journal of Law and Economics*, Vol. 21, n°2, oct. 1978, pp. 297-326.

<sup>46</sup> P. Rey et J. Tirole, *op. cit. supra*, p. 14.

cas : aucun indicateur global n'a été proposé dans la littérature économique : il y a là un chantier à ouvrir pour les autorités régulant les relations entre producteurs et distributeurs. L'étude des capacités de production des producteurs, des mesures de rentabilité, l'évolution du nombre de brevets ou de nouvelles marques, etc. sont autant de pistes à explorer pour évaluer sur la base d'informations externes les effets au niveau des marchés du pouvoir de négociation.

Avec ses moyens d'investigation, la Competition Commission britannique a réalisé en 2007 une enquête approfondie pour vérifier la réalité de la pratique du hold-up sur le marché des biens alimentaire au Royaume-Uni. L'enquête se base sur un échantillon de contrats passés par 3.800 firmes approvisionnant les 11 plus grands distributeurs<sup>47</sup>. L'autorité a aussi analysé plus de 100.000 courriels échangés entre les deux plus grands distributeurs et leurs fournisseurs, en mesurant le nombre de changements contractuels observés dans les contrats en cours d'exécution et en analysant les causes de ces modifications. Elle a aussi compilé les données sur les dépenses de recherche et les investissements réalisées dans les secteurs des biens alimentaires et des boissons, mesuré l'innovation à partir de données de panel, etc. Au total, cette autorité conclut à l'existence d'un pouvoir de négociation élevé des distributeurs ayant des effets indésirables dans certaines relations contractuelles sans qu'il soit possible d'en inférer un effet substantiel sur les marchés qui altèreraient leur fonctionnement au détriment des consommateurs à court ou long terme. Elle propose comme principal remède la création d'un « défenseur des droits » chargé de réguler les bonnes pratiques contractuelles des distributeurs. La création de ce poste interviendra en janvier 2013<sup>48</sup>. Cet exercice approfondi est-il concluant sur l'effet de hold-up ? La réponse est négative.

En effet, la méthode retenue n'a pas mis en évidence d'inflexion dans les tendances observées mais le rapport de la Commerce Commission reconnaît lui-même qu'il n'a pas évalué ce qui ce serait passé si les pratiques en cause n'avaient pas prospéré, c'est-à-dire par rapport à un scénario contrefactuel qui sert de référence pour évaluer l'écart entre la situation concurrentielle hypothétique et les faits observés<sup>49</sup>. Or, on le sait, l'effet d'une infraction concurrentielle doit être évalué par rapport à un scénario contrefactuel : une étape obligée comme l'indique clairement la Commission européenne ou l'Autorité de concurrence en France<sup>50</sup>. Dès lors, en l'absence de ce scénario de référence : on sait ce qui s'est passé mais pas ce qui aurait dû se passer. La valeur des conclusions de l'étude de la Commerce Commission est donc faible.

---

<sup>47</sup> Competition Commission, *The supply of groceries in the UK market*, 2008, voir : [www.competition-commission.gov.uk/rep\\_pub/reports/2008/538grocery.htm](http://www.competition-commission.gov.uk/rep_pub/reports/2008/538grocery.htm). Pour une synthèse, cf. <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/53210/2/Peter%20Davis%20Beijing%20Paper%20-final.pdf>

<sup>48</sup> Ce dispositif n'est pas sans rappeler celui instauré en France à travers la Commission d'examen des pratiques commerciales. Le dispositif français va désormais plus loin avec les prérogatives dont dispose désormais la DGCCRF en matière d'enquête et de sanctions.

<sup>49</sup> «*However, the problem with such a comparison is that we do not observe the level of investment that would have occurred in the absence of the supply chain practices. Thus, the report acknowledges that the level of investment and innovation might have been even higher in a well-functioning market* », cf. synthèse citée en note 48, p. 18.

<sup>50</sup> Commission européenne, *Consultation de la Commission Européenne relative à la quantification du préjudice pour les pratiques anticoncurrentielles*, juin 2011 ; Autorité de la Concurrence, *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire*.

C'est aussi la même critique qui doit être portée sur l'étude concernant l'innovation dans le secteur alimentaire commanditée par la Commission elle-même mentionnée ci-dessus : un résultat sans portée réelle en l'absence de référence à un scénario contrefactuel. Cette carence méthodologique explique ce paradoxe de l'étude de la Commerce Commission qui dénonce de multiples pratiques contractuelles indésirables qu'elle entend éradiquer face à l'absence supposée de tout effet cumulatif de ces pratiques indésirables au niveau du marché : en quelque sorte une absence de lien entre de multiples abus ponctuels de pouvoir de négociation ne trouvant pas leur prolongation, ou plus, leur origine dans l'exercice d'un pouvoir de monopsonne.

Le même paradoxe existe sur le marché français où les multiples infractions sanctionnées au titre de l'article L.442-6-I-2° n'infèreraient aucune infraction au titre des articles L.420-1 ou L. 420-2. Il serait nécessaire de résoudre ce paradoxe, de construire les scénarios contrefactuels indispensables pour vérifier si les pratiques individuelles cumulées ont eu ou non un effet cumulatif sur les marchés au point d'en altérer le fonctionnement concurrentiel.

### *2-2-2. Le waterbed effect : le ressort d'une spirale de la concentration sur le marché aval*

Un second problème d'effet cumulatif que pose potentiellement le déséquilibre contractuel est l'effet dit de «*Waterbed*», que l'on peut traduire littéralement par effet de «*matelas à eau*» ou de façon plus proche en sémantique française par effet de «*vases communicants*»<sup>51</sup>. Cet effet indique que si un producteur accepte des conditions contractuelles défavorables face à un distributeur disposant d'un fort pouvoir de négociation, il va tenter de se rattraper sur un autre contrat signé avec un autre distributeur qui disposera d'un moindre pouvoir de négociation. Ce qui est perdu d'un côté, on essaie de gagner d'un autre : c'est l'effet «*matelas à eau*», quand on appuie sur un côté du matelas, un autre côté se soulève : il n'y a pas de perte d'eau, le système est clos. L'effet waterbed est alors pointé comme facteur de renforcement de la concentration dans la distribution qui ne résulterait pas directement d'une concurrence par les mérites.

Pour s'en convaincre, il suffit de supposer qu'un distributeur dispose d'une forte position (part de marché) en tant qu'acheteur sur un marché. Il impose ainsi des conditions contractuelles peu favorables à ses fournisseurs. Ceux-ci peuvent essayer de se récupérer sur un distributeur plus faible dans la négociation car bénéficiant d'une moindre surface d'achat. Disposant de conditions d'approvisionnement moins avantageuses, ce distributeur moins puissant sera affaibli sur le marché aval face au distributeur puissant dans le cadre d'une concurrence en prix. Le petit distributeur avec des conditions d'achat moins intéressantes souffre alors d'un déficit de compétitivité : il se fera évincer progressivement du marché aval. L'éviction renforce la position du distributeur puissant, à la fois sur le marché de la distribution, et sur le marché amont de l'approvisionnement en réduisant les options de sortie des fournisseurs. S'instaure

---

<sup>51</sup> R. Inderst et T. Valletti, «Buyer power and the 'waterbed effect'», *The Journal of Industrial Economics*, 59, 2011, pp. 1-20.

une spirale cumulative conduisant à une concentration dans la distribution inférée par la puissance d'achat sur le marché de l'approvisionnement. Ce raisonnement peut expliquer comment la grande distribution a d'abord éliminé le petit commerce et pourquoi la grande distribution, elle-même, connaît un mouvement constant de concentration en par fusion-acquisition. Cette dynamique pose une réelle question d'efficience économique car les acteurs de la distribution qui sortent du marché ne sont pas nécessairement les moins efficaces dans leur métier de distributeur, ce sont seulement les moins puissants, les moins « gros » dans leur position d'acheteur. Le processus concurrentiel ne produirait pas une sélection par les mérites mais une sélection par la puissance de marché ?

Cette logique n'est-elle pas en action derrière les annonces spectaculaires d'accords d'achat passés récemment entre les grands distributeurs (Intermarché et Casino, Auchan et système U) qui regroupent leurs achats hors marques de distributeurs ? Ainsi, ces accords en créant des entités uniques d'achat sur le marché amont accroissent la concentration. L'indice Hirschman-Herfindahl calculé sur le marché aval passe ainsi de 1.425 à 2.046 avec une variation de 650 points, soit bien plus que le seuil critique des préoccupations de concurrence qui figurent dans les lignes directrices de la Commission européenne ou de l'Autorité de concurrence. Pour nombre de producteurs, ces accords induisent aussi le dépassement du seuil critique de 22% du taux de menace retenu par la Commission européenne pour la création d'une situation de dépendance économique (cf. *supra*).

Les effets pro-concurrentiels pour le consommateur de ces accords horizontaux entre centrales d'achat compensent-ils les effets anti-concurrentiels qu'ils recèlent en renforçant tout à la fois le pouvoir de négociation et le pouvoir de monopsonie de la grande distribution face aux producteurs ? La littérature économique sur l'effet «waterbed» cherche à préciser les conditions dans lesquelles cet effet peut exister et les circonstances qui induisent un effet négatif sur le bien-être général. Mais les résultats des modélisations en cours de développement restent contingents des hypothèses retenues, elles-mêmes restrictives, de telle sorte qu'aucune conclusion générale ne peut être tirée. Seul un examen au cas d'espèce permettra d'apprécier la question de l'effet négatif ou neutre de la concentration.

La Commerce Commission britannique a constaté que les quatre plus grands distributeurs de biens de consommation alimentaire («Groceries») ont payé en moyenne entre 4 et 6% moins cher leurs fournisseurs que la moyenne. Derrière cette moyenne, il ressort une variation de prix payés entre petits et grands distributeurs, mais aussi de grandes différences entre distributeurs et par produit. Pour autant, la Commission considère que les effets anticoncurrentiels ne sont pas avérés dans le cas britannique au regard de l'intensité de la concurrence sur le marché aval entre distributeurs, de la possibilité pour les petits distributeurs de pouvoir agréger leurs achats via des grossistes et du paiement forfaitaire des rabais accordés aux grands

distributeurs<sup>52</sup>. Ces circonstances se vérifient-elles sur le marché français ? Il conviendrait de le vérifier.

Si non, le waterbed effect se manifesterait sur le marché français et expliquerait les accords passés entre centrales d'achat mentionnés ci-dessus : une forme de concentration «douce» qui serait l'expression d'une difficulté des centrales impliquées dans ces accords d'affronter des concurrents disposant d'une puissance d'achat supérieure (Leclerc et Carrefour). Cette difficulté concurrentielle des centrales impliquées dans les accords pose alors la question : reflète-t-elle l'inefficience des distributeurs en question ou bien un dysfonctionnement des marchés aval ? Dans un cas comme dans l'autre, les accords en question, dont l'objectif principal est d'augmenter le pouvoir de négociation sur les marchés amont pour obtenir des baisses de prix, ne constituent pas un remède à ces difficultés, ils visent à reporter sur les producteurs l'inefficience ou les dysfonctionnements du marché aval de la distribution.

### *2-2-3. Un « waterbed effect » amont ? L'éviction des petites marques via la pression sur les prix des grandes marques nationales*

Les marchés des biens de consommation courante sont très généralement des marchés avec différenciation horizontale et verticale des produits. Des écarts de prix existent donc entre marques dites «nationales», les marques locales ou régionales, les marques de distributeurs (MDD). Depuis les travaux séminaux de K. Lancaster, cette diversité des produits et des marques pour satisfaire un même besoin révèle la diversité des goûts des consommateurs et la disparité de leurs revenus<sup>53</sup>. La diversité des biens et des prix proposés sur les marchés constitue un facteur favorisant ainsi la maximisation du bien-être des consommateurs. La possibilité de discrimination peut donc être favorable au bien-être général.

La réputation dans le domaine de la grande consommation est très liée aux dépenses de publicité absolues et relatives consacrées par les producteurs. Les coûts d'une réputation nationale sont élevés à construire et à entretenir<sup>54</sup>. Les petites marques émanant souvent de petits producteurs ne disposent pas de ressources financières suffisantes pour exister en tant que marque nationale. Elles contrent l'effet de moindre réputation par une diversité spécifique (stratégie de niche) et/ou un jeu sur le niveau de qualité en se vendant au total à un prix moindre que les grandes marques. Les prix plus élevés des grandes marques servent d'ombrelle aux petites marques et partant aux petits producteurs. Si les grands distributeurs accentuent principalement la pression sur les producteurs des grandes marques pour qu'ils baissent leurs prix pour afficher une compétitivité prix par rapport à leurs concurrents, toute baisse de prix sur les grandes marques ressert l'écart avec les petites marques. Face à l'écrasement des

---

<sup>52</sup> <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282008%2978&docLanguage=En>

<sup>53</sup> K. Lancaster, «A New Approach to Consumer theory», *Journal of Political Economy*, n°74, 1966 ; et K. Lancaster, *Consumer Demand, A New Approach*, New York, Columbia University Press, 1971.

<sup>54</sup> On notera que les coûts de création de la réputation des produits augmentent avec la concentration de la distribution puisque celle-ci en s'érigeant en «gate-keeper», la publicité n'est plus seulement un moyen de créer l'attention du consommateur mais aussi un moyen contrebalancer le pouvoir acheteur en créant un « msut have » ou une marque générique.

prix, les consommateurs vont se détourner des petites marques. Les producteurs des petites marques, pour se maintenir sur les marchés, sont contraints de baisser leurs prix bien qu'ils ne soient pas directement ciblés par l'exercice du pouvoir de négociation des grands distributeurs sur les producteurs de grande marque. Il s'ensuit une baisse généralisée des prix et non pas une baisse concentrée sur les seules grandes marques.

Or, on peut supputer que le niveau de marge sur les petites marques, du fait de moindres prix et de quantités produites plus faibles, est plus réduit que celui des grandes marques qui peuvent bénéficier de quasi-rentes de réputation. Une faible baisse des prix sur les petites marques risquent donc de leur être vite fatale et conduire à leur éviction du marché. Au total, ce sont les «petits» et non les «grands» qui souffriront le plus du pouvoir de négociation des distributeurs cibler sur les seules grandes marques. Le pouvoir de négociation des distributeurs accentue ainsi la concentration de l'offre sur les marchés amont et pas seulement sur le marché aval : ce «waterbed effect amont» se distingue, voire se cumule avec le «waterbed effect» sur le marché aval décrit ci-dessus<sup>55</sup>.

C'est ce phénomène que décrit, M. Papin, PDG de Système U l'un des grands distributeurs français. Commentant la baisse rapide des prix au premier semestre 2014, il indique : *«C'est une guerre des prix en trompe-l'œil car elle porte uniquement sur les produits comparés par les consommateurs, c'est-à-dire ceux de grande marque»* ; or, comme la grande distribution ne réalise quasiment aucune marge sur ces 2 000 à 3 000 références objets de la bataille des tarifs, du coup, les enseignes se "rattrapent" sur les PME pour reconstituer leurs marges, et de conclure : *"Si on veut des prix bas à tout prix, on va le payer en termes de qualité et d'emploi"*<sup>56</sup>.

L'éviction de petites marques souvent issues de petits producteurs régionaux et locaux qui animent le marché tant par la diversité de leurs produits que par une pression concurrentielle saine sur les prix des grandes marques est-elle souhaitable, que ce soit dans l'intérêt des consommateurs ou dans l'intérêt collectif ? Il faut se poser cette question en évaluant le préjudice d'une pratique contractuelle non seulement par son effet direct sur un contrat particulier, ce qui est l'objet de l'article L.442-6-I-2°, mais par son effet cumulatif sur le dommage à l'économie dans le sens défini justement par l'Autorité de la concurrence à savoir *«Le dommage causé à l'économie (...) ne se limite pas d'ailleurs aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités (...) directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer (...), mais aussi,*

---

<sup>55</sup> L'Allemagne a présenté un cas de ce type suite au regroupement d'achat de compagnies d'assurance santé avec l'éviction de petits fournisseurs pharmaceutique, OCDE, p. 322.

<sup>56</sup> C. Deluzarche, «Guerre des prix dans la grande distribution : combien de morts ?», *Journal du net de l'économie*, 15 juin 2014, [www.journaldunet.com/economie/distribution/guerre-des-prix.shtml](http://www.journaldunet.com/economie/distribution/guerre-des-prix.shtml).

*notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation*<sup>57</sup>.

Une approche de ce type, plus systémique, tempère le critère du bien-être du consommateur à court terme dans l'appréciation des pratiques concurrentielles et commerciales pour porter une attention plus grande à la pérennité du processus concurrentiel ; une position adoptée par l'Allemagne, par exemple, qui la revendique pleinement et assume son particularisme face à l'approche de la Commission européenne<sup>58</sup>. Ce débat sur l'objectif fondamental de l'intervention des autorités sur les marchés mériterait peut-être d'être précisé dans le contexte français.

### 3. Conclusion

Pour être exercé, le pouvoir de monopsonne suppose un ensemble de conditions et de pratiques : faible concentration sur des marchés pertinents correctement délimités tant dans leur dimension produit que géographique, absence de discrimination tarifaire sur les marchés aval, etc. Il reste aujourd'hui à examiner si ces conditions sont réunies et si ces pratiques prospèrent sur les marchés français. Un certain nombre d'indices le laisse penser, mais des investigations poussées devraient être menées pour confirmer et valider leurs effets ou bien pour en relativiser l'importance au regard des effets pro-concurrentiels (baisse des prix) que ce pouvoir procure aux consommateurs. Il convient de relever sur ce point que c'est sans doute plus l'effet coordonné d'une position dominante monopsonique *collective* que l'effet d'une position dominante unilatérale qui devra être investiguée.

Le pouvoir de négociation des distributeurs peut être un facteur d'accentuation de la concentration sur le marché de la distribution, et la concentration sur le marché aval de la distribution constitue le ferment du pouvoir de monopsonne des distributeurs sur les marchés amont d'approvisionnement. Le pouvoir de négociation des distributeurs peut aussi être un facteur d'accentuation de la concentration des producteurs par l'éviction des plus petits d'entre eux qui assurent à la fois la diversité des produits et animent la concurrence en prix («mavericks»).

La problématique des déséquilibres significatifs dans les obligations contractuelles interpelle donc l'analyse économique plus par ses effets cumulatifs négatifs sur le marché qu'ils engendrent que par leurs effets négatifs sur l'une des parties au niveau de chaque contrat négocié bilatéralement. Vu sous cet angle, le dispositif introduit sur ce point par la loi LME en 2008, pointe une vraie question mais, du point de vue d'un économiste, cette question est abordée par le petit bout de la lorgnette : au moins a-t-elle le mérite d'être abordée.

Mais peut-être que cette perspective va changer. En effet, partant du constat : « *du déséquilibre persistant des rapports de forces économiques entre acteurs, au*

---

<sup>57</sup> Autorité de la Concurrence, *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire*, op. cit., § 27.

<sup>58</sup> cf. OCDE, op. cit., p. 322.

*détriment des producteurs de produits agro-alimentaires*», la commission économique du sénat a décidé à l'unanimité, le 29 octobre 2014, de solliciter l'avis de l'Autorité de concurrence sur les relations commerciales entre l'industrie agro-alimentaire et la grande distribution afin : « *de mieux identifier l'impact de la concentration des centrales d'achat de la grande distribution sur le marché d'approvisionnement en produits agro-alimentaires et de faire, le cas échéant, des propositions pour limiter la concentration des achats de produits agro-alimentaires destinés au consommateur final* »<sup>59</sup>. On suppose que cette demande d'avis a été suscitée par l'inquiétude des producteurs quant aux effets potentiels des accords récents entre susmentionnés passés entre des grands distributeurs français pour centraliser leurs achats.

A travers cette demande d'avis, l'objectif fixé à l'Autorité de concurrence semble bien de vérifier l'existence ou non de pouvoirs de monopsonie et de pouvoirs de négociation des acheteurs. Ainsi, pouvoir de monopsonie et pouvoir de négociation des distributeurs devront-ils être bien examinés dans l'avis. La présente contribution indique des pistes d'investigation nécessaires et minimales qu'il conviendrait de poursuivre pour instruire cette question. Si ces pouvoirs existent et créent des effets négatifs sur le fonctionnement des marchés pertinents, il reviendra effectivement à l'Autorité de concurrence de proposer des remèdes et des moyens pour les neutraliser. L'Autorité pourrait alors réitérer sa demande de pouvoir agir structurellement *ex post* sur les marchés de la distribution. Mais quoiqu'il en soit des conclusions de l'autorité, il nous semble au terme de ce travail de recension sur la puissance d'achat qu'une première décision publique pourrait être de produire des mesures fiables et d'indicateurs régulièrement publiés et qui font encore défaut pour vérifier les éventuelles dérives anti-concurrentielles dans les relations entre distributeurs et fournisseurs : des indicateurs construits et actualiser au sein d'une institution neutre pérenne, existante ou à créer, qui n'a pas nécessairement vocation à être partie prenante des contentieux.

---

<sup>59</sup> [www.senat.fr/presse/cp20141029b.html](http://www.senat.fr/presse/cp20141029b.html)