

FLASH CONCURRENCE N° 13

L'analyse des effets anticoncurrentiels dans une pratique de « *hub and spoke* »

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

Quel poids donner à l'analyse des effets anticoncurrentiels dans le cadre d'une pratique de « *hub and spoke* » dite encore « *ABC* » : Illustration avec un cas d'espèce récent.

I. Rappel sur les pratiques de « *hub and spoke* » :

Dans le cadre des relations entre fournisseurs et distributeurs, la nature horizontale ou verticale d'une entente anticoncurrentielle peut être difficile à déterminer.

Dans une apparente restriction horizontale, il faut savoir déceler en quelque sorte un maître d'œuvre, l'organisateur de l'entente situé en amont, voire en aval.

Aux États-Unis, cela fait référence à la notion de « *hub and spoke conspiracy* ».

Un opérateur est au centre (« *hub* ») de relations bilatérales ou multilatérales avec des distributeurs (« *spokes* »).

En d'autres termes, il est l'organisateur d'une entente en apparence horizontale, qui sert en fin de compte ses intérêts dans le rapport de verticalité.

Il s'avère que cet opérateur économique peut être un **producteur/fournisseur dans le cadre de la distribution de ses produits par des grandes surfaces situées sur différents territoires communaux**.

Le fournisseur sert ainsi de **hub** en collectant et diffusant des informations sur les prix envisagés par ses distributeurs, ce qui permet à ces derniers de connaître le prix de leurs concurrents sans établir de contact horizontal entre eux.

A titre d'illustration : un fabricant de produits A apprend que l'enseigne X n'augmentera le prix des produits A que si les enseignes concurrentes Y et Z font de même. Le fabricant alerte alors Y et Z qui confirment qu'ils augmenteront le prix des produits A si X les augmente. Le fabricant confirme cette information à X qui n'a pas à craindre une baisse de part de marché en cas d'augmentation des prix des produits A et procède ainsi à la hausse de prix, étant en effet suivi de facto par ses concurrents distributeurs sur le marché !

L'organisateur du réseau peut également être un distributeur.

Ainsi, dans la célèbre affaire **Toys “R” Us**¹, jugée aux Etats-Unis en 2000, ce distributeur de jouets a été reconnu comme le coordinateur d’une entente horizontale entre fabricants de jouets. En l’espèce, le grand distributeur ne s’était pas contenté de nouer avec ses fournisseurs des relations contractuelles. Il les avait également incités à boycotter les clubs de jouets qui constituaient un autre canal de distribution.

De façon générale, le « *hub and spoke* » peut s’observer quand au moins un marché (amont ou aval) est **fortement concentré**. Il est dès lors plus facile de contrôler l’entente avec peu de participants.

Le « *Hub and spoke* » s’observe tout particulièrement quand un fournisseur n’a pas d’intérêt à ce que les prix de revente de ses produits aux consommateurs soient relativement faibles, ce que provoquerait logiquement une forte concurrence entre distributeurs. **L’entente apparait quand cette baisse du prix des produits aux consommateurs ne profite pas au fournisseur.**

Ainsi, le fournisseur peut agir de concert avec les distributeurs pour maintenir des prix de revente élevés pour le consommateur puisqu’il y trouve un intérêt, non pas dans l’augmentation des ventes sur le marché aval (qui n’existe pas du fait de prix élevés) mais par l’avantage que le fournisseur détient sur ses concurrents sur le marché amont grâce à ses accords tacites avec les distributeurs.

II. Cas pratique d’un échange d’information dans une pratique de « hub and spoke » :

Dans le cas type d’un « *Hub and spokes* », les effets que peut avoir un échange d’informations organisé par le *Hub* sur le consommateur final peuvent se relever déterminants.

¹ *United States Court of Appeal for the Seventh Circuit 2000, 221 F. 3d 928. V, 1^{er} Aout 2000.*

Prenons le cas d’école suivant² : le responsable commercial d’un fournisseur communique par email des prix portant sur ses produits avec plusieurs distributeurs. Dans plusieurs courriels, le responsable commercial présente une analyse spéculative à chaque distributeur, sur ce que pourrait être le prix futur de revente de ses concurrents.

Deux types d’analyse sur les effets peuvent être développés :

- **Une analyse fondée sur le prix final payé par le consommateur :**

Il s’agit ici d’évaluer dans quelle mesure l’information échangée a été jugée pertinente et déterminante pour la stratégie des distributeurs.

Ainsi si le responsable commercial écrit : « **Le distributeur A est d’accord pour augmenter son prix de revente de 10%, et si vous (distributeur B) vous alignez sur ce prix, alors A maintiendra ces prix à un haut niveau** », ce genre d’information pourra effectivement aider à prouver l’existence d’une entente de type *Hub and Spoke*. Mais ce type de mails peut également constituer une sorte de ruse pour convaincre les distributeurs qu’il y a un consensus à la hausse des prix de revente, alors même que les distributeurs n’ont pas décidé d’une telle hausse de prix.

Avec une analyse rétrospective des prix, on a pu déterminer que, quelle que soit la motivation et l’intention des parties, il n’y avait pas de relation entre les informations du fournisseur sur les intentions des distributeurs d’augmenter les prix futurs et les prix réellement pratiqués par ces derniers.

Autrement dit, l’information relayée par le fournisseur n’était pas crédible.

² Le cas suivant est exposé par le cabinet de micro économie Charles River Associates dans son « memo concurrence » d’octobre 2010 : « **Effects analysis in Hub and Spoke Cartels** ».

- **Une analyse des marges du fournisseur et des distributeurs :**

Cette analyse consiste à observer s'il existe des hausses de marge en amont et en aval pendant la période d'échange d'informations, ce qui induit une analyse des coûts internes et des marges du fournisseur, ainsi que des données sur les prix de revente.

En l'espèce, il n'y avait pas de relation entre une hausse des marges et la période pendant laquelle l'information avait été échangée. En outre, la politique de marges et de prix n'avait pas évolué une fois que la pratique avait été connue des autorités de concurrence.

Il n'y avait ainsi pas de liens entre l'échange d'email et la hausse des prix pour les consommateurs.

Enfin, au cas d'espèce, l'instruction devant les autorités de concurrence ne s'est pas poursuivie, l'entreprise en cause prenant des engagements comportementaux.

Elle ne se serait pas poursuivie également, selon les conseils de la partie en cause, puisque l'analyse des effets contredisait un comportement supposé nuisible au bien être du consommateur.

Cet exemple démontre qu'il appartient aux autorités de la concurrence de distinguer, d'une part, les échanges d'informations organisant un véritable réseau témoignant d'une entente de type « *hub and spoke* » et, d'autre part, les échanges de correspondances non susceptibles de caractériser une véritable entente de nature anticoncurrentielle !



Quelques informations :

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discri-**

mination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;

- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**

☞ **Au contrôle des concentrations**

- **Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**

- **Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;**

- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**

- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; etc. ;

- ☞ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du

TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;

- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009 ;**
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008**, et de la **jurisprudence communautaire de 2009 et 2010** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale,

responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;**
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2011, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur
notre site [www.mgavocat](http://www.mgavocat.com)**