
Table des matières

Lettres de mission	7
Membres du groupe d'experts	11
Membres du groupe de travail chargé d'examiner les questions agricoles	13
Avant-propos	15
Introduction	17
Première partie	
La dégradation de la concurrence par les prix	21
Chapitre I	
La réforme de 1996	23
Évolution des relations entre fournisseurs et distributeurs	23
Insécurité du système antérieur à la réforme	23
Contenu de la réforme	26
Évolution postérieure à 1996	30
Mutations de la négociation commerciale	33
La négociation commerciale	33
L'inflation des marges arrière	35
Intérêt lié des opérateurs	36
Chapitre II	
Une distribution oligopolistique	39
Domination des hypermarchés ?	39
Commerce à dominante alimentaire	39
Commerce non alimentaire	41
Commerce indépendant et commerce intégré	42
Leclerc, Intermarché et Système U : le choix du commerce indépendant	42
Carrefour, Casino et Auchan : le choix du commerce intégré	42
Puissances des groupes	43
Regroupement des centrales d'achat	45
Centrales alimentaires	45
Centrales non alimentaires	46

Chapitre III	
Une production hétérogène	47
Concentration des groupes propriétaires de grandes marques.	48
Fort pouvoir de négociation des grands fournisseurs.	48
Niveau de rentabilité élevé des grands fournisseurs	49
Fragilité des PME.	50
Position variable en fonction des catégories de produits.	50
Position privilégiée pour les MDD	50
Chapitre IV	
Un équilibre au détriment du consommateur	53
Un consommateur perdant.	53
Impact de l'interdiction de revente à perte sur les prix des produits de grande consommation	54
Impact de l'interdiction de revente à perte sur les prix des autres produits	56
Hausse des prix des produits de grande consommation	57
Des prix en hausse	57
Triple origine de la hausse des prix	61
Disparition du petit commerce	63
Contraintes de l'environnement réglementaire.	65
Concentration de la distribution.	65
Cadre juridique	66
Progression du « maxidiscompte »	70
Pression concurrentielle sur la grande distribution et le commerce de proximité	70
« Maxidiscompte », grandes marques et MDD	72
Conclusion de la première partie	75
Deuxième partie	
Propositions	79
Chapitre I	
Renforcer le dispositif d'application	81
Rendre plus efficace le recours au juge	81
Rendre les procédures civiles plus efficaces	81
Rendre les procédures pénales plus efficaces	84
Rationaliser les modes d'intervention de la DGCCRF	86
Adapter l'organisation des juridictions au traitement du contentieux économique	87
Améliorer la possibilité de sanctionner l'abus de puissance d'achat ou de vente	88
Saisir plus systématiquement le Conseil de la concurrence	89
Renforcer le rôle de la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC)	90
Élargir les compétences de la CEPC.	90
Créer une section de sanction	91

Chapitre II	
Assainir les relations commerciales	93
Encadrer la coopération commerciale	93
La définir	93
En préciser le contenu	94
En fixer le régime	95
Sanctionner les remises de gamme abusives	96
Insérer la concurrence déloyale dans le Code de commerce	97
Chapitre III	
Revenir aux lois du marché	99
Restaurer le libre jeu du marché	99
Supprimer progressivement l'interdiction de la revente à perte	102
Chapitre IV	
Aménager le SRP	105
Fixer un nouveau seuil de revente à perte	105
Baisser les prix	107
Une réforme simple	107
Une réforme favorable au consommateur	107
Contrôler la transition	108
Instaurer des mesures d'accompagnement	109
Envisager d'autres voies ?	110
Transférer partiellement les marges arrière	110
Appliquer un coefficient de diminution du prix net facturé	110
Inscrire le principe des conditions particulières de vente dans la loi	111
Autoriser la revente à perte sous contrôle	111
Plafonner le niveau des marges arrière	111
Chapitre V	
Agir sur le niveau de concentration de la distribution	113
Réaménager le contrôle des concentrations	114
Réexaminer la législation relative à l'équipement commercial	114
Conclusion de la deuxième partie	117
Troisième partie	
Restaurer l'interprofession dans le secteur des fruits et légumes	121
Chapitre I	
Un secteur atypique	123
Mécanismes économiques singuliers	123

Environnement réglementaire spécifique	124
Accords interprofessionnels	125
Inefficacité de la lutte contre les abus	125
Interdiction de publicité	125
Chapitre II	
Propositions	127
Contractualiser	127
Regrouper l'offre	128
Inefficacité du dispositif de crise	129
Interdiction de la coopération commerciale, des remises, rabais et ristournes	129
La vente sans prix	130
Risque du plafonnement des marges de la distribution	131
Les objectifs	131
La proposition de loi	132
Les démarches complémentaires	137
Publicité avec prix	138
Conclusion de la troisième partie	139
Glossaire	141
Annexes	145
Annexe 1	
Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe de travail	147
Annexe 2	
Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe chargé d'examiner les questions agricoles	153
Annexe 3	
Indications pour la modification du Code de commerce	155

***Le ministre d'État,
ministre de l'Économie,
des Finances et de l'Industrie***

Monsieur Guy Canivet
*Premier président
de la Cour de cassation*

Paris, le 22 juin 2004

Monsieur le Premier Président,

Je vous remercie d'avoir bien voulu accepter de présider les travaux de la commission d'experts prévue par l'accord signé le 17 juin 2004 entre les différents opérateurs du secteur de la grande distribution. Les nombreuses réunions qui ont précédé la conclusion de cet accord ont montré une attente très forte de tous les interlocuteurs en faveur d'un examen approfondi de la législation et de son amélioration dans le sens d'une concurrence plus loyale, mais aussi plus libre.

Pour mener à bien cette tâche, il me semble qu'il vous reviendra d'abord de faire le bilan de la législation existante, non seulement en termes juridiques mais également du point de vue économique, en prenant en compte aussi bien les questions de prix que les questions de rapports de force entre les différents acteurs. Au terme de cette analyse, il vous appartiendra de me faire toutes les propositions de réforme du cadre législatif et réglementaire que vous jugerez utiles pour faciliter les relations entre les fournisseurs et les distributeurs, pour renforcer, dans l'intérêt des consommateurs, les mécanismes de concurrence par les prix et pour permettre la baisse des prix des produits de grande consommation. Les signataires de l'accord du 17 juin tiennent notamment à ce que soient examinées en détail la question de la réaffectation de tout ou partie des marges arrière sur les factures et la question de la négociabilité des conditions générales de vente des fournisseurs.

Vous pourrez, dans l'exercice de votre mission, vous appuyer sur un groupe de personnalités reconnues pour leur compétence dans ces matières. Les professionnels signataires de l'accord du 17 juin ont également émis le souhait de vous soumettre des noms d'experts que vous pourrez librement consulter ou associer à vos travaux.

Mes services, et notamment ceux de la DGCCRF, sont pour leur part à votre disposition pour vous assister dans le déroulement de votre mission.

L'examen des modèles étrangers me paraît par ailleurs hautement souhaitable.

Je souhaiterais pouvoir disposer des résultats de votre étude vers la mi-octobre.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Premier Président, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

A handwritten signature in black ink, consisting of several stylized, overlapping loops and lines, characteristic of Nicolas Sarkozy's signature.

Nicolas Sarkozy

***Le ministre d'État,
ministre de l'Économie,
des Finances et de l'Industrie***

Monsieur Guy Canivet
*Premier Président
de la Cour de cassation*

Paris, le 29 juillet 2004

Monsieur le Premier Président,

Dans le cadre de la mission d'expertise sur les relations entre l'industrie et le commerce, dont vous avez bien voulu prendre la responsabilité, la question agricole présente une importance particulière.

À cet effet, je vous serais reconnaissant de bien vouloir étudier, dans le cadre des travaux de votre commission, la proposition de loi de M. Jean-Michel Ferrand sur les coefficients multiplicateurs. Eu égard à l'intérêt du mécanisme proposé par M. Ferrand, il me paraît indispensable que le gouvernement soit pleinement éclairé tant sur la compatibilité de cette proposition avec nos règles constitutionnelles et les prescriptions communautaires que sur l'opportunité de ce dispositif et les effets concrets que l'on pourrait en attendre.

En vous remerciant à nouveau d'avoir accepté de prendre la responsabilité de cette mission, je vous prie d'agréer, Monsieur le Premier Président, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

— bien cordialement



Nicolas Sarkozy

Membres du groupe d'experts

Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, président de la commission d'experts

Claire Chambolle, chercheur au laboratoire d'économétrie de l'École polytechnique

Emmanuelle Claudel, professeur des Universités

Guillaume Daieff, magistrat au ministère de la Justice

Maître Francis Delbarre, CMS bureau Francis Lefebvre

Patrick Hubert, conseiller auprès du ministre de l'Écologie et du Développement durable (démissionnaire à compter du 5 octobre 2004)

Frédéric Jenny, ancien vice-président du Conseil de la concurrence, conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire

Yves Picod, professeur des Universités, directeur de l'Institut d'études judiciaires de Perpignan

Patrick Rey, professeur des Universités

Rémi Toussain, directeur de l'Institut national agronomique Paris-Grignon

Rapporteurs

Laurent Vallée, maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur général

Virginie Cramensnil de Laleu, rapporteur au Conseil de la concurrence, rapporteur

Sylvie Joly, rapporteur au Conseil de la concurrence, rapporteur

Le groupe d'experts a bénéficié du concours de la Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes, notamment de M. **Jean-Louis Gérard**, chef du bureau des affaires juridiques et du contentieux.

Membres du groupe de travail chargé d'examiner les questions agricoles

Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation

Rémi Toussain, directeur de l'Institut national agronomique Paris-Grignon

Claire Chambolle, chercheur au laboratoire d'économétrie de l'École polytechnique

Emmanuelle Claudel, professeur des Universités

Patrick Hubert, conseiller auprès du ministre de l'Écologie et du Développement durable (démissionnaire à compter du 5 octobre 2004)

Frédéric Jenny, ancien vice-président du Conseil de la concurrence, conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire

Rapporteur

Laurent Vallée, maître des requêtes au Conseil d'État

Avant-propos

La mission donnée au groupe d'experts constitué le 22 juin 2004 par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, en exécution d'un accord signé le 17 juin 2004 entre différents professionnels du secteur de la production et de la distribution, est d'abord un bilan de la législation fixant les relations entre industrie et commerce, dans sa dimension juridique autant que dans ses répercussions économiques, en tenant compte des questions de prix aussi bien que des rapports de force.

Après l'audition de tous les acteurs concernés et l'examen des modèles étrangers, le sujet s'est révélé d'une grande ampleur, touchant à la fois au pouvoir d'achat des Français, à la politique de l'emploi et à celle de l'aménagement du territoire.

Du bilan demandé, il résulte que le cumul du mode artificiel de la fixation du seuil de revente à perte et la concentration importante de la grande distribution ont fait du consommateur le perdant des dernières évolutions législatives et réglementaires. Il en résulte aussi des interrogations sur l'efficacité économique d'un système de distribution artificiellement protégé par la législation relative à l'urbanisme commercial.

Conscient des difficultés de toute réforme et des risques de bouleversements brutaux, le groupe de travail s'est attaché à préconiser des solutions progressives, ménageant des périodes de transition. Celles-ci doivent s'inscrire en toute hypothèse dans un dispositif institutionnel plus efficace dans la sanction des comportements prohibés. Il est apparu que le retour au libre jeu du marché, par la suppression de l'interdiction de la revente à perte, serait à aménager progressivement par une autorité de régulation dotée de nouveaux pouvoirs. L'économie ne peut être faite non plus d'une réforme du contrôle des concentrations pour restaurer la concurrence par les prix entre les distributeurs.

Au total, il semble que le temps soit venu de rompre avec une histoire marquée par un contrôle des comportements qui trouve ses limites dans son instrumentalisation par les opérateurs économiques au détriment des consommateurs, au profit d'une confiance plus grande dans les mécanismes du marché, dont le bon fonctionnement doit être naturellement vérifié par des autorités de régulation plus efficaces.

Introduction

Par lettre de mission du 22 juin 2004 ¹, le ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, a réuni le groupe d'experts prévu par l'accord signé le 17 juin 2004 ² entre les principaux opérateurs du secteur de la grande distribution et de l'industrie.

Ainsi que cette lettre le suggérait, ce groupe ³ a été constitué en vue de rassembler la documentation nécessaire, de procéder aux auditions ⁴ utiles et de conduire une réflexion collective en vue de répondre aux objectifs assignés.

La lettre de mission invitait à analyser la législation existante, en termes juridiques et du point de vue économique, puis à faire des propositions de réforme pour faciliter les relations entre les fournisseurs et les distributeurs, pour renforcer, dans l'intérêt des consommateurs, les mécanismes de concurrence par les prix et pour permettre la baisse des prix des produits de grande consommation.

S'agissant de la législation existante dont le bilan est dressé, le groupe a principalement fait porter son examen sur ce qui constitue le chapitre II du titre IV du quatrième livre du Code de commerce. Tel lui a semblé, en effet, être l'esprit de l'accord du 17 juin 2004 et l'objet de la lettre de mission. Pour mener à bien ses travaux, le groupe ne pouvait cependant exclure de sa réflexion générale d'autres aspects du droit de la concurrence ou du droit commercial, sous peine d'éluder certaines dimensions essentielles des questions qui lui étaient posées. Il lui est ainsi apparu nécessaire de tenir compte des principaux effets de la concentration de la distribution provoquée ou aggravée par la législation relative à l'urbanisme commercial.

(1) Lettre de mission du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

(2) Article 6 de l'engagement du 17 juin 2004.

(3) Voir liste des membres.

(4) Annexe 1. Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe de travail.

Depuis longtemps, les relations entre producteurs et distributeurs sont problématiques. Un indice sommaire, mais significatif, de la sensibilité de ce sujet est certainement la succession, à un rythme élevé, de textes visant à faciliter ou à mieux équilibrer ces relations. Pour s'en tenir à la période récente, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a été notamment modifiée par deux lois importantes, celle du 1^{er} juillet 1996, puis celle du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques. Trois ans plus tard, une commission d'experts est mise en place pour formuler des propositions de réforme : la pérennité des textes se réduit à mesure qu'apparaissent ou subsistent des difficultés.

Si faire contrepoint à l'asymétrie fréquemment invoquée des forces des acteurs, distributeurs d'un côté, fournisseurs de l'autre, est un souci constant des pouvoirs publics, la démarche du groupe a été soutenue par l'objectif final déterminé par la lettre de mission : celui de renforcer la concurrence par les prix pour les faire baisser dans l'intérêt des consommateurs. La promotion d'un développement équilibré des relations commerciales ne saurait, en effet, avoir pour prix une inflation excessive des produits de grande consommation supportée par des consommateurs qui sont étrangers aux mécanismes gouvernant les négociations entre distributeurs et fournisseurs. C'est dans cette perspective que le groupe a conduit ses réflexions, tant pour établir son bilan de la législation existante que pour envisager des propositions de réforme.

Le présent rapport livre le diagnostic que le dispositif relatif à l'interdiction de la revente à perte donne satisfaction, tout comme les règles relatives à la facturation. Il souligne cependant que l'évolution à la hausse des prix à la consommation est le produit de la combinaison de trois facteurs : le degré élevé de concentration dans le secteur de la distribution, d'une part, le comportement des opérateurs, qui ont déplacé la négociation commerciale vers ce qu'il est convenu d'appeler les « marges arrière », depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1996, d'autre part, et, enfin, la protection des situations acquises dont bénéficient les distributeurs par l'effet de la législation relative à l'urbanisme commercial. Un équilibre artificiel de marché très défavorable au consommateur s'est ainsi stabilisé (*cf.* première partie).

La réponse à ces difficultés réside, en premier lieu, pour le groupe, dans le renforcement des conditions d'application de la loi. La soumission des opérateurs aux règles qui gouvernent leurs relations doit être assurée. La capacité des juridictions à traiter les affaires dans des délais qui sont ceux du monde des affaires et l'effectivité de leurs décisions sont ici essentielles. En deuxième lieu, les problèmes suscités par les relations entre l'industrie et le commerce n'appellent pas une réglementation encore plus systématique de ces rapports, mais l'abandon progressif de l'encadrement de la négociation commerciale tel qu'il a été mis en place avec le temps. Pour réaliser ce processus, les pouvoirs publics peuvent emprunter différentes voies, certaines supposant des mesures d'accompagnement, et le présent rapport offre plusieurs options en la matière. Enfin, une attention particulière doit être accordée au contrôle de la concentration du secteur de la distribution (*cf.* deuxième partie).

Lors de son discours prononcé lors de l'installation du groupe d'experts, et par une seconde lettre adressée au premier président de la Cour de cassation ¹, le ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, a insisté sur l'importance de la question agricole pour les travaux du groupe. Les difficultés spécifiques apparues dans les filières agricoles, et particulièrement celles rencontrées par le secteur des fruits et légumes frais, ont paru rendre nécessaire la constitution d'un groupe de travail ² particulier, qui a lui aussi procédé à des auditions ³, pour les examiner. Le compte rendu des travaux de ce groupe de travail et les propositions qu'il formule figurent au terme du rapport élaboré par le groupe (*cf.* troisième partie).

Il convient enfin de préciser qu'ont été reçues, de la part de personnes ou d'organismes, auditionnés ou non, des contributions écrites. Certaines personnes ou organismes ont accepté qu'elles soient rendues publiques dans le cédérom inséré en début d'ouvrage.

(1) Lettre du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, en date du 29 juillet 2004.

(2) Voir composition du groupe de travail chargé d'examiner les questions agricoles.

(3) Annexe 2. Liste des personnes auditionnées par le groupe chargé d'examiner les questions agricoles.

Première partie

La dégradation de la concurrence par les prix

La réforme de 1996

L'intervention de l'État dans les relations entre l'industrie et le commerce est ancienne. Sans en faire l'histoire, on relève que l'obligation d'établir une facture pour les achats de produits ou les prestations de services entre professionnels fut imposée par l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ¹. Elle apparaissait en effet comme le meilleur instrument du contrôle des prix institué par cette ordonnance. La prohibition de la revente à perte a, quant à elle, été introduite par l'article 1^{er} de la loi de finances rectificative pour 1963 du 2 juillet 1963 ² portant maintien de la stabilité économique et financière. L'objectif était, déjà, de protéger les petits commerces de détail traditionnels face à la puissance croissante des supermarchés. L'ordonnance du 1^{er} décembre ³ 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a repris ⁴ le seuil de revente à perte qui avait été ainsi fixé, sans le modifier fondamentalement. En 1996, le législateur a procédé à une réforme profonde de ces textes figurant désormais dans le titre IV intitulé, « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées » du livre IV dénommé « De la liberté des prix et de la concurrence » du Code de commerce.

Évolution des relations entre fournisseurs et distributeurs

Insécurité du système antérieur à la réforme

Trois critiques principales étaient adressées au régime antérieur à 1996. La notion de seuil de revente à perte avait, d'une part, des contours incertains. Les règles de facturation étaient, d'autre part, difficiles à faire appliquer. La législation relative à l'extension des grandes surfaces semblait, enfin, devoir être réaménagée.

(1) Articles 46 à 49 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

(2) N° 63-628.

(3) N° 86-1243.

(4) À son article 32.

L'interdiction de la revente à perte avait des contours incertains

La loi du 2 juillet 1963 a mis en place l'interdiction sous peine d'amende de la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif en disposant que « le prix d'achat effectif est présumé être le prix porté sur la facture d'achat, majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et, le cas échéant, du prix du transport »¹.

Cette mesure a répondu aux plaintes exprimées par les fournisseurs sur le fait que lorsqu'un distributeur pratiquait un prix trop faible, les autres soupçonnaient le fournisseur de lui avoir conféré des avantages et réclamaient une diminution du prix. Les distributeurs se livraient à une « guerre des prix » qui se traduisait, chez les distributeurs, par des pratiques de « prix d'appel » sur certains produits de marque et des demandes de compensation adressées aux fournisseurs au motif qu'ils s'estimaient victimes de pratiques discriminatoires et souhaitaient s'aligner sur le prix inférieur pratiqué par un concurrent.

Contrairement aux États-Unis ou à d'autres États européens², la France a ainsi mis en place un système dans lequel était conféré à la pratique de revente à perte un caractère illicite en soi.

En 1993, ce système a été jugé conforme au traité par la Cour de justice des Communautés européennes³.

En 2001, dans le cadre de son projet de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur⁴, la Commission a cependant proposé de prohiber toute disposition susceptible de constituer un obstacle à la libre circulation des communications commerciales afférentes à des opérations de promotion de vente en prévoyant expressément l'autorisation de la revente à perte⁵. Cette proposition d'autorisation a été écartée au cours de l'adoption de ce projet de règlement par le Parlement européen, le 4 septembre 2004⁶.

(1) Article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1963.

(2) Voir p. 69.

(3) La Cour de justice a d'ailleurs jugé que l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, n'était pas de nature à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre États membres « pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres » (arrêt CJCE du 24 novembre 1993 Aff. C-267/91 et C-268/91 *Keck et Mithouard* ; point 16).

(4) Proposition datée du 2 octobre 2001 de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur émanant du Parlement européen et du Conseil (*JOCE* n° C 075 E du 26/03/2002).

(5) Le projet de règlement prévoyait à l'article 3 § 3 : « La disposition prescrit que les ventes à perte doivent être autorisées » (Com. / 2002/ 585).

(6) Fin novembre 2004, le Conseil européen donnera sa position sur la nouvelle version que lui soumettra la Commission. Une deuxième lecture par le Parlement pourra alors être engagée. L'article 3.3 du nouveau règlement dispose : « Le présent article s'applique sans préjudice des dispositions nationales concernant la vente ou la revente à perte. » La Commission sera chargée de rendre un rapport sur l'impact de ces interdictions nationales sur le fonctionnement du marché unique dans deux ans.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ¹ relative à la liberté des prix et de la concurrence a repris ² ce seuil de revente à perte fixé comme étant le « prix d'achat effectif » et identifié comme le prix figurant sur la facture d'achat. Instituée au profit de la victime, la présomption simple, qui supposait que ce prix d'achat devait correspondre au prix de facturation, a également été maintenue. De sorte que le revendeur poursuivi pouvait rapporter la preuve d'un prix d'achat effectif différent.

Cette interdiction a eu l'effet escompté puisqu'il a été relevé une diminution sensible de la revente à perte : le taux infractionnel de 15,4 % en 1986 ayant été réduit à moins de 6 % en 1990 ³.

Susceptible de variations, la notion de seuil de revente à perte était, toutefois, dénoncée comme source d'insécurité juridique.

Les règles de facturation étaient complexes

L'obligation d'établir une facture pour les achats de produits ou les prestations de services entre professionnels fut imposée par l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ⁴. Et l'abolition du contrôle des prix par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 n'a pas entraîné la suppression de cette obligation.

En vertu de l'article 31 de cette ordonnance, étaient compris dans le « prix d'achat » les rabais, remises et ristournes « dont le principe (était) acquis et dont le montant (était) chiffrable lors de la vente (...) quelle que soit leur date de règlement ».

Si les ristournes dont le bénéfice était futur mais inconditionnel devaient, au même titre que celles définitivement acquises et chiffrées lors de la vente, être mentionnées sur la facture et par conséquent venir en déduction du prix d'achat effectif, la question de la déductibilité des remises conditionnelles était fortement débattue ⁵, la notion de « principe acquis » étant la plus controversée.

Les règles prohibant la revente à perte ont été interprétées par les professionnels de manière à gonfler artificiellement les mentions sur les factures à la faveur de la présomption du prix d'achat effectif « réputé » être le prix porté sur la facture d'achat.

La technique dite de « la cagnotte » consistant à faire figurer sur la facture un prix fictif ne mentionnant ni les majorations de prix destinées à alimenter le fonds occulte créé par les parties, ni les réductions qu'il compensait au moment d'une opération promotionnelle menée par le distributeur ⁶ a aussi été dénoncée comme une résultante de la loi.

(1) L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n° 86-1243.

(2) Article 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

(3) Rapport au Parlement sur les pratiques tarifaires entre les entreprises en France (BOCCRF du 12 janvier 1991).

(4) Articles 46 à 49 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

(5) Lire les débats de l'administration et des organismes professionnels (notamment *Les Petites Affiches* des 29 septembre 1988, page 14, et 1^{er} novembre 1989, page 15).

(6) Pratique avantageuse pour le distributeur en ce qu'elle lui permettait de combiner les avantages résultant de l'opacité du prix d'achat inférieur au prix facturé et d'abaisser ainsi le seuil de revente à perte.

Surtout, la doctrine a retenu le développement croissant d'une autre technique dite de « la facturologie » et présentée comme une « science » permettant l'établissement de factures artificiellement conformes aux prescriptions de la loi ¹.

L'extension des grandes surfaces était déjà rigoureusement limitée

Dans le souci affiché d'éviter « qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise » ², la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, a limité l'installation de nouvelles grandes surfaces en prévoyant que l'installation d'entreprises commerciales au-delà d'une certaine surface, ainsi que certaines extensions de magasins, seraient soumises à l'approbation de commissions départementales d'urbanisme commercial.

Une création, ou une extension, d'un magasin de vente au détail devait, en conséquence, faire l'objet d'une demande d'autorisation lorsque la surface de vente dépassait 1 000 m² pour une commune de moins de 40 000 habitants et 1 500 m² pour une commune de plus de 40 000 habitants.

Dans le but de protéger les petits producteurs et le commerce de proximité, ont ainsi été régulées les implantations commerciales dans le sens d'une limitation ferme et contrôlée du développement des grandes surfaces.

Certaines affaires de corruption ont rapidement entaché le fonctionnement des commissions chargées d'accorder ces autorisations, de sorte qu'en 1993 leur composition a été modifiée par les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 ³ et le gouvernement a provisoirement suspendu l'ouverture de grandes surfaces.

Contenu de la réforme

La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, connue sous le nom de loi « Galland », qui a réformé une partie de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, avait deux orientations principales. Elle visait, d'une part, à assurer une concurrence plus loyale dans la vente au détail, en luttant contre les pratiques de revente à perte, d'autre part, à améliorer les relations entre producteurs et distributeurs, en simplifiant les règles de facturation, en clarifiant les négociations de prix et en renforçant le rôle des conditions générales de vente (CGV).

(1) Jean-Marc Mousseron, « Une science nouvelle : la facturologie », *Cah. dr. entr.*, 1988/4.3.

(2) Article 1^{er} la loi du 27 décembre 1973, n° 73-1193.

(3) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

L'interdiction de la revente à perte a été renforcée

La logique selon laquelle le seuil de revente à perte est déterminé par le prix d'achat effectivement payé par le distributeur à son fournisseur qui figure sur la facture a été conservée. L'article 11 de la loi du 1^{er} juillet 1996, repris à l'article L. 442-2 alinéa 2 du Code de commerce, a cependant prévu que : « Le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix de transport ».

Il en est résulté une double contrainte pour le distributeur : d'une part, l'interdiction de revendre les produits à un prix inférieur à celui figurant sur la facture, d'autre part, celle de faire figurer sur cette facture un prix non conforme à celui effectivement payé au fournisseur, sous peine d'une amende dont le quantum a été augmenté ¹.

L'article L. 442-2 du Code de commerce dispose ainsi : « Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. (...) Le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix de transport. ».

La loi du 1^{er} juillet 1996 a donc donné une définition juridique, simple et claire, de la revente à perte. Elle a ainsi limité toute interprétation ou remise en cause : le prix d'achat effectif était réduit au seul prix mentionné sur la facture.

Cette définition a renforcé l'efficacité des contrôles. Au cours des deux premiers mois de 1997, les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) sont intervenus auprès de 600 hypermarchés ou grands supermarchés, représentant toutes les enseignes et répartis dans toute la France, pour examiner les prix de revente de 60 000 produits alimentaires et non alimentaires.

Rapporté au nombre de produits contrôlés, le taux infractionnel était de 0,8 %, soit cinq fois moins que ce qui avait été constaté l'année précédente à la même époque. Rendu plus transparent et plus simple, le dispositif relatif à la revente à perte a donc été immédiatement dissuasif.

Il reste que, progressivement, s'est opéré un déplacement par les entreprises de la négociation commerciale du prix de vente facturé tel qu'il résulte de l'application des conditions générales de vente (CGV) vers les réductions de prix hors facture et la coopération commerciale, cet ensemble constituant ce qu'il est convenu d'appeler la « marge arrière ».

(1) De 100 000 F à 500 000 F (soit 75 000 €).

Les règles de facturation ont été modifiées pour assurer une plus grande transparence tarifaire

Afin de simplifier les factures et d'y faire apparaître plus clairement le prix réellement pratiqué, les règles de facturation ont été modifiées.

À la notion assez floue de « principe acquis » a été substituée celle de « réduction de prix acquise à la date de la vente (...) directement liée à cette opération de vente (...) à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ».

Cet article 10 de la loi du 1^{er} juillet 1996 est devenu l'article L. 441-3 alinéa 2 du Code de commerce qui dispose que : « La facture doit mentionner (...) le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente (...) et directement liée à cette opération de vente (...) à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture. »

La mention sur la facture des réductions de prix « acquises » au jour de la vente est donc devenue une obligation, et sont exclus du bénéfice de la déduction les remises, rabais ou ristournes dont le bénéfice effectif reste subordonné à la réalisation d'une condition ultérieure à la vente elle-même. Tel est le cas des remises pour l'atteinte d'un palier de volume annuel.

La facturation a ainsi été simplifiée : les différentes catégories de ristournes se sont réduites et le produit des remises est mentionné sur la facture qui devient plus lisible.

Les règles de la facturation ont donc été aménagées et leur mise en œuvre simplifiée, de sorte que la facture est devenue, tout à la fois, un instrument plus transparent de la relation commerciale et une référence pour les opérateurs leur assurant une plus grande sécurité juridique.

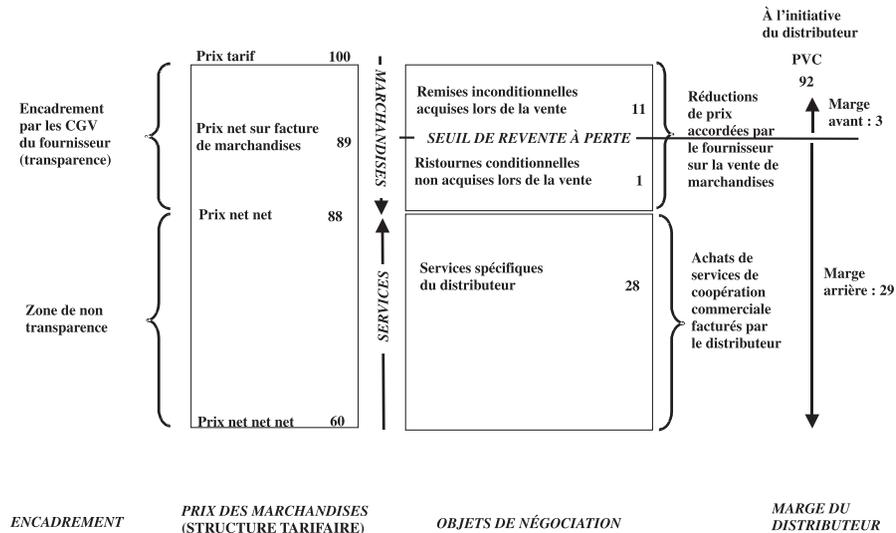
Le graphique ci-contre reproduit présente la composition du prix pour le fournisseur et le distributeur.

Ces mesures ont été accompagnées de réformes visant à rééquilibrer les relations commerciales ¹.

La loi a renforcé le contrôle des offres promotionnelles des distributeurs sur les produits alimentaires périssables en précisant, à son article 9, que, lorsque les « opérations promotionnelles sont susceptibles, par leur ampleur ou leur fréquence, de désorganiser les marchés, un arrêté interministériel ou, à défaut, préfectoral fixe, pour les produits concernés, la périodicité et la durée de telles opérations ». Les périodes de promotions ont donc été mieux encadrées.

(1) M.-L. Allain et C. Chambolle : « Les relations entre producteurs et fournisseurs : bilan et limites de trente ans de régulation », *Revue française d'économie*, 2003, n° 4, vol. XVII, p. 169-212.

Construction du prix fournisseur/prix distributeur



En outre, la loi du 1^{er} juillet 1996 a supprimé le droit d'alignement, consistant en une exemption à l'interdiction de la revente à perte, destinée à protéger la concurrence par les prix des variations des conditions d'approvisionnement : le « droit d'alignement » permettait ainsi à un distributeur de vendre un produit à perte pour s'aligner sur les tarifs d'un concurrent direct, situé dans la même zone de chalandise. Cette suppression ne concerne pas les magasins alimentaires de moins de 300 m² et non alimentaires de moins de 1 000 m². La loi a ainsi maintenu, du moins théoriquement, un avantage supplémentaire au commerce de proximité.

Les primes de référencement versées sans contreparties réelles ont été prohibées. L'article 14 de la loi du 1^{er} juillet 1996, repris à l'article L. 442-6 du Code de commerce, a prévu l'interdiction « d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ». Ainsi, la pratique courante de ces primes a été rélémentée et les distributeurs qui les sollicitaient ont dû s'engager clairement à acheter une quantité minimale proportionnelle à la prime. Mais le texte demeure imprécis car aucun seuil n'est déterminé.

Le « déréférencement abusif » est prohibé. Le législateur interdit « de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels »¹. La rupture d'une relation commerciale a donc été encadrée par un préavis écrit.

(1) Modifié par la loi n° 2001 du 15 mai 2001 pour tenir compte de la fourniture de produits sous marque de distributeur et de l'absence d'accords interprofessionnels.

Enfin, les menaces de déréférencement utilisées pour obtenir des conditions commerciales discriminatoires ont été prohibées, le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente » n'étant pas plus autorisé. Il reste que, là encore, la pratique a montré que cette mesure qui visait à interdire le chantage au déréférencement lors des négociations entre fournisseurs et distributeurs était difficilement applicable ¹.

Une réglementation concomitante plus stricte des autorisations pour l'implantation des grandes surfaces

La loi du 1^{er} juillet 1996 est contemporaine de celle, en date du 5 juillet 1996, relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat. Cette dernière a révisé les seuils de surface de vente établis, en 1973, dans le sens d'une significative extension du champ d'application de l'autorisation.

Les modalités de l'autorisation ont été simplifiées par la suppression de toute distinction démographique entre les communes et l'établissement d'un seuil unique de 300 m² désormais applicable à toutes les opérations d'urbanisme commercial lorsque l'activité est à prédominance alimentaire ².

Le niveau du seuil est donc cinq fois plus bas que celui qui était auparavant en vigueur pour les communes de 40 000 habitants et trois fois plus faible que celui qui était en vigueur dans les communes de moins de 40 000 habitants.

Le dispositif ainsi mis en place permet un contrôle plus ferme du développement des grandes surfaces dans le secteur alimentaire. De fait, depuis 1996, le nombre d'ouverture de supermarchés a significativement diminué ³ et, en 1997, 25 % des projets d'ouverture ont été rejetés par les commissions départementales.

Évolution postérieure à 1996

Plus tard, dans un contexte de contournement progressif du dispositif légal et d'un déplacement de la négociation commerciale du prix de vente facturé vers les réductions de prix hors facture et le développement de la marge arrière, est intervenue la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques (NRE).

(1) Modifié par la loi n° 2001 du 15 mai 2001 pour tenir compte du caractère total ou partiel de la rupture brutale.

(2) Comprenant la création de magasins de commerce de détail, extension de la surface de vente, réutilisation à usage de commerce de détail suite à un transfert d'activités existantes ou changement de secteur d'activité.

(3) Moins de 200 par an alors qu'il y en avait plus de 300 par an entre 1986 et 1995.

Son objet a été de renforcer le pouvoir d'action du ministre devant les juridictions commerciales, par la possibilité de demander l'annulation des contrats en cause et le prononcé des amendes civiles. La loi a aussi tenté de définir les abus en matière de coopération commerciale.

Il a ainsi été tenu compte du caractère abusif de certains accords de coopération commerciale. La loi permet désormais de sanctionner « le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu » en prenant notamment en compte l'absence d'intérêt commun et la disproportion dans la contrepartie ¹.

Les débats devant le Parlement ont été l'occasion de transposer en droit national la directive sur les retards de paiement en modifiant les dispositions du Code de commerce relatives aux conditions de règlement.

A été, par ailleurs, créée une commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) dont la mission est de rendre des avis ou de formuler des recommandations sur les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. Cette commission dispose de la faculté de se prononcer sur des questions portant notamment sur le développement des bonnes pratiques commerciales. Elle a, enfin, un rôle d'observatoire de ces pratiques ².

Depuis 2001, le dispositif n'a pas été modifié, mais, toujours avec l'objectif d'équilibrer les relations commerciales, le gouvernement est intervenu en élaborant, le 16 mai 2003, une circulaire, dite « Dutreil », relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs.

Ainsi, deux ans après la dernière réforme législative du livre IV du Code de commerce, un texte nouveau, mais dépourvu de valeur normative, a été pris pour inciter, de nouveau, les distributeurs et les fournisseurs à normaliser leurs relations.

Ce mode d'intervention n'était d'ailleurs pas nouveau et la circulaire en question s'est inscrite dans le prolongement d'autres textes administratifs sur le sujet ³.

En premier lieu, la circulaire exprime le souhait d'un transfert des marges arrière vers des marges avant ⁴.

(1) Article L. 442-6 I.2° a) du Code de commerce.

(2) Article 51 de la loi NRE devenu l'article L. 440-1 du Code de commerce.

(3) La circulaire du 10 janvier 1978, dite « Scrivener », relative aux relations commerciales entre entreprises et la circulaire du 18 mai 1984, dite « Delors », relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises.

(4) Dans l'introduction, il est indiqué qu'« il a été constaté, progressivement, le déplacement par les entreprises de la négociation commerciale du prix de vente facturé tel qu'il résulte de l'application des conditions générales de vente vers les réductions de prix hors facture et la coopération commerciale, cet ensemble constituant ce qu'il est convenu d'appeler la marge arrière. L'importance croissante de ces avantages, qui n'apparaissent pas sur la facture de vente des produits, mais dont certains pourraient trouver leur place dans les conditions générales de vente, n'est pas sans influence sur le niveau des prix pratiqués à l'égard du consommateur, dont le pouvoir d'achat doit être une priorité forte ».

En second lieu, elle affirme la primauté des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat et en précise ensuite leur contenu ¹. Mais elle invite à la différenciation tarifaire en soutenant le principe selon lequel celle-ci peut exister sans relever de la discrimination abusive. C'est ainsi qu'il est précisé qu'« il n'est pas interdit à l'acheteur de négocier ses conditions d'achat avec le vendeur conduisant ainsi à s'éloigner des conditions générales de vente. Toutefois, d'une part, le vendeur n'est pas tenu d'accepter les demandes particulières de l'acheteur (b), d'autre part, le traitement différencié qui en résulte doit être justifié par une contrepartie ».

Dans ce cadre, les fournisseurs sont incités à se servir des possibilités offertes par les CGV qui peuvent être différenciées selon le type de client et par les négociations particulières de vente (avec la possibilité de mettre en place des conditions particulières de vente).

En dernier lieu, la coopération commerciale y est définie et distinguée de la fausse coopération.

Incontestablement, la législation existante a eu des effets positifs s'agissant des relations entre les fournisseurs et les distributeurs.

Le dispositif précédemment décrit, conçu pour rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs en agissant sur le comportement même des opérateurs, a abouti à une certaine moralisation des pratiques.

En imposant un préavis écrit, la loi a permis d'améliorer les conditions de rupture de relations commerciales et d'éviter un déréférencement abusif. De même, les dispositions relatives aux délais de paiement et aux pouvoirs de l'administration pour engager les actions ont été améliorées.

De fait, la loi du 1^{er} juillet 1996, en réformant le mécanisme du seuil de revente à perte, et en limitant les cas d'utilisation de l'exception d'alignement sur la concurrence ², a contribué à mettre fin à la « guerre des prix ».

Les fournisseurs n'ont plus subi la pression à la baisse provoquée par le comportement des distributeurs qui utilisaient à leur profit la flexibilité de la définition du SRP fixée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Les dispositions relatives à la transparence tarifaire et à l'interdiction de la discrimination, figurant aujourd'hui aux articles L. 441-6 et L. 442-6 I 1^o) du Code de commerce, facilitent, en outre, pour les distributeurs, la lecture du prix mentionné sur facture, et, par là-même, la connaissance par ces derniers du seuil de revente à perte applicable à chaque produit.

(1) Barème de prix, conditions de règlement, rabais, remises et ristournes, escomptes.

(2) Le droit d'alignement qui permettait de vendre un produit à perte pour s'aligner sur les tarifs d'un concurrent direct situé dans la même zone de chalandise ayant été supprimé sauf pour les magasins alimentaires de moins de 300 m² et de moins de 1 000 m² pour les autres (article 11 devenu l'article L. 442-4).

L'insécurité juridique pesant sur les niveaux légaux des prix de revente, qui avait justifié l'intervention de la loi 1^{er} juillet 1996, a été levée. Au total, et du fait d'une définition rudimentaire de ce seuil, le mécanisme objectif fondé sur la facture est facile à appliquer. Les CGV obligatoires ont, par ailleurs, amélioré la négociation commerciale. Cette loi avait des objectifs précis qu'elle a, somme toute, atteints.

Mutations de la négociation commerciale

La négociation commerciale

La marge commerciale du distributeur comporte deux aspects : la « marge avant » et la « marge arrière »

La négociation commerciale, qui vise à déterminer les termes d'une opération d'achat ou de vente entre un fournisseur et un distributeur, porte à la fois sur le prix net facturé et ce qu'il est convenu d'appeler la « marge arrière ».

Cette négociation commerciale s'opère sur la base des CGV, offertes par les fournisseurs, qui répertorient l'ensemble des postes de réduction de prix ¹.

Les CGV, lorsqu'elles existent, sont « transparentes », c'est-à-dire qu'elles sont communiquées à tous les distributeurs qui en font la demande, par application de l'article L. 441-6 du Code de commerce, et sont donc susceptibles d'être connues de tous les opérateurs au début de la négociation.

Tous ces avantages directement liés à l'opération d'achat sont, sur le fondement du dispositif instauré en 1996, mentionnés sur la facture et permettent, lorsqu'on soustrait le prix sur facture du prix de revente au consommateur, de déterminer la « marge avant ».

L'acheteur peut cependant bénéficier d'avantages financiers distincts de ceux qui figurent sur la facture. Ces avantages, qui constituent une partie de la « marge arrière », sont pour l'essentiel les ristournes, soumises à des conditions non remplies au jour de la vente ², qui ont donc un effet rétroactif.

(1) Le barème lui-même, ainsi que les remises, rabais et escomptes déductibles du prix de vente du produit.

(2) Elles peuvent être liées à des résultats à atteindre mais dont les conditions de réalisation ne sont pas réunies lors de la conclusion du contrat (remise de fin d'année, remise accordée par palier de chiffre d'affaires ou selon la progression de ce chiffre d'affaires).

Ces remises hors facture, qui figurent dans les CGV mais ne s'imputent pas sur le seuil de revente à perte, ne constituent plus toutefois l'essentiel de la « marge arrière », désormais occupée, dans le secteur agroalimentaire, par la « coopération commerciale ».

Schéma de la négociation commerciale et sa facturation

CGV	Facture du fournisseur
<ul style="list-style-type: none"> • } Barème de tarifs • } Ristourne quantitative sur le prix • } Remise liée à la vente • } Escompte (si prévu par la convention) 	<ul style="list-style-type: none"> • } Tarif • } Prix net facturé } Détermine la marge avant
<ul style="list-style-type: none"> • } Ristournes conditionnelles (non directement liées à l'acte d'achat/vente) • } Services spécifiques (prévus aux CGV ou conventions spéciales) 	<ul style="list-style-type: none"> • } Facture différée ou avoir = prix net net } Marge arrière

Coopération commerciale	Facture du distributeur
Services non liés à l'achat des produits	Séparée = prix net net net } Autres marges arrière

La coopération commerciale

Il n'existe pas de définition légale de la coopération commerciale.

En effet, à l'article L. 441-6 alinéa 5, l'obligation d'un écrit ne concerne pas explicitement la coopération commerciale car il est simplement fait état « de services spécifiques » (notion assez imprécise). De même, les dispositions de l'article L. 442-6, I 2°a), renvoient à un « service commercial » sans en préciser la nature et celles de l'article L. 442-6, I 4°, évoquent simplement des « conditions de coopération commerciale » sans en préciser le contenu.

En dehors de la loi, il a donc été tenté de donner à la coopération commerciale une définition.

Déjà dans la circulaire du 10 janvier 1978, il est fait référence à « une coopération commerciale plus étroite entre fournisseur et distributeur (qui) peut être concrétisée dans des accords contractuels : ces accords permettent aux producteurs de développer leur expansion et aux distributeurs de stimuler leur stratégie commerciale »¹.

(1) Point 6 de la circulaire « Scrivener » du 10 janvier 1978 (relative aux relations commerciales entre entreprises).

Cette formule a été reprise et améliorée, dans la circulaire du 22 mai 1984, de la manière suivante : « La coopération commerciale est un accord contractuel conclu entre un fournisseur et un distributeur qui, dans le cadre de leur politique respective, décident de collaborer pour augmenter, à un moindre coût, leur efficacité commerciale. »

En 1990, la Cour de cassation a considéré qu'il ne pouvait s'agir que d'un « service spécifique allant au-delà des obligations contractées ordinairement entre fournisseurs et distributeurs » et a précisé qu'elle constituait des « obligations particulières exorbitantes des relations contractuelles habituelles »¹, critères qui ont depuis été constamment repris.

Enfin, aux termes de la circulaire du 16 mai 2003, la coopération commerciale se définit comme « un contrat de prestation de service dont le contenu et la rémunération sont définis d'un commun accord entre un fournisseur et un distributeur. Le contenu de ce contrat porte sur la fourniture, par un distributeur à son fournisseur, de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et ventes (...) Ces services recouvrent des actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur. »²

Il reste qu'en pratique la coopération commerciale correspond à des services très différents³.

L'inflation des marges arrière

Si la coopération commerciale est devenue, progressivement, le poste dominant de la marge arrière, elle n'est toutefois pas née de l'application du dispositif mis en place en 1996. La circulaire « Delors » recommandait déjà de la limiter en notant que « ces avantages ne peuvent avoir qu'une portée restreinte par rapport à ceux accordés en application des conditions générales de vente ». Cependant, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1996, la coopération commerciale a connu un fort développement.

En 1990, la coopération commerciale n'existait pas (ou peu) dans certains secteurs tels que les fruits et légumes, les matériels électriques, et les produits de la mer. Dans le domaine de l'agroalimentaire, principalement dans les secteurs des produits manufacturés, les taux de rémunération constatés variaient de 1 à 15 % avec une prédominance de taux inférieurs à 5 %⁴.

Par ailleurs, selon les données fournies par l'Institut de liaisons et d'études des industries de consommation (ILEC), les marges arrière ont progressé de manière continue.

(1) Cass. com. 27 février 1990, n° 315. Pourvoi n° 88-12 189, bull. IV, n° 59, page 39.

(2) Point 3.1 de la circulaire du 16 mai 2003.

(3) Voir p. 97.

(4) Rapport de la DGCCRF sur les pratiques tarifaires (*BOCCRF*, n° 1 du 12 janvier 1991).

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Marges arrière en % du prix net facturé	22 %	24 %	27 %	29 %	30 %	32 %

Source : ILEC

Ces chiffres, qui reflètent une moyenne, toutes catégories et tous fournisseurs confondus, ne traduisent pas les différences sectorielles. Les marges arrière sont variables selon les catégories de produits. Au début de l'année 2003, les chiffres oscillent entre moins de 10 % et 60 %. Elles varient aussi selon les fournisseurs.

Répartition de la marge commerciale en % entre marge avant et arrière

Secteurs d'activité	1995		1997		1999	
	avant	arrière	avant	arrière	avant	arrière
Épicerie	26 %	74 %	19 %	81 %	12 %	88 %
Produits frais/ultra frais/surgelé	50 %	50 %	46 %	58 %	34 %	66 %
Entretien/hygiène-beauté	-6 %	106 %	18 %	82 %	14 %	86 %
Liquides	-1 %	101 %	18 %	82 %	11 %	89 %
Autres secteurs (jouet, textile, etc.)	61 %	39 %	58 %	42 %	56 %	44 %

Source : ILEC

Le tableau de répartition des marges commerciales, exprimé en pourcentages, montre, que pour l'année 1995, les marges avant sont ainsi en moyenne négatives dans les deux secteurs que sont « l'entretien/hygiène-beauté » et « les liquides » particulièrement propices aux reventes à perte.

Intérêt lié des opérateurs

Si le phénomène de la coopération commerciale préexistait à la législation adoptée en 1996, son expansion lui est postérieure et s'explique par deux raisons essentielles. D'une part, la coopération commerciale n'est soumise à aucune obligation de transparence ; elle présente donc pour certains l'avantage d'une certaine opacité. D'autre part, n'étant pas répercutable au consommateur, elle constitue donc, pour le distributeur, une marge garantie.

Par l'effet du mécanisme ainsi décrit, les marges arrière ont fortement augmenté sur les années récentes.

L'inflation des marges arrière a favorisé fournisseurs et distributeurs

Le développement des marges arrière et principalement de la coopération commerciale a été très favorable à la grande distribution.

Depuis la deuxième moitié des années 1990, elle n'oriente plus sa stratégie vers la négociation des prix d'achat et le développement de pratiques commerciales destinées à lancer des prix d'appel sur les produits sensibles, mais vers la négociation d'un taux de marges arrière important, celui-ci lui procurant un niveau de rentabilité suffisant et garanti.

Les marges des distributeurs ont ainsi très vivement progressé à partir de 1997. Sur la période de 1995 à 1999, leur croissance est résumée par le tableau suivant.

Taux de marge (marge/chiffre d'affaires)

	Cumul 1996/1999	1996	1997	1998	1999
Marge brute	+22,8 %	+3,3 %	+4,3 %	+7,2 %	+6,3 %
Marge commerciale	+11,5 %	+2,7 %	+2,5 %	+2,1 %	+3,7 %
Services facturés ¹	+94,3 %	+7,0 %	+14,0 %	+31,0 %	+16,0 %

Source : INSEE comptes du commerce

Ayant doublé sur la période, les marges arrière expliquent à elles seules plus de la moitié des vingt points de croissance de la marge totale des distributeurs. Durant la même époque, les performances boursières des groupes cotés, tels que Carrefour ou Casino, ont été très favorables et ont notamment permis de développer une extension internationale financée par l'évolution favorable du marché intérieur.

Ainsi, non seulement, les distributeurs ont connu une nette amélioration de leur situation depuis le milieu des années 1990, mais ils se sont protégés de la concurrence par les prix.

Les plus grandes surfaces n'ont pas été les seules à tirer avantage de l'expansion de la coopération commerciale et des marges arrière. Le mécanisme a également eu un effet positif sur le commerce de plus petit format et le commerce de centre ville, qui ont vu les écarts de prix de vente avec les hypermarchés diminuer et se stabiliser. Mais il doit toutefois être tenu compte du développement dans le même temps du « maxidiscompte » de petit format.

Du côté des fournisseurs, la situation est plus nuancée, mais, s'agissant des grandes marques, la disparition de la concurrence intramarque leur a, au moins, permis d'avoir la maîtrise de la définition de leur prix au consommateur. Le prix est, à l'évidence, un élément déterminant de la stratégie des grands groupes industriels et de leur « *marketing mix* » ². Les fournisseurs se protègent des demandes reconventionnelles des distributeurs, et peuvent, en outre, mieux contrôler leur prix de vente

(1) L'INSEE enregistre les services facturés, ce qui est une notion plus étendue que celle de coopération commerciale.

(2) Comprenant le prix, la qualité, la communication et les services.

au consommateur. Le résultat de la négociation sur la coopération commerciale est invisible dans les prix, et les grands industriels peuvent différencier leurs clients sans affecter l'uniformité et la discipline des prix de vente conseillés (PVC).

Pour les PME, les effets de l'expansion de la coopération commerciale sont plus contrastés. Le poids des marques propres des PME dans les linéaires des grandes et moyennes surfaces (GMS) pourrait laisser penser qu'elles ne trouvent plus leur place dans des linéaires saturés. Les produits provenant de PME, hormis ceux sous marque de distributeur (MDD), ne représentent, en effet, que 18 % du linéaire contre 60 % pour les références provenant de grands groupes.

De même, le chiffre d'affaires issu des produits provenant de PME – toujours hors MDD – n'atteint, en moyenne, que 17 % du chiffre d'affaires total d'une grande surface¹. Mais, précisément, le développement des MDD s'est opéré au bénéfice des PME qui, pour l'essentiel, les fabriquent. Les MDD représentent environ 20 % du chiffre d'affaires moyen d'une grande surface² et 22 % d'un linéaire moyen, mais elles sont produites, pour près de 90 %, par des PME dont l'effectif est inférieur à 500 salariés, dont 70 % de PME françaises.

Du point de vue de l'administration, le système était aisé à contrôler et les relations entre distributeurs et fournisseurs ont, pendant un moment, semblé apaisées. Les grandes enseignes comme les autres formes de commerce trouvaient leur compte dans une législation aux effets inattendus, les fournisseurs pouvaient *de facto* fixer une prix de vente plancher, les PME bénéficiaient du développement des MDD et... personne ne revendait à perte.

Outre les interrogations que l'on peut avoir sur l'effet anticoncurrentiel d'un tel système, on constate qu'un seul acteur du marché y a progressivement perdu : le consommateur³.

(1) Source : panel international, étude FCD 03/2001.

(2) Pour être un peu plus précis, la part des MDD représente aujourd'hui en valeur 23 % du marché des produits alimentaires ; selon Secodip : 41 % pour la charcuterie libre-service, 35 % pour les surgelés, 31 % pour les produits traiteurs en libre service.

(3) Voir p. 57.

Une distribution oligopolistique

La concurrence dans un secteur d'activité est le fruit de plusieurs éléments : degré de concentration, multiplicité des modèles économiques des intervenants, existence de barrières à l'entrée, etc. Le bilan de la situation de la concurrence dans le commerce de détail en France est mitigé.

Domination des hypermarchés ?

Au-delà de la mise à disposition d'un produit au consommateur, le commerce de détail est une activité de service. En effet, le consommateur a le choix, dans le panorama français, entre différents niveaux de services qui se distinguent principalement sur des critères de proximité, rapidité et confort d'achat, choix, prix, conseil, etc. Ces différents niveaux de services se distinguent selon que le magasin est à dominante alimentaire ou non alimentaire.

Commerce à dominante alimentaire

Les commerces de proximité comprennent des magasins non spécialisés (minilibres-services, supérettes) et des magasins spécialisés (boulangerie-boucherie). Le minilibre-service (moins de 120 m²) offre un assortiment étroit de produits courants (environ 300 références) ; la supérette (surface comprise entre 120 et 400 m²) en offre en moyenne 1 700. La zone de chalandise de ces deux magasins est peu étendue, de l'ordre de cinq minutes de déplacement.

Les supermarchés offrent une gamme diversifiée de produits alimentaires ainsi qu'un assortiment de produits non alimentaires variable en fonction de la surface occupée (de 400 à 2 500 m²) et de l'implantation géographique. Le nombre de références est compris entre 3 000 et 5 000 dont 500 à 1 500 concernent des produits non alimentaires. Ils sont implantés dans les centres des villes ou dans les quartiers périphériques des grandes agglomérations et ils peuvent remplir une fonction de magasins de

proximité. La zone d'attraction des supermarchés est de l'ordre de dix à quinze minutes de déplacement. Leur chiffre d'affaires est réalisé à 80 % avec des produits alimentaires.

Les hypermarchés, magasins d'une surface supérieure à 2 500 m² et pouvant atteindre et même dépasser 20 000 m², sont, sauf de rares exceptions, situés en périphérie ou à l'extérieur des agglomérations. Ils jouent très fréquemment le rôle de « locomotive » d'un ensemble commercial composé soit d'une galerie commerciale, soit d'un ensemble de magasins de grande surface non alimentaires spécialisés, ces ensembles pouvant atteindre des surfaces commerciales très étendues (plus de 100 000 m²). Leur zone d'attraction comprend les consommateurs pour lesquels la durée du trajet de leur résidence au magasin n'excède pas une trentaine de minutes.

Le nombre de références qu'ils proposent est de 15 000 à 30 000 références alimentaires et de 10 000 à 60 000 références non alimentaires. L'offre de produits non alimentaires a été généralement développée, au point que pour les plus grands, elle représente plus de 50 % de leur chiffre d'affaires. Des services sont fréquemment proposés aux consommateurs : services bancaires, agence de tourisme...

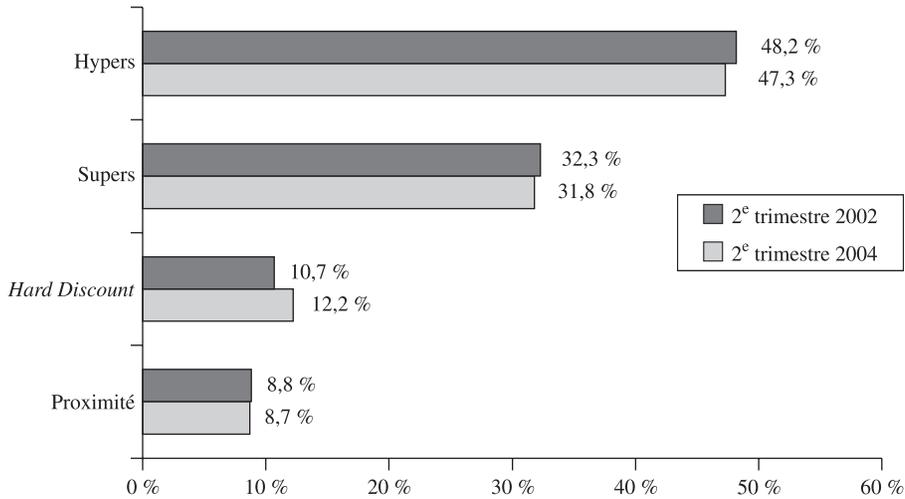
Les magasins « maxidiscompte » (ou *Hard Discount*), apparus depuis quelques années, d'une surface comprise entre 300 et 800 m²¹, qui sont agencés de manière sommaire, offrent un assortiment restreint de produits de base et de milieu de gamme, essentiellement alimentaires, de droguerie et entretien, vendus à des prix très attractifs. Le petit nombre de références proposées permet un approvisionnement en grande quantité sur une surface restreinte ; les produits frais sont peu représentés. Les marques de distributeur sont très présentes.

Les cybermarchés (sites internet de vente en ligne de produits alimentaires) sont apparus tout récemment. Ils peinent encore à trouver leur modèle économique. Leur assortiment est plutôt court compte tenu des contraintes logistiques.

Le format hyper est toujours en France le format dominant ; cependant, comme tous les autres formats, il cède du terrain au profit du « maxidiscompte ».

(1) Surface moyenne d'un peu plus de 600 m².

Part de marché des circuits (PGC)



Source : Secodip pour l'ILEC

Commerce non alimentaire

Les grands magasins et les magasins populaires sont situés en centre-ville ou dans des ensembles commerciaux tels que les galeries marchandes. Ils privilégient des produits comme l'habillement, le textile, les articles de la maison ¹. Les grands magasins offrent un nombre de références très élevé (jusqu'à 300 000).

La vente par correspondance de produits offerts sur catalogue papier ou internet et qui s'effectue par courrier, téléphone ou internet, a étendu sensiblement sa gamme de produits au-delà de l'équipement de la personne ².

Les grandes surfaces spécialisées agissent principalement dans les secteurs de l'équipement de la maison et de la hi-fi, des disques et du livre, du bricolage, du jardinage, des articles de sport et de loisirs, de l'habillement et, plus récemment, des jouets. Elles offrent un large choix dans leur domaine de spécialisation, allant de l'entrée de gamme au haut de gamme. Elles pratiquent des promotions et offrent des services aux consommateurs tels que le conseil, l'installation à domicile, le service après vente, etc. Elles sont implantées soit dans le centre, soit en périphérie des villes dans des ensembles commerciaux, généralement à côté d'un hypermarché.

Le petit commerce traditionnel comprend des entreprises appartenant aux réseaux de succursalistes ou de la franchise et d'indépendants ou bénéficiant de structures d'achats groupés.

(1) Arts de la table, mobilier, linge de maison.

(2) Fnac. com est, par exemple, le premier site marchand de France.

Entre ces différentes formes de commerce, la loi 1^{er} juillet 1996, par ses effets inflationnistes sur les prix des grandes marques, a manifestement fait perdre aux formats « hyper et super » une partie de leur attractivité pour les consommateurs, au profit des magasins « maxidiscompte ».

En effet, l'un des principaux éléments de différenciation des magasins « maxidiscompte » par rapport aux grandes surfaces traditionnelles est leur offre d'un assortiment contenant une très faible proportion de grandes marques et une grande majorité de marques de distributeurs et de produits à « premier prix ».

Afin de compenser cette perte de compétitivité et de prix vis-à-vis des magasins « maxidiscompte », les formats hyper et super ont tenté de renforcer leur différenciation par l'amélioration de leurs services de vente aux consommateurs. Cette amélioration dans le service de vente n'a toutefois pas suffi à empêcher les consommateurs de se détourner progressivement vers le « maxidiscompte ».

Les magasins « maxidiscompte » n'ont donc pas été affectés directement par la mesure d'interdiction de la revente à perte mais plutôt indirectement par la perte de compétitivité relative de leurs concurrents hyper et super.

Commerce indépendant et commerce intégré

On distingue généralement deux catégories d'entreprises qui correspondent à deux modalités d'exercice du commerce : le commerce indépendant et le commerce intégré.

Leclerc, Intermarché et Système U : le choix du commerce indépendant

Le commerce indépendant fédère sous une ou plusieurs enseignes des propriétaires de magasins qui demeurent juridiquement indépendants. Il est caractérisé par un nombre élevé de petites et de moyennes entreprises.

Parmi les distributeurs à dominante alimentaire, les groupes comme Leclerc, Intermarché (ITM) et Système U appartiennent à cette catégorie de commerces que l'on retrouve également dans le secteur de la distribution spécialisée ¹.

Carrefour, Casino et Auchan : le choix du commerce intégré

Le commerce intégré comprend notamment les ventes au détail des établissements appartenant à des entreprises exploitant des grandes

(1) M. Bricolage, Jouetland, Intersport, opticiens Kryss, Plein Ciel.

surfaces alimentaires. Les entreprises d'hypermarchés comme Carrefour, Casino et Auchan possèdent ce statut. Les chaînes de grands magasins comme C & A, les Galeries Lafayette ou le groupe Pinault-Printemps-La Redoute peuvent être classés dans cette catégorie, de même que les magasins populaires tel l'enseigne Monoprix.

Toutefois, les réseaux de distribution sont souvent mixtes. Carrefour, société initialement totalement intégrée, s'est adjoint des franchisés suite à la fusion avec le groupe Promodès. Certains réseaux de distribution non alimentaire mêlent également franchise et succursalisme comme Afflelou, Descamps ou André.

Schématiquement, les indépendants ont des frais fixes (notamment de siège) plus faibles donc des coûts d'exploitation plus faibles (environ 15 %) que les sociétés qui exercent sous la forme d'un commerce intégré (environ 20 %). Ils ont ainsi potentiellement un avantage dans la concurrence par les prix.

À l'inverse, les sociétés qui exercent sous la forme d'un commerce intégré, grâce notamment à leurs équipes « marketing », ont un avantage dans la concurrence quant aux services offerts au consommateur, aux investissements publicitaires. À l'échelon international, ceux-ci ont des capacités d'investissement beaucoup plus importantes pour soutenir des installations de magasins à l'étranger.

Puissances des groupes

Le commerce en France est très majoritairement détenu par des sociétés d'origine française.

Dans la distribution alimentaire, les sociétés étrangères n'opèrent que sur le format du maxidiscompte¹. Dans la distribution non alimentaire, la présence étrangère est plus forte puisque la société britannique Kingfisher possède les enseignes But, Darty et Castorama.

Les opérateurs français ont une place importante au niveau européen. En effet, il y a quatre groupes français parmi les dix premiers avec Carrefour en numéro un. De même, au niveau mondial, trois groupes sont français parmi les vingt premiers et on retrouve le groupe Carrefour en deuxième position.

Les groupes alimentaires français sont tous présents sur plusieurs formats, certains étant même présents sur tous les formats.

(1) Tels que les groupes Aldi et Lidl.

Groupes	Hypermarchés	Supermarchés	Proximité	« Maxi discompte »
Carrefour	<i>Carrefour</i>	<i>Champion</i>	<i>Shopi, Comod, Huit à huit</i>	<i>ED</i>
Auchan	<i>Auchan</i>	<i>Atac</i>	-	-
Casino	<i>Géant</i>	<i>Casino, Franprix</i>	<i>Petit Casino</i>	<i>Leader Price</i>
Système U	<i>Hyper U</i>	<i>Super U</i>	<i>Marché U</i>	-
Intermarché	-	<i>Intermarché</i>	<i>Ecomarché</i>	<i>Netto</i>
Leclerc	<i>Leclerc</i>	<i>Leclerc</i>	-	-
Cora	<i>Cora</i>	<i>Match</i>	-	-

Certains ont une stratégie intégrant des spécialistes non alimentaires : Auchan possède notamment Boulanger, Décathlon, Leroy Merlin et Saint-Maclou.

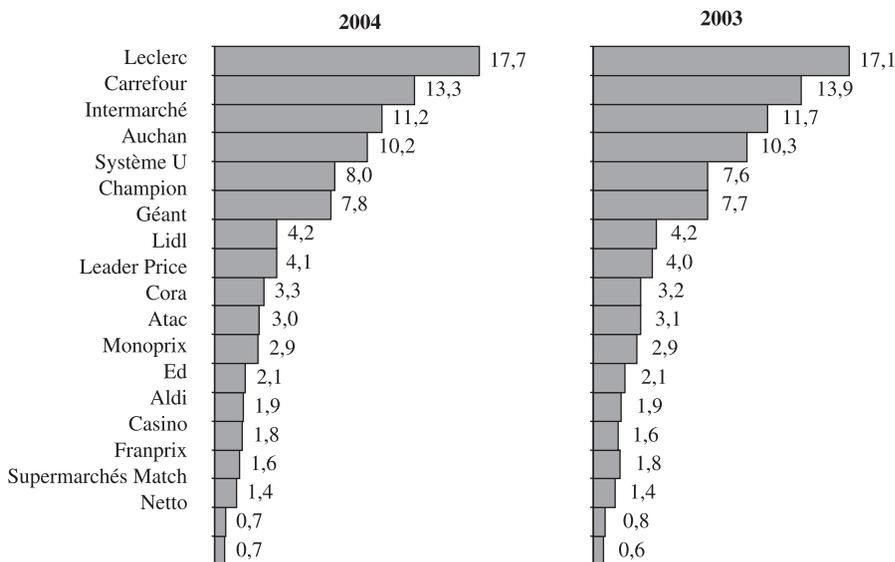
Le groupement Intermarché (ITM) est également présent sur le marché des spécialistes du bricolage (Bricomarché) et du textile (Vêtimarché).

Ainsi, derrière une apparence de choix lié à un grand nombre d'enseignes, le consommateur est en fait confronté à un nombre réduit d'entreprises.

Bien que les autorités de concurrence, tant françaises qu'euro-péennes, aient toujours considéré que chaque format était sur un marché pertinent distinct, compte tenu de la différence de service apporté au consommateur, le marché global alimentaire se répartit comme suit.

Part de marché en valeur (PGC)

base 100 = GMS – cumul annuel à fin juin

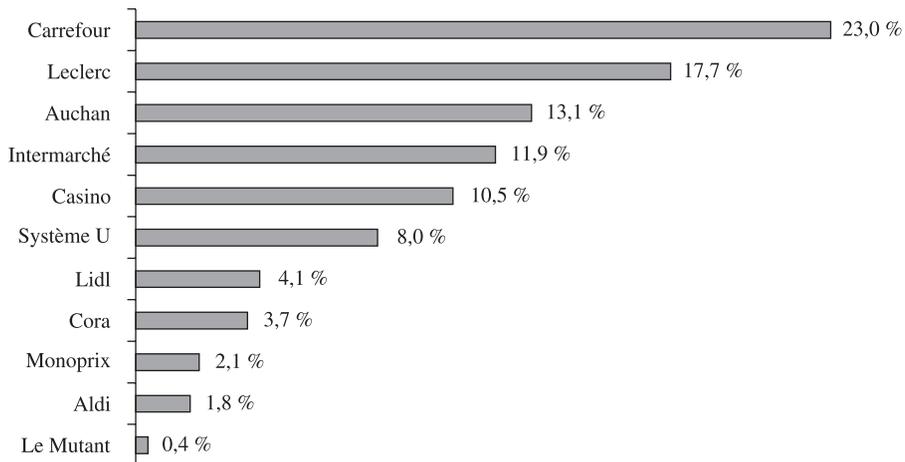


Source : TNS Secodip

Le groupement Leclerc est de loin la plus forte enseigne de France, avec une progression de part de marché entre 2003 et 2004.

Cependant, la hiérarchie est différente si l'on raisonne par groupe de distribution.

Part de marché des groupes de distribution à fin juin 2004 (PGC)



Regroupement des centrales d'achat

Le choix relativement restreint sur les marchés aval (commerce de détail) est encore plus restreint sur les marchés amonts. En effet, les sociétés de taille moyenne se sont regroupées pour atteindre une taille critique leur permettant de réaliser des économies d'échelle et surtout d'atteindre certains seuils quantitatifs figurant dans les CGV et garantissant l'accès au meilleur seuil de revente à perte.

Centrales alimentaires

Les groupes Système U et Leclerc animent la centrale d'achat Lucie. Monoprix est affilié à la centrale de Casino.

La centrale d'achat Francap¹ a quitté la centrale du groupe Casino au 1^{er} janvier 2004 pour celle de Cora. À l'international, les sociétés

(1) Les enseignes de proximité Coccinelle, Diagonal, etc.

Auchan et Casino ont une centrale commune de négociation des grands fournisseurs internationaux.

Ainsi, en alimentaire, cinq centrales d'achat font plus de 86 % de parts de marché comme le montre le tableau suivant.

Centrales	Parts de marché
Lucie	25,7 %
Carrefour	23,0 %
Auchan	13,1 %
Casino	12,6 %
Intermarché	11,9 %

Centrales non alimentaires

Dans le secteur non alimentaire, la concentration est moins forte. Seuls Darty et But sont regroupés dans une centrale d'achat : Kesa.

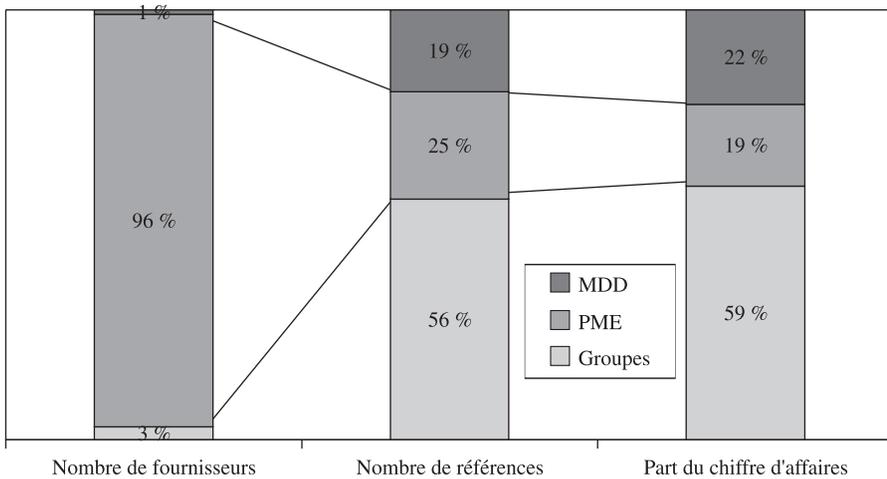
Ainsi, les débouchés sont plus étroits si l'on est un industriel de la grande consommation (alimentaire et droguerie ; hygiène ; parfumerie) que si l'on agit sur le secteur non alimentaire.

La puissance d'achat des centrales alimentaires est donc plus forte vis-à-vis des fournisseurs de l'alimentaire que celle des centrales non alimentaires vis-à-vis de leurs fournisseurs.

Une production hétérogène

Les distributeurs s'approvisionnent principalement auprès de deux types de fournisseurs : les grands groupes et les PME. Ces deux catégories ne sont pas à égalité dans la négociation d'accords avec les centrales d'achat.

Pour les produits de grande consommation, la répartition des fournisseurs entre PME, groupes et MDD est la suivante.



Source : panel international. Données 2003

L'origine des fournisseurs évolue et la période récente montre un effritement des entreprises françaises (PME et groupes) au profit de celles d'origine étrangère. L'eupéanisation des approvisionnements de la grande distribution explique en partie ce phénomène. Les opérations de cessions/acquisitions entrent également en jeu.

Tableau sur l'évolution de la nature des fournisseurs de la grande distribution

	En %		En nombre de fournisseurs	
	1999/1992	2001/1999	1999/1992	2001/1999
PME				
– françaises	-0,7 %	-0,3 %	-35	-20
– étrangères	+0,5 %	+1,4 %	+15	+36
Groupes				
– français	-1,5 %	-1,3 %	-1	-1
– étrangers	0,5 %	+0,9 %	-1	+2

Source : panel international. Étude FCD 03/2001

Concentration des groupes propriétaires de grandes marques

Les groupes qui fournissent la grande distribution française en produits de grande consommation sont à 70 % étrangers ; seuls cinq d'entre eux sont français parmi les vingt plus importants. Ils sont internationaux pour 95 % d'entre eux.

Fort pouvoir de négociation des grands fournisseurs

En produits de grande consommation, les grands groupes ne représentent que 3 % des fournisseurs mais 56 % des références et 59 % du chiffre d'affaires. Leur pouvoir de négociation est donc considérable. En effet, sur certaines catégories de produits, ils ont des parts de marché très importantes.

Tableau des parts de marchés cumulées des trois premiers fournisseurs par catégorie

Café	69 %
Couches	71 %
Céréales	72 %
Rasoirs	96 %
Conserves de légumes (2 fournisseurs)	74 %
Apéritifs anisés (1 fournisseur)	86 %
Colorations	98 %

Source : Goldman Sachs, Nielsen

Les grands groupes consacrent des budgets publicitaires et de marketing très importants qui permettent de « prévendre » le produit au consommateur et de lui donner un caractère incontournable aux yeux du distributeur.

Niveau de rentabilité élevé des grands fournisseurs

Le modèle économique des grands groupes est différent de celui des distributeurs : ils ont un chiffre d'affaires plus faible mais une marge opérationnelle nettement plus élevée. En effet, le chiffre d'affaires mondial des plus gros fournisseurs de la grande distribution, comme Nestlé (62 milliards de \$ en 2003), Unilever (49 milliards de \$) ou Procter et Gamble (43 milliards de \$) est très largement inférieur à celui de Carrefour ou de Wal Mart (respectivement 62 et 220 milliards de \$).

Au niveau de la marge opérationnelle, les grands distributeurs français avoisinent les 4 % quand les groupes sont entre 10 et 30 %.

Tableau des résultats 2003, au niveau mondial, des plus gros fournisseurs PGC des distributeurs français

Sociétés	Marques	Chiffres d'affaires 2003 PGC (en millions)		Marge opérationnelle 2003
		\$	€*	
Nestlé AG (Suisse)	Maggi, Buitoni, Herta, Ricoré, Nesquik, Gloria...	61 733	50 217	10,7 %
Altria Group (USA)	Philip Morris, Marlboro, Carte noire, Milka, Côte d'or...	60 272	49 032	26,2 %
Unilever (U-K ; Pays-Bas)	Bertoli, Findus, Iglo, Knorr, Lipton, Slim Fast...	48 614	39 548	12,9 %
Procter & Gamble (USA)	Always, Herbal Essences, Pampers, Pantene, Pringles, Tampax...	43 377	35 295	18,1 %
Pepsico Inc. (USA)	Pepsi, Tropicana, Quaker, Frito Lay...	26 971	21 947	18,9 %
Coca-Cola Co. (USA)	Coca cola, Fanta, Sprite, Minute Maid...	21 044	17 121	29,5 %
Sara Lee Corp. (USA)	Dim, Playtex, Wonderbra, Aoste, Maison du café...	18 291	14 882	9,1 %
Mars Inc. (USA)	Mars, M & M's ; Snickers, Whiskas, Pedigree, Uncle Ben's	16 200	13 185	-
L'Oréal	L'Oréal Paris, Garnier, Biotherm, Vichy...	15 882	12 931	13,0 %
Danone (France)	Danone, Évian, Lu...	14 865	12 102	12,2 %
Kirin Breweries (Japon)	Four roses Bourbon	12 140	9 881	6,5 %
Diageo	Smirnoff, Guinness, Baileys, J&B...	10 777	8 768	31,9 %
Kimberly Clark	Kleenex...	10 699	8 705	16,8 %
Cadbury Schweppes	Hollywood, Poulain, 1848, Kréma...	10 534	8 574	11,6 %

* 1 USD = 0,813988 ; 1 EUR = 1,22852 USD

Enfin, les plus grands distributeurs sont moins avancés que les premiers groupes industriels dans leur processus d'internationalisation, et de ce fait ils ne représentent chacun qu'une faible part de leurs ventes au niveau mondial. Par exemple, Carrefour ne représenterait que 1 à 2 % du chiffre d'affaires mondial de Procter et Gamble, dont la France concentre moins de 5 % des débouchés en 1999.

Fragilité des PME

La grande distribution française fait appel à environ 7 900 PME de 20 à 500 salariés (5 200 françaises et 2 700 d'origine étrangère). En produits de grande consommation, les PME représentent, avec leurs marques, 96 % des fournisseurs mais seulement 25 % des références et 19 % du chiffre d'affaires.

Position variable en fonction des catégories de produits

Secteur	% des PME dans le nombre d'entreprises	Contribution des PME au CA du secteur (%)
Industries agroalimentaires :		
– de la viande	99,0	51,3
– du lait	94,5	35,6
– des boissons	97,1	37,6
– alimentaires diverses	99,7	46,2
Industries manufacturières :		
– de savons, de parfums et de produits d'entretien	94,2	22,5
– d'articles en papier à usage sanitaire ou domestique	80,4	14,1

Source : base de données fiscales SUSE 2000

Les PME du secteur agroalimentaire représentent une part importante de la production (du tiers à la moitié selon les secteurs) alors que les PME de l'industrie manufacturière occupent une place beaucoup plus faible dans les produits de grande consommation.

Position privilégiée pour les MDD

En France, 90 % des références sous MDD sont fabriquées par les PME. Ainsi, le poids total des PME, à leur marque et sous MDD est de l'ordre de 35 % du chiffre d'affaire de la grande distribution. Ainsi, ces

dernières années, elles ont largement bénéficié de l'augmentation considérable du nombre de MDD (+30 % entre 1999 et 2003).

Pour les distributeurs internationaux, la plupart des MDD « de base », qui ont un même cahier des charges pour plusieurs pays, fait l'objet d'appels d'offres internationaux. Les PME françaises sont alors confrontées à la concurrence européenne voire mondiale.

Un équilibre au détriment du consommateur

Un consommateur perdant

Le consommateur est sensible au prix, mais aussi entre autres, à la diversité et à la qualité des produits qui lui sont offerts, à la diversité des formes de commerce, à la qualité des services de vente, à l'accessibilité des différentes formes de commerce...

Le tableau suivant montre que plus un ménage fréquente de grandes surfaces, plus il est attentif aux qualités propres du magasin.

Nombre de GS fréquentées (en %)	Critère de choix de la GS principale					
	La + pratique	Prix – élevés	Choix des produits	Qualité des produits	Ne sait pas	Ensemble
Une seule	77	11	8	3	1	100
Deux	66	17	12	5	0	100
Trois et +	54	22	16	7	1	100
Ensemble	67	16	11	5	1	100

Source : enquête mensuelle de Conjoncture auprès des ménages, avril 1998, INSEE

Identifier l'impact de l'interdiction de la revente à perte, telle qu'elle a été précisée en 1996, sur tous ces paramètres est une tâche particulièrement complexe. Il apparaît toutefois assez nettement que la mesure d'interdiction de la revente à perte a joué à la fois sur les prix pratiqués par les distributeurs et sur l'évolution de la structure du secteur commercial.

La mise en œuvre de la loi du 1^{er} juillet 1996 a eu plusieurs types d'effets sur les prix. Un effet, tout d'abord, ponctuel, direct et évident sur les produits auparavant revendus par les distributeurs en dessous du seuil désormais clairement défini. Ces produits sont, en outre, traditionnellement ceux dont la demande est très sensible au prix et tout particulièrement les

produits de grandes marques que les consommateurs utilisent en premier lieu pour comparer les prix de différents points de vente ¹.

Pour ces produits, la clarification de l'interdiction de la revente à perte s'est traduite par une hausse des prix. Mais au-delà de ce premier effet ponctuel, la mise en œuvre de la loi de 1996 a conduit à une modification profonde des comportements, producteurs et distributeurs adaptant progressivement leurs stratégies à l'introduction d'un seuil prédéfini de revente à perte.

Impact de l'interdiction de revente à perte sur les prix des produits de grande consommation

Dans les faits, l'interdiction de la revente à perte, telle qu'elle est mise en œuvre par la loi du 1^{er} juillet 1996, autorise une pratique généralement considérée comme anticoncurrentielle et à ce titre interdite : l'imposition d'un prix de revente minimal par les producteurs aux distributeurs.

En effet, le seuil de revente à perte est défini comme le prix apparaissant sur la facture, qui peut être notablement supérieur au prix « trois fois net » finalement payé par le distributeur au producteur, compte tenu des différents rabais, remises et ristournes différés.

Il est donc possible, en augmentant simultanément le prix de départ et les remises et ristournes consenties, de relever le seuil de revente à perte sans modifier le prix « trois fois net » du produit pour le distributeur. Lorsque le seuil de revente à perte est ainsi fixé à un niveau supérieur à celui qui résulterait de la concurrence entre distributeurs, ces prix s'alignent (à la hausse) sur le seuil de revente à perte et le prix à la consommation est alors, de fait, fixé par le producteur plutôt que par le libre jeu de la concurrence intramarque entre points de vente.

Comme on le voit, cette possibilité d'une maîtrise des prix finals à la consommation par les producteurs ne tient pas tant au principe de l'interdiction de revente à perte qu'à la référence à un seuil de revente à perte artificiel, déconnecté de la réalité économique des transactions et au surplus manipulable.

En effet, c'est bien l'impossibilité de rétrocéder les marges arrière qui rend le seuil juridique de revente à perte artificiel, différent de ce que la réalité économique implique, et permet par voie de conséquence au producteur de contrôler le prix au consommateur.

(1) Dans la pratique, tous les produits de grandes marques ne sont pas utilisés comme « produits d'appel » par les distributeurs. Cette pratique, consistant à vendre à des prix très bas, voire à perte, un produit donné pour attirer le consommateur sur le point de vente – et « récupérer » le sacrifice ainsi consenti sur les ventes des autres produits – semble davantage affecter les biens de grande consommation alimentaires que les grandes marques d'autres rayons tels que le textile ou le bricolage.

Toute possibilité de rétrocéder une partie des marges arrière sur le prix de revente tendrait de ce fait à combler le fossé entre la définition juridique et économique du SRP. On peut aussi noter que la loi du 1^{er} juillet 1996 n'impose pas l'utilisation du seuil de revente comme outil de contrôle des prix finals, mais autorise cette pratique et, de fait, producteurs et distributeurs y ont eu recours pour de nombreux produits.

Le seuil de revente à perte permet donc à un producteur puissant de contrôler le prix de revente de ses produits, en augmentant le prix sur facture (qui doit figurer dans les conditions générales de vente et ne doit pas être discriminatoire)¹ et en rétribuant les distributeurs par le biais de marges arrière plus fortes, afin qu'ils acceptent de commercialiser le produit malgré le prix plus élevé.

Les distributeurs, qui se font une concurrence particulièrement vive sur un petit nombre de grandes marques, sont les premiers avantagés par cette mesure d'interdiction de la revente à perte, puisque ce mécanisme de prix plancher limite alors directement la concurrence intramarque² sur ces produits.

Le producteur aussi bénéficie directement de cette pratique. Par exemple, en éliminant la concurrence intramarque, l'introduction d'un seuil de revente fait que les consommateurs ne bénéficient plus de la puissance d'achat des distributeurs³ ; les prix à la consommation augmentent, ce qui accroît les profits joints du producteur et des distributeurs – au détriment des consommateurs. Ce profit accru peut ensuite être partagé entre les parties par le biais des marges arrière⁴.

(1) En pratique, un producteur pourrait différencier le prix qu'il facture à ses distributeurs. Mais il n'a pas nécessairement intérêt à introduire une telle différenciation. Outre le fait que le producteur peut craindre une certaine transparence entre distributeurs, c'est bien la pratique d'un prix facturé uniforme et artificiellement élevé qui permet au producteur de contrôler le prix de vente de ses produits.

(2) La concurrence intramarque désigne la concurrence que se font les distributeurs pour la vente aux consommateurs d'un produit de marque donnée.

(3) M.-L. Allain et C. Chambolle, « *Loss Leaders Banning Laws as Vertical Restraints* », forthcoming in *Journal of Agricultural and Food Industrial Organization*, 2004. En l'absence de puissance d'achat, deux articles d'Hart et Tirole [1990], « *Vertical Integration and Market Foreclose* », *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)* 205-285, et O'Brien et Shaffer [1992], « *Vertical Control with Bilateral Contracts* », *Rand Journal of Economics*, 23 (3) : 299-308, montrent également que l'imposition d'un prix plancher permet à un producteur de mieux exercer son pouvoir de marché et de maintenir des prix de détail plus élevés, au détriment des consommateurs.

(4) Lorsque producteur et distributeur fixent leurs prix respectifs, chacun affecte de fait le profit de l'autre ; en l'absence d'un contrôle des prix par le producteur, ceci conduit les distributeurs à pratiquer malgré eux des prix trop bas du point de vue des profits joints. En effet, les distributeurs exercent tout d'abord leur puissance d'achat pour réduire au maximum leur coût d'acquisition. Mais la concurrence intramarque transfère ensuite aux consommateurs, sous la forme de baisse de prix, une partie des gains ainsi réalisés. Grâce au seuil de revente à perte, le producteur élimine la concurrence intramarque et peut ainsi maintenir, *via* un prix facturé plus élevé, des prix de vente maximisant les profits joints ; producteur et distributeur se répartissent ensuite les bénéfices de l'opération en négociant les marges arrière.

Les producteurs peuvent aussi bénéficier indirectement des pratiques de prix de revente imposés ou de prix minima imposés, toujours au détriment des consommateurs, par une atténuation de la concurrence intermarques.

L'imposition d'un prix de revente uniforme pour l'ensemble des points de vente peut faciliter la collusion tacite entre marques concurrentes ¹, mais ces pratiques peuvent annihiler toute concurrence, tant intermarques qu'intramarque, dans le contexte de relations croisées qui caractérise les accords de distribution entre producteurs et grandes surfaces ².

Enfin, cet alignement des prix des grandes marques chez les distributeurs a créé un autre effet pervers qui est venu nourrir cette « spirale inflationniste ». En effet, les distributeurs renonçant partiellement à la concurrence par les prix sur les produits de grandes marques se sont fait une concurrence plus forte sur leurs services de vente. Ces services commerciaux étant coûteux, ils se sont tournés vers leurs fournisseurs afin d'en répartir les coûts par le biais des marges arrière.

Ainsi contraints de verser des marges arrière plus fortes aux distributeurs, les fournisseurs ont compensé par une augmentation de leurs tarifs qui est venue directement entretenir la « spirale inflationniste » des produits de grandes marques.

Au-delà de l'impact ponctuel et attendu de l'interdiction de la revente à perte, la mise en place d'un seuil artificiel de revente à perte peut donc conduire à une hausse des prix à la consommation des produits de grandes marques dans l'ensemble des points de vente.

Cette augmentation des prix reflète l'élimination de la concurrence intramarque – entre grandes surfaces, mais aussi entre grandes surfaces et petit commerce – ainsi qu'une moindre intensité de la concurrence intermarques.

Impact de l'interdiction de revente à perte sur les prix des autres produits

Pour les catégories de produits pour lesquels les producteurs sont peu puissants vis-à-vis des distributeurs, tels que les marques de distributeurs ou les premiers prix, le distributeur a adapté ses prix de diverses façons selon le contexte concurrentiel auquel il était confronté.

Deux types de réactions opposées peuvent ainsi être mises en évidence ³.

(1) MM. Jullien et Rey [2000], « *Resale Price Maintenance and Collusion* », IDEI Working Paper.

(2) MM. Rey et Vergé [2002], « *RPM and horizontal cartels* », IDEI Working Paper.

(3) C. Chambolle (2004), « Stratégies de revente à perte et réglementation », à paraître aux *Annales d'économie et statistiques*.

Afin de préserver sa position concurrentielle, un distributeur peut baisser le prix d'autres produits (par exemple, ses marques de distributeur), sur lesquels il réalisait auparavant des marges importantes. Cette adaptation a un coût pour le distributeur car baisser le prix sur les produits dont la demande est moins élastique est une manière moins efficace d'attirer les consommateurs. Si le distributeur est fortement concurrencé, il est même possible en théorie que les baisses de prix consenties sur les autres produits compensent – voire dépassent – la hausse des prix sur les produits auparavant revendus à perte. L'effet de la mesure sur un distributeur fortement concurrencé n'est donc pas nécessairement inflationniste.

Toutefois, si la concurrence entre distributeurs est moins vive, la mesure d'interdiction de la revente à perte peut conduire les distributeurs à renoncer progressivement à une stratégie de volume (le phénomène d'attraction des consommateurs par des prix bas n'étant plus assez efficace) pour une stratégie de marge. L'effet de cette mesure est alors inflationniste. Cet effet a été favorisé par la loi sur l'urbanisme commercial, qui a limité le nombre d'ouvertures de grandes surfaces¹, et par la vague de concentrations observée dans la grande distribution².

Hausse des prix des produits de grande consommation

Des prix en hausse

Les principes évoqués plus haut se sont bien traduits en pratique par une hausse des prix des produits, notamment de grandes marques. Une étude des panels de gestion Nielsen a mesuré, au cours des deux mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1996³, l'évolution des prix des 1 500 références « les plus diffusées en grande distribution », toutes de marques nationales. Cette étude a mis en évidence une hausse moyenne des prix de 4,14 %. D'après cette enquête, les produits des grands groupes industriels sont plus affectés par cette augmentation que ceux des PME : 76,3 % des premiers ont subi une hausse de plus de 4 %, contre 24,2 % pour les seconds.

(1) Voir p. 26.

(2) Voir p. 43.

(3) Voir l'article intitulé : « Loi Galland : jusqu'où les prix vont-ils grimper ? », in *Linéaires*, n° 1529, 6 mars 1997.

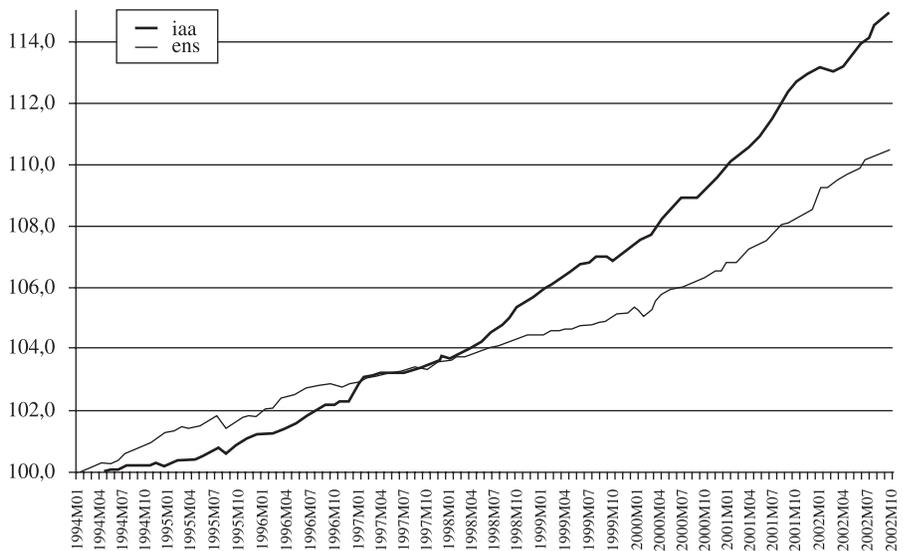
En revanche, dans l'échantillon considéré, seuls 8,3 % des produits de grands groupes ont vu leur prix diminuer, contre 18,9 % des produits des PME. En outre, d'après Nielsen, cette hausse concerne toutes les enseignes de supermarchés, hypermarchés et *discounters*.

Une contre-enquête de la DGCCRF, publiée en mars 2002, conclut que les prix des produits de grande consommation n'ont augmenté, sur la même période, que de 0,5 %. La différence vient du fait que la DGCCRF a, pour chaque produit de grande consommation de son échantillon, relevé les prix de trois références : une marque nationale, une marque de distributeur et un produit premier prix.

Quatre tendances principales peuvent être observées.

En premier lieu, les prix des produits alimentaires, après avoir augmenté moins vite que l'ensemble des prix jusqu'en 1996, ont évolué sur un rythme semblable puis plus rapide à compter de cette date.

Évolution des prix alimentaires (IAA) et de l'indice d'ensemble depuis 1994



Source : INSEE

En deuxième lieu, les produits de grande consommation, y compris non alimentaires, ont connu un dynamisme important des prix. Le tableau suivant en donne l'illustration avec des exemples de produits dont les prix ont particulièrement augmenté entre novembre 1998 et novembre 2002.

Évolutions du prix des produits de grande consommation

		Glissement annuel				Variation cumulée
		novembre 1999	novembre 2000	novembre 2001	novembre 2002	novembre 1998 à novembre 2002
Alimentaire	Huiles et margarines	0,9	-0,4	2,9	6,4	9,8
	Yaourts et desserts lactés	0,2	3,6	5,3	1,4	10,8
Non alimentaire	Produits de l'hygiène corporelle	2,5	2,7	8,5	6,0	21,1
	Savons et produits d'entretien	0,8	3,2	4,6	3,0	12,1

Source : INSEE

En troisième lieu, les prix des produits dits de « marque nationale » ont également vivement progressé.

Une étude récemment réalisée par *Libre service actualité* (LSA) a mis en évidence une augmentation particulièrement forte du prix des produits de consommation de grandes marques. Selon cette étude, l'augmentation moyenne, à produits et à magasins strictement comparables¹ entre 2000 et 2003, était de 9 %, répartie entre 11,2 % d'augmentation du prix des grandes marques, 4,3 % d'augmentation des prix des marques de distributeurs et 4,1 % d'inflation du prix des produits premiers prix. Entre 2001 et 2003, la hausse des prix moyenne a été de 4,1 %, celle des grandes marques de 5,8 %, celle des MDD de 0,6 % et celle des marques de premier prix de 1,2 %.

Il semble cependant que la tendance à la hausse des prix de produits de grande consommation a fait place à une tendance déflationniste depuis le mois de février 2004 (*source* : IRP – LSA, n° 1876-1977, 7 octobre 2004).

Plus que le niveau global de l'augmentation des prix, le différentiel existant entre l'évolution du prix des grandes marques et celui des marques de distributeurs et produits premiers prix est particulièrement marquant dans cette étude.

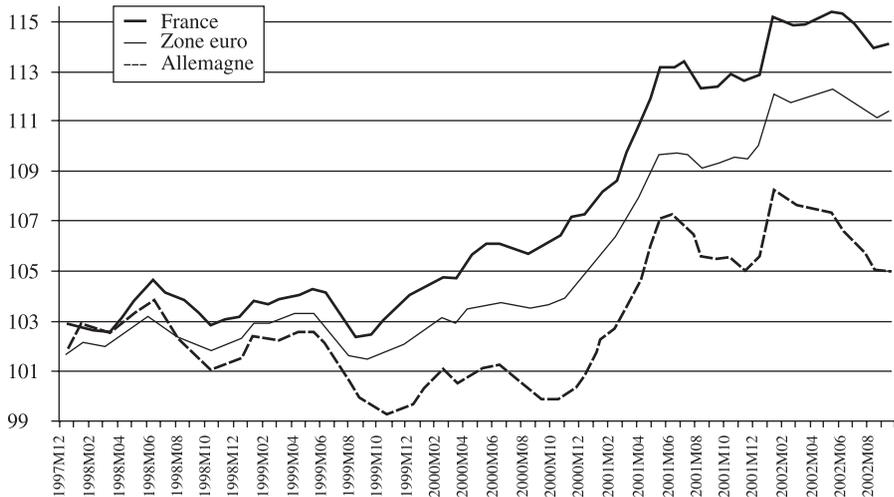
Sur certains marchés comme le riz, les mouchoirs en papier, les essuie-tout, cette étude de LSA montre même que les fortes inflations sur des marques nationales ont été en partie compensées par des efforts *déflationnistes* sur les MDD. Ainsi, selon une étude Nielsen de 2003, la part des MDD est passée entre 1996 et 2003 de 21,8 % à 24,4 % du chiffre d'affaires des produits de grande consommation (hors produits frais

(1) De nombreuses mesures de l'évolution de l'inflation ont été proposées mais l'une des principales critiques qui leur a été opposée était la non-prise en compte de l'importance du renouvellement (innovation) des produits dans les rayons des magasins au cours du temps. Cette étude de LSA est particulièrement intéressante car elle répond précisément à cette critique et propose une mesure de l'inflation à produits et magasins strictement comparables.

agricoles) alors même que leurs prix ont augmenté moins vite que ceux des produits de grande marque. La mesure d'interdiction de la revente à perte semble favoriser, au détriment des grandes marques, un report des consommateurs vers les produits de MDD et premier prix.

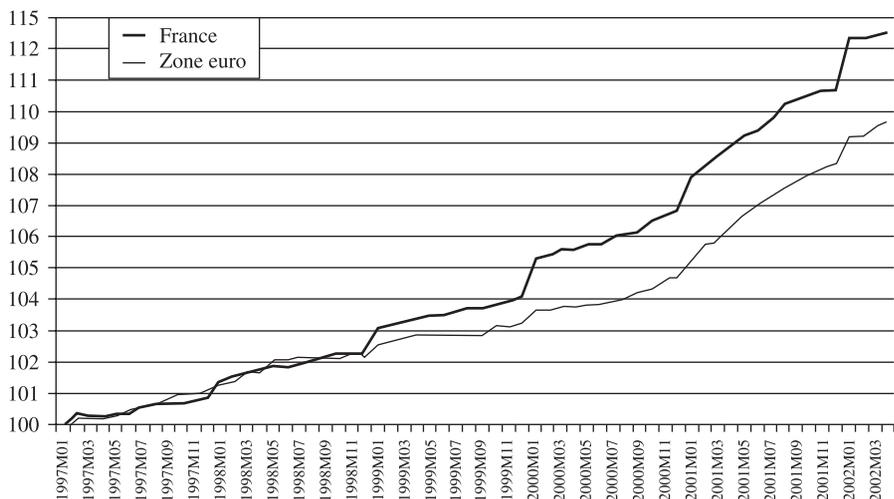
En dernier lieu, cette tendance à la hausse est spécifique à la France et ne se retrouve pas à l'échelle de la zone euro.

Évolution des prix des produits alimentaires et boissons non alcoolisées en France et dans la zone euro



Source : Eurostat

Évolution des prix alimentaires hors produits frais et hors viandes en France et dans la zone euro



Source : Eurostat

Cette évolution est similaire s'agissant des marques nationales, d'après les indices de prix communiqués par l'ILEC pour une cinquantaine de grandes marques.

Tableau sur l'évolution des écarts de prix dans sept pays de l'Union européenne (TVA exclue)

	France	Allemagne	Royaume-Uni	Italie	Espagne	Portugal	Pays-Bas
1997 (4 ^e trim.)	96	95	127	98	88	96	106
1998 (2 ^e trim.)	96	96	125	99	89	100	103
1998 (4 ^e trim.)	98	97	122	99	91	102	103
1999 (2 ^e trim.)	98	93	130	97	88	108	103
1999 (4 ^e trim.)	96	92	128	94	91	98	107
2000 (2 ^e trim.)	98	93	119	96	90	98	108
2000 (4 ^e trim.)	95	90	120	96	92	99	108
2001 (2 ^e trim.)	97	92	112	96	95	97	105
2001 (4 ^e trim.)	100	92	110	97	95	102	104
2002 (2 ^e trim.)	101	91	110	97	96	103	102

Source : ILEC

Selon une étude Nielsen de 2003, établie à partir d'un échantillon de cent produits de grande consommation, de marques internationales, les prix alimentaires en France se situent désormais dans la moyenne des prix pratiqués dans les pays industrialisés en Europe. Les prix en France seraient plus élevés que ceux d'Allemagne, de Belgique, d'Espagne, d'Italie, de Grande-Bretagne, des Pays-Bas et de l'Autriche, mais inférieurs à ceux de la Grèce, du Portugal, de la Suède, de la Finlande, de la Suisse, de l'Irlande, de la Norvège et du Danemark.

Triple origine de la hausse des prix

Il est délicat de mesurer et surtout d'isoler l'impact réel de la législation existante sur l'évolution des prix de détail. À peine votée, la loi du 1^{er} juillet 1996 était critiquée comme entraînant une hausse des prix ¹. Imputer ces évolutions au seul cadre réglementaire ne rendrait pas compte de la complexité de facteurs qui peuvent jouer en sens opposés et avec des effets différenciés dans le temps. Des éléments conjoncturels ² et le

(1) Voir *supra* l'étude Nielsen de mars 1997.

(2) Conditions climatiques pour les produits frais, dépréciation de l'euro pour les matières premières alimentaires ou encore progression des coûts salariaux par unité de valeur ajoutée.

passage à l'euro ¹ expliquent également pour partie la tendance à la hausse des prix des produits de grande consommation.

Faire porter la responsabilité de la hausse des prix de grande consommation du début des années 2000 à la seule législation existante serait une erreur d'analyse. Elle n'a pu provoquer les effets aujourd'hui critiqués qu'en raison de sa combinaison avec deux autres éléments : d'une part, le phénomène de concentration dans le secteur de la grande distribution ², d'autre part, la protection des situations acquises par les principaux opérateurs, rendue possible par une réglementation qui a raréfié le linéaire et renchéri son accès. Elle aurait pu provoquer des effets qualitativement similaires mais de plus faible ampleur.

La concentration dans le secteur de la grande distribution a réduit la concurrence par les prix : peu nombreux, surveillant toute inflexion stratégique de leurs concurrents, les opérateurs ont eu tendance à harmoniser leurs comportements de marché. À ce phénomène s'ajoute, pour certains produits, le pouvoir de marché de grands fournisseurs. Disposant de la maîtrise de leurs prix de vente aux consommateurs, ils ont pu les augmenter sans que les consommateurs puissent bénéficier de la répercussion des hausses de marges arrière.

Les effets de cette concentration ont été amplifiés par la législation sur l'urbanisme commercial qui, aujourd'hui, protège les principaux opérateurs de la grande distribution.

La législation relative à l'urbanisme commercial, on l'a dit ³, a été une incitation à la concentration de la distribution par la croissance externe, en limitant les possibilités de croissance interne.

Le développement de la coopération commerciale et des marges arrière décrit plus haut est, dans cet environnement, un mécanisme qui contribue à l'inflation des prix.

Si l'on prend schématiquement l'exemple d'un fournisseur qui vend son produit 100 en année N et acquitte une coopération commerciale de 30 %, il perçoit un produit net de 70. Si le fournisseur a besoin d'augmenter son produit net de 1 point en année N + 1, pour le porter à 71, il doit accroître son prix de vente à la clientèle de 1,40 pour tenir compte des 30 % de coopération commerciale qu'il doit acquitter. Si, toujours pour cette année N + 1, le distributeur entend lui réclamer 31 % de coopération commerciale, le fournisseur doit, alors, fixer son prix à 102,90. Un tel mécanisme, reproduit plusieurs années de suite, principalement pour les produits de marque, aboutit à une augmentation des prix de vente au consommateur et à un écart croissant avec les tarifs des MDD et des premiers prix.

(1) Le passage à l'euro a en effet perturbé le calendrier de hausse des prix. Le gel des prix dans la grande distribution entre novembre 2001 et mars 2002 a justifié des hausses décalées, opérées soit, par anticipation, durant le troisième trimestre 2001 soit, par rattrapage, au cours du deuxième trimestre 2002 (cf. la note de conjoncture de l'INSEE, « Un premier bilan de l'effet du passage à l'euro sur les prix », juin 2002).

(2) Voir p. 43.

(3) Voir p. 26.

Disparition du petit commerce

La loi du 1^{er} juillet 1996 a eu un effet difficilement dissociable de celui de la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat sur l'évolution du paysage commercial français. D'un côté, la première loi a été mise en œuvre en partie afin de protéger les petits commerces des pratiques de revente à perte des grandes surfaces, considérées comme « prédatrices ». De l'autre, la seconde visait directement à freiner le développement des grandes surfaces et parallèlement le mouvement de disparition des petits commerces. Ces deux lois adoptées simultanément avaient donc des objectifs communs.

En abaissant le seuil d'autorisation d'ouverture des grandes surfaces à 300 m², la loi sur l'urbanisme commercial a freiné le développement des hypermarchés, supermarchés, et de magasins de « maxidiscompte » de grande taille qui avaient commencé à se développer fortement avant 1996.

Évolution du nombre de points de vente de proximité de 1985 à 2003

Formats de proximité	1985	1990	1994	1996	1998	2000	2002	2003
Petits libres-services	-	-	-	19 033	16 300	nd	nd	15 000
Supérettes	5 808	5 038	4 831	4 337	4 500	4 526	4 514	4 605
Supermarchés de proximité <1 200 m ²	-	-	4 030	3 831	3 500	3 154	3 130	2 931
« Maxidiscomptes » <1 200 m ²	0	242	1 044	1 791	2 300	2 574	2 727	3 049
Convenience-store	-	-	-	385	400	nd	nd	nd
Total	-	-	-	29 377	27 000	nd	nd	26 000

Source : IFLS (nd : chiffres non disponibles)

Ce tableau montre que dans le secteur du commerce de proximité d'alimentation générale, le dispositif législatif de 1996 n'a pas entraîné de rupture manifeste dans l'évolution des différentes catégories de points de vente en dehors d'un retour à la croissance du nombre de supérettes depuis 1996. Ainsi, la quantité de supermarchés de proximité, de petits libres-services, et autres petits commerces indépendants diminue continuellement aussi bien avant que depuis 1996.

Par ailleurs, le nombre de points de ventes de type « petits formats de maxidiscompte » qui augmentait déjà avant 1996, a crû de plus de 70 % sur la période 1996-2003. La loi sur l'urbanisme commercial a, par ailleurs, freiné le nombre d'ouvertures de « maxidiscomptes » au format

de « supermarchés ». En réaction, ceux-ci se sont d'autant plus développés sous petits formats, venant ainsi directement concurrencer les petits commerces d'alimentation générale sur leur terrain, la proximité.

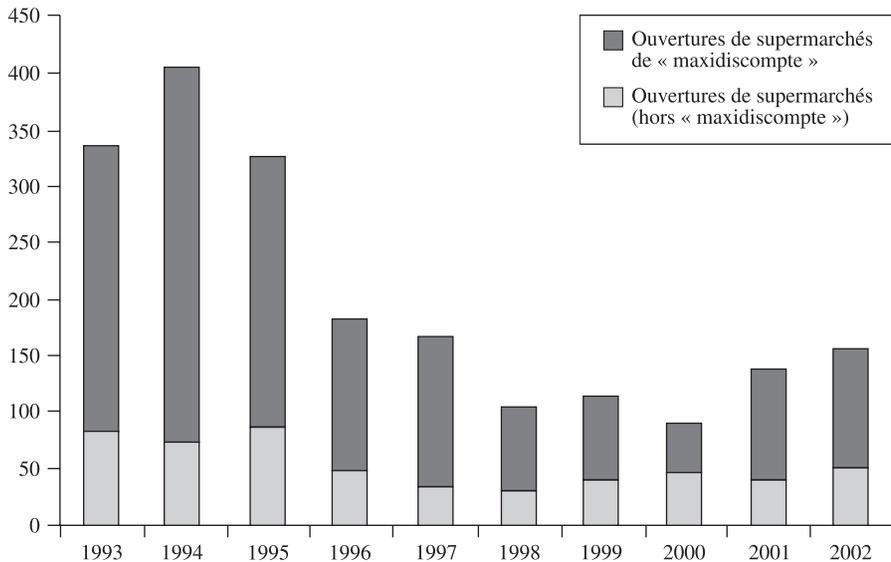
Ceci peut expliquer que le frein apporté au développement des grandes surfaces, tant par la limitation des ouvertures que par l'élimination de la concurrence intramarque sur les produits d'appel, n'a pas conduit à une rupture de l'évolution du petit commerce de proximité, celui-ci se trouvant exposé à une plus forte concurrence de *discounters*, condamnés à se développer dans le commerce de proximité.

Enfin, si les supérettes (hors « maxidiscompte ») ont connu un regain de croissance (+6,17 % sur la période 1996-2003 après une baisse de -4,1 % sur la période 1990-1996), la presque totalité de ce type de points de vente de proximité appartient aujourd'hui aux grands groupes de distribution. D'après la Fédération des entreprises de commerce et de la distribution, les grands groupes français de distribution représentent environ 85 % des magasins de proximité dont la superficie est comprise entre 199 m² et 1199 m². Ces petits ou moyens commerces organisés bénéficient donc de conditions d'approvisionnement similaires à celles des grandes surfaces et ne sont, en définitive, pas les plus menacés par les éventuelles pratiques prédatrices des grandes surfaces.

Par ailleurs, que ce soit dans le secteur de l'artisanat commercial ou dans la plupart des petits commerces spécialisés, leur nombre a continué de décroître depuis 1996, excepté dans quelques rares secteurs (le commerce de boissons, le commerce de détail spécialisé divers, le commerce de détail de tabac...).

Finalement, il semble que les deux lois de 1996 n'ont pas réellement offert la protection attendue aux « petits commerces », et que la loi sur l'urbanisme commercial a probablement accéléré le remplacement progressif des petits commerces indépendants par des commerçants organisés au sein du petit commerce d'alimentation générale, que ce soit par les filières traditionnelles des grands groupes ou par des « maxidiscomptes » de proximité. Du point de vue de la diversité des formats de vente offerts comme de celui du maintien des commerces de proximité, le consommateur ne semble pas avoir retiré les bénéfices annoncés de ce dispositif réglementaire.

Nombre d'ouvertures de supermarchés



Source : comptes commerciaux de la nation

Contraintes de l'environnement réglementaire

La France a connu sur la période récente des évolutions de prix des PGC plus marquées que sur l'ensemble de la zone euro. Cette tendance doit être comparée aux relations entre fournisseurs et distributeurs en Europe¹. Elle révèle, avec des nuances, que la concentration observée en France dans le secteur de la distribution se retrouve, à des degrés divers, dans les autres pays européens. Mais la réglementation française est moins libérale que dans ces États.

Concentration de la distribution

Dans la plupart des pays européens, la distribution, surtout dans le secteur de l'alimentaire, s'est fortement concentrée autour de quelques grandes enseignes *leaders*, avec une tendance plus marquée dans les pays du Nord par rapport à ceux du Sud.

Au Royaume-Uni, le niveau de concentration est comparable à la France : les cinq premiers distributeurs alimentaires représentent 71 %

(1) Compte tenu des délais impartis à la commission pour rendre ses conclusions, elle n'a pu se livrer qu'à un examen comparatif assez sommaire des différentes législations nationales.

du marché et la société Tesco pèse environ 30 % du chiffre d'affaires de ses fournisseurs. Le « maxidiscompte » a des difficultés à s'implanter en raison de la législation sur l'équipement commercial, relativement stricte ¹, et de la politique « *everyday low price* » menée par les deux *leaders* que sont les groupes Tesco et Wal-Mart/Asda.

En Allemagne, la concentration est moins fortement marquée, mais dix distributeurs représentent environ 80 à 85 % du marché. Le « maxidiscompte » y est particulièrement développé et atteint 30 % du marché, dont 15 % pour la seule enseigne Aldi. Seule la Belgique connaît un développement comparable de ce segment de marché sur les dernières années.

Les autres pays du nord de l'Europe présentent une situation similaire : en Autriche, les quatre principaux distributeurs se partagent près de 90 % du marché et, en Suède, le groupe national ICA atteint 35 % du marché.

Le phénomène est moins marqué dans les pays du Sud. En effet, au Portugal, neuf points de vente sur dix appartiennent au petit commerce et, en Espagne, il dépasse encore 30 % de parts de marché. La particularité de l'Espagne tient à un système de distribution dual. D'un côté, cohabitent les grands magasins modernes types GMS et, de l'autre, un petit commerce traditionnel sur des formats inférieurs à 400 m² de surface tenus par des indépendants. On compte 18 enseignes sur ce marché, les huit premières représentent 61 % des parts de marché en valeur ² et le « maxidiscompte » y connaît un succès croissant.

Cadre juridique

Le Royaume-Uni est sans doute l'État dans lequel la législation est la plus souple. Les règles de facturation sont essentiellement fiscales et il n'existe aucune règle relative à la revente à perte. La Commission de la concurrence a recensé les pratiques abusives dans les relations commerciales ³ mais elle a estimé qu'un code de bonnes pratiques serait le moyen adéquat pour régler ces difficultés dues, pour l'essentiel, à la puissance d'achat. Ce code de bonnes pratiques, évalué par les autorités de la concurrence, n'a guère eu d'effet sur le comportement des distributeurs et le médiateur institué n'a pas été saisi par les fournisseurs.

En Allemagne, s'agissant du régime applicable aux factures, les parties au contrat décident librement d'y faire figurer ce qu'elles souhaitent. La société Aldi peut négocier des prix trois fois net sans que soient mentionnés sur la facture les avantages consentis.

À ce jour, l'État fédéral n'a pas adopté de législation spécifique relative à la vente ou à la revente à perte. Ces pratiques sont seulement encadrées par la loi du 1^{er} janvier 1999 relative aux restrictions de concurrence aux termes de laquelle « les entreprises qui sont en position de force sur le marché vis-à-vis de petits et moyens concurrents ne doivent pas

(1) *Planning Policy Guidance*, mise à jour en 1996.

(2) En 2002. *Source* : panel consommateurs TN Sofres, Carrefour atteignant 23 % du marché à lui seul.

(3) Demandes reconventionnelles, paiement d'avantages sans contreparties...

exploiter cette position afin d'entraver, directement ou indirectement et de manière inéquitable, les activités de ces concurrents. Il y a pratique anti-concurrentielle au sens de la première phrase notamment si une entreprise qui offre des marchandises ou des services commerciaux pratique des ventes à perte systématiques, à moins que cela ne soit justifié par les faits. »¹ Autrement dit, les relations industrie-commerce relèvent du droit commun de la concurrence, et le contrôle du dispositif est exercé par le *Bundeskartellamt* (BkartA) qui agit sur plainte. Il se fait communiquer les documents propres à permettre les vérifications mais sans intervenir dans les locaux des entreprises.

En novembre 2002, les pratiques de la société Wal-Mart, implantée en Allemagne depuis 1998, visant à vendre le lait et le sucre en dessous des prix d'achat, ont été sanctionnées et une première condamnation à une amende a été prononcée en décembre 2003 à l'encontre d'une chaîne de droguerie qui proposait des services de développement de photographies à un prix inférieur à ses coûts de revient. Mais le plus souvent un contentieux n'est pas nécessaire.

Dans les pays du Nord, de manière assez comparable, aucune législation spécifique relative à la vente à perte n'existe, cette pratique demeurant encadrée par les seules règles applicables aux abus de position dominante. Tel est le cas, par exemple, en Finlande², où la revente à perte est seulement susceptible d'être sanctionnée lorsqu'elle est mise en place par une entreprise détenant une position dominante sous réserve qu'elle soit de nature à entraîner une restriction de la concurrence sur le marché concerné. De façon similaire, la section 11 du *Danish competition Act* est interprétée comme prohibant la mise en place de prix d'éviction par une entreprise en situation de position dominante sur le marché concerné.

Les deux législations les plus proches du droit français sont les législations irlandaise et espagnole.

L'Irlande dispose depuis 1987 d'une législation interdisant la pratique de la revente à perte, prévue par l'article 11 du *Restrictive practices order*³. Le *Central Statistics Office* considère que cette législation a eu un

(1) § 20 de la loi du 1^{er} janvier 1999 et le § 5 indique : « Si, à la lumière de l'expérience générale, certains faits donnent à penser qu'une entreprise a exploité sa position de force sur le marché au sens de l'alinéa 4, il incombe à cette entreprise de réfuter cette impression et de clarifier ce qui, dans son secteur d'activité, a pu créer une telle impression, dans la mesure où le concurrent concerné ou une association au sens de l'article 33 ne peut le faire et où elle-même, en revanche, a toute facilité pour le faire et peut se le voir demander ».

(2) Article 7 de l'*Act on Competition Restrictions*, n° 480/1992 relatif aux abus de position dominante.

(3) Au terme duquel « ...a retailer shall not sell grocery goods (other than grocery goods whose date of minimum durability has expired) at a price that (after the deduction of the cost to the retailer of any discount or other benefit given by him on the sale of the goods), is less than whichever of the following is applicable – (a) in case charges in respect of carriage, insurance or other costs not included in the relevant invoice have to be paid by the retailer to the supplier or any other person to obtain the delivery of the goods to his premises, the amount obtained when the said charges or costs are added to the net invoice price of the goods (including value added tax), or (b) in any other case, the net invoice price of the goods (including value added tax) ».

impact important sur la distribution de détail, et a eu pour effet de réduire la concurrence, en estimant que les marges brutes des distributeurs de « *grocery products* » sont passées de 15,8 % en 1988 à 20,1 % en 1993.

Une étude menée en 2001¹ sur l'évolution de la marge brute des distributeurs durant la période 1984-1994 conclut que la mesure d'interdiction de la revente à perte serait, pour 4,6 points, à l'origine de cette croissance de la marge brute.

L'interdiction de la revente à perte a donc été discutée dans les années 1990 et le CMRG (*Competition and Merger Review Group*) avait recommandé d'abandonner cette législation.

En 2002, il a cependant été décidé de maintenir la législation en l'état, à la suite de l'intervention de différents groupes d'intérêt qui ont souligné deux aspects positifs de la législation en vigueur.

La loi aurait, d'une part, le mérite de permettre aux détaillants indépendants d'être plus compétitifs par rapport à la grande distribution. L'autorisation de la vente à perte entraînerait, d'autre part, une guerre des prix dont la conséquence inéluctable serait l'éviction de certains commerces de détail et un choix plus limité pour les consommateurs.

En Espagne, depuis 1991, la loi sur la concurrence déloyale prohibe les prix prédateurs. À l'origine, la loi n'interdisait la revente à perte que si elle était susceptible d'induire les consommateurs en erreur en ce qui concerne la réalité des prix ; si elle nuisait à l'image d'un produit ou d'un détaillant concurrent ; ou bien encore si elle relevait d'une stratégie tendant à éliminer un concurrent du marché².

Ce dispositif n'a pas eu les résultats escomptés, ce qui a justifié sa remise en question en 1996, avec l'intervention de la loi du 15 janvier 1996³ relative à l'organisation du commerce de détail. L'interdiction de principe de la revente à perte y est édictée à l'article 14⁴.

(1) A. Collin, S. Burth et K. Oustapassidis, « Below cost legislation and retail conduct : evidence from the Republic of Ireland », *British Food Journal*, 103, 9, pp. 607-622.

(2) Article 17 de la loi n° 3/1991 du 10 janvier 1991 relative à la concurrence déloyale.

(3) Loi n° 7/1996 du 15 janvier 1996.

(4) Selon lequel : « 1. Nonobstant ce qui est indiqué dans l'article précédent [relatif à la libre détermination des prix], il sera interdit d'offrir ou d'effectuer des ventes au public à perte, à l'exception des cas prévus dans les chapitres IV et V du titre II de cette loi, à moins que celui qui le fasse cherche à atteindre des prix d'un ou de plusieurs concurrents ayant la capacité suffisante d'affecter de façon significative ses ventes ou qu'il s'agisse d'articles périssables arrivant aux dates proches de leur péremption (...) / 2. Aux effets indiqués dans le point précédent, on estime qu'il y aura vente à perte lorsque le prix appliqué à un produit est inférieur à celui de l'acquisition selon la facture, déduction faite de la partie proportionnelle des remises y figurant, ou au prix de remplacement si celui-ci est inférieur au premier cité, ou au coût réel de production si l'article a été fabriqué par le commerçant lui-même, majorés des parts des impôts directs grevant l'opération. / 3. On ne tiendra pas compte, aux effets de la déduction dans le prix visé au paragraphe précédent, des rémunérations ou bonifications, quel que soit leur type, qui représenteraient une compensation pour les services rendus. / 4. Les offres conjointes ou les cadeaux offerts aux acheteurs ne devront en aucun cas être utilisés pour éviter l'application des dispositions figurant dans cet article. »

Le mécanisme est assez similaire au dispositif français : le seuil de revente à perte est le prix d'achat de la marchandise figurant sur la facture, après déduction de la part proportionnelle des rabais et ristournes y figurant. Sont, en revanche, exclues les réductions de prix correspondant à des services réalisés par les enseignes, c'est-à-dire les sommes versées au titre de la coopération commerciale.

La législation espagnole, peu éloignée de la loi française, est jugée plutôt satisfaisante par les opérateurs économiques, et son application ne s'est pas accompagnée d'une évolution à la hausse des prix à la consommation¹. Si l'on excepte des raisons dues à la structure du marché lui-même, et donc à la situation concurrentielle spécifique à l'Espagne, deux motifs sont avancés pour expliquer les résultats positifs d'une législation similaire à la loi Galland et adoptée à la même époque².

D'une part, le juge du contrat intervient pour veiller à l'application du dispositif, à la différence de la France où cette tâche est confiée au juge répressif. Le juge espagnol est donc, semble-t-il, mieux préparé à développer un raisonnement de nature économique, de sorte que le contrôle qu'il exerce est mieux adapté au cas particulier des relations industrie-commerce.

Le législateur n'a, d'autre part, pas souhaité contraindre les opérateurs à communiquer leurs conditions de vente.

La différence entre ce qui relève des services assurés par la distribution d'un côté et des réductions de prix de l'autre est peu réglementée, et il n'existe, par ailleurs, aucun dispositif relatif à la discrimination. Les négociations commerciales sont donc beaucoup plus souples, les professionnels s'accommodant de cette situation et négociant, selon les cas, à l'avant ou à l'arrière. On observe ainsi que le « maxidiscompte » négocie en trois fois net alors que les enseignes françaises présentes sur le marché espagnol utilisent la négociation de marges arrière et de promotions.

Les fournisseurs ne sont pas tenus de disposer de conditions générales de vente. Ils disposent généralement d'un tarif de base lequel inclut parfois des remises quantitatives. Les prix définitifs, les remises appliquées et les accords de coopération commerciale font l'objet de négociations appliquées et les accords de coopération commerciale font l'objet de négociations particulières avec chaque client.

Si les fournisseurs sont libres de communiquer ou non leur barème, ils exercent cette liberté dans les limites des dispositions de la loi sur la concurrence déloyale³ qui notamment proscrit la discrimination abusive comme en France.

(1) Outre les comparaisons auxquelles il est procédé *infra* et *supra*, en juin 2003, par rapport à un indice 100 pour l'Euroland, l'Espagne se situait à 95,5, soit parmi les États les moins chers, alors que la France atteignait 101,4.

(2) Voir le bulletin de l'ILEC, octobre 2003, spécial Espagne : « Régime de la revente à perte : le modèle espagnol ».

(3) Loi n° 3-1991 du 10 janvier 1991.

Progression du « maxidiscompte »

Pression concurrentielle sur la grande distribution et le commerce de proximité

Une modification du comportement des consommateurs

Le « maxidiscompte » connaît une forte dynamique de progression depuis 1996 qui s'est accélérée depuis trois ans ¹.

Cette évolution rapide s'explique pour partie par des raisons conjoncturelles. Le contexte macroéconomique des dernières années, caractérisé par un taux de croissance du PIB plus faible et une remontée du taux de chômage, peut sans doute justifier le recours croissant au « maxidiscompte ».

Mais son expansion provient également de causes plus structurelles. D'une part, la croissance constante du parc conduit, de manière presque mécanique, à l'augmentation de la pénétration de ce segment de la distribution. D'autre part, le consommateur a sans doute modifié les principaux postes de coûts de son panier. De nouveaux postes importants sont apparus, tels les abonnements aux téléphones portables, au câble, le multimédia ou les DVD, ce qui a contribué à réduire le budget consacré à d'autres formes de dépenses (alimentation, habillement...).

Enfin, il ne fait guère de doute que le consommateur trouve dans le « maxidiscompte » des repères qu'il a peu à peu perdus dans les grandes surfaces. Ces dernières ont créé, puis multiplié et enfin sophistiqué les nouveaux instruments promotionnels (NIP), pour tenter d'atténuer, au moins, l'impression de hausse des prix des produits des hypermarchés et supermarchés ressentie par les consommateurs. Ces derniers recherchent les promotions, utilisent leurs cartes de fidélité, parfois avec méfiance, mais au total ils n'utilisent pas systématiquement les avantages qui leur sont ainsi consentis et se trouvent face à une offre qu'ils jugent complexe et trop diversifiée.

Face à cette évolution, outre ses atouts traditionnels (prix et temps), le « maxidiscompte » répond mieux aux attentes des consommateurs. Il propose, en général, un prix net, sans promotion, aisément lisible, et facilite le choix du consommateur par la composition et l'organisation claire de son offre.

Le magasin a une proximité d'accès supérieure et permet un choix réduit mais rapide. Pour schématiser, le consommateur perdu dans les allées des hypermarchés lointains et surchargés d'offres promotionnelles qui lui donnent l'impression d'être manipulé se retourne vers la simplicité.

(1) Voir p. 43.

La percée du « maxidiscompte » inquiète à la fois la grande distribution et les fournisseurs de produits de marque

La grande distribution perçoit dans la montée en puissance du « maxidiscompte » une menace qui lui fait craindre une évolution similaire à celle du commerce de détail en Allemagne. La situation concurrentielle y est comparable, même si la concentration du secteur est inférieure à celle observée en France ¹. Le cadre réglementaire, s'agissant de l'urbanisme commercial, est, il est vrai, plus souple ².

Or, en Allemagne, la part de marché du « maxidiscompte » excède 30 % depuis plusieurs années pour 30 % des surfaces de vente. Les distributeurs sont soumis, en particulier depuis 1999, à une intense concurrence par les prix menée par les « maxidiscomptes ». L'existence de facteurs propres à l'Allemagne qui expliqueraient ce succès n'est pas démontrée. D'une part, contrairement à une idée reçue, la part de l'alimentaire n'est pas plus faible dans le budget des ménages allemands ³. D'autre part, les « maxidiscomptes » y proposent, de plus en plus, des assortiments de marques nationales.

Le spectre d'une évolution sur le modèle allemand inquiète donc la grande distribution française. Sur un marché caractérisé par une forte pénétration de la grande distribution, les parts de marché conquises par le « maxidiscompte » correspondent à une perte des hypermarchés et des supermarchés : une concurrence interformat remplacerait peu à peu une concurrence intraformat.

Le bouleversement des rapports de force à attendre des succès du « maxidiscompte » doit toutefois être relativisé pour une raison principale : aujourd'hui, la part de marché des enseignes de « maxidiscompte » qui sont des filiales des grands opérateurs du marché reste prépondérante ⁴.

Mais la grande distribution craint néanmoins la régression des parts de marché de ses formats classiques. Pour résister, elle a augmenté la présence de premiers prix et de MDD sur ses linéaires, en vue de conserver sa clientèle.

Un cercle vicieux peut naître : cette politique diminue la marge de la grande distribution qui doit compenser en exigeant davantage de coopération commerciale, et donc de marges arrière des marques.

(1) Les cinq premiers groupes de distribution (Metro, Rewe, Edeka-Ava, Aldi et Tengelmann) représentent environ 65 % du marché.

(2) Il est également plus complexe puisque la réglementation est à la fois locale et fédérale. Mais, en schématisant, les commerces de détail peuvent s'implanter sans demande particulière en deçà de 700 m² de surface.

(3) Cette part était même de 22 points en Allemagne en 1996 contre 18 en France au milieu des années 1990 (*source* : AC Nielsen 1996 pour l'Allemagne, et enquête INSEE BDF 1995 pour la France).

(4) Environ 2/3 de la part de marché des « maxidiscomptes » sont réalisés par les filiales de grandes enseignes (Ed pour le groupe Carrefour, Leaderprice pour le groupe Franprix ou Netto pour Intermarché).

En résumé, l'augmentation des marges arrière a favorisé l'expansion du « maxidiscompte », à laquelle les grandes enseignes répondent par une stratégie qui aboutit à les augmenter de nouveau.

Aujourd'hui, la stratégie des grandes enseignes s'infléchit. Elles affirment, d'une part, avoir pour priorité l'amélioration de leur positionnement sur le prix et le gain de parts de marché dans les hypermarchés français¹. D'autre part, les grandes enseignes testent de nouvelles formules d'« hyperdiscount » en vue de résister au succès du « maxidiscompte ». Ces expériences consistent, dans des grandes surfaces, à offrir pour l'essentiel des premiers prix et des MDD², dans une approche qui a pour objectif de diminuer la place des marques nationales dans les rayons ainsi que leur nombre. Enfin, elles n'ont pas renoncé à la concurrence par les prix, comme en témoignent la naissance et la multiplication, ces dernières années, des nouveaux instruments promotionnels (NIP).

« Maxidiscompte », grandes marques et MDD

Le total des marques sur le marché des PGC a représenté, sur le deuxième trimestre 2004, environ 76 % du chiffre d'affaires des hypermarchés et supermarchés, contre 77,4 % en 2003 et 78 % en 2002. En cumul annuel glissant, les évolutions sont résumées par le tableau ci-dessous.

Part de marché des marques sur les grandes catégories	2002	2003	Cumul annuel glissant au 2 ^e trimestre 2004
Total PGC et frais	77,7	77,2	76,8
Épicerie :	80,7	80,4	80,1
– salée	76,2	75,7	75,4
– sucrée	84,7	84,5	84,2
Liquides	82,8	82,9	82,9
PLS Poids fixe	69,8	68,7	68,1
DPH	83,4	83,1	82,7

Source : panel distributeurs Iri Secodip/ILEC

Cette érosion des parts de marché des marques accompagne l'augmentation de leurs prix provoquée par la croissance de la coopération commerciale. Sur le deuxième trimestre 2004, l'ensemble des marques est

(1) Par exemple, la conférence de presse de M. Bernard, PDG de Carrefour, le mercredi 1^{er} septembre 2004 lors de l'annonce de ses résultats semestriels.

(2) Le groupe Carrefour a ainsi converti un magasin de 5 800 m² en « Carrefour économique » à Saint-Denis ; le groupe Auchan a, pour sa part, créé l'enseigne « La Halle d'Auchan », de petits hypermarchés concentrés à 90 % sur l'alimentaire, et Casino ouvre des « discount Casino ».

à un indice 112,3, contre 109,6 au troisième trimestre 2003 ¹. En cumul annuel glissant, sur la même période, l'indice passe de 108,3 à 111.

En parallèle de cette évolution, les MDD représentent, sur le marché des PGC, sur le deuxième trimestre 2004, environ 24 % du chiffre d'affaires des hypermarchés et supermarchés, contre 22,6 % en 2003 et 22 % en 2002. L'indice de prix moyen des MDD passe de 76,3 au troisième trimestre 2003 à 72,7 au deuxième trimestre 2004. Autrement dit, alors que les marques nationales voient diminuer leur part de marché, l'écart de prix entre elles et les MDD se creuse : il passe de 33,3 au troisième trimestre 2003 à 39,6 au deuxième trimestre 2004. L'ensemble des marques est pénalisée mais, parmi elles, ce sont les marques « *challengers* » qui sont les plus menacées par l'expansion des MDD.

Au total, l'inflation des marges arrière payées par les fournisseurs au titre de la coopération commerciale a eu pour conséquence paradoxale de financer l'expansion des MDD qui contribue à réduire leurs parts de marché tout en justifiant une nouvelle hausse des marges arrière...

Il résulte de tout ce qui précède que, sur la période la plus récente, les grands opérateurs ont perçu le danger de la préservation, à tout prix, de l'équilibre né à la suite de l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1996, tout en ayant des difficultés à y renoncer. Le mécanisme des marges arrière et le développement de la coopération commerciale constituent un piège confortable dont il est difficile de s'extraire alors qu'on n'est pas certain d'en avoir épuisé tous les avantages. Aucun professionnel n'est prêt à consentir, seul, un effort pour renoncer à l'équilibre qui a été décrit, sous peine de voir ses concurrents continuer, encore un peu, à en percevoir les fruits à sa place.

Ces constatations expliquent sans doute l'insistance avec laquelle les professionnels s'opposent à toute modification du dispositif actuel.

(1) Base 100 : tous produits PGC.

Conclusion de la première partie

Le diagnostic ainsi dressé montre que le consommateur a été la victime d'un mécanisme dont l'un des facteurs déterminants est le mode de fixation du SRP. Il est donc logique qu'aujourd'hui l'objectif final d'une intervention des pouvoirs publics soit de créer, de nouveau, les conditions d'une concurrence par les prix entre les distributeurs.

La loi paraît cependant condamnée, depuis 1963, à ne s'approcher qu'imparfaitement d'une définition du SRP idéal. Le législateur est, sans doute, confronté à des objectifs qui ne convergent pas toujours : amélioration du pouvoir d'achat des consommateurs, perfectionnement du savoir-faire et modernisation de la grande distribution française, régulation des rapports entre fournisseurs et distributeurs, et préservation du commerce de proximité et de réseaux de distribution différenciés. D'autres impératifs seraient à prendre en compte : maintien de l'emploi, compétitivité internationale des groupes de distribution et protection des PME.

Le législateur a également renoncé, très tôt, à prendre en compte les frais généraux des revendeurs : la définition du SRP s'est toujours appuyée non pas sur le prix de revient mais sur un prix d'achat effectif. L'approche économique du SRP avait été écartée en 1963 puis en 1986 au motif que l'incrimination aurait dépendu de considérations variables et incertaines qui auraient mis le juge en difficulté.

Deux raisons principales, que l'on peut ici résumer, expliquent les difficultés rencontrées par l'intervention publique.

En premier lieu, les pouvoirs publics dont la préoccupation est, aujourd'hui, de rétablir un équilibre plus favorable au consommateur, sont au croisement de deux questions complexes : celle des relations verticales entre distributeurs et fournisseurs, d'une part, et celle du mouvement horizontal de concentration entre les distributeurs, depuis les années 90, d'autre part. Ces deux aspects sont liés et expliquent l'évolution des rapports de force sur la période récente : le prix à payer pour accéder au linéaire et pour éviter le déréférencement est très élevé, compte tenu du risque encouru, en termes de chiffre d'affaires et de marge, pour le fournisseur. Si le mouvement de concentration dans la grande distribution devait se poursuivre, et si les barrières à l'entrée devaient être maintenues, il sera impossible, pour le législateur, de continuer à tenter de réguler un secteur par la seule réglementation des contrats entre fournisseurs et distributeurs.

Par le degré de concentration qu'ils ont atteint, à l'abri de toute menace de nouveaux entrants, les grands référenceurs nationaux placent leurs fournisseurs dans une position de vulnérabilité que le législateur peut difficilement corriger en modifiant seulement le dispositif relatif à la revente à perte. En amont de la problématique des rapports distributeurs-fournisseurs, se trouve celle de la concentration dans la grande distribution dans un marché national protégé par des barrières à l'entrée, qui implique une réflexion sur son contrôle.

En deuxième lieu, le bilan de la réglementation relative aux relations entre l'industrie et le commerce est contrasté. Dans ce secteur, l'interrogation sur l'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics revient constamment en raison de la difficulté d'établir des règles qui ne soient pas vite obsolètes compte tenu de la faculté des opérateurs à les contourner assez rapidement. La référence aux remises dont le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation a produit des dysfonctionnements : les négociations entre fournisseurs et distributeurs portaient moins sur les produits, les conditions de vente ou les services réciproques que sur le caractère conditionnel ou inconditionnel de telle remise ou ristourne et sur leur présence sur la facture d'achat. Les fournisseurs soupçonnaient leurs clients de tenter de justifier des prix anormalement bas tandis que ces derniers craignaient les prix *minima* déguisés, et le prix effectif d'achat était devenu un sujet de contentieux. Après la réforme de 1996, l'amélioration de l'application de l'interdiction de la revente à perte a eu, on l'a vu, pour contrepartie, permise plus que provoquée par la législation, l'expansion des marges arrière dans la grande distribution alimentaire, et, au final, une situation défavorable au consommateur. À vrai dire, il convient sans doute moins de dénoncer l'inefficacité de la législation que de constater la vive capacité des professionnels à l'instrumentaliser et à l'exploiter au mieux de leurs intérêts. Fournisseurs et distributeurs cherchent constamment à réduire, autant que possible, l'impact de la législation sur leur activité, alors même qu'ils ont pu eux-mêmes réclamer certaines évolutions. L'examen du secteur laisse apparaître l'imagination et l'habileté qu'ils déploient, parfois de concert, pour échapper à ce qui leur paraît défavorable dans la réglementation applicable. Les fréquentes adaptations de la législation, souvent dans le sens d'un encadrement plus strict, se heurtent donc régulièrement aux innovations introduites par les opérateurs pour retirer des avantages inattendus d'un environnement réglementaire qui continue de produire des effets qui n'étaient pas escomptés.

La distribution est un secteur politiquement et économiquement sensible pour lequel les pouvoirs publics sont soumis à de fréquentes revendications des opérateurs. Toutefois, sur longue période, la réglementation paraît ne jouer qu'un rôle marginal dans les mutations profondes qu'il a subies¹ de sorte que l'intervention publique donne le sentiment d'avoir souvent un temps de retard par rapport à ces évolutions. Pour infléchir une situation née de rapports de force, le législateur intervient et y

(1) Voir J. Lubeck et J.-L. Schneider, « Le secteur de la distribution en France », in CAE, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, p. 47.

parvient avec plus ou moins de succès mais, très vite, un nouvel équilibre se constitue de nouveau. Par ailleurs, l'intervention de l'État est soumise à l'incertitude qui pèse sur l'évolution à moyen/long terme de la distribution. En 1996, le législateur n'avait pu anticiper la tendance à la concentration du secteur qui a eu pour résultat de renforcer le pouvoir de la grande distribution sur ses fournisseurs. Aujourd'hui, il est tout aussi difficile de prévoir le mouvement général du secteur, le comportement de ses principaux acteurs ou l'irruption éventuelle de nouveaux opérateurs. Dans ces conditions, compte tenu de l'importance du secteur de la distribution pour la performance économique globale, assouplir la réglementation pour privilégier les gains d'efficacité et les avantages pour les consommateurs semble être la voie à emprunter pour la réformer.

Deuxième partie

Propositions

Les propositions du groupe se déclinent selon des objectifs distincts ; elles offrent des options aux pouvoirs publics et peuvent se combiner entre elles selon des modalités qui prennent en compte la nécessité d'une application mesurée et progressive. Elles consistent à :

- renforcer le dispositif administratif et judiciaire de mise en œuvre de la réglementation ;
- assainir les relations commerciales ;
- abaisser les prix par un retour aux lois du marché ;
- abaisser les prix par un aménagement du SRP ;
- agir sur le niveau de concentration de la distribution.

Renforcer le dispositif d'application

Depuis l'intervention de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, coexistent la répression pénale d'infractions visées aux articles L. 441-6 et L. 441-3 du Code de commerce ¹ et la possibilité d'engager la responsabilité civile de « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers », auteur de pratiques illicites relevant de l'article L. 442-6 du même code.

Au terme des travaux du groupe, il apparaît qu'il serait, en toute hypothèse, impératif de renforcer l'application de ce dispositif, de sorte que, quelle que soit l'option retenue, aucune réforme ne saurait se dispenser d'un effort intense pour améliorer l'efficacité des procédures existantes.

Un certain nombre de mesures sont proposées afin que soient renforcées tant les actions civiles engagées dans les relations entre fournisseurs et distributeurs, que la répression pénale de pratiques illicites résultant de ces mêmes relations.

Ces mesures supposent aussi une adaptation des méthodes d'enquête et de l'appareil judiciaire.

Enfin, une modification des textes devrait permettre de sanctionner plus efficacement l'abus de puissance d'achat ou de vente ainsi que les pratiques anticoncurrentielles dans les rapports entre industrie et commerce.

Rendre plus efficace le recours au juge

Rendre les procédures civiles plus efficaces

Au vu des remarques générales faites par de nombreux opérateurs, sur les délais, les moyens et les sanctions, il est indispensable que la

(1) Les dispositions de l'article L. 441-6 concernent les relations commerciales entre « producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur » et « acheteur de produit ou demandeur de prestations de services » ; les dispositions de l'article L. 441-3 concernent la facturation.

saisine du juge et le déroulement de la procédure soient accélérés et que les modalités de la réparation soient adaptées aux enjeux économiques.

Accélérer les procédures

Les délais dans lesquels interviennent les décisions juridictionnelles ont été fortement critiqués. Si cette question n'est pas spécifique aux contentieux de nature économique, elle est particulièrement sensible en ces matières. Il doit et il peut être répondu à cette préoccupation des opérateurs par différentes mesures reposant, d'une part, sur l'adaptation de la procédure de référé, d'autre part, sur l'utilisation systématique de techniques procédurales propres à raccourcir les délais.

Les conditions du recours au juge des référés peuvent être adaptées. Dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques, s'agissant de la compétence du juge des référés, l'article L. 442-6 IV dispose que « le juge des référés peut ordonner la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure provisoire ». Toutefois, comme sous l'empire de la législation précédente, ce texte n'écarte pas expressément l'obligation pour le juge des référés de se conformer aux règles générales de cette procédure telles qu'elles sont définies par les articles 808 et 809 du nouveau Code de procédure civile, ou par leurs équivalents en matière commerciale, les articles 872 et 873 de ce même code. Le prononcé de mesures conservatoires suppose donc, soit la constatation de l'urgence, soit celle du risque de survenance d'un dommage imminent, soit celle de l'existence du trouble manifestement illicite.

Cette appréciation de l'existence du trouble manifestement illicite peut s'avérer délicate dans les matières économiques où la complexité des relations en cause peut rendre l'illicéité « moins » manifeste que le requiert le prononcé des mesures conservatoires.

Ceci peut expliquer que les juges aient pu manifester une certaine réserve dans l'application de la procédure des référés aux actions fondées sur des pratiques restrictives malgré la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, rappelant à cet égard les conditions « classiques » de prononcé d'une mesure conservatoire, a indiqué que l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle à ce que le juge des référés prescrive les mesures qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite¹, l'office du juge lui imposant d'analyser les éléments de preuve soumis à son appréciation pour établir l'existence soit du dommage imminent, soit du trouble manifestement illicite.

Dans ces conditions, afin d'adapter la procédure de référés à ce type de contentieux, le groupe préconise de reformuler les dispositions de l'article L. 442-6 IV de la manière suivante : « Pour les actions engagées sur le fondement de l'article L. 442-6 I, le juge des référés peut ordonner la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure

(1) Cass. Com. 30 janvier 1996, pourvoi n° 94-14 314, arrêt n° 194.

provisoire, sans avoir à constater que sont remplies les conditions posées par les articles 808 et 809 du nouveau Code de procédure civile ou 872 et 873 de ce même code. »

Par ailleurs, il est possible de systématiser l'examen au fond à bref délai des dossiers portant sur cette matière, y compris ceux qui ont fait l'objet de décisions du juge des référés en utilisant des techniques procédurales existantes. Tel est le cas notamment du mécanisme dit de la « passerelle », qui permet au juge des référés de renvoyer immédiatement l'affaire dont il est saisi au fond. En outre, l'article L. 442-6-IV devrait permettre d'introduire, d'instruire et de juger de telles actions selon la procédure à jour fixe et selon des délais brefs fixés par avance. Cette procédure, prévue de manière générale par les articles 789 et suivants du nouveau Code de procédure civile, mais revêtant un caractère dérogatoire, doit être au contraire la règle en cette matière. Elle exige des demandeurs à l'action, et de leurs conseils, qu'ils soient eux-mêmes « prêts » pour la faire juger rapidement, dans la mesure où le dossier de procédure doit être complet dès que l'action est engagée, en raison de l'obligation de joindre les pièces et donc les éléments de preuve, à l'assignation et de l'absence de mise en état et de la fixation par le juge d'une date de plaidoiries dès le stade de l'assignation. S'agissant d'actions fondées sur des rapports entre professionnels, ces techniques procédurales sont parfaitement adaptées et pertinentes. Elles ont fait leurs preuves tant en matière boursière qu'en matière de concurrence.

Faciliter l'action en réparation par l'inversion de la charge de la preuve

Au cours des auditions, a également été soulignée la difficulté pour les acteurs lésés de rapporter la preuve des pratiques restrictives de concurrence.

Dans ce cadre, il serait possible d'envisager, pour ce contentieux, un renversement de la charge de la preuve. Il appartiendrait au distributeur de prouver qu'il a rendu un service commercial ou que le prix des services mentionnés dans un contrat de coopération commerciale n'est pas disproportionné par rapport à la valeur des services effectivement fournis.

Le caractère très élevé des marges arrière, qui peuvent atteindre parfois 60 %¹ du prix justifierait une telle réforme.

À cette fin, il faudrait modifier les termes de l'article L. 442-6 I 2°. Un même renforcement pourrait être envisagé pour les autres pratiques visées à l'article L. 442-6.

(1) Voir p. 35.

Améliorer la réparation des préjudices et en faire un outil de dissuasion

L'évaluation des dommages-intérêts doit être plus proche de la réalité économique. À partir des éléments fournis par les parties, la motivation des décisions doit à cet égard être plus explicite. La réparation doit prendre en compte la particularité du préjudice économique et explorer à cet égard la notion de préjudice potentiel. Une méthodologie de l'évaluation du préjudice subi dans l'exercice de la concurrence du fait de pratiques restrictives devrait être mise à l'étude et rendue praticable pour le juge, sans que le recours à l'expertise s'impose nécessairement, sous réserve des cas les plus difficiles. Dans cette hypothèse du recours à l'expert, la méthode de celui-ci devrait également être normalisée, précisée et transparente.

En outre, une autre voie peut être explorée : motivé par la volonté de sanctionner, le juge pourrait tenir compte de la gravité de la faute commise par l'entreprise auteur de la pratique illicite et prononcer alors des dommages-intérêts allant au-delà du préjudice subi. Cette seconde approche, assurément délicate car remettant en cause le principe de la réparation intégrale, aurait néanmoins l'avantage de contribuer à vaincre la résistance de certains opérateurs à engager des actions en réparation. Elle remplit au surplus une fonction dissuasive. Ces dommages-intérêts punitifs sont présents dans des législations étrangères et leur introduction dans ce type d'actions en responsabilité pourrait constituer un champ d'observation approprié. Dans le même esprit, des dispositions législatives pourraient explicitement inciter le juge à restituer à la victime, à titre de peine privée, les profits illicites tirés des agissements prohibés, comme l'a parfois fait la jurisprudence en matière de discriminations.

Participe du même processus de dissuasion l'instauration d'un principe de publication obligatoire au BOCCRF pour toutes les décisions prononcées en matière de pratiques commerciales abusives.

S'agissant des amendes civiles prévues par l'article L. 442-6 du Code de commerce, la réitération des pratiques pourrait conduire au prononcé d'une « sanction aggravée ». En pratique, ce mécanisme pourrait être mis en place à partir de la consultation d'un fichier regroupant l'ensemble des amendes civiles prononcées sur le territoire.

Rendre les procédures pénales plus efficaces

La voie pénale peut, elle aussi, être améliorée par l'adaptation de la législation aux infractions économiques et par le renforcement de son caractère exemplaire, tandis que la coopération des administrations peut permettre de mobiliser le dispositif existant grâce à une approche commune.

L'adaptation du dispositif pénal est de nature à accélérer les procédures

Plusieurs voies peuvent être explorées, qui vont dans le sens d'une accélération et d'une simplification des procédures.

D'abord, il peut être envisagé d'étendre aux agents de la DGCCRF les pouvoirs de convocation du prévenu conférés, sur instruction du procureur, aux officiers de police judiciaire. Cette habilitation spéciale, qui constituerait indéniablement un gain de temps important, permettrait un traitement en temps réel de certaines procédures.

Ensuite, il serait possible d'étendre la procédure de l'ordonnance pénale¹ aux infractions prévues par le livre IV du Code de commerce, de sorte que cette procédure simplifiée pourrait être mise en œuvre par le procureur lorsque l'infraction a un caractère formel et que les faits paraissent établis (inexistence de contrat de coopération commerciale, défaut de facture ou encore, dans certains cas, le délit de revente à perte).

Enfin, la composition pénale, qui constitue une alternative aux poursuites², pourrait être étendue à ce type d'infractions sous réserve de deux adaptations que sont, d'une part, son extension aux personnes morales qui n'entrent pas dans le champ actuel d'application de ce texte, et, d'autre part, la possibilité qu'un agent de la DGCCRF puisse porter à la connaissance du prévenu la proposition de composition pénale du procureur qui, si elle est acceptée et exécutée, met fin aux poursuites.

Augmenter le caractère dissuasif des amendes

En dehors de l'amende pour revente à perte, qui peut excéder 75 000 €, deux autres infractions pénales ont trait aux règles de facturation et au formalisme du contrat.

Dans le premier cas³, l'amende est de 75 000 € pour la personne physique, auteur de l'infraction et son montant peut être porté à 50 % de la somme facturée ou celle qui aurait dû être facturée. Pour une personne morale, l'amende est égale au quintuple de son montant nominal, soit 375 000 €⁴, et peut être portée au quintuple de la moitié de la somme facturée ou de celle qui aurait dû l'être.

(1) Procédure simplifiée pour les contraventions pénales et certains délits par laquelle le tribunal de police décide, par ordonnance pénale, de condamner ou non l'auteur de la contravention à une amende, sans que celui-ci comparaisse devant le tribunal. En cas de condamnation, l'intéressé a trente jours pour s'acquitter du montant de l'amende ou faire opposition à la décision, afin de présenter ses moyens de défense devant le tribunal.

(2) Pour certaines infractions, le ministère public (parquet) peut proposer à l'auteur d'exécuter une ou plusieurs obligations. Il s'agit, par exemple, du versement d'une amende dite « de composition », du suivi d'un stage ou d'une formation. L'exécution des obligations met fin aux poursuites pénales.

(3) Article L. 441-3 du Code de commerce.

(4) Article 131-38 du Code pénal.

Dans le second cas ¹, notamment lorsque le contrat de coopération commerciale n'existe pas ou que sa conclusion est postérieure au service rendu, l'amende s'élève à 15 000 € pour les personnes physiques et son montant est porté à 75 000 € pour les personnes morales.

Si les montants des amendes encourues, rarement atteints, peuvent paraître suffisants, l'exemplarité des sanctions serait néanmoins renforcée, à l'instar de la proposition faite pour les décisions prononcées en matière civile, par l'instauration d'un principe de publication obligatoire au BOCCRF pour toutes les décisions civiles et pénales prononcées en matière de pratiques commerciales prohibées.

Mettre en œuvre une politique pénale fondée sur la coopération des administrations

Dans la perspective de mise en œuvre d'une politique pénale efficace, la direction des affaires criminelles et des grâces et la DGCCRF se sont rapprochées, pendant les travaux du groupe, en vue de rédiger une circulaire conjointe.

Il est ainsi envisagé de :

- privilégier et systématiser la saisine, prévue par l'article 704 du Code de procédure pénale, des juridictions spécialisées ;
- rappeler les modes de poursuite ;
- insister sur la visibilité et l'exemplarité des délais de jugement dans cette matière ;
- mentionner les protocoles de travail en commun élaborés entre les parquets et les services de la DGCCRF dans certains départements ;
- et renvoyer au guide méthodologique conçu par la DGCCRF.

Dans le même esprit, le nombre de détachements d'agents des services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes auprès des juridictions, en tant qu'assistants spécialisés ², devrait être augmenté.

Rationaliser les modes d'intervention de la DGCCRF

La DGCCRF a indiqué vouloir réorienter la méthodologie des enquêtes menées par ses services de manière à aborder désormais successivement, et au plan national, chacune des enseignes de la grande distribution, en « passant au crible » l'ensemble des composantes de ses comportements avec ses fournisseurs. Jusqu'à présent, elle procédait à des contrôles répartis sur l'ensemble du territoire national au risque d'une certaine dispersion de ses efforts et d'une perte d'efficacité dans les poursuites.

(1) Article L. 441-6 alinéa 5 du Code de commerce.

(2) Selon le mécanisme prévu par l'article 706 du Code de procédure pénale, qui autorise un tel détachement pour une période de trois ans renouvelables.

Le contrôle devrait notamment porter sur le respect des règles de facturation, l'existence et le contenu de contrats de coopération commerciale, les retards de paiement, les relations avec certains partenaires spécifiques (PME et producteurs agricoles) et les dispositions plus générales de l'article L. 442-5, telles que l'abus de puissance d'achat ou de relation de dépendance.

Dans ce schéma, les interventions massives, menées par des équipes spécialisées, à la fois chez les distributeurs, mais aussi sur un panel de fournisseurs pour compéter et corroborer les éléments recueillis, permettront d'améliorer la qualité des dossiers et leur rapidité de traitement, et par voie de conséquence, l'efficacité de l'action judiciaire de ces services. Le réseau des différentes directions départementales de la DGCCRF serait pleinement associé à la conduite de ces vérifications, qui seraient pilotées au plan central par la nomination d'un « responsable national d'enquête ».

Adapter l'organisation des juridictions au traitement du contentieux économique

La technicité des procédures en cause impose une amélioration des aptitudes des juridictions et suppose qu'elles soient traitées par des juges formés à appréhender avec pertinence les relations entre industrie et commerce.

Une spécialisation des juridictions dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence est indispensable à la restauration de l'efficacité du dispositif légal et pourrait être envisagé sur le modèle de l'article L. 420-7 du Code de commerce qui, dans le cadre de l'application du droit communautaire de la concurrence, prévoit une attribution « selon le cas aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont la liste est fixée par décret ».

Un décret en préparation pourrait fixer la liste des juridictions qui seraient spécialisées pour l'application des articles L. 420-1 à L. 420-5 et prévoir une extension de leur compétence au titre IV du Code de commerce.

Une juridiction de première instance par ressort de cour d'appel permettrait de regrouper le contentieux civil et pénal au sein d'une même juridiction ¹.

La mise en œuvre d'une telle orientation impliquerait cependant d'assurer la formation des magistrats y siégeant et d'en prévoir les moyens de fonctionnement.

(1) La spécialisation des juridictions retenue au pénal est, en effet, une juridiction par ressort de cour d'appel.

Cette spécialisation au niveau de la première instance pourrait être étendue à la procédure d'appel et être effectuée :

- au niveau de la cour d'appel de Paris ¹ ;
- et, à défaut, sur le modèle des juridictions interrégionales spécialisées en matière pénale, au niveau des cours d'appel correspondantes.

L'article 704 du Code de procédure pénale ouvre la voie à ce dispositif, qui requiert toutefois l'adoption de mesures d'application.

Améliorer la possibilité de sanctionner l'abus de puissance d'achat ou de vente

L'abus de puissance d'achat ou de vente figure, depuis l'intervention de la loi NRE, à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, selon lequel : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) b) d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. »

La notion de « puissance d'achat ou de vente » a été cernée par la jurisprudence. Le Conseil de la concurrence a ainsi assimilé la puissance d'achat des distributeurs à un « fort pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs » ². La Commission européenne a, pour sa part, retenu que « la puissance d'achat confère (...) à une entreprise commerciale une influence considérable sur le choix des produits mis sur le marché, c'est-à-dire ceux que le consommateur peut acheter. Des produits qui ne sont pas achetés par une entreprise disposant d'une forte puissance d'achat n'ont pratiquement aucune chance d'atteindre le consommateur final, dans la mesure où pour le fournisseur les autres débouchés sont rares. » ³

L'« abus » de puissance d'achat ou de vente est cependant beaucoup plus difficile à appréhender. La CEPC a, il est vrai, récemment énoncé que certaines pénalités pour retard de livraison imposées au fournisseur par un distributeur dans ses conditions générales d'achat relèvent de l'abus de puissance d'achat s'il s'agit d'une sanction disproportionnée et brutale des défaillances du fournisseur ⁴. Le juge reste cependant dans l'incertitude dès lors qu'il s'agit, pour lui, de caractériser ce qui peut être regardé comme abusif dans une pure négociation commerciale.

La réponse à cette difficulté réside dans une définition plus précise de l'abus de puissance d'achat ou de vente. Le législateur pourrait

(1) La cour d'appel de Paris est d'ailleurs exclusivement compétente pour trancher les décisions du Conseil de la concurrence qui font l'objet d'un recours.

(2) Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe Seb.

(3) Décision de la Commission du 3 février 1999 dans l'affaire Rewe c/Meinl concernant le secteur de la grande distribution sur les marchés de l'approvisionnement.

(4) Avis n° 04-04 du 7 juillet 2004.

ainsi énumérer, de manière non limitative, à partir des pratiques généralement constatées, les éléments constitutifs de tels abus, pour guider le juge en la matière.

Saisir plus systématiquement le Conseil de la concurrence

Dans l'état actuel de la législation, la négociation d'importantes marges arrière non répercutables aux consommateurs et l'alignement des grands distributeurs sur le seuil de revente à perte pour les produits de grandes marques a pour effet de limiter la concurrence intramarque entre les grands distributeurs.

Mais cette pratique a également pour effet de faciliter la collusion entre les fournisseurs concurrents. Dès lors, en effet, que chacun d'entre eux sait que les grands distributeurs revendront les produits concurrents des siens au seuil de revente à perte, c'est-à-dire, dans les faits, au prix de barème des fournisseurs de ces produits, chacun des fournisseurs peut observer dans des conditions de grande transparence le prix de ses concurrents en constatant les prix pratiqués par les grands distributeurs sur les produits de ses concurrents.

Dans ces conditions, toute tentative d'un fournisseur de produit de grande marque visant à diminuer son prix de barème se traduira par la baisse du seuil de revente à perte de son produit et par la baisse immédiate du prix de revente de ses produits chez les distributeurs. Les concurrents du fournisseur seront donc en mesure de détecter très facilement les velléités de concurrence du fournisseur et, par conséquent, de mettre en œuvre des mesures de rétorsion en baissant eux-mêmes leurs prix de barème. Dans cette circonstance, toute tentative de faire jouer la concurrence par les prix sera vouée à l'échec de telle manière qu'une entente anticoncurrentielle tacite ou explicite existera entre les fournisseurs.

Aussi, il n'est pas certain que les fournisseurs et les producteurs de produits de grande consommation de marque soient simplement les « victimes » des demandes des distributeurs visant à faire porter la négociation commerciale principalement ou exclusivement sur les marges arrière. Les fournisseurs de produits de grande marque ont en effet aussi un intérêt à un système de négociation qui leur permet tacitement ou explicitement de limiter la concurrence par les prix entre eux. Ce sont les consommateurs qui sont finalement les victimes d'un système qui assure des marges supracompétitives tant aux fournisseurs qu'aux distributeurs.

Ainsi la séparation entre pratiques relevant de la négociation commerciale bilatérale entre fournisseurs et distributeurs et pratiques anticoncurrentielles est-elle moins nette qu'il ne semble *a priori*. La négociation dans certaines professions de marges arrière importantes peut refléter l'existence d'une entente tacite ou explicite entre fournisseurs et distributeurs pour éliminer la concurrence sur les prix entre eux. Le Conseil de la concurrence a déjà eu à condamner des pratiques anticoncurrentielles de cette nature dans le secteur des caulettes.

Il apparaît cependant que le Conseil de la concurrence n'est que rarement saisi des conditions dans lesquelles la négociation entre producteurs et distributeurs pour certains produits aboutit à des taux de marges arrière très importants et une faible concurrence sur les prix entre les distributeurs.

Il serait à cet égard souhaitable que l'autorité de concurrence soit saisie de façon systématique des conditions de fonctionnement des marchés pour lesquels le montant des marges arrière est important (par exemple, des secteurs pour lesquels le montant de ces marges est supérieur à 15 %) et la concentration des fournisseurs substantielle afin qu'il puisse établir si cet état de fait provient d'une collusion anticoncurrentielle tacite ou explicite entre les fournisseurs et/ou les distributeurs sur ces marchés.

Renforcer le rôle de la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC)

Élargir les compétences de la CEPC

Le champ d'action de la CEPC (instaurée par l'article 51 de la loi du 15 mai 2001 dite NRE) est très spécifique puisque l'article L. 440-1 alinéas 3, 7 et 8 lui confie la mission de rendre des avis et de formuler des recommandations. Elle est, en outre, chargée d'observer les documents commerciaux et publicitaires et les pratiques concernant les relations commerciales ainsi que les contrats conclus entre producteurs, fournisseurs et revendeurs.

Ainsi, pourvu qu'elle soit saisie¹ ou qu'elle se saisisse d'office, la commission peut rendre des avis sur tout ce qui touche aux relations entre fournisseurs et distributeurs.

L'efficacité et l'autorité morale de la CEPC ne seront garanties que si ses missions et ses pouvoirs sont renforcés.

Son rôle préventif serait mieux assuré si elle pouvait être saisie par un juge afin d'éviter une possible divergence entre les décisions prises par les juridictions et les avis rendus par la commission. Il pourrait également lui être donné la possibilité de rendre public ses avis de sa propre initiative et sans aucune restriction.

(1) La commission est saisie par le ministre chargé de l'Économie, le ministre chargé du secteur de l'Économie concerné, le président du Conseil de la concurrence et toute personne morale (organisations professionnelles, associations de consommateurs, chambres d'agriculture) ainsi que tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale (article L. 440-1 alinéa 4).

Par ailleurs, la CEPC constitue un rouage important de la régulation des relations entre les fournisseurs et les acteurs de la grande distribution. Or, son action est actuellement entravée par certaines imperfections des textes qui la gouvernent.

Trois éléments de réforme sont suggérés.

En premier lieu, pour remédier à des saisines dont l'objet est très éloigné des objectifs ayant présidé à la création de la CEPC, il conviendrait de réformer le quatrième alinéa de l'article L. 440-1 de la manière suivante : « La commission a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel ou commercial, et les pratiques concernant les relations entre [d'une part] les producteurs ou fournisseurs et [d'autre part] les revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis des membres. »¹ C'est dire que la CEPC ne doit traiter que des relations verticales entre les opérateurs économiques.

Pour limiter, en deuxième lieu, les difficultés liées à la réunion du quorum requis, l'article 8 du décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 devrait prévoir que « les décisions de la commission ne peuvent être adoptées que par la moitié de ses membres présents plus un »².

En vue, en dernier lieu, de faciliter l'action de la CEPC lorsqu'elle est saisie de contrats comportant pour partie des clauses anti-concurrentielles, il serait possible d'ajouter un alinéa à l'article L. 440-1 pour prévoir que « la commission peut saisir le Conseil de la concurrence pour avis concernant les affaires dont elle est saisie et qui sont susceptibles, pour partie, de porter atteinte à la concurrence au sens des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. L'avis du Conseil de la concurrence lie la Commission. »

Créer une section de sanction

L'idée est de prévoir une répression administrative des pratiques commerciales restrictives de concurrence. Cette répression pourrait

(1) La rédaction actuelle est la suivante : « La commission a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel ou commercial, et les pratiques concernant les relations entre les producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis des membres. »

Cette rédaction a entraîné la saisine de la Commission pour des litiges opposant les producteurs entre eux, ou les distributeurs entre eux, ce qui la détourne de sa mission originale.

(2) La rédaction actuelle est la suivante : « La Commission ne peut valablement délibérer qu'en présence de la moitié de ses membres plus un. »

être confiée soit à une autorité administrative indépendante spécialement créée, soit à une section de sanction adjointe à la CEPC.

Cette seconde solution paraît préférable en ce qu'elle permettrait d'établir une politique de répression administrative éclairée par la doctrine établie par la formation consultative et ainsi de sanctionner les pratiques illicites sans la nécessité préalable du dépôt d'une plainte.

Trois raisons supplémentaires, au moins, militent en faveur de la création de cette section au sein de la CEPC :

- le domaine d'activité de la CEPC est bien celui des relations entre fournisseurs et distributeurs ;
- cette commission constitue déjà un rouage important de la régulation des relations entre les fournisseurs et les acteurs de la grande distribution ;
- son instauration récente autorise à envisager une extension de ses pouvoirs.

Une telle orientation aurait, en outre, l'avantage d'éviter de trop brouiller le paysage institutionnel par une multiplication d'autorités intervenant dans le même secteur, celui des pratiques commerciales dites « restrictives » de concurrence.

En pratique, la constitution d'une section de sanction supposerait de réformer l'article L. 440-1 du Code de commerce, en prévoyant sa composition, laquelle devrait comporter des magistrats de l'ordre administratif et judiciaire, et ses missions.

Assainir les relations commerciales

Encadrer la coopération commerciale

La définir

Il a été précédemment exposé qu'il n'existe pas de définition de la coopération commerciale dans le Code de commerce. En effet, à l'article L. 441-6 alinéa 5, l'obligation d'un écrit ne concerne pas explicitement la coopération commerciale car il est simplement fait état de la notion assez imprécise « de services spécifiques ». De même, les dispositions de l'article L. 442-6, I 2^oa), renvoient à un « service commercial » sans en préciser la nature et celles de l'article L. 442-6, I 4^o, évoquent simplement des « conditions de coopération commerciale » sans en préciser le contenu.

Une définition légale de la coopération commerciale se justifierait d'autant plus que l'ensemble de ces dispositions suppose de préciser les prestations que ce contrat doit régir. De même, l'article L. 441-3 qui prévoit la mention dans la facture de la nature exacte des services et de la date de leur réalisation renvoie lui aussi à la nécessité d'en définir le contenu.

Enfin, une définition claire et précise de la coopération commerciale permettrait aux parties de mieux se conformer à la loi et de renforcer l'efficacité des contrôles de la DGCCRF.

En tenant compte des éléments de définition fournis par les circulaires et la jurisprudence, il pourrait être tenu compte de trois éléments que sont : la réciprocité de l'accord, la nécessité que le service fourni offre un réel apport au fournisseur et la distinction claire d'avec les obligations résultant de l'acte de vente.

L'identification pratique de la fausse coopération commerciale est aussi l'occasion de mieux cerner ce qu'elle recouvre. Elle serait caractérisée dès lors que :

- il n'y a pas de véritable service rendu ;
- il y a un défaut de correspondance entre les prestations convenues et celles effectivement fournies ;

- il y a une disproportion entre la contrepartie payée et le service rendu ;
- il y a une multiplication de la facturation pour un même service appréhendé sous des dénominations différentes (par exemple, les services facturés par le distributeur au titre de la coopération commerciale le sont alors qu'ils font déjà l'objet d'une rémunération par voie de réduction de prix aux termes des conditions générales de vente du fournisseur)¹ ;
- la rémunération du service varie en dehors de toute rationalité économique ;
- la consistance du service prévu au contrat diminue sensiblement sans justification ;
- la contrepartie n'a aucune traduction commerciale ou financière positive pour le fournisseur.

On notera cependant que les notions évoquées de « rationalité économique », de « participation financière excessive » et de « traduction financière positive » sont difficilement contrôlables.

Au terme de cette analyse, on retiendra que la coopération commerciale peut se définir comme un contrat de prestations de services spécifiques ou non, détachables de l'opération de vente, rendus par un distributeur, au profit d'un fournisseur, avec pour objet de promouvoir la revente et la commercialisation des produits de ce dernier et pour lequel le distributeur doit procurer un avantage réel et identifiable, moyennant une rémunération non manifestement disproportionnée.

En préciser le contenu

À la base de la définition retenue, il est possible, à titre indicatif, d'établir une liste des prestations de services relevant de la coopération commerciale.

Il s'agit principalement de services qui sont liés à la promotion en direction du consommateur par une mise en avant particulière des produits sur les lieux de vente et que sont :

- les attributions d'emplacements privilégiés et de « têtes de gondoles »² ou la mise sur présentoirs spéciaux ;
- la création d'un stand de dégustation ou de démonstration ;
- la présence d'un animateur qui assure une information spéciale.

Il s'agit également de services liés à des « promotions publicitaires »³ visant à informer le consommateur sur les produits concernés :

- tant sur les lieux de vente par la diffusion dans le magasin de prospectus, de messages sonores ou d'affichettes ;
- qu'au niveau régional ou national par la diffusion de prospectus nationaux, de catalogues, de divers supports publicitaires, etc.

(1) Ces pratiques fréquemment constatées par la DGCCRF ont été rappelées dans le cadre de la présente Commission.

(2) Emplacement promotionnel spécifique pour la présentation des produits.

(3) Terme utilisé dans un arrêt de la Cour de cassation (Crim., 15 octobre 1996, pourvoi n° 95-83281).

Puisqu'elle conduit à faire des actions publicitaires ou de mise en valeur en magasin, son principal canal, cette conception de la coopération commerciale a le mérite de la simplicité.

D'autres services peuvent, en outre, être offerts par les distributeurs à leurs fournisseurs au titre de la coopération commerciale, comme la fourniture d'informations à caractère économique ou statistique telles que les études de marché ou la communication de statistiques de vente ¹ sous réserve que l'information donnée soit bien en rapport avec le produit du fournisseur et que ce service soit rémunéré de manière non disproportionnée.

Se présentant comme des opérations de fidélisation à l'enseigne organisées par les distributeurs mais qui concernent des produits spécialement identifiés, les nouveaux instruments promotionnels (NIP) pourraient rentrer dans la catégorie de services de coopération commerciale qui vient d'être décrite sous réserve d'être davantage précisés et de faire l'objet d'un contrat préalable.

En fixer le régime

Le caractère assez imprécis des accords de coopération commerciale rend nécessaire un formalisme plus strict.

L'article L. 441-6 alinéa 5 dispose : « Les conditions dans lesquelles un distributeur (...) se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties. » En l'état, si les services rendus au titre de la coopération commerciale doivent satisfaire au formalisme prévu à cet article, il n'est pas indiqué que ces services sont liés à la coopération commerciale.

Dans ce cadre, s'il est prévu à l'article L. 441-3 que la facture doit comporter la dénomination exacte et le prix des services rendus, il n'est pas explicitement prévu que le contrat de coopération commerciale doit permettre d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus, ainsi que les dates de réalisation de ces services, afin que la correspondance entre ce contrat et la facture du distributeur puisse être établie ². Une disposition plus claire aurait le mérite de mieux assurer la sécurité juridique.

Il serait, en outre, nécessaire que le contrat de coopération commerciale soit un contrat à durée déterminée.

Enfin, s'agissant du régime de la preuve, il est essentiel de s'assurer de la matérialité et de l'effectivité des prestations de services de

(1) Les communications portant sur les évolutions du marché, l'émission de données (nombre de *facing*, contenance du linéaire...).

(2) Arrêt CA Paris, 29 juin 1998 qui confirme la condamnation de la société ITM pour émission de facture indiquant sans autre précision « diffusion de linéaire » et « mise en avant » (*RJDA*, 1998, n° 1407).

coopération commerciale. C'est dans ce sens que la démonstration de leur caractère fictif devrait être facilitée par le renversement de la charge de la preuve.

Ainsi, il serait possible de modifier la loi en prévoyant notamment que le chapitre : « De la transparence » soit intitulé : « De la loyauté et de la transparence dans les conditions de vente et de coopération commerciale », chapitre dans lequel pourrait s'insérer un certain nombre d'articles dont le texte figure en annexe du présent rapport ¹. Il est proposé sur ce point de faire de la coopération commerciale un contrat nommé avec des conditions de fond (formation, exécution, interprétation) tenant compte de la situation respective des parties et des conditions de forme clairement exprimées. Ces dispositions seraient insérées dans le titre IV modifié, le cas échéant, dans le cadre des orientations proposées *infra* dans la suite du rapport.

Sanctionner les remises de gamme abusives

Une « remise de gamme » peut se définir comme la remise accordée par un fournisseur à un distributeur pour l'achat de toute la gamme de ses produits ou d'une large partie de celle-ci. En pratique, un avantage financier est accordé pour obtenir la présence en linéaire de références différentes : conditionnements variés d'un même produit, produits de la même famille ou produits différents mais issus du même fournisseur.

Au cours des auditions a été évoquée l'idée de prohiber ces remises au motif qu'elles auraient pour effet de rendre difficile l'accès des PME et des produits « outsiders » aux linéaires de grandes surfaces. Plusieurs opérateurs ont insisté sur le caractère « défensif » de certains accords de gamme, utilisés par le fournisseur pour éviter le déréférencement partiel de ses produits principaux. D'autres ont, en revanche, souligné que le taux de ces remises de gamme reste limité et que cette technique permet au consommateur final de disposer d'une offre diversifiée.

L'examen des conséquences de cette technique n'a pas convaincu le groupe de proposer l'interdiction de principe des remises de gamme.

Celles-ci doivent seulement être prosrites, au titre des pratiques anticoncurrentielles, lorsqu'elles sont conçues pour évincer les marques concurrentes par la saturation du linéaire, ainsi que l'a décidé le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 04-D-13 du 8 avril 2004,

(1) Voir l'annexe 3, donnant des indications pour la modification de certaines dispositions du Code de commerce.

relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée.

Cette décision sanctionne la pratique commerciale d'une entreprise en position dominante qui accordait à ses acheteurs des rabais les fidélisant afin de restreindre leur possibilité de choisir entre leurs fournisseurs et de les inciter à s'approvisionner en quasi-totalité auprès d'elle.

Les opérateurs disposent donc d'une voie d'action pour faire sanctionner les remises de gamme qui présentent un caractère abusif. Consacrer cette possibilité pourrait toutefois impliquer de mentionner expressément les remises de gamme parmi les abus prohibés par l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Insérer la concurrence déloyale dans le Code de commerce

Le Code de commerce comporte, dans son livre IV, un titre IV, (article L. 440-1 à L. 443-3) intitulé « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées », une longue liste d'obligations ou d'interdictions légales portant sur des comportements dans les pratiques commerciales (revente à perte, pratiques discriminatoires, rupture abusive des relations...), principalement dans les rapports entre producteurs et distributeurs.

Ce titre, dont les dispositions se sont étoffées au fur et à mesure de réformes successives, ne reflète aucune inspiration d'ensemble, ce qui nuit à sa cohérence. Pourtant, un dénominateur commun semble pouvoir être trouvé à travers l'exigence de loyauté dans les pratiques commerciales. C'est pourquoi, à l'intitulé actuel pourrait être substitué l'intitulé suivant : « De la loyauté dans les pratiques commerciales ». Ces règles apparaîtraient alors comme le pendant des principes destinés à assurer la liberté de la concurrence.

Le titre IV ainsi renommé pourrait ensuite se décliner en plusieurs chapitres avec un toilettage interne des intitulés :

- chapitre préliminaire : « Dispositions générales » ;
- chapitre premier : « De la loyauté et de la transparence dans les conditions de vente et de coopération commerciale » [intitulé se substituant à l'actuel : « De la transparence », trop imprécis], permettant d'encadrer le contrat de coopération commerciale ;
- chapitre second : « Des pratiques restrictives de concurrence » ;
- chapitre III : « Autres pratiques prohibées ».

Dans cet esprit, le chapitre préliminaire du titre IV intitulé « Dispositions générales », composé d'un seul article consacré à la commission d'examen des pratiques commerciales (art. L. 440-1) pourrait être efficacement complété par un article L. 440-2 relatif aux règles de concurrence

déloyale. Celles-ci ont vocation à s'appliquer, soit en l'absence de pratiques prohibées par la loi, soit à titre de substitution à ces dernières lorsque les parties ont choisi de se placer sur le terrain de la responsabilité civile.

Quels que soient les choix opérés par les pouvoirs publics, parmi les propositions formulées, la consécration des règles de concurrence déloyale, telles que définies par la jurisprudence, permettrait de mettre en perspective les réformes entreprises.

Ce nouveau dispositif aurait l'avantage d'harmoniser le droit national avec celui des principaux pays européens (Allemagne, Espagne, Belgique, Danemark, Suisse, Hongrie, Pologne, République tchèque...) qui ont choisi de légiférer en matière de concurrence déloyale.

La définition proposée dans le document figurant en annexe ¹ permet de concilier le fondement traditionnel de la concurrence déloyale et l'élargissement progressif de son champ d'application. Elle s'inspire d'une conception tridimensionnelle – protection des concurrents, protection d'entreprises qui ne se trouvent pas sur le même segment de marché et protection des consommateurs – tenant compte des domaines d'activité investis par cette branche du droit.

(1) Annexe 3. Indications pour la modification du Code de commerce.

Revenir aux lois du marché

On peut estimer que les relations entre l'industrie et le commerce seraient suffisamment régulées par la mise en œuvre effective du droit de la concurrence. Selon cette conception, il pourrait être envisagé de supprimer l'interdiction de la revente à perte et des pratiques restrictives de concurrence, selon des modalités nécessairement progressives et encadrées.

Restaurer le libre jeu du marché

L'ensemble des dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce, qui tentent d'appréhender les relations entre le commerce et l'industrie, sont critiquées, et leur abandon quelquefois préconisé. Le rapport rédigé en 1995 par Claude Villain avait déjà envisagé la suppression de ces dispositions, option qui n'a pas été retenue, l'année suivante, lors de l'intervention de la loi du 1^{er} juillet 1996.

Cette question mérite d'être posée de nouveau.

Le rapport rédigé par Monsieur Michel Camdessus et relatif à la relance de la croissance en France ¹ suggérerait lui aussi la remise en cause de l'interdiction de la revente à perte.

D'une part, en effet, on l'a déjà souligné, l'action du législateur ne doit pas continuer à osciller, au gré de l'évolution des rapports de force, pour réglementer des relations entre professionnels, alors que, dans d'autres secteurs, il se dispense d'intervenir en vue de les équilibrer. Les pratiques restrictives pourraient être traitées sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles.

D'autre part, et surtout, dans l'objectif d'un rétablissement de la concurrence par les prix, les règles du titre IV du livre IV du Code de commerce entravent la liberté des opérateurs et sont porteuses de perturbations dans le jeu concurrentiel normal. En théorie, rien ne s'oppose à ce que les relations entre l'industrie et le commerce relèvent du droit commun de la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de prévoir des dispositions

(1) En cours de publication.

spéciales pour équilibrer les rapports de force. Au moins du point de vue du consommateur, le rééquilibrage auquel il a été procédé a eu un impact négatif depuis huit ans, ainsi que l'a montré la première partie du rapport.

Selon la théorie économique, contrôlée par le droit des pratiques anticoncurrentielles, la revente à perte, comprise comme la revente à un prix inférieur au coût d'achat effectif du distributeur n'est pas nécessairement nocive, si l'on considère qu'elle ne peut durablement être mise en œuvre lorsqu'elle n'est pas pratiquée par une entreprise bénéficiant d'un pouvoir de marché important. La prohibition systématique de toute discrimination peut, elle aussi, être analysée comme nuisible, si elle aboutit à faire obstacle, *de facto*, à la différenciation, décisive dans les relations commerciales. Par ailleurs, autoriser l'octroi de conditions adaptées aux différents formats de distribution pourrait permettre la préservation de plusieurs formes de réseaux commerciaux. L'exigence de transparence peut, enfin, avoir des effets contraires au jeu normal de la concurrence, en ce qu'elle permet, sur des marchés concentrés, une très grande lisibilité de l'offre. L'incertitude est la condition d'une concurrence efficace. Le mode de fixation actuel du SRP a eu pour effet de lever une grande part de cette incertitude : le partage entre les avantages consentis pour être répercutables aux consommateurs et la marge de l'enseigne est, de ce fait, stabilisé au moment de la négociation. Modifier la loi sur ce point implique de recréer les conditions de l'incertitude, pour avoir un effet sur les prix.

Le groupe a donc envisagé l'hypothèse d'une profonde déréglementation, qui consisterait à dépénaliser la revente à perte et à laisser le marché fonctionner sous le contrôle du droit commun de la concurrence. Au total, l'existence même des dispositions législatives composant aujourd'hui le livre IV du Code de commerce serait remise en question.

Dans un tel scénario, le législateur s'en remettrait aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce pour encadrer les pratiques de revente à perte des distributeurs. La revente à perte pourrait être considérée comme une pratique prédatrice constituant un abus exercé par une entreprise en position dominante. Actuellement, les pratiques de ventes à perte des producteurs s'en remettent d'ailleurs principalement à ces seules dispositions.

À cette fin, il serait toutefois nécessaire de modifier l'article L. 420-5 du Code de commerce qui exclut aujourd'hui expressément les activités de revente en l'état de son champ d'application, en vue d'appréhender les pratiques de prix abusivement bas émanant des distributeurs.

Il s'agirait de s'approcher des modèles qui prévalent aujourd'hui en Grande-Bretagne, en Allemagne ou aux États-Unis, qui n'ont pas empêché l'émergence dans ces trois pays d'opérateurs très puissants du secteur de la distribution, sans provoquer une hausse des prix préjudiciable au consommateur puisque l'Allemagne est l'un des pays les moins chers de l'Union européenne s'agissant des produits de grande consommation.

Le groupe a été partagé sur cette question d'une déréglementation forte du secteur. Différents arguments viennent en effet nourrir la

thèse selon laquelle le maintien du droit des pratiques restrictives et, en particulier de l'interdiction de la revente à perte, est justifié.

Ainsi, au-delà de la lutte contre la prédation, le maintien d'un SRP a pour effet d'encadrer la politique commerciale des distributeurs. En effet, l'activité d'un distributeur est par essence multiproduits et les consommateurs, une fois rendus dans un point de vente, constituent une clientèle « captive ».

La combinaison de ces deux caractéristiques fait naître des complémentarités entre les produits offerts : même pour des produits *a priori* indépendants, les achats peuvent devenir complémentaires pour un consommateur préférant regrouper ses achats dans un même point de vente dans un même endroit.

Ces complémentarités justifient économiquement les pratiques de prix bas, voire de revente à perte sur les produits dont la demande est la plus élastique¹. De telles pratiques sont indépendantes de tout motif de prédation et visent seulement à répartir au mieux la marge de la distribution, en limitant l'impact sur les volumes d'achats.

De tels prix bas peuvent apparaître davantage chez les grands distributeurs, proposant des milliers de références, que chez les producteurs ou les distributeurs spécialisés dans un type de produit. Et même si la pratique ne vise pas à l'élimination d'un concurrent, les commerces spécialisés dans les produits dont la demande est la plus élastique, risquent dans les faits de se trouver évincés par les grandes surfaces, qui auront tendance à pratiquer des prix plus bas, voire à revendre à perte ces produits.

La situation particulière des commerces offrant un nombre important de références peut aussi rendre difficile l'appréciation d'un comportement prédateur. Il peut en effet devenir difficile de juger si la revente à perte est « innocente », résultant du simple jeu des complémentarités de produits vendus par le distributeur, ou si elle vise spécifiquement à éliminer un concurrent, en vue de bénéficier d'une concurrence amoindrie par la suite.

En définitive, l'abandon du SRP reviendrait à recentrer l'encadrement de la revente à perte dans le champ de la politique de la concurrence, visant à rendre les marchés plus concurrentiels, tant au niveau de la production que de la distribution. Le maintien du SRP, qui s'inscrit davantage dans le champ de la concurrence déloyale, permet cependant de protéger certaines formes de distribution, qui pourraient pâtir de la propension des grandes surfaces à comprimer les prix sur les produits à forte élasticité. Il présente aussi l'avantage d'une règle claire, dans un contexte où l'appréciation des cas de prédation serait particulièrement délicate.

Dans cette hypothèse, il serait possible de s'appuyer sur le droit de la concurrence pour distinguer les cas dans lesquels la revente à perte

(1) F.J. Ramsey [1927], « A Contribution to the Theory of Taxation », *Economic Journal*, 37, pp. 47-61.

constitue une pratique d'exclusion anticoncurrentielle de ceux dans lesquels cette stratégie résulte d'une pratique économiquement justifiée.

Au moment où est envisagée une réforme de la législation existante, le groupe estime donc que renoncer à l'interdiction de la revente à perte permettrait incontestablement de relancer la concurrence par les prix entre les distributeurs. Toutefois, la complexité des appréciations en cours au regard de l'urgence à réagir peut justifier certaines objections formulées à l'encontre d'une telle solution. Il en est de même de celle consistant à supprimer le droit des pratiques restrictives de concurrence.

En tout état de cause, cette réforme, impliquant une rupture nette avec les choix opérés par les pouvoirs publics sur longue période, le retour au libre jeu du marché ne pourrait donc se faire que très progressivement et sous l'égide d'une autorité de régulation.

Supprimer progressivement l'interdiction de la revente à perte

La réglementation actuelle a créé des équilibres économiques et des habitudes dont la suppression brutale pourrait conduire à des bouleversements légitimement redoutés par de nombreux opérateurs.

Le retour au libre jeu du marché ne pourrait donc se faire que très progressivement, selon un processus dont la modification substantielle du seuil de revente à perte pourrait être la première étape. En outre, cette graduation, qui pourrait se faire de manière différenciée par secteurs, devrait s'effectuer sous le contrôle d'une autorité de régulation capable de prévoir et de mettre en œuvre une évolution adaptée à la législation, et dotée d'un pouvoir réglementaire.

Il s'agirait de créer une structure administrative spécialisée, conçue pour une durée déterminée, compétente pour poursuivre et sanctionner les pratiques commerciales dites « restrictives de concurrence », progressivement maintenues.

Sa mission serait de faciliter la transition vers la disparition de plusieurs règles contenues dans le titre IV du livre IV du Code de commerce, dans un secteur en évolution constante, où les opérateurs sont divers et pour lequel la régulation par l'État a montré ses limites.

Dès lors qu'elle répond à un besoin exprimé à un moment déterminé, cette autorité serait instituée pour une durée limitée afin de démanteler le corps de règles qui ont produit des réflexes et des comportements critiquables chez les opérateurs économiques. Elle s'effacerait ensuite au profit d'une régulation par le Conseil de la concurrence ou par le juge de droit commun.

Une telle mission de régulation pourrait être confiée à la CEPC, dont le rôle, la composition et les pouvoirs seraient alors considérablement modifiés.

Pour garantir son indépendance, sa composition devrait prévoir la présence de magistrats des ordres administratif et judiciaire. Elle pourrait disposer d'une faculté d'autosaisine. Cette autorité serait dotée des pouvoirs de sanction habituels, en particulier le prononcé d'amendes et d'injonctions assorties, le cas échéant, d'astreintes. Des « passerelles » devraient être établies entre elle et le Conseil de la concurrence, à travers une possibilité de saisine pour avis ou la transmission de dossiers en cas de soupçon de pratiques anticoncurrentielles ou de prix abusivement bas.

Aménager le SRP

La grande majorité des opérateurs auditionnés par le groupe, certains avec la plus grande fermeté, ont rappelé leur attachement à l'interdiction de la revente à perte et à son mode de fixation tel qu'il résulte de la loi du 1^{er} juillet 1996 dont il est à leurs yeux un des acquis positifs.

Au surplus, le seuil de revente à perte peut constituer un outil de contrôle efficace pour les producteurs qui permet d'encadrer la politique commerciale des distributeurs.

Fixer un nouveau seuil de revente à perte

En dépit des réserves formulées par certains professionnels, le groupe s'est attaché à évaluer à quel niveau il conviendrait de fixer le SRP pour atteindre l'objectif de baisse des prix qui lui était assigné par la lettre de mission. Il lui est également apparu essentiel de proposer un mécanisme simple à appliquer par les opérateurs, difficilement contournable, et facile à contrôler pour l'administration.

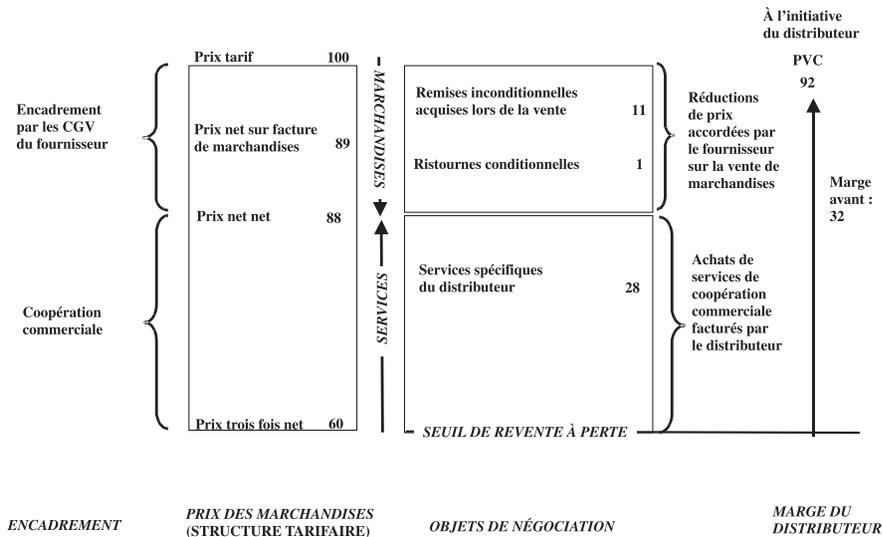
La fixation du SRP au niveau du prix d'achat « trois fois net » est la solution qui lui semble répondre à l'ensemble de ces objectifs.

Cette notion de prix « trois fois net », familière aux fournisseurs comme aux distributeurs, correspond au prix d'achat tous remises, ristournes, rabais et coopération commerciale déduits. Le schéma suivant illustre cette définition.

La fixation du SRP au prix « trois fois net » ne correspondrait pas à un retour à l'état du droit antérieur à l'intervention de la loi du 1^{er} juillet 1996 pour au moins quatre raisons :

- l'interdiction de la revente à perte telle qu'énoncée à l'article L. 442-2 du Code de commerce ne serait pas remise en cause ;
- la clarté de la définition du SRP résultant de la loi du 1^{er} juillet 1996 serait préservée, il serait seulement rapproché de la réalité économique ;
- les règles de facturation resteraient simples ;
- les règles applicables aux CGV seraient maintenues.

Construction du prix fournisseur/prix distributeur



Les aspects techniques de la réforme proposée peuvent ainsi être précisés :

- la facture subsiste comme outil de calcul du SRP et demeure l'instrument du contrôle ;
- les CGV sont maintenues en ce qu'elles résultent du bilan positif de la loi de 1996, réaffirmé par la circulaire du 16 mai 2003. Elles comprennent toutes les remises, ristournes et rabais directement liés à l'opération d'achat/vente ;
- les remises inconditionnelles acquises lors de la vente viennent en diminution du prix net facturé et du SRP ;
- les remises conditionnelles viennent en déduction du SRP et sont mentionnées en pied de facture ;
- la coopération commerciale s'impute également sur le SRP et est aussi portée en pied de facture. La mise en œuvre de cette déduction suppose que la rémunération issue de la coopération commerciale soit fixée sous forme de pourcentage du chiffre d'affaires net facturé. Par exemple, 5 % du chiffre d'affaires facturé par le fournisseur au distributeur sera consacré à la communication sur prospectus. Par ailleurs, si le fournisseur offre différentes remises conditionnelles, un taux contractuel sera déterminé avec le distributeur et figurera sur la facture.

Une telle réforme, qui ferait disparaître les marges arrière, impliquerait un aménagement de l'alinéa 2 de l'article L. 442-2 et de l'article L. 441-3 du Code de commerce.

Baisser les prix

Une réforme simple

En premier lieu, le prix d'achat « trois fois net » est une notion économique connue et comprise par l'ensemble des opérateurs. Le dispositif envisagé serait donc très lisible pour eux et il ne nécessiterait aucun effort particulier de pédagogie s'agissant de sa mise en œuvre.

En deuxième lieu, une telle réforme maintient le principe des CGV et des services de coopération commerciale, qui sont les deux piliers de la négociation actuelle. Elle impose la négociation des accords de coopération commerciale en pourcentage du chiffre d'affaire net facturé. La pratique actuelle veut que la coopération commerciale soit déterminée tantôt en pourcentage, tantôt en valeur absolue. Dans ce dernier cas, rien ne s'oppose à ce que, ramenée au chiffre d'affaires prévu par les cocontractants, elle puisse être formulée en pourcentage. Ce calcul sert déjà pour évaluer le prix d'achat trois fois net. Cette obligation serait donc aisée à faire appliquer.

La recommandation formulée impliquerait, en troisième lieu, que les opérateurs mettent en place la mention en pied de facture des accords de coopération commerciale. Cette nouvelle règle de facturation ne devrait pas poser de problème technique de mise en place.

La facture ainsi modifiée sera, comme c'est le cas aujourd'hui, un outil de contrôle pour l'administration.

Une réforme favorable au consommateur

Le dispositif proposé autorisera les distributeurs à faire bénéficier leurs clients de tout ou partie des avantages financiers constitués par les accords de coopération commerciale. S'agissant des produits de grande consommation vendus aujourd'hui au SRP, les distributeurs seront amenés à se faire concurrence par les prix.

Dans cette hypothèse, en effet, les distributeurs ne pourraient plus se limiter à fixer leurs prix de revente au SRP pour tous les produits de grande consommation. Ils seraient nécessairement conduits à élaborer, chacun, leur propre stratégie commerciale. Cette stratégie consisterait à choisir les produits revendus à des niveaux proches du SRP et ceux sur lesquels une marge doit être réalisée. Plutôt que de s'aligner systématiquement sur le SRP en réalisant, à l'arrière, des marges non répercutables, les distributeurs seraient tenus d'avoir une véritable politique commerciale conduisant à une différenciation, entre enseignes, des prix, des services et des produits vendus. Le résultat attendu de cette réforme serait une véritable concurrence entre enseignes nécessitant des efforts de productivité propres à dynamiser le tissu commercial national.

Les conditions d'une incertitude plus grande s'agissant de l'état de la concurrence seraient créées par le retour à une marge « unique », et les

distributeurs pourraient faire le choix de ce qu'ils croient possible de répercuter au consommateur.

Cette possibilité accrue de concurrence par les prix diminuera certainement les NIP qui peuvent constituer un mécanisme de contournement du SRP tel qu'il est fixé actuellement. Les consommateurs retrouveront une plus grande lisibilité des prix et pourront plus facilement comparer entre les différents formats de magasins.

La réforme proposée conserve le principe de la « transparence » des CGV et de la différenciation en ce qui concerne la coopération commerciale. En effet, la coopération commerciale est le siège de la négociation des services spécifiques qui matérialisent la différenciation entre les enseignes et les industriels. Cette différenciation deviendra avec cette réforme un axe d'abaissement du SRP et donc, d'amélioration de la compétitivité pour le distributeur. Le SRP pourra donc être différencié entre les enseignes. Cette différence pourra être répercutée au consommateur.

Contrôler la transition

L'efficacité de la réforme consistant à fixer le seuil de revente à perte au prix d'achat « trois fois net » réside dans l'importance du changement de comportement qu'elle exige de la part des opérateurs. Ceux-ci ont, en effet, démontré dans le passé leur capacité à s'adapter aux dispositifs successifs et à les contourner. Compte tenu des ruptures d'équilibre économique et des transformations de politique commerciale qui imposent une telle réforme, une mise en place progressive est à prévoir.

La solution consisterait à transférer le montant des accords de coopération commerciale dans le calcul du SRP en deux ans, à raison de la moitié du montant total des accords de coopération commerciale par an. Plus le niveau de transfert sera élevé, plus vite le niveau du prix d'achat trois fois net sera atteint et plus le contournement par augmentation du tarif fournisseur sera difficile.

Toutefois, les principes de facturation énoncés pour la solution consistant à fixer le SRP au prix d'achat « trois fois net » s'appliquent immédiatement : la part de coopération commerciale transférée doit être portée en pied de facture.

Cette solution présente l'avantage de tenir compte des différences existantes entre les catégories de produits : elle s'adapte aussi bien à un secteur où la pratique en terme de coopération commerciale est de 30 % que de 10 %.

Elle est proconcurrentielle car elle prend en compte les différenciations possibles entre distributeurs en ce qui concerne les accords de coopération commerciale.

La solution s'adapte tout à fait à un distributeur nouvel entrant : il est aisé d'établir que la moitié du total de coopération commerciale négociée la première année vient en déduction du SRP.

Instaurer des mesures d'accompagnement

S'il est convaincu que le rapprochement du SRP de la réalité économique constitue une voie efficace pour rétablir la concurrence par les prix, le groupe a conscience de ce qu'une telle orientation est susceptible d'avoir des effets défavorables sur d'autres intérêts publics.

Au nombre des effets fréquemment dénoncés au cours des auditions, on peut citer, d'une part, la crainte d'une spirale déflationniste qui n'aurait pas les effets attendus en termes de pouvoir d'achat, d'autre part, la fragilisation du commerce de proximité et des PME en contrepartie d'un renforcement des *leaders*, qu'ils soient distributeurs ou fournisseurs ou, enfin, des réductions d'effectifs chez les opérateurs auxquels seraient imposés des gains de productivité.

Ces inconvénients ne doivent pas être surestimés, dès lors que les professionnels ont sans doute été trop longtemps habitués à bénéficier de manière artificielle d'une législation qui n'avait pas été conçue pour leur apporter une rente de situation. Il convient néanmoins de ne pas les négliger, car la modification suggérée du seuil du SRP aurait des conséquences importantes sur les équilibres économiques et sur les relations commerciales telles qu'elles se sont installées depuis 1996.

La mission du groupe ne s'étend toutefois pas à l'ensemble des intérêts publics en cause qui sont susceptibles, par ailleurs, d'être pris en compte par le législateur.

À cet égard, il faut rappeler que certains dispositifs existent déjà.

S'agissant, par exemple, du commerce de proximité, dont la sauvegarde est nécessaire, dans certaines zones, en particulier pour des raisons sociales, le FISAC (Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce) a pour objet d'aider les communes, notamment rurales, à préserver ou à développer un tissu d'entreprises de proximité. Ce dispositif est conçu pour apporter un soutien financier à différentes catégories de projets, en zone rurale comme en zone urbaine.

Doté de 67,08 millions d'euros en 2002, le budget de ce fonds est alimenté par prélèvement sur l'excédent de la taxe d'aide au commerce et à l'artisanat. Cette taxe, qui a été créée par la loi n° 72-657 du 13 juillet 1972 instituant des mesures en faveur de certaines catégories de commerçants et artisans âgés, est assise sur la superficie des grandes surfaces construites depuis le 1^{er} janvier 1960 (surface de vente supérieure à 400 m²).

Depuis l'accord du 17 juin 2004, la dotation du FISAC a été augmentée de 30 millions d'euros pour permettre notamment la réalisation d'une campagne de publicité en faveur du commerce de proximité. Renforcer cet instrument est l'une des voies envisageables pour atténuer les effets éventuels d'une modification du SRP sur le commerce de proximité.

Il n'entraîne pas dans le champ de la mission assignée au groupe de se prononcer sur l'ensemble des intérêts publics de nature à être affectés par une remise en cause du mode actuel de calcul du SRP, et de prévoir tous les instruments nécessaires à leur sauvegarde. Les pouvoirs publics peuvent renforcer les dispositifs actuels ou en créer de nouveaux. En revanche, il a été tenu compte des effets négatifs de la réforme en ce qu'il est proposé différents mécanismes pour mettre en œuvre progressivement la révision du SRP actuel.

Envisager d'autres voies ?

Transférer partiellement les marges arrière

Cette voie consisterait à transférer le montant des accords de coopération commerciale dans le calcul du SRP de façon forfaitaire, par exemple 10 points par an, dans la limite des marges arrière constatées.

Ceci pourrait être une transition pour atteindre le prix d'achat trois fois net.

Toutefois, ce système de forfait ne tient pas compte des différences existantes entre les taux de marges arrière par catégories de produits. Le niveau de transfert fixé uniformément pourrait être compris par certains comme un seuil de marge arrière minimal et gêner les opérateurs qui négocient sur la base de taux inférieurs.

Appliquer un coefficient de diminution du prix net facturé

Cette solution consiste à fixer, par exemple, le SRP à hauteur de 90 % du prix d'achat net facturé. L'option va dans le sens de l'augmentation de la concurrence par les prix mais elle ne met pas un terme à l'inflation des marges arrière. La tentation de reconstituer la baisse du SRP par de nouveaux accords de coopération commerciale serait forte.

Inscrire le principe des conditions particulières de vente dans la loi

Le groupe a étudié la possibilité d'inscrire dans la loi les principes de la circulaire du 16 mai 2003, notamment le principe des conditions particulières de vente (CPV).

Mais, d'une part, en réalité, sur ce point, la circulaire n'ajoute pas à la loi. D'un point de vue opérationnel, d'autre part, la transparence sur les prix dans le secteur rend repérable, pour les distributeurs, tout avantage obtenu par un concurrent, qui est immédiatement réclamé au fournisseur. C'est pourquoi, peu d'industriels, à la suite de l'intervention de la circulaire de 2003 ont proposé des CPV. Inscrire ce principe dans la loi se heurterait aux mêmes freins.

Enfin, l'hypothèse, qui va certes dans le sens de l'augmentation de la concurrence par les prix, ne met pas un terme à l'inflation des marges arrière. La tentation de reconstituer la baisse du SRP par la négociation de nouveaux accords de coopération commerciale pourrait être forte, comme dans l'option précédente.

Autoriser la revente à perte sous contrôle

Le groupe a examiné la possibilité d'autoriser la revente à perte d'un nombre restreint de produits de grande consommation jusqu'à x % en dessous du SRP tel que défini actuellement et pour une durée limitée.

Un tel scénario, en organisant une « rotation » des produits pouvant être vendus à perte permet :

- de limiter les effets prédateurs vis-à-vis du petit commerce ;
- d'éviter qu'un seul producteur ne soit la victime systématique des pratiques de revente à perte ;
- de réintroduire un peu d'opacité sur le niveau du SRP : on ne pourrait plus distinguer une pratique de revente à perte décidée par un distributeur d'une condition particulière de vente consentie par le fournisseur au distributeur.

La difficulté de cette solution qui donne l'initiative du discount au distributeur réside dans le trop grand nombre de paramètres à fixer : dates, nombre de produits, montant du rabais. Ainsi, la mesure serait très difficile à contrôler et aurait un effet limité sur la baisse des prix.

Plafonner le niveau des marges arrière

L'aménagement qui consisterait à fixer un taux maximal de marge arrière à, par exemple, 15 % pourrait permettre le transfert du surplus dans les prix de vente au consommateur.

Toutefois, cette mesure reviendrait à gommer les différences d'efficacité entre les distributeurs, notamment pour ce qui est des services

de coopération commerciale et à fixer un seuil qui pourrait servir de référence et poser problème à des secteurs qui travaillent sur des taux de marge arrière plus faibles.

Un tel « gel » des marges arrière pourrait être opéré par la voie d'un accord entre les professionnels, sous l'égide des pouvoirs publics. En dépit de l'objectif affiché de baisse des prix de vente au consommateur d'un tel accord, sa compatibilité avec le droit de la concurrence serait toutefois douteuse.

Il est vrai, toutefois, qu'un accord prévoyant le plafonnement des marges arrière pourrait être regardé comme contribuant au progrès économique, et au bien-être des consommateurs, compte tenu de ses effets sur les prix, ce qui autoriserait l'invocation de l'article L. 420-4-I-2° du Code de commerce ou de l'article 81 § 3 du traité CE. Le bénéfice de ces dispositions est néanmoins soumis à des conditions strictes, et notamment à celle que le progrès économique invoqué résulte directement de la pratique constatée¹.

Dans ces conditions, un plafonnement des marges arrière risquerait d'être regardé comme limitant le libre jeu de la concurrence, et il n'est pas évident d'affirmer qu'un tel dispositif pourrait bénéficier des dispositions susmentionnées au titre de la contribution au progrès économique.

(1) Conseil de la concurrence, n° 92-D-56 ; CA Paris 10 décembre 1992, SPAD de Sogédra.

Agir sur le niveau de concentration de la distribution

Les pratiques de négociation commerciale abusives se traduisant par un déplacement non justifié de la répartition de la valeur au profit des grands distributeurs et par un affaiblissement de la concurrence intramarque et intermarques au détriment des consommateurs sont facilitées par le fait qu'un petit nombre de grands distributeurs disposent d'une forte puissance d'achat.

Cette puissance d'achat résulte de la concentration de la distribution qui est, pour une partie substantielle, due à l'existence d'une barrière à l'entrée dans ce secteur. Cette barrière à l'entrée n'est ni technologique ni financière mais est due aux règles restrictives qui gouvernent l'urbanisme commercial.

Cette barrière incite les opérateurs de la distribution qui souhaitent se développer à procéder à l'acquisition de surfaces existantes ou à se fédérer avec des distributeurs existants (dans des chaînes d'indépendants) plutôt que de créer de nouvelles surfaces de vente, renforçant ainsi leur puissance d'achat et ne remédiant pas au problème de la rareté des linéaires. Cette barrière limite également le développement de nouveaux opérateurs dans les circuits de distribution qui pourraient concurrencer les distributeurs déjà implantés et constituer, pour les fournisseurs, une alternative leur permettant de résister aux demandes commerciales parfois injustifiées qui leur sont faites par les principaux distributeurs. Enfin, les règles restrictives gouvernant l'urbanisme commercial ont pour effet indirect de pousser les fournisseurs à se concentrer en réaction à la concentration des distributeurs affaiblissant ainsi la concurrence intermarques.

Ainsi, toute action visant à modifier les comportements des opérateurs dotés d'une forte puissance d'achat doit s'accompagner d'une action visant à freiner le mouvement vers la concentration structurelle de la distribution et à faciliter tant l'émergence de nouvelles surfaces de vente que l'apparition de nouveaux concurrents dans le secteur de la distribution.

Réaménager le contrôle des concentrations

Le relèvement des seuils de notification obligatoire issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques a pour effet de rendre non contrôlable la plupart des petites opérations de prise de contrôle de supermarchés. Or, ces opérations peuvent conduire à la constitution de positions dominantes locales. Pour mieux contrôler l'atteinte à la concurrence résultant de cette situation, il est proposé un dispositif permettant à la DGCCRF d'examiner de sa propre initiative des opérations de concentration qui n'atteignent pas les seuils de notification obligatoire mais qui sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Ainsi lorsqu'un seuil de 25 % de parts de marché serait atteint, la DGCCRF pourrait prendre la décision de demander dans un délai de trois mois aux entreprises concernées de notifier l'opération.

Pour rendre opératoire ce dispositif, il conviendrait de rédiger ainsi le dernier alinéa de l'article L. 430-2 du Code de commerce : « Lorsqu'une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 a pour effet de porter la part de marché d'entreprises exerçant l'activité visée à l'article 18-5 I 1° du décret n° 93-306 du 9 mars 1993 au-delà de 25 %, le ministre peut, dans un délai de trois mois après la réalisation effective de l'opération, la soumettre à la procédure prévue aux articles L. 430-3 et suivants. Toutefois, les dispositions de l'article L. 430-4 ne sont pas applicables à ces opérations. Dans les départements d'outre-mer, les dispositions de l'alinéa précédent sont aussi applicables lorsqu'une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 a pour effet de porter la surface de vente telle que définie à l'article L. 720-4 au-delà du seuil fixé au même article. »

Il doit, par ailleurs, être rappelé que la procédure prévue par l'article L. 430-9 du Code de commerce peut permettre, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, de modifier, de compléter ou de résilier tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus.

Réexaminer la législation relative à l'équipement commercial

Même si elles sont appliquées avec une certaine souplesse par les commissions d'équipement commercial, les règles relatives à l'équipement commercial peuvent être analysées comme une barrière à l'entrée de nouvelles surfaces de vente. Ainsi, un nouvel entrant, dont la stratégie s'appuierait sur des formats d'une surface supérieure à 300 m², ne pourrait que difficilement s'implanter sauf par le biais du rachat des magasins

existants. Ainsi, la distribution française vit à l'abri de la menace d'un nouvel entrant, notamment d'un opérateur significatif.

De même, ces règles protègent les surfaces déjà installées. Les entreprises déjà existantes ne peuvent plus guère faire de croissance interne par l'ouverture de nouveaux magasins. Elles ont donc privilégié le rachat de magasins existants, accélérant la concentration du secteur : Carrefour a successivement racheté Euromarché (1991) puis Comptoirs modernes (1998) avant de fusionner avec Promodès (1999) ; rachat de Franprix-Leader Price par Casino (1997) ; acquisition de Docks de France par Auchan (1996), etc. ¹

Cette politique visant à contenir les surfaces de vente a raréfié le linéaire et a renchéri son accès, augmentant le pouvoir de négociation de la grande distribution. Dans le même temps, les sociétés de distribution ont vu, par un effet d'aubaine, la valeur de leur patrimoine immobilier s'élever très nettement. Ainsi, si l'on reprend l'hypothèse de l'arrivée d'un distributeur étranger, celui-ci devrait payer le prix fort pour acquérir des réseaux devenus plus importants et plus chers.

Les lois de juillet 1996 ont donc diminué la capacité concurrentielle des distributeurs français :

- sauf à déployer des efforts coûteux, ils ne peuvent pas faire de progression significative de chiffre d'affaires ;
- les marges arrière leur a garanti une rente de profitabilité qui ne les a pas incités à réaliser des gains de productivité ;
- ils n'étaient pas menacés par un nouvel entrant puissant.

Outre l'effet discutable de la législation relative à l'équipement commercial sur la protection du « petit commerce » ², il résulte d'une étude récente que son incidence positive sur l'emploi est également discutable ³.

Le groupe qui, dans le délai qui lui était accordé pour remettre ses conclusions, n'a pu disposer de tous les éléments nécessaires pour se forger une conviction définitive en la matière, estime toutefois qu'une modification du seuil actuellement en vigueur devrait être envisagée, le cas échéant en procédant à une expérimentation locale.

Il convient d'insister, également, sur l'importance que doivent accorder les commissions d'équipement commercial au respect des règles de concurrence.

Il est vrai qu'elles doivent concilier des principes potentiellement divergents pour rendre leurs décisions. Si on les résume, le principe essentiel est l'interdiction de l'écrasement de la petite entreprise qui peut, à lui seul, fonder un refus d'autorisation. Plusieurs autres principes sont contenus dans les dispositions législatives, successives, qui ont fixé les

(1) Voir p. 43.

(2) Voir p. 67.

(3) MM. Bertrand et Kramarz, « Does entry regulation hinder job creation ? Evidence from the french retail industry », *Quarterly Journal of Economics*, 2002, 117

(4), pp. 1369-1413.

règles en la matière, parmi lesquelles trois sont importantes, la liberté d'entreprendre dans une concurrence saine et loyale, l'aménagement du territoire et le développement de l'emploi, et deux sont plus accessoires, les principes de modernisation et de qualité¹.

Spécifiquement, il incombe aux commissions d'équipement commercial de veiller au respect des règles tendant à préserver le libre jeu de la concurrence, au nombre desquelles figurent celles qui visent à prévenir les risques d'abus de position dominante². Du point de vue des questions abordées par le présent rapport, cet examen est essentiel : dans la combinaison des différentes règles de fond à laquelle doivent procéder les commissions³, le critère concurrentiel doit être déterminant.

La combinaison d'un assouplissement des règles relatives à l'équipement commercial, et d'un examen rigoureux de l'impact concurrentiel des opérations soumises à autorisation par les commissions d'équipement commercial pourrait permettre d'atteindre deux objectifs. Il s'agirait, d'une part, de réduire la protection des situations acquises des distributeurs et, d'autre part, de disposer d'un moyen de contrôle décentralisé et strict du degré de concentration du secteur.

(1) Sur ces questions, *cf.* les conclusions de R. Schwartz sur CE Sect., 27 mai 2002, SA Guimatho et SA Dijori, CCI de Touraine et autres, *Rec. Lebon*, p. 178, *in Actualité juridique du droit administratif*, n° 9/2002, p. 702-714.

(2) CE 30 juillet 2003 SA Caen Distribution n° 227838, à mentionner aux tables du *Recueil Lebon*.

(3) *Cf.* la décision précitée SA Guimatho et autres, qui fixe le raisonnement qui doit être suivi par les commissions pour combiner les différents principes dont elles doivent tenir compte.

Conclusion de la deuxième partie

La législation existante est toujours perfectible. Jusqu'à présent, en matière de droit des pratiques restrictives, le législateur a toujours choisi de modifier à un rythme soutenu les règles applicables pour corriger les déséquilibres de rapports de force et réprimer les comportements constatés.

La fréquence de ces changements a eu pour résultat une loi instable et en décalage avec une réalité économique en constante évolution et à laquelle il est vain de prétendre continuellement s'adapter. Le corps de règles qui gouvernent les relations entre l'industrie et le commerce, d'une technicité croissante avec le temps, s'est, on l'a dit, retrouvé éloigné de ce marché très évolutif. À l'extrême, mécanismes économiques et encadrement juridique fonctionnaient de manière parallèle : après avoir négocié, distributeurs et fournisseurs plaçaient le résultat de cette négociation dans un contrat de coopération commerciale mal défini qui transcrivait des prestations inexistantes. La réalité économique, traduite dans un dispositif juridique incertain, était maquillée pour répondre aux exigences du livre IV du titre IV du Code de commerce.

En parallèle, l'efficacité du contrôle juridictionnel ne s'est pas améliorée à mesure que s'intensifiait l'intervention du législateur. La loi est régulièrement dénoncée comme peu respectée par les opérateurs les plus puissants, et le juge est rarement saisi par les opérateurs les plus vulnérables qui craignent les représailles. S'il est saisi, sa décision est trop longtemps attendue et rarement connue. Une telle situation est pernicieuse : elle décourage les acteurs économiques les plus désarmés de rechercher devant le juge l'application d'une législation pourtant conçue pour compenser leur faiblesse.

Pour finir, le consommateur a payé le prix de la conjugaison de trois éléments : la concentration du secteur de la distribution, aggravée par les barrières à l'entrée résultant de la loi du 5 juillet 1996, l'instrumentalisation par les opérateurs économiques de la législation relative à la revente à perte et la protection des situations acquises par l'effet de la législation relative à l'urbanisme commercial.

Ce constat, résumé ici de manière schématique, a conduit le groupe à orienter ses propositions dans trois directions principales, qui tentent de répondre aux difficultés ainsi relevées.

En premier lieu, il est proposé d'améliorer les conditions d'application de la loi. Les mesures envisagées sur ce point peuvent intervenir sans modification du régime de la revente à perte. Elles portent, tout d'abord, sur l'efficacité du contrôle juridictionnel. Le raccourcissement des délais de jugement et la publication des décisions de justice, aussi bien en matière pénale qu'en matière civile, sont une condition impérative du renforcement du dispositif. S'agissant des infractions pénales, les propositions portant sur l'extension de l'ordonnance pénale, de la composition pénale et sur la convocation par agent de la DGCCRF ainsi que la saisine des juridictions en matière économique et financière sont décisives pour accélérer les procédures et leur conférer un caractère prioritaire aussi bien qu'exemplaire. En matière civile, la spécialisation des juridictions permettrait une amélioration du traitement des affaires, par des magistrats mieux formés aux problèmes de la relation industrie-commerce. L'inversion de la charge de la preuve, s'agissant des services rendus, améliorera la capacité des services de l'État à faire sanctionner les abus commis en matière de coopération commerciale. Une option alternative à ces efforts recommandés en faveur d'un meilleur contrôle juridictionnel réside, ensuite, dans la possibilité de conférer à la CEPC des pouvoirs de sanction. Créer une section de sanction au sein de cette commission poursuivrait trois objectifs essentiels : la création d'un ensemble de règles adaptées au secteur particulier dont elle aurait la charge, d'une part, permettre de sanctionner sans plainte, avec un meilleur relais des contrôles de l'administration, d'autre part, et la possibilité, enfin, d'adresser des injonctions aux opérateurs. En toute hypothèse, plusieurs propositions tendant à faciliter l'action de la CEPC sont formulées, afin de lui permettre d'adapter son rôle à la mise en place progressive des réformes proposées. Enfin, l'assainissement des relations commerciales implique, pour le législateur, de définir la coopération commerciale, de lui donner un contenu et de fixer son régime contractuel.

Quelle que soit l'option choisie, le titre IV du livre IV mériterait d'être renommé ; l'insertion de dispositions préliminaires sur la concurrence déloyale renforcerait, à cet égard, la cohérence d'ensemble du dispositif.

En deuxième lieu, il est proposé de réformer le mode de fixation du SRP. Plusieurs options, toutes conçues dans le but de parvenir à une baisse des prix à la consommation, sont présentées aux pouvoirs publics. Le choix du législateur dépendra, d'une part, de l'objectif final qu'il retient, d'autre part, de la prise en compte des effets externes qu'il redoute et, enfin, du rythme auquel il juge bon de procéder à cette modification importante de l'environnement réglementaire.

Si l'objectif est de rétablir le libre jeu du marché et de la concurrence, la démarche consistant à renoncer à l'interdiction de la revente à perte et à certaines règles constituant le titre IV du livre IV du Code de commerce peut être considérée. Il ne fait pas de doute qu'elle conduirait à un rétablissement de la concurrence par les prix dont les effets seraient favorables aux consommateurs. Les incidences de cette réforme sur les PME ou sur le maintien de réseaux différenciés de commerces impliquent toutefois une certaine prudence si un tel changement radical était adopté. C'est pourquoi

le groupe incite les pouvoirs publics, dans cette hypothèse, à doter le secteur des relations industrie-commerce d'une autorité chargée, à titre temporaire, d'accompagner une telle déréglementation.

Pour rétablir la concurrence par les prix entre les distributeurs, sans toutefois revenir sur le principe de l'interdiction de la revente à perte, il est suggéré de rapprocher le SRP de la réalité économique. À cet égard, fixer ce seuil au prix « trois fois net », c'est-à-dire le prix diminué des remises avant, des remises arrière et de la coopération commerciale, est une voie recommandée. Cependant, ici encore, le passage trop soudain du régime actuel à une telle définition du SRP peut faire craindre des effets néfastes pour des opérateurs qui n'y seraient pas préparés. Le groupe a donc évalué les différentes possibilités dont dispose le législateur pour concevoir une période intermédiaire afin d'organiser la transition vers un SRP ainsi fixé au prix « trois fois net ».

L'accent est mis, en troisième lieu, sur la nécessité d'agir sur les structures du secteur de la distribution. Pour avoir un impact sur ce point, les pouvoirs publics peuvent agir de deux manières. La première consiste à assouplir la législation relative à l'urbanisme commercial, en réexaminant le seuil déterminé par la loi du 5 juillet 1996, les autorisations devant être délivrées avec une vigilance accrue à l'égard des règles de concurrence. La seconde consiste à modifier l'article L. 430-2 du Code de commerce pour mieux contrôler les opérations de prise de contrôle des supermarchés.

Ces propositions, explicitées dans le présent rapport et complétées par d'autres recommandations, offrent une large gamme de choix aux pouvoirs publics, selon les principaux objectifs qu'ils se fixeront pour réviser la législation existante.

Troisième partie

Restaurer l'interprofession dans le secteur des fruits et légumes

Le groupe de travail chargé d'examiner plus spécifiquement les difficultés apparues dans les filières agricoles ¹, a centré ses travaux sur le secteur des fruits et légumes, pour quatre raisons.

En premier lieu, le délai auquel il était soumis pour mener sa réflexion était extrêmement bref, ce qui impliquait de circonscrire le champ de l'étude. En deuxième lieu, ce secteur est traité de manière spécifique dans l'accord du 17 juin ². En troisième lieu, il est régi par des mécanismes économiques relativement singuliers et il est, en outre, soumis à des dispositions législatives ou réglementaires qui lui sont propres. En dernier lieu, et surtout, le groupe a été explicitement invité ³ à se prononcer sur la compatibilité avec les engagements communautaires de la France d'une proposition de loi qui concerne spécifiquement ce secteur ⁴.

Le groupe de travail ne devait ni, d'ailleurs, ne pouvait, faute de temps, tenter de porter un diagnostic d'ensemble tant sur l'environnement juridique du secteur que sur sa situation économique. Compte tenu, cependant, de l'importance conférée par le ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie à la question agricole, le groupe de travail a souhaité ne pas s'en tenir à la seule appréciation de la validité de la proposition de loi évoquée plus haut et a élargi ses réflexions à d'autres aspects liés à la question des prix, en matière agricole, et à l'évaluation des textes spécifiques précités.

Pour conduire ses réflexions, le groupe de travail a procédé à des auditions spécifiquement centrées sur la question agricole ⁵.

(1) Composition du groupe de travail chargé d'examiner les questions agricoles.

(2) Avec d'autres produits « agricoles bruts non marketés », mais dont la liste, à établir de manière contractuelle, n'est pas arrêtée.

(3) Lettre du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 27 juillet 2004.

(4) Proposition de loi n° 207, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale, le 24 septembre 2002, tendant à réglementer les marges pratiquées sur les fruits et légumes périssables en période de crise, présentée notamment par M. Jean-Michel Ferrand, député.

(5) Annexe 2. Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe de travail chargé d'examiner les questions agricoles.

Un secteur atypique

Mécanismes économiques singuliers

Le marché étudié se caractérise par des éléments autour desquels un large consensus s'est dégagé autour des auditions.

On peut les résumer selon huit points principaux :

- 1) il s'agit de produits consommables « en l'état » au caractère éminemment périssable. Le moment de la récolte et, par suite, de la mise en marché, sauf pour quelques produits stockables, est fondamentalement dicté par la nature ;
- 2) les conditions climatiques ont également une forte influence du côté de la demande, de sorte que les équilibres du marché connaissent des fluctuations importantes, difficiles à anticiper et fréquentes. La « crise » dans le secteur des fruits et légumes n'est donc pas structurelle au sens où elle résulterait d'un déséquilibre permanent du marché. Elle fait partie intégrante, à une ou plusieurs périodes de l'année, et de manière presque inévitable, du fonctionnement du marché ;
- 3) ce secteur est confronté à une très vive concurrence intra et extracommunautaire de producteurs étrangers bénéficiant de coûts de production, en particulier salariaux, plus favorables. Cette concurrence, qui a tendance à s'accroître, amplifie les déséquilibres résultant des incertitudes de marché décrites ci-dessus ;
- 4) la segmentation de ce marché reste faible et peu valorisée, hors quelques exemples de réussite interprofessionnelle, comme dans le secteur de la pomme de terre ;
- 5) les instruments publics de régulation du marché ont presque disparu, en particulier après que la réforme de l'organisation commune de marché (OCM) a pratiquement supprimé les achats publics pour destruction, communément appelés les retraits ;
- 6) au plan national comme communautaire, l'état de l'offre potentielle demeure largement méconnu ;
- 7) l'organisation commerciale de l'amont demeure très éclatée, malgré des efforts de regroupement en huit comités de bassin (associations d'organisation de producteurs). On dénombre 310 organisations de producteurs, commercialisant au total environ 60 % seulement de la production, le solde transitant par des « marchés physiques » ou étant livré directement soit à des « expéditeurs », soit aux détaillants, restaurateurs... En face, l'aval

atteint, on le sait, un degré élevé de concentration : les GMS absorbent les deux tiers du marché et cinq centrales d'achat concentrent les deux tiers des achats de gros destinés au marché intérieur. On remarquera, cependant, qu'une forte organisation de l'amont ne permet pas, à coup sûr, d'être protégé contre les crises : l'exemple de la tomate, commercialisée à 80 % par l'organisation économique des producteurs, au cours de l'été dernier, en est une illustration ;

8) enfin, les prix de vente de la production sont, le plus souvent, déterminés quotidiennement et sont reflétés par les cotations établies par le ministère de l'Agriculture (service des nouvelles du marché).

En définitive, et schématiquement, il s'agit de marchés où la météo détermine largement l'obligation de vendre et ce pour une multitude d'offres, soumis à une concurrence internationale de plus en plus vive, face à des acheteurs très concentrés et une demande elle-même fortement influencée par la météo. Cette situation produit des effets amplificateurs des déséquilibres épisodiques entre offre et demande, et une « psychose de la non-vente » chez les producteurs.

Appréhender le secteur de manière globalisante serait toutefois une erreur d'analyse, tant on constate des disparités importantes entre produits : certains sont stockables (les pommes, par exemple), d'autres non (les salades). Par ailleurs les prévisions de récolte sont moins soumises aux aléas pour de nombreux fruits (plantes pérennes) que pour la plupart des légumes. Enfin, l'organisation commerciale de l'amont est très différenciée selon les produits et varie de 20 à 80 %.

Environnement réglementaire spécifique

La spécificité des règles qui encadrent le secteur agricole se retrouve tant à l'échelon communautaire qu'au niveau national.

Du point de vue communautaire, le secteur est régi par une organisation commune de marché (OCM)¹ qui ne prévoit pratiquement plus d'interventions sur les marchés et comporte, pour l'essentiel, des mesures structurelles. Cette organisation est l'une des rares à reconnaître explicitement la licéité d'accords interprofessionnels ainsi que leur capacité à établir certaines règles imposables à leurs adhérents. Leur champ d'intervention est toutefois limité et le règlement communautaire exclut, en particulier, à son article 20, les accords qui se traduiraient par la fixation de prix minimum. L'OCM laisse enfin la faculté à un État membre de rendre obligatoires les règles en question sous certaines conditions.

Le droit national soumet également le secteur étudié à des règles particulières qu'il convient ici de rappeler brièvement.

(1) Règlement n° 2200/96 du Conseil du 28 octobre 1996.

Accords interprofessionnels

Les articles L. 611-4 et L. 611-4-1 du Code rural prévoient qu'en cas de crise ¹, et pour certains produits ², dont les fruits et légumes, les « organisations représentatives des producteurs » peuvent passer des contrats avec des « organisations représentatives de leurs acheteurs » et fixer ainsi un prix de cession au premier acheteur. L'objectif est notamment d'adapter l'offre en volume et en qualité aux besoins des marchés. Ces accords peuvent être étendus, sous certaines conditions, par arrêté interministériel.

La Commission européenne a cependant adressé à la France, le 7 juillet 2004, une mise en demeure l'invitant à lui faire parvenir ses observations sur la compatibilité de ces dispositions avec le droit communautaire. Les dispositions législatives en question sont donc menacées au regard du droit communautaire de la concurrence, en ce qu'elle pourraient ne pas entrer dans le champ de l'exemption prévue par l'article 81-3 du traité ni dans les exceptions figurant dans le règlement 26/62 du conseil relatif à l'application des règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles.

On remarquera toutefois qu'un seul accord interprofessionnel de la nature de ceux prévus par le Code rural a été étendu : celui fixant un prix minimum pour les pêches et les nectarines en août 2000. Un accord du même type conclu en juillet 2002 par l'interprofession n'a, en revanche, pas été rendu obligatoire.

Inefficacité de la lutte contre les abus

S'agissant des mêmes produits, l'article 54 de la loi du 1^{er} août 2003 ³ pour l'initiative économique permet de faire cesser, en cas de « crise conjoncturelle », les pratiques de « prix abusivement bas » et d'obliger leur auteur à réparer le préjudice subi. Ce dispositif, qui permet de lutter contre ces abus sous le contrôle du juge civil, n'a pas encore été appliqué à ce jour.

Interdiction de publicité

Enfin, l'article L. 441-2 du Code du commerce proscrit notamment, s'agissant des fruits et légumes, toute publicité avec mention d'un

(1) Les crises sont ainsi définies par la loi : « Situations où le prix de cession de ces produits par les producteurs ou leurs groupements reconnus est anormalement bas par rapport à la moyenne des prix observés lors des périodes correspondantes des cinq précédentes campagnes, à l'exclusion des deux périodes au cours desquelles les prix ont été respectivement le plus bas et le plus élevé. »

(2) « Les animaux vifs, les carcasses, les productions de produits agricoles périssables ou de produits agricoles à cycles courts de production ou les productions de la pêche ou de l'aquaculture. »

(3) La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003.

prix en dehors du lieu de vente lui-même, sauf si un accord interprofessionnel en dispose autrement. Un tel accord peut être étendu conformément aux dispositions des articles L. 623-3 et L. 632-4 du Code rural. Ces dispositions ont cependant fait l'objet d'un avis motivé de la Commission européenne en date du 17 octobre 2003 et un nouveau projet de texte est en cours de discussion.

Au total, en l'absence de mécanisme européen approprié, les dispositifs nationaux sont aujourd'hui fragilisés au regard des prescriptions du droit communautaire.

Propositions

Il convient, en préambule, de rappeler le caractère circonscrit de l'analyse menée par la présente étude, alors même que les auditions ont nettement montré la nécessité d'une réflexion stratégique d'ensemble impliquant l'ensemble des acteurs de la filière¹. Seront ici examinés les principaux points qui ont retenu l'attention des membres du groupe de travail, compte tenu de la mission qui lui était assignée et des débats qui ont eu lieu devant lui.

Contractualiser

Les accords entre professionnels, ou les dispositifs nationaux qui aboutissent à la fixation de prix, qu'il s'agisse de prix à la consommation ou de prix à la production, sont proscrits par le droit communautaire.

En effet, la fixation de prix minimum tomberait sous le coup de l'article 81 du traité ou serait regardée comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, d'autant que le secteur des fruits et légumes est, on l'a souligné, largement ouvert aux importations en provenance d'autres États membres.

En outre, l'existence d'un dispositif législatif national ne protège pas les signataires d'un accord interprofessionnel d'une sanction communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi rappelé que la loi nationale n'exonère les opérateurs de leur propre responsabilité que si le comportement concurrentiel considéré est imposé par la loi ou si celle-ci ne laisse pas de marge pour un comportement autonome.

Il ne fait, dans ces conditions, guère de doute que la France sera conduite à renoncer, à brève échéance, aux dispositions aujourd'hui prévues par les articles L. 611-4 et L. 611-4-1 du Code rural².

(1) S'agissant ainsi des opportunités d'aménagement des textes communautaires, on notera, d'une part, la mise en discussion d'un rapport de la Commission sur l'OCM et, d'autre part, l'engagement d'une réflexion générale sur des dispositifs de crise conformément aux décisions prises lors de l'adoption de la dernière réforme de la politique agricole commune.

(2) Voir p. 128.

La voie contractuelle paraît donc être la seule solution. Elle doit être encouragée, alors qu'elle semble peu développée¹. Organiser réellement les filières par produits implique de mieux sécuriser les engagements d'apports en volume et en qualité ainsi que les prix, aujourd'hui déterminés chaque jour, au moins pour une partie des volumes contractualisés. Les risques climatiques ne pourront être mutualisés que par une meilleure organisation en amont.

Des exemples existent, en la matière (dans le secteur vinicole ou pour la pomme de terre) et supposent un rôle actif de l'interprofession. Celle-ci devrait être invitée à élaborer des contrats types, par produit, destinés à servir de cadre normatif à la passation de contrats particuliers entre les opérateurs².

Ces contrats types pourraient notamment prévoir :

- la nécessité, pour chaque contrat particulier, de fixer un prix³, le cas échéant pour une partie significative, mais pas pour la totalité, des quantités engagées par le contrat ;
- un barème de réfections/majorations en fonction de la qualité des produits ;
- enfin, le principe d'un prix plancher contractuel, lorsque le prix n'est pas définitivement fixé dès la signature du contrat, et dont le montant serait convenu par les parties.

L'État pourrait alors rendre obligatoires de tels contrats types, selon les règles aujourd'hui prévues par le Code rural, et en contrôler l'application.

Le développement d'une telle contractualisation contribuerait certainement à réguler le marché et à créer un mode de relations entre opérateurs propice au développement d'une politique de segmentation et de valorisation, largement suggérée par les organisations auditionnées.

Regrouper l'offre

Les concertations entre organisations de producteurs pour la détermination de « prix objectifs » ou de « fourchettes de prix » sont mises en cause : menacées au titre des ententes, ces pratiques peuvent conduire à des amendes particulièrement élevées pour les opérateurs.

Afin de limiter les excès de la « psychose de la non-vente » susceptibles d'affecter le marché en période de crise, certaines organisations de la production souhaiteraient néanmoins que ces pratiques puissent être légitimées.

(1) Sur ce point, la Commission ne disposait pas d'éléments précis, mais a tenu compte des constats développés par les personnes auditionnées.

(2) Cf. l'accord adopté par Interfel, s'agissant des pêches et nectarines, en 2003.

(3) Ou les règles convenues pour sa détermination, par référence, par exemple, à des cotations.

La réponse structurelle à ces craintes relève d'un véritable renforcement de l'organisation commerciale des producteurs et d'un regroupement de l'offre, d'autant que les dispositions communautaires permettent à une association d'organisations de producteurs d'agir commercialement pour le compte de ses adhérents, au même titre qu'une organisation de producteurs particulière.

En tout état de cause, lever les obstacles juridiques à de telles pratiques supposerait un accord préalable de l'Union européenne ¹.

Inefficacité du dispositif de crise

Aucun producteur, sous la menace constante d'un déréférencement, ne peut, de fait, introduire l'action prévue par les dispositions rappelées de l'article 54 de la loi pour l'initiative économique.

Leur application effective supposerait, à tout le moins, la réunion de deux conditions essentielles :

- une définition objective de la notion de crise ² ;
- et la possibilité pour les organisations représentatives des producteurs et pour l'administration d'agir.

Interdiction de la coopération commerciale, des remises, rabais et ristournes

L'accord du 17 juin 2004 indique, en particulier pour les fruits et légumes que « toute coopération commerciale est supprimée ; les remises, ristournes et rabais, immédiats ou différés, en nature ou en valeur, qui ne constituent pas la juste contrepartie du volume des achats effectués par le distributeur auprès du producteur, de leur régularité ou de services logistiques sont supprimés. Les négociations tiennent compte de la circonstance que, sur certains produits, les remises quantitatives sont déjà intégrées dans le prix. »

La coopération commerciale semble très limitée ou absente, en la matière, pour certaines enseignes. Dans un secteur sans tarif, au demeurant, il n'est pas aisé d'en saisir la portée sauf à travers des contrats

(1) Compte tenu, en particulier, du montant des amendes susceptibles d'être infligées aux opérateurs.

(2) *Cf. infra.*

distincts de l'acte de vente lui-même, c'est-à-dire dans le cadre d'un service spécifique, détachable de la conclusion de la vente.

Dans ces conditions, deux voies semblent possibles. La première serait l'interdiction de la coopération commerciale dans le secteur considéré, en prolongeant ce qui a été prévu par l'accord du 17 juin 2004. La seconde serait de prévoir une telle interdiction sauf si elle est prévue par un accord-cadre interprofessionnel, dans des conditions qui restent à déterminer.

Une solution équivalente pourrait être envisagée en ce qui concerne les remises, rabais et ristournes. Conçus comme des contreparties à la régularité, aux volumes ou à certains services logistiques, pour autant qu'ils ne relèvent pas de la fonction même de l'acheteur, ils sont admissibles.

Cependant, en dehors des contrats, leur sens est plus incertain s'agissant des achats « au quotidien » dans un secteur sans tarifs : le volume, même s'il est important, correspond en fait aux besoins instantanés de l'acheteur et le prix intègre déjà cette donnée. La « régularité » ou la « logistique » peuvent parfaitement n'être que « l'habillage » de moyens de pression sur des fournisseurs condamnés à vendre.

Dans ces conditions, hors contrats, la prohibition des remises, rabais et ristournes paraît justifiée. Il serait possible de demander à l'interprofession, pour l'application des contrats types envisagés plus haut, d'établir des règles¹ encadrant les remises, rabais et ristournes. Il serait donc possible de les interdire sauf prévisions spécifiques convenues dans un cadre interprofessionnel.

La vente sans prix

La pratique du « prix après-vente » (PAV) consiste à écouler une marchandise dont le prix n'est pas fixé au départ, en dépit d'un transfert de propriété. Le fournisseur est donc payé sur la base d'une facture qui fait référence à un prix de revente obtenu par son acheteur, soit un prix différé, dont sont déduits les frais de mise en marché.

Cette technique de vente, spécifique au secteur des fruits et légumes, est principalement pratiquée en France par les « grossistes de marché »², pour une fraction de 50 à 100 % de leurs achats, et par les expéditeurs de nombreux pays européens du Sud.

(1) On peut ainsi noter que le contrat type évoqué plus haut pour les pêches et nectarines, adopté en 2003, prévoyait un accord *a priori* des parties, dans une annexe, sur ces remises, rabais et ristournes, à l'exclusion de tout autre ultérieur : un cadre interprofessionnel général pourrait encadrer ces possibilités contractuelles.

(2) C'est-à-dire ceux qui interviennent principalement sur les marchés « physiques » comme Rungis ou Perpignan et sont fortement liés au commerce de détail, par différence avec les « grossistes de service », Pomona par exemple, qui ont très peu recours à cette modalité et sont davantage liés à la grande distribution.

Elle s'est substituée progressivement à la « vente à la commission », qui s'effectue sans transfert de propriété et rémunère seulement le service, afin, semble-t-il, d'introduire plus de réactivité dans la relation entre fournisseur et grossiste ¹.

Cette technique d'achat a été mise en cause par plusieurs organisations qui estiment qu'il s'agit d'une modalité commerciale peu transparente, source de déstabilisation du marché à prix ferme, et d'un facteur aggravant de crise. Certaines auditions ont cependant montré qu'elle peut permettre l'écoulement de produits de catégories inférieures, notamment en période de crise. Dans ces conditions, sa suppression, par ailleurs impossible à contrôler notamment pour les produits importés, pour lesquels des factures fictives pourraient être produites, mettrait en difficulté une partie des grossistes professionnels qui travaillent avec leur réseau de détaillants.

La pratique du PAV suscite néanmoins des abus, que ce soit en période normale ou en période de crise lorsqu'il s'exerce dans une relation commerciale de circonstance.

En définitive, le groupe n'a pas pris parti sur l'opportunité d'interdire le PAV ou sur les conditions de son encadrement. Il est donc suggéré qu'une réflexion préalable à toute décision en la matière soit conduite, par exemple au sein de l'Office national interprofessionnel des fruits et légumes et de l'horticulture (ONIFLHOR) aux fins d'évaluer notamment son importance réelle, ses effets pervers, les conséquences de son interdiction pure et simple et, à défaut, les termes de son indispensable encadrement.

Par ailleurs, sur ce point un renforcement des contrôles par les services de la DGCCRF sur le respect des règles de facturation serait souhaitable.

Risque du plafonnement des marges de la distribution

Les objectifs

Répercuter au consommateur les baisses de prix à la production

Lorsque l'offre commence à être plus abondante et que la campagne de production monte en régime, le but serait d'éviter que les prix à la consommation ne se maintiennent à un niveau élevé et rapidement

(1) Le montant de la transaction est établi sous 24 heures alors que le compte de vente n'était remis qu'après des délais plus longs, sources de litiges et de faible réactivité commerciale.

dissuasif alors que l'abondance croissante des produits entraîne la réduction des cours à la production. Cette préoccupation vaut d'autant plus en période de crise. Derrière ces considérations apparaissent également des préoccupations relatives au fonctionnement « ordinaire » des relations, au sein de la filière, entre des prix suffisamment rémunérateurs à la production et des prix raisonnables à la consommation. Ces préoccupations deviennent particulièrement aiguës en période de crise.

Une réaction rapide

Lors d'une crise, l'objectif serait de disposer de mécanismes susceptibles de réagir rapidement, pour éviter les attermoissements récurrents, source de vives tensions et susceptibles de dégrader l'image des produits aux yeux des consommateurs.

Un mécanisme incitant « mécaniquement » les acheteurs à relever leurs prix d'achat

Enfin, l'objectif de certaines organisations de la production est de disposer d'un mécanisme incitant « mécaniquement » les acheteurs à relever leurs prix d'achat.

C'est dans ce contexte que doivent être envisagés tant la proposition de loi, susmentionnée, tendant à réglementer les marges pratiquées sur les fruits et légumes périssables en période de crise que le mécanisme dit du « cliquet » prévu dans l'accord du 17 juin 2004.

La proposition de loi

La proposition de loi en question prévoit la mise en œuvre d'un « coefficient multiplicateur entre le prix d'achat et le prix de vente », majoré lorsqu'il y a vente assistée ¹. En cas de crise, le ministre fixe, pour une période donnée, le montant de ce[s] taux. Ces dispositions s'appliqueraient à l'ensemble des produits et seraient donc applicables à ceux qui sont importés.

Les buts poursuivis sont, d'une part, d'inciter la grande distribution à mieux rémunérer le producteur, dont la marge est fonction linéaire de son prix d'achat, de corrélér, d'autre part, prix de revente et prix d'achat au bénéfice du consommateur et, enfin, de provoquer une augmentation de la demande, donc des achats, en période de crise. Le coefficient majoré inciterait, par ailleurs, à une « professionnalisation » des rayons de la grande distribution et préserverait les détaillants.

La proposition de loi répond donc aux objectifs déjà mentionnés.

La réalité des effets d'un tel mécanisme demeure néanmoins discutable.

(1) C'est-à-dire une vente avec vendeur spécialisé, donc le plus souvent auprès d'un détaillant et parfois auprès de la grande distribution, lorsqu'elle assure la présence de vendeurs spécialisés.

L'affirmation selon laquelle la grande distribution augmentera le volume de ses achats est parfois mise en doute. Le risque d'observer un report vers des produits substituables est avancé. Il est également soutenu que le commerce de détail se substituerait, alors, à la grande distribution.

Par ailleurs, la valeur intrinsèque des différents fruits ou légumes est très variable et justifierait des coefficients adaptés. De même, en raison de circuits de commercialisation plus ou moins longs, un coefficient uniforme pourrait générer des effets pervers en favorisant les circuits courts. Cette multiplication des situations entraînerait ainsi des difficultés de contrôle croissantes.

Enfin, l'hypothèse de fraudes peu contrôlables est avancée : dans la mesure où le droit ne permet pas d'appliquer le coefficient proposé sur un prix d'achat unique, le plafonnement des marges serait à contrôler en tenant compte des prix d'achat effectifs de chaque lot. On peut s'interroger sur la possibilité pour la DGCCRF d'agir face à des risques de mélange de lots, de facturations fictives, compte tenu, en outre, du nombre très élevés d'acteurs en France et de la difficulté de vérifier les expéditions d'importation.

Ces difficultés ne doivent pas être sous-estimées et elles impliquent une expertise plus approfondie à laquelle le groupe n'a pas pu procéder.

Il convient également d'observer que le mécanisme envisagé par la proposition de loi en question serait incompatible avec les prescriptions du droit communautaire.

La proposition de loi présentée le 24 septembre 2002 serait incompatible avec le droit communautaire

La Commission européenne est intervenue à plusieurs reprises¹ pour apprécier la compatibilité au regard du droit communautaire de dispositions législatives ou réglementaires nationales en matière agricole. Le dispositif projeté ou adopté a toujours été jugé incompatible, tant au regard :

- d'une part, de l'article 81 CE (interdiction des ententes anticoncurrentielles) et de l'article 28 (interdiction des restrictions quantitatives à la libre circulation des marchandises) ;
- que, d'autre part, de la PAC et des OCM (organisations communes de marché) en matière agricole.

On peut penser que la même appréciation serait portée sur un dispositif tel que celui suggéré par la proposition de loi examinée.

(1) Avis du 17 octobre 2003, concernant la compatibilité de l'article 49 de la loi NRE interdisant la publicité sur les prix pour les produits agricoles ; lettres de septembre 2000 et juillet 2002 concernant l'arrêté interministériel du 11 août 2000 portant extension d'un accord interprofessionnel relatif à la commercialisation des pêches et nectarines ; lettres du 15 mai 2003 et du 7 juillet 2004 concernant la loi initiative économique en ce qu'elle modifie l'article L. 611-4 du Code rural et insère un nouvel article L. 611-4-1, prévoyant la possibilité de conclure des accords de crise dans le domaine agricole et la possibilité d'étendre ces accords de crise par décision de la puissance publique.

Elle serait incompatible, en premier lieu, avec le principe de libre circulation des marchandises.

L'article 28 (ex-article 30) du traité de Rome dispose : « Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres... » Dans un arrêt Dasonville du 11 juillet 1974, la CJCE a précisé que « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent » (Aff. C. 8/94, Rec. p. 837). Sont visées les réglementations qui s'appliquent tant aux produits nationaux qu'aux produits importés (mesures indistinctement applicables). L'intention discriminatoire n'est pas requise.

Dans un arrêt *Keck et Mithouard* du 24 novembre 1993, la CJCE a néanmoins apporté une restriction notable au champ d'application de l'article 28 (Aff. C. 267 et 268/91, Rec. I. 6097). La Cour distingue désormais, en effet, entre les modalités de vente d'un produit (quand, où, par qui et à quel prix les produits peuvent être vendus) et les mesures concernant spécifiquement les produits (étiquetage, dénomination, composition...). Les premières échappent à l'application de l'article 28, à condition toutefois que ces mesures « s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits importés et ceux en provenance d'États tiers ».

Le mécanisme du coefficient multiplicateur, tel qu'envisagé par la proposition de loi analysée, ne pourrait bénéficier de la jurisprudence *Keck et Mithouard*.

Deux décisions viendraient à l'appui, toutefois, d'une telle application de cette jurisprudence. La décision *Keck et Mithouard*, elle-même, par laquelle la CJCE a estimé que la loi française prohibant la revente à perte était une modalité de vente échappant à l'article 28, viendrait au soutien de la proposition de loi. Il en est de même de la décision *Groupement national des négociants de pommes de terre de Belgique* (CJCE 11 août 1995, Aff. C. 63/94, Rec. 1995, page I-2467), qui juge inapplicable l'article 28 à la réglementation belge interdisant les ventes ne procurant qu'une marge bénéficiaire extrêmement réduite. La Cour a estimé que cette mesure était certes susceptible de restreindre le volume des ventes, et par conséquent le volume des ventes de produits importés, mais qu'elle était indistinctement applicable et affectait de la même manière les produits importés et les produits nationaux.

Cependant, et à l'inverse, il est possible de faire valoir, conformément à la même jurisprudence *Keck et Mithouard*, que le principe du coefficient multiplicateur, certes indistinctement applicable, affecterait de fait davantage les produits importés. De l'aveu même de son initiateur, ce mécanisme poursuit notamment comme objectif d'inciter les grandes enseignes de distribution, privées d'une partie de leurs marges, d'acheter des produits d'importation. Importer des produits présenterait en effet un intérêt très diminué par rapport à la situation actuelle. Cet aspect, auquel la jurisprudence communautaire est très sensible, semble prépondérant. Le dispositif proposé semble donc contraire à l'article 28.

Il ne semble pas, en outre, susceptible de bénéficier d'une dérogation fondée sur un motif d'intérêt général.

Deux séries de dérogations sont possibles :

- les premières sont fondées sur les motifs énumérés à l'article 30 CE : moralité publique, ordre public, sécurité publique, préservation des végétaux, protection des trésors nationaux, protection de la propriété industrielle ou commerciale. L'objectif poursuivi par la proposition de loi examinée – remédier à des situations de crise dans le secteur agricole ne fait à l'évidence pas partie de cette liste limitative ;
- les secondes dérogations sont énumérées par la CJCE dans l'affaire *Cassis de Dijon* du 20 février 1979 (Aff. C. 120/78, Rec. p. 649) : figurent parmi elles la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales. Cette dérogation peut être envisagée, à condition de prouver qu'elle est appropriée, proportionnée à l'objectif poursuivi et qu'il n'existe pas de moyens moins restrictifs. La position de la CJCE est cependant restrictive et il est peu probable qu'une telle dérogation soit accordée.

La proposition de loi analysée est, en second lieu, incompatible avec l'OCM des fruits et légumes et le droit de la concurrence.

Le dispositif proposé supposerait, pour sa mise en place concrète, l'adoption de multiples accords entre les acteurs de la filière agricole. Ces accords, qui toucheraient à un élément de fixation de prix de vente du produit – la marge – pourraient être considérés comme portant atteinte à la concurrence.

À cet égard, dans le cadre général du droit de la concurrence, deux principes doivent être rappelés et une remarque formulée.

Le premier principe est celui de l'interdiction des ententes anti-concurrentielles entre entreprises (article 81 CE). Les accords qui touchent au prix, ou à un élément de fixation du prix, sont regardés avec la plus grande suspicion. Il est très peu probable que les accords adoptés en application du dispositif envisagé puissent bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81 § 3 CE (contribution au progrès économique). Des accords de crise ont certes quelquefois été exemptés par la Commission, mais il s'agissait uniquement d'accords prévoyant des réductions de capacité dans des secteurs souffrant de surcapacité et de déclin chronique. Il serait excessif de qualifier ainsi le secteur agricole.

Le second principe consiste en l'interdiction faite aux États membres d'adopter des lois ou règlements qui placent les entreprises en situation d'enfreindre la concurrence. À plusieurs reprises, la CJCE a fait une lecture combinée des articles 81 et 10 (ex-art. 5)¹ du traité CE et interdit aux États de prendre ou de maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des

(1) Article 10 : « Les États prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité. »

règles de concurrence applicables aux entreprises. C'est le cas notamment lorsqu'ils imposent ou facilitent la conclusion d'ententes anticoncurrentielles.

Enfin, les entreprises peuvent difficilement se réfugier derrière un dispositif légal, tant au regard du droit interne qu'au regard du droit communautaire.

Du point de vue du droit interne, l'article L. 420-4 I.-1° du Code de commerce énonce que « ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et 420-2 les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application ». Mais pour bénéficier de cette justification, il faut que la pratique résulte directement et nécessairement du texte législatif ou réglementaire, et ne soit pas seulement rendue possible ou encouragée par lui (voir décision 93-D-30 du 7 juillet 1993 à propos des barèmes d'honoraires des avocats). En outre, la loi interne n'emporte justification qu'autant qu'elle est conforme au droit communautaire.

Au plan communautaire, il faut noter un arrêt *Consortio Industrie Fiammiferi* du 9 septembre 2003 de la CJCE, affaire C-198/01, dans lequel la Cour énonce : « En présence de comportements d'entreprises contraires à l'article 81§1 CE, qui sont imposés ou favorisés par une législation nationale qui en légitime ou en renforce les effets, plus particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix, une autorité nationale de concurrence qui a reçu pour mission, notamment, de veiller au respect de l'article 81 :

- a l'obligation de laisser inappliquée cette législation nationale ;
- ne peut infliger de sanctions aux entreprises concernées par des comportements passés lorsque ceux-ci leur ont été imposés par cette disposition nationale ;
- peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour leurs comportements ultérieurs à la décision de laisser inappliquée cette législation nationale, une fois que cette législation est devenue définitive à leur égard ;
- peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsqu'ils ont été simplement facilités ou encouragés par cette législation nationale, tout en tenant dûment compte des spécificités du cadre normatif dans lequel les entreprises ont agi. »

Cet arrêt a déjà reçu une application de la part du Conseil de la concurrence (décision 03-MC-03 du 1^{er} décembre 2003). On peut donc penser que les accords susceptibles d'être adoptés en application du dispositif envisagé par la proposition de loi, s'ils étaient jugés anticoncurrentiels, auraient la plus grande difficulté à être validés sur le fondement de l'article L. 420-4.

Dans le cadre particulier des fruits et légumes, il faut également rappeler qu'il existe une organisation commune des marchés (règlement 2200/1996). Des dérogations à l'application de l'article 81 § 1 sont envisagées dans ce cadre, mais le règlement 2200/96 les subordonne à des conditions de forme (notification à la Commission) et de fond.

Des mesures peuvent certes être prises pour encourager les initiatives professionnelles permettant de faciliter l'adaptation de l'offre aux exigences du marché, mais ces mesures doivent être prises au niveau communautaire¹. Les États membres n'ont pas la compétence pour interférer dans le fonctionnement des OCM. Or, la proposition Ferrand est susceptible d'occasionner une telle interférence. Selon une jurisprudence constante de la CJCE, l'établissement d'une OCM impose aux États membres de « s'abstenir de toute mesure qui serait de nature à y déroger ou y porter atteinte »².

Dans ces conditions, compte tenu de la grande prudence qu'il convient d'observer à l'égard du mécanisme considéré, deux démarches complémentaires paraissent envisageables pour parvenir aux objectifs poursuivis.

Les démarches complémentaires

Les situations de crise

Assurer l'objectivité et la réactivité qui sont indispensables dans une telle situation implique que la situation de crise soit nettement définie et que son existence soit constatée par les pouvoirs publics.

Cette reconnaissance déclencherait alors la mise en œuvre de dispositions préalablement établies. Le législateur, contraint par les exigences du droit communautaire, peut difficilement intervenir. Un mécanisme s'inspirant de l'accord du 17 juin 2004 pourrait, en revanche, être établi à titre définitif. À compter de la constatation de la crise, les acheteurs, et notamment les principaux en volume, c'est-à-dire les différentes enseignes de la distribution, et sans doute les grossistes, s'engageraient, d'abord dans un accord-cadre, puis dans des accords particuliers, à maintenir voire à réduire leurs marges immédiatement antérieures.

Ce dispositif maintiendrait la concurrence entre enseignes et ne transgresserait pas les règles du droit de la concurrence. Un tel mécanisme a déjà été créé en Espagne où ont été mis en œuvre des engagements entre l'État et les distributeurs, dans lesquels ces derniers s'engagent à maintenir leur marge, librement fixée, ou à la diminuer, lorsqu'une crise est déclarée. Il s'agit d'engagements unilatéraux qui ne visent pas à uniformiser les prix de vente : le distributeur indique seulement qu'il ne profitera pas de la crise à la production pour augmenter sa marge en volume et donc qu'il répercutera la baisse des prix à la production.

Définir les situations de crise n'est cependant pas un exercice aisé. L'article L. 611-4 du Code rural donne, on l'a dit, la définition d'un seuil. Le groupe, dans le délai qui lui a été imparti, n'a pas disposé des

(1) Principe rappelé par la Commission dans la lettre adressée au gouvernement français, le 7 juillet 2003 (2003/2223, C (2004) 2469).

(2) Arrêts du 18 mai 1977, Aff. C. 111/79, Rec. 1977, p. 901 ; du 29 novembre 1978, Aff. C. 83/78, Rec. 1978 p. 2347 ; du 16 janvier 2003, Aff. C. 462/01, Rec. I 781.

moyens et du temps nécessaires pour préciser comment devrait être établie une telle définition. La définition retenue devrait, en cas d'aménagement de l'article 54 de loi pour l'initiative économique, dans le sens suggéré plus haut, trouver à s'appliquer en la matière : ces dispositions donneraient ainsi des moyens d'agir au cas où l'accord de modération des marges ne serait pas respecté.

Le fonctionnement du marché hors période de crise

Les objectifs d'un prix au consommateur qui tienne compte à la fois de la nécessaire attractivité du produit en évitant, pour lui, des prix « anormalement élevés », et d'une juste rémunération du producteur et des intermédiaires sont pertinents. La voie réglementaire semble toutefois inopérante ou fermée.

Dans ces conditions, seul l'établissement d'un dialogue interprofessionnel, dans le respect des règles de la concurrence, peut prendre en compte ces objectifs et en particulier la question des marges en début de campagne, lorsque l'offre devient plus importante.

Ces propositions permettraient de rendre objective la constatation de la crise et donneraient une possibilité de réaction rapide. Elles permettraient d'atteindre l'objectif de répercussion aux consommateurs des baisses de prix à la production, au moins en période de crise. Elles ne pourraient toutefois, par elles-mêmes, avoir l'effet d'intéressement des acheteurs à un relèvement des prix d'achats que vise le coefficient multiplicateur, ni l'incitation à la professionnalisation des rayons de fruits et légumes.

Publicité avec prix

Si l'ensemble des opérateurs s'accorde à considérer que l'interdiction des catalogues avec prix est souvent justifiée pour les produits considérés¹, il n'en demeure pas moins qu'aucun accord interprofessionnel n'est intervenu depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 441-2 du Code du commerce, en raison de l'opposition de la distribution, avant celui obtenu dans le courant de l'été 2004 avec la promesse d'une révision de la loi. Or, cette absence de publicité a pu contribuer à maintenir la crise.

L'amendement correspondant fait désormais lui-même l'objet d'un consensus : l'interdiction des catalogues avec prix est confirmée et les autres formes de publicité sont encadrées par des délais en contrepartie de l'abandon de la nécessité préalable d'un accord interprofessionnel.

La Commission européenne est saisie de ce projet qui devrait pouvoir entrer en vigueur à la fin de l'année.

(1) Un audit en cours examine la pertinence des moyens de promotion et de publicité et pourrait contribuer à éclairer le débat.

Conclusion de la troisième partie

Les observations qui suivent vont sans doute au-delà du champ strict de la saisine du groupe. Sans préjudice des avancées qui pourraient être obtenues dans le cadre de l'Union européenne ¹, il convient néanmoins de souligner qu'il est nécessaire d'élaborer une stratégie globale pour la filière examinée.

Une approche trop globalisante, et par les prix, des relations entre acteurs de la filière, qui semblent parfois se résumer à un simple affrontement entre la production et la distribution, est réductrice. La segmentation des marchés, une meilleure valorisation des produits de la production, jusqu'au rayon, avec le respect qui s'impose pour des produits fragiles, sont autant de voies encore trop peu explorées malgré certains succès révélateurs.

La nécessité d'une meilleure anticipation des difficultés paraît nécessaire, notamment en raison du fait que les déséquilibres instantanés sont partie intégrante de ces marchés. Elle passe également par un effort de connaissance de l'offre et de regroupement de celle-ci en amont.

La très grande diversité des produits et donc des marchés des fruits et légumes implique de trouver un bon équilibre entre ce qui doit être défini par les professions elles-mêmes et les garanties que peut apporter la puissance publique, en tenant compte des marges de manœuvre offertes par les ordres juridiques national et communautaire.

L'objectif principal devrait être d'inviter à un fonctionnement interprofessionnel renouvelé, associant l'Interprofession, l'Institut technique CTIFL et l'ONIFHLOR avec l'objectif, produit par produit, d'analyser le marché et ses perspectives, de construire une stratégie partagée fondée sur une meilleure segmentation des produits et un respect de la qualité allant de la production à l'étalage, de fixer en commun les règles de promotion ² et de valorisation des produits (valeur « santé », caractère

(1) En matière, notamment, de soutien accru à une véritable organisation économique fondée sur des préoccupations d'efficacité commerciale, de connaissance de l'offre, de promotion générique des produits ou de dispositifs de crise.

(2) Une implication accrue de la production dans la définition des opérations de promotion serait ainsi souhaitable, de même que la mise en réserve, au sein de l'interprofession, de moyens budgétaires de promotion en cas de crise ainsi que la préparation *a priori* de telles opérations.

régional, saisonnier...), en temps normal et en temps de crise, et de développer la contractualisation indispensable pour redonner de la confiance entre acteurs.

La recherche d'une meilleure connaissance de l'offre, ne serait-ce qu'au niveau national, mais également au niveau européen, paraît indispensable. Il en est de même d'une orientation des soutiens publics aux investissements qui soit étroitement liée aux perspectives de marché et aux stratégies qui pourraient être définies par l'interprofession.

Au-delà des dispositions réglementaires évoquées plus haut, un tel renouvellement de l'action interprofessionnelle exige donc, dans le contexte actuel, une action forte des pouvoirs publics, en particulier pour l'élaboration de contrats types et l'obtention d'engagements relatifs à la politique de marges, notamment en cas de crise.

Glossaire

Barème d'écart : variations tarifaires en fonction de l'importance des commandes.

Centrale d'achats : organisme centralisant les achats pour le compte de ses adhérents. La centralisation permet de grouper et de rendre plus efficaces les activités d'étude des produits, la recherche des fournisseurs et la négociation des achats. La centrale d'achats a dans certains cas des activités de répartition, d'organisation et de documentation. Ses services sont réservés à l'usage exclusif d'adhérents liés par contrats.

Concurrence intramarque : désigne la concurrence que se font les distributeurs pour la vente aux consommateurs d'un produit de marque donnée.

Coopération commerciale : il s'agit de services spécifiques (prospectus, tête de gondole, etc.) réalisés par le distributeur au bénéfice du fournisseur moyennant rémunération. Ces services font l'objet d'un contrat entre fournisseur et distributeur et sont facturés par le distributeur. Ils entrent dans la marge arrière.

Corbeille de la mariée : contribution financière apportée par les fournisseurs à l'occasion du regroupement entre plusieurs enseignes. Cette contribution est justifiée par les enseignes par la « massification des achats » de la nouvelle entité.

Déréférencement : suppression d'un produit de la liste des références pouvant faire l'objet d'une commande, ou rupture du contrat de référencement passé avec un fournisseur.

Discrimination abusive : pratique qui consiste à traiter différemment et sans contrepartie deux opérateurs concurrents et en situation comparable en procurant à l'un un avantage ou un désavantage dans la concurrence par rapport à l'autre.

Facture : document récapitulant les termes du contrat de vente.

Gamme : ensemble des articles distincts pour une même catégorie de produits, par extension, ensemble des produits offerts par un même fournisseur.

Linéaire : longueur de rayons consacrée à l'exposition des produits dans un point de vente.

Marge avant : il s'agit de la marge réalisée par le distributeur entre le prix de vente consommateur et le prix d'achat net facturé.

Marges arrière : il s'agit de l'ensemble des remises, ristournes et rémunérations de coopération commerciale consenties hors facture par un fournisseur à un distributeur. Elles ne peuvent pas venir en diminution du seuil de revente à perte. Ne pouvant être rétrocédées au consommateur, elles constituent une marge garantie pour le distributeur.

Maxidiscount (ou *hard-discount*) : format de vente proposant aux consommateurs un assortiment restreint de produits à prix faibles, et offrant des services commerciaux minimaux.

MDD : abréviation pour désigner les produits vendus à marque de distributeurs.

Négociation commerciale : elle recouvre les conditions dans lesquelles une opération d'achat ou de vente se déroule entre un fournisseur et un distributeur. Ces conditions sont traduites dans le contrat de vente ou d'achat et obéissent au principe de liberté contractuelle pondéré par l'existence d'un rapport de force.

NIP (nouveaux instruments promotionnels) : il s'agit d'avantages financiers (bon de réduction, bon d'achat, etc.) consentis au consommateur par le fournisseur ou le distributeur lors de son passage en caisse et qui viennent en diminution de son ticket global. Le prix de vente consommateur unitaire des produits n'est pas affecté, il n'y a donc pas de revente à perte. Ces avantages financiers sont en grande partie financés par les fournisseurs.

Prime de référencement : somme payée par le fournisseur en contrepartie de l'engagement d'un distributeur d'acheter ses produits.

Prix d'appel : il désigne un prix faible correspondant à certains produits et donnant lieu à une publicité visant à attirer les clients dans un point de vente.

Prix net net : c'est le prix net sur facture, moins les ristournes conditionnelles non acquises lors de la vente.

Prix trois fois net (ou net net net) : il s'agit du prix d'achat du fournisseur, coopérations commerciales déduites du prix d'achat net facturé.

Rabais : réduction de prix à caractère commercial accordée en cas de défaut de qualité, de retard de livraison ou de non-conformité de la commande.

Référencement : procédure selon laquelle un produit (ou une entreprise) est agréé[e] par un acheteur agissant pour le compte d'une enseigne ou d'un point de vente.

Remise : réduction immédiate sur le prix d'un bien ou d'un service. Elle est calculée sur le prix de vente brut HT.

Remise de gamme : il s'agit d'un avantage financier consenti par le fournisseur au distributeur pour le référencement simultané d'un certain

nombre de références. Il peut prendre la forme d'une remise sur facture entrant dans les conditions générales de ventes et venant en diminution du seuil de revente à perte ou bien faire l'objet d'un contrat de coopération commerciale.

Revente à perte : revente d'un produit (en l'état) à un prix inférieur au prix d'achat figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires et, le cas échéant, du prix du transport.

Ristourne : remboursement au client d'une partie de la somme qu'il a déjà payée. Elle est généralement accordée périodiquement en fonction de la réalisation des objectifs qui conditionnent son versement.

Tête de gondole : emplacement promotionnel spécifique pour la présentation des produits.

Zone de chalandise : zone géographique dans laquelle résident les clients d'un magasin.

Annexes

Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe de travail (par ordre chronologique)

Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie

- Reine-Claude Mader, secrétaire générale
- Frédérique Pfrunder, chargée de mission

Association nationale des industries agroalimentaires (ANIA)

- Jean-René Buisson, président
- Olivier Picot, vice-président en charge de la commission industrie/commerce
- Benoît Mangenot, directeur général

Confédération générale de l'alimentation en détails (CGAD)

- Claude Bellot, président
- Claude Boisseau, secrétaire du bureau de la CGAD, président de la Fédération nationale de l'épicerie

Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME)

- Roger Mongereau, président de l'Union territoriale des PME du commerce
- Dominique Broggio, juriste

Coop de France

- Alain Chalandon, directeur général
- Bruno Lanneree, chargé de mission économique

Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD)

- Jérôme Bedier, président
- François Malaterre, délégué général

Fédération des entreprises et entrepreneurs de France (FEEF)

- Jean-Pierre Barjon, président de la société GEYER frères et président de la commission PME/grande distribution de la FEEF
- Noëlle Bellone, déléguée générale
- François Arrihi de Casanova, chargé de mission juridique

Groupe Auchan

- Jacques Dublancq, directeur des achats d'Auchan France
- Jean-Denis Deweine, directeur des achats alimentaires PGC

Groupe Carrefour

- Daniel Bernard, président
- Philippe Rabbit, conseiller du président
- Maître Gassenbach, avocat

Groupe Casino

- Pierre Bouchut, directeur général
- Jacques-Édouard Charret, directeur général adjoint
- Benoît Cornu, directeur délégué

Groupe CORA/supermarché MATCH

- Jacques Bouriez, directeur général
- François Bouriez, président de MATCH
- Jean-Robert Desherault, directeur général de PROVERA Alimentaire

Groupe GEORGIA-PACIFIC

- Jean-Pierre Quere, président
- Dominique de Gramont, délégué général de l'ILEC (Institut de liaisons et d'études des industries de consommation)
- Bernard Bareiss, directeur général opérationnel du département « Lotus »
- Patrick Legrand, directeur général opérationnel du département « Vania expansion »

Groupe PROCTER et GAMBLE France

- Philippe Charrier, président

Groupe RECKITT-BENCKISER

- Denis Malaganne, président
- Dominique Thesmar, directrice juridique
- Rémy Burckel, directeur commercial

Groupe SYSTEME U

- Yves Bartholome, président
- Michel Gallo, directeur général de la Centrale nationale

Groupe Union du grand commerce de centre-ville (UCV)

- Philippe Houzé, président
- Jacques Perrilliat, président exécutif UCV
- Bernardo Sanchez, directeur général de Monoprix

Groupement d'achat des centres LECLERC

- Michel-Édouard Leclerc, coprésident de l'ACDLEC
- Maître Mario Amadio, avocat
- Sophie Boudon-Legoff, responsable juridique

Institut de liaisons d'études des industries de consommation (ILEC)

- Louis-Claude Salomon, président
- Dominique de Gramont, délégué général

Société civile des Mousquetaires Intermarchés

- Jacques Woci, directeur général d'ITM Entreprises
- Philippe Manzoni, directeur des achats internationaux
- Benoît Maître, responsable des achats France

Conserveries de Haute Provence

- Yves Faure, président

Fédération des industries mécaniques (FIM)

- Franck Gambelli, directeur juridique FIM
- Éric Jourde, directeur juridique de la Fédération de l'industrie électrique et électronique
- Jean-Paul Ouin, directeur juridique de Philips, commission des relations institutionnelles du SIMAVELEC

Groupe DANONE

- Philippe-Loïc Jacob, secrétaire général
- Albin Tapie, directeur commercial
- Sylvie Galliarde, responsable « *Public Affairs* »
- Chantal Rotelleur, directrice juridique

Groupe SEB

- Gérard Salommez, directeur général France
- Raymond Grandjean, directeur administratif et financier France

Union nationale des industries du bricolage (UNIBAL)

- Gilles Caille, président d'UNIBAL et directeur général de la société de bricolage Red Head
- Yves Rambaud, délégué général

Société Biscuits Bouvard

- Alain Laine, président directeur général
- Jean-Luc Talon, directeur général commercial

Société HCL Maître Pierre

- Daniel Pierre, président

Société FEYEL-ARTZNER

- Jean Schwebel, président directeur général

Société CASERTA

- Régis d'Indy, directeur commercial

Société IBB

- Jean-Yves Mollet, directeur commercial
- François-Xavier Lamblin, directeur d'enseignes

Société KAMBLY

- Francis Domenech, directeur commercial
- Bruno Pollin, responsable des centrales nationales

LIDL

- Pascal Trompe, directeur général
- Jérôme Gresland, cogérant, directeur des achats

Fédération française des industries jouet – puériculture (FJP)

- Bruno Berard, président de la commission relations avec la distribution
- Daniel Aboaf, délégué général

Groupe L'Oréal

- Alexandre Popoff, directeur division France

Fédération des magasins de bricolage (FMB)

- Pascal Malfoy, président de la FMB
- Maurice Vax, vice-président de la FMB, PDG de Mr. Bricolage
- François Sarché, juriste Castorama
- Didier Delplace, président de la commission juridique de la FMB
- Guillaume Hardy, directeur juridique de Leroy-Merlin

Confédération française du commerce de gros et du commerce international (CGI)

- Arnaud de Morcourt, directeur général
- Hugues Pouzin, directeur de la Fédération française des syndicats de négociants en pomme de terre et légumes en gros (FEDEPOM)
- Danielle Lo Stimolo, déléguée générale de la Fédération européenne du commerce et de la distribution des produits surgelés et réfrigérés (SYNDIGEL)
- Delphine Kosser, responsable des affaires juridiques à la CGI

Professeurs

- Enrico Colla, professeur à NEGOCIA et chercheur au CERIDICE (ESCP-EAP)

- Paul-André Weber, ancien professeur à l'ESSEC, ancien rapporteur général adjoint au Conseil de la concurrence, ancien directeur des opérateurs audiovisuels au CSA
- Véronique Sélinsky, maître de conférence à l'université de Montpellier I, avocat au barreau de Montpellier, consultant au cabinet Jeantet, professeur à l'École du droit de l'entreprise

UFC Que choisir

- Alain Bazot, président
- Julien Dourgnon, directeur adjoint des études

Association française des études de la concurrence (AFEC)

- Jean-Patrice de La Laurencie, rapporteur général
- Maître Philippe Rincazaux
- Maître Arlette Gastaldy
- Maître Jean-Louis Fourgoux
- Maître Chantal Momège

Parlementaire

- Jean-Michel Ferrand, député du Vaucluse

Professeur

- Marie-Anne Frison-Roche, professeur à Sciences-Po

Fédération française des spiritueux

- Philippe Mouton, président de la FFS (groupe Pernod/Ricard)
- Jean-Dominique Caseau, directeur général de l'Héritier Guyot (groupe Boisset)
- Édith Giffard, directeur de la société Giffard
- Olivier Poulet, directeur juridique de la société Pernod

Parlementaire

- Jean-Paul Charié, député du Loiret

Professeurs

- Jean-Bernard Blaise, professeur émérite à l'université Paris II Panthéon-Sorbonne
- Michel Glais, professeur à l'université de Rennes I

Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie

- Jean-François Bernardin, président
- Ghislain du Jeu, directeur général adjoint

Professeur

- Louis Vogel, professeur à Paris II Panthéon-Sorbonne

Parlementaire

- Luc-Marie Chatel, député de Haute-Marne

Assemblée permanente des chambres de métiers

- Alain Griset, président
- Albert Maron, directeur des affaires juridiques de l'APCM

Conseil national des professions de l'automobile (CNPA)

- Roland Gardin, président
- Patrick Bailly, président de la branche concessionnaire en véhicules particuliers du CNPA
- Francis Davoust, président de la branche de l'artisanat : agents et indépendants du CNPA
- Marc Haziza, président de la branche nationale des locataires gérants de stations-service
- Christian Roux, président de la branche nationales propriétaires exploitants des stations service et des distributeurs de produits pétroliers
- Philippe Marchandier, secrétaire général de la branche des détaillants en carburants

Administration fiscale

- Bruno Parent, directeur général des impôts

Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe chargé d'examiner les questions agricoles (par ordre chronologique)

Fédération nationale des producteurs de légumes (FNPL)

- Angélique Delahaye, présidente de la FNPL
- Pierre Diot, président de la section nationale « tomates »
- Bruno Scherrer, directeur de la FNPL

Fédération nationale des producteurs de fruits (FNPF)

- Pierre Banc, président de la FNPF
- Sandrine Morard, directrice de la FNPF
- Daniel Gomez, administrateur de la FNPF

Coordination rurale (CR)

- François Lucas, président

Fédération française de la coopération fruitière, légumière et horticole (FELCOOP)

- Jean-Louis Moulon, président
- Bernard Cardinaud, directeur
- Jean-Pierre Fournier, chef du service économie/développement

Interprofession des fruits et légumes (INTERFEL)

- Denis Onfroy, président
- Gilles Vigneaud, vice-président
- Bruno Néouze, avocat

Confédération paysanne

- Olivier Keller, secrétaire national
- Pierre Veyrat, producteur de fruits

- Jean-François Chosson, producteur de fruits
- Olivier Clement, permanent Confédération

Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD)

- Jérôme Bedier, président
- Michel Lehman, chef de file secteur fruits et légumes

Jeunes agriculteurs

- Antoine Croutes, vice-président
- Benjamin Lammert, conseiller

Union nationale du commerce de gros de fruits et légumes (UNCGFL)

- Bernard Piton, président
- Annick Groisy, directrice

Association nationale des expéditeurs et exportateurs de fruits et légumes (ANEFFEL)

- Luc Metral, président
- Bernard Chauffaille, membre du bureau
- Valérie Avril, directrice

Fédération nationale des syndicats exploitants agricoles (FNSEA)

- Patrick Ferrer, directeur général
- Gilles Pivette, directeur adjoint du service économique
- Dorothee Briaumont, chef du service économique

Union nationale des syndicats de détaillants en fruits, légumes et primeurs (UNFD)

- Gilles Vignaud, président
- Sandrine Choux, déléguée générale

Confédération nationale des syndicats d'exploitants familiaux (MODEF)

- Alain Gaignerot, directeur du MODEF
- Jean-Marc Dellac, vice-président

Fédération des comités de bassin et des fédérations spécialisées en fruits et légumes (FEDECOM)

- Philippe Bauwin, président
- Jacques Malagie, secrétaire général

Indications pour la modification du Code de commerce

Projet de loi sur la coopération commerciale

Exposé des motifs

Issue de la pratique, la coopération commerciale est devenue aujourd'hui l'espace essentiel de la négociation entre fournisseurs et distributeurs.

En effet, la loi du 1^{er} juillet 1996, dite loi Galland, a, en simplifiant et en limitant l'assiette permettant de calculer le seuil de revente à perte, mis fin à la « facturologie » et à la guerre des prix. Mais, ne pouvant plus peser sur le prix de vente résultant des conditions de vente (« la marge avant ») – prix inscrit sur la facture –, les distributeurs se sont rabattus sur les rémunérations hors facture afin d'obtenir des avantages financiers (« la marge arrière »), pour l'essentiel constitués par la coopération commerciale. Cette dérive des comportements des acteurs économiques n'a fait que s'amplifier au cours de ces dernières années, ce qui a été vivement dénoncé par la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, laquelle préconise une définition plus claire de la coopération commerciale visant à réduire les pratiques abusives qui se sont instaurées en la matière.

Par essence, les obligations issues de ce contrat de coopération ne découlent pas directement ou indirectement du droit de la vente. En marge du contrat de vente, les distributeurs ont progressivement pris en charge certaines fonctions autrefois assumées par les fournisseurs : placement du produit en tête de gondole, publicité sur lieux de vente ou sur catalogue... Les distributeurs ont par conséquent adjoint à leur fonction de vendeur une activité de prestataire de services dont l'ampleur est aujourd'hui considérable.

L'impératif de sécurité juridique conduit alors à définir légalement et à instaurer un véritable régime juridique de la coopération commerciale, de façon symétrique à celui des conditions de vente.

Le titre IV du livre IV du Code de commerce devient le socle de règles gouvernant les rapports entre fournisseurs et distributeur. Il s'intitulera désormais : *De la loyauté dans les pratiques commerciales*, le chapitre premier dans lequel sont insérés les principes gouvernant la coopération commerciale étant rebaptisé : *De la loyauté et de la transparence dans les conditions de vente et de coopération commerciale*.

1. Définition légale de la coopération commerciale

Il n'existe pas jusqu'ici de véritable définition légale ou réglementaire de la coopération commerciale. L'article L. 441-6 alinéa 5 du Code de commerce évoque simplement « les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques ». L'article L. 442-6, I, 2° cite « le service commercial » sans en préciser la nature, alors que l'article L. 442-6, I, 4° emploie l'expression de « conditions de coopération commerciale » sans en définir le contenu. C'est pourquoi une définition légale, simple et précise, de la coopération commerciale permettra de mieux éclairer les parties et de renforcer l'efficacité des contrôles de l'administration.

Conformément à la jurisprudence et à la circulaire Dutreil, la coopération commerciale peut être définie comme un contrat de prestation de services détachables de l'opération d'achat et de vente et consistant « à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur ». Ces prestations peuvent être en réalité spécifiques ou non.

Il n'est toutefois pas possible de donner une liste exhaustive de ce qui ressort de la coopération commerciale et de ce qui doit figurer dans les conditions générales de vente, tant l'imagination de la pratique commerciale est fertile. Mais la définition légale proposée peut être illustrée par quelques exemples. Par ailleurs, la précision de la finalité du contrat – commercialisation et promotion des produits – permet de mieux cerner le contenu de la coopération commerciale.

2. Régime légal de la coopération commerciale

La coopération commerciale obéit jusqu'ici aux règles de forme fixées par l'article L. 441-6 alinéa 6 du Code de commerce, exigeant « un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des parties ». Cette disposition relevant du formalisme informatif permet aux parties de mieux connaître leurs engagements et facilite le contrôle de l'administration (aux termes de l'article L. 450-3 du Code de commerce, les enquêteurs peuvent en demander communication) ainsi que les investigations du juge. Elle mérite d'être intégrée dans les dispositions consacrées au régime de la coopération commerciale. Ce formalisme, à juste titre renforcé par des dispositions pénales, doit être sanctionné civilement par la nullité du contrat, ce que ne précisent pas les dispositions actuelles.

Le contrat de coopération commerciale est soumis aux conditions de validité de droit commun qui doivent être précisées et adaptées :

– conditions relatives au consentement et plus particulièrement à la violence économique que l'une des parties peut exercer ici facilement sur l'autre ;

– conditions relatives à l'objet : les prestations doivent être réelles et identifiables, de façon à bannir la fausse coopération ; c'est au distributeur de justifier son existence lorsque celle-ci est mise en doute. Le prix des services doit être déterminé ou déterminable en fonction de critères quantitatifs ou qualitatifs objectifs vérifiables, ce qui n'interdit pas d'appliquer à des situations distinctes des conditions différentes ;

– conditions relatives à la cause : non seulement la contrepartie doit exister, mais l'exigence de proportionnalité permet d'éviter que l'une des parties n'impose des conditions injustifiées à l'autre ; cette exigence figurant actuellement à l'article L. 442-6 I, 2, mérite d'être intégrée dans le régime général de la coopération commerciale.

Les règles d'exécution du contrat sont plus particulièrement imprégnées – s'agissant d'un contrat de nature commerciale, s'inscrivant dans la durée et la confiance réciproque – par l'exigence de loyauté. Le contrat oblige également à toutes les suites dictées par les usages commerciaux.

Le contrat de coopération commerciale étant par ailleurs un contrat d'adhésion, il s'interprète selon les règles civilistes prévues pour ce type de contrat.

Enfin, il n'existe pas de véritable liberté économique sans une certaine transparence. L'opacité actuelle de la coopération commerciale favorise, d'une part, la fausse coopération et, d'autre part, les discriminations. Mais cette transparence étant difficilement applicable aux conditions spécifiques, notamment en ce qui concerne la barémisation, n'a vocation à s'appliquer qu'aux conditions générales.

Projet de loi

Le chapitre premier du titre IV du livre IV du Code de commerce intitulé : *De la transparence* dans lequel s'insèrent les articles suivants s'intitule désormais : *De la loyauté et de la transparence dans les conditions de vente et de coopération commerciale*.

L. 441-8. Dans les accords de distribution, le contrat de coopération commerciale est une convention de prestations de services offerts par le distributeur au fournisseur. Il recense toutes les prestations, spécifiques ou générales, détachables de l'opération d'achat et de vente, nécessaires à la promotion et à la commercialisation des produits du fournisseur [(variante) en particulier, l'aide au lancement de nouveaux produits, le positionnement spécifique de certains d'entre eux, les opérations avec support publicitaire et mise en avant dans les magasins]. Les opérations se rattachant directement à l'opération d'achat et de vente [(variante) telles que les modalités de livraison ou de conditionnement du produit, les délais et les modalités de paiement] figurent en revanche dans les conditions

générales de vente [(variante) éventuellement aménagées par des conditions particulières établies par écrit, mais non soumises à l'obligation de communication de l'article L. 441-6].

L. 441-9. Le contrat de coopération commerciale [(variante) figurant soit dans un document unique soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application] doit être rédigé par écrit en double exemplaire détenu par chacune des parties, sous peine des dispositions pénales de l'article L. 441-6, alinéa 6, du Code de commerce.

Le prix des services de la coopération commerciale doit être déterminé ou déterminable à partir de critères objectifs d'ordre qualitatif et/ou quantitatif. Le montant facturé suppose une contrepartie identifiable, réelle et non manifestement disproportionnée au service rendu. Elle doit pouvoir être justifiée à tout moment par le distributeur.

Ces règles de forme et de fond sont prescrites à peine de nullité.

L. 441-10. Le contrat s'exécute conformément au devoir de loyauté prescrit par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil et oblige, en vertu des exigences de l'article 1135 du même code, à toutes les suites découlant des bons usages commerciaux. Dans le doute, il s'interprète en faveur du fournisseur qui l'a souscrit, conformément aux dispositions de l'article 1162 du Code civil.

Il est conclu pour une période déterminée [(variante) et renouvelable de plein droit, chacune des parties pouvant y mettre fin à l'échéance avec un délai raisonnable de préavis]. Il peut à tout moment faire, pendant l'exercice en cours, l'objet d'un avenant négocié par les parties obéissant aux mêmes conditions, mais sans effet rétroactif.

Les pénalités éventuelles appliquées par le distributeur pour retard de paiement de la coopération commerciale ou pour toute autre cause liée à celle-ci doivent figurer, à peine de nullité, dans le contrat, leurs conditions d'application et leurs modes de calcul étant précisés. Les dispositions de l'article L. 441-6 alinéa 3, relatives au taux et à l'exigibilité, sont applicables.

L. 441-11. Tout distributeur est tenu de communiquer au producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur qui en fait la demande, les conditions générales de la coopération commerciale. Les dispositions pénales de l'article L. 441-6 sont applicables.

L'alinéa 5 de l'article L. 441-6 du Code de commerce est abrogé.

Projet de loi modifiant l'intitulé du titre IV du livre IV du Code de commerce ainsi que les dispositions du chapitre préliminaire

Exposé des motifs

Le titre IV du livre IV du Code de commerce s'intitule actuellement : *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées*. Cette énumération est à la fois peu éclairante et guère cohérente.

Ce titre dont les dispositions se sont étoffées au fur et à mesure des réformes législatives portant sur les règles de facturation, la prohibition des discriminations de certaines pratiques telles que la revente à perte ou la rupture abusive des relations commerciales a pour dénominateur commun : l'exigence de loyauté dans les pratiques commerciales.

À l'intitulé actuel, doit alors être substitué l'intitulé suivant : *De la loyauté dans les pratiques commerciales*.

Le titre IV se décline ensuite en plusieurs chapitres, avec un léger toilettage interne :

- chapitre préliminaire : *Dispositions générales* ;
- chapitre premier : *De la loyauté et de la transparence dans les conditions de vente et de coopération commerciale* [intitulé se substituant à l'actuel : *De la transparence*, trop imprécis, et permettant d'encadrer le contrat de coopération commerciale] ;
- chapitre second : *Des pratiques restrictives de concurrence* ;
- chapitre III : *Autres pratiques prohibées*.

Dans cet esprit, le chapitre préliminaire intitulé *Dispositions générales* et composé d'un seul article consacré à la commission d'examen des pratiques commerciales (art. L. 440-1) doit être complété par un article L. 440-2 relatif aux règles de concurrence déloyale qui constituent dans la tradition française le berceau du droit de la concurrence et qui ont vocation à s'appliquer soit en l'absence de pratiques prohibées par la loi, soit à titre de substitution à ces dernières lorsque ces parties ont choisi de se placer sur le terrain de la responsabilité civile. Cette nouvelle disposition a l'avantage de mettre en harmonie notre droit avec celui des principaux pays européens (Allemagne, Espagne, Belgique, Danemark, Suisse, Hongrie, Pologne, République tchèque...) qui ont choisi de légiférer en matière de concurrence déloyale.

La définition retenue concilie la tradition française (fondement délictuel) et les exigences modernes élargissant le domaine de la concurrence déloyale à des situations où les parties ne sont pas en concurrence sur le même marché (par exemple, rapports entre un fournisseur et un distributeur). Elle s'inspire d'une conception tridimensionnelle (protection des concurrents, protection d'entreprises qui ne se trouvent pas sur le

même segment de marché et protection des consommateurs), tenant compte des domaines d'activité investis par cette branche du droit.

Enfin, de façon purement formelle mais permettant d'achever le toilettage entrepris, l'article L. 441-7 consacré aux délais de paiement est intégré à la fin de l'article L. 443-1 qui traite du même sujet.

Projet de loi

Le titre IV du livre IV du Code de commerce s'intitule : *De la loyauté dans les pratiques commerciales.*

Le chapitre préliminaire comprend un nouvel article L. 440-2 ainsi libellé : « *Les règles du présent titre ont pour objet d'assurer des comportements loyaux de marché. Elles ne font pas obstacle à une action fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil destinée à prévenir ou à réparer les conséquences des comportements délictuels des agents économiques sur le marché, tels que le dénigrement, les actes destinés à créer une confusion ou une désorganisation, ou encore les agissements parasitaires.* »

Le chapitre premier s'intitule : *De la loyauté et de la transparence dans les conditions de vente et de coopération commerciale.*

L'article L. 441-7 est abrogé, ses dispositions figurant désormais sous l'article L. 443-1 se décomposant désormais en deux parties : I (dispositions actuelles) et II (dispositions transposées).

Information BRP : l'annexe 1 (644 pages) et l'annexe 2 (144 pages), proposées dans le CD-rom, n'ont pas été mises en ligne pour des raisons techniques. Seule l'annexe 3 est disponible dans son intégralité

Sommaire des annexes incluses dans le cédérom joint au rapport :

Annexe 1 : Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe de travail

ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS

Documents remis par les organismes entendus (par ordre d'auditions)

- Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie (CLCV)
- Union Fédérale des Consommateurs-Que choisir (UFC-Que Choisir)

Documents d'information transmis au groupe de travail

- Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC)
- Association Force Ouvrière Consommateurs (AFOC)
- Familles de France
- Union Nationale des Associations Familiales (UNAF)

PARLEMENTAIRE

Contribution remise

- Jean-Paul CHARIÉ, Député du Loiret

PROFESSEURS

Contributions remises par les professeurs entendus (par ordre d'auditions)

- Enrico COLLA, professeur à NEGOCIA et chercheur au CERIDICE (ESCP - EAP)
- André-Paul WEBER, ancien professeur à l'ESSEC, ancien rapporteur général adjoint au Conseil de la Concurrence, ancien directeur des opérateurs audiovisuels au CSA
- Véronique SÉLINSKY, maître de Conférences à l'Université Montpellier I, Avocat, Consultant Jeantet et associés, ancien Rapporteur du Conseil de la concurrence
- Marie-Anne FRISON-ROCHE, professeur des Universités à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, directeur de la Chaire Régulation
- Jean-Bernard BLAISE, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
- Michel GLAIS, professeur à l'Université de Rennes 1
- Louis VOGEL, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Contributions remises au groupe de travail

- Pierre ARHEL, docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
- Marie-Chantal BOUTARD LABARDE, professeur agrégé à l'Université Paris X Nanterre, ancien membre du Conseil de la concurrence

Annexe 2 : Liste des personnes ou organismes auditionnés par le groupe chargé d'examiner les questions agricoles

SOCIÉTÉS ET ORGANISMES

Documents remis par les sociétés et organismes entendus (par ordre d'auditions)

- Association Nationale des Industries Alimentaires (ANIA)
- Confédération Générale de l'Alimentation en Détail (CGAD)
- Confédération Générale des Petites et Moyennes entreprises (CGPME)
- Coop de France
- Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD)
- Carrefour
- Georgia-Pacific France
- Système U
- Union du Grand Commerce de Centre Ville (UCV)
- E. Leclerc
- Institut de Liaisons et d'Études des Industries de consommation (ILEC)
- Société civile des Mousquetaires Intermarchés
- Fédération des Industries Mécaniques (FIM)
- Fédération des Industries Électriques, Électroniques et de Communication (FIEEC)
- Union Nationale des Industries du Bricolage, du Jardinage et des Activités Manuelles de Loisir (UNIBAL)
- Feyel-Artzner
- IBB (International Breweries and Beers)
- Kambly France
- Fédération des magasins de bricolage (FMB)
- Confédération Française du Commerce de Gros et du Commerce International (CGI)
- Association Française d'Etude de la Concurrence (AFEC)
- Fédération Française des Spiritueux
- Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris
- Assemblée Permanente des Chambres de Métiers
- Conseil National des Professions de l'Automobile (CNPA)

Documents d'information transmis au groupe de travail

- Cabinet Meffre & Grall : Jean-Christophe Grall, Claudie Guet et Charlotte Grass
- Syndicat des Détaillants Spécialisés du Disque (SDSD)

SOCIÉTÉS ET ORGANISMES SECTEUR AGRICOLE

Documents remis par les sociétés et organismes du secteur agricole entendus (par ordre d'auditions)

- Fédération Nationale des Producteurs de Légumes (FNPL)
- Fédération Nationale des Producteurs de Fruits (FNPF)
- Coordination rurale (CR)
- Fédération française de la coopération fruitière, légumière et horticole (FELCOOP)
- Association Interprofessionnelle des Fruits et Légumes (INTERFEL)

- Confédération paysanne
- Union Nationale du Commerce de gros en Fruits et Légumes (UNCGFL)
- Association Nationale des Expéditeurs & Exportateurs de Fruits & Légumes (ANEEFEL)
- Union Nationale des Syndicats de Détaillants en Fruits, Légumes et Primeurs (UNFD)
- Confédération Nationale des Syndicats d'Exploitants Familiaux (MODEF)
- Fédération des Comités de Bassin et des Fédérations Spécialisées en Fruits et Légumes (FEDECOM)
- Les Mousquetaires Intermarché
- E. Leclerc

Documents d'information transmis au groupe de travail
- ONI FLHOR

Annexe 3 : Indications pour la modification du Code de commerce