Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Guillaume Cerutti

Directeur général de la DGCCRF de 2004 à 2007

L'accord sur les prix du 17 juin 2004, ou l'État interventionniste au service de la liberté des prix

DGCCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Nommé directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en Conseil des ministres le 2 juin 2004, je fus immédiatement plongé dans les discussions engagées avec les représentants des industriels et des distributeurs sous l'égide du ministre de l'Économie et des Finances de l'époque, Nicolas Sarkozy. Deux semaines plus tard, elles allaient aboutir à la signature d'un accord sur les prix, inédit tant par sa forme que par son contenu.

Cette séquence politique, puis les travaux qui suivirent jusqu'en 2008, ont profondément modifié le cadre issu de l'ordonnance de 1986 sur un point essentiel : la définition du seuil de revente à perte. Plus fondamentalement encore, ils ont révélé les ambivalences qui continuent d'être à l'œuvre en France en matière de liberté des prix et de concurrence. C'est pourquoi il me paraît intéressant, au moment où nous célébrons les quarante ans de ce texte fondateur, de revenir sur la genèse, le déroulement et les suites de ce singulier accord du 17 juin 2004.

"Cette séquence politique, puis les travaux qui suivirent jusqu'en 2008, ont profondément modifié le cadre issu de l'ordonnance de 1986 sur un point essentiel : la définition du seuil de revente à perte."

Acte 1 : de l'ordonnance de 1986 aux effets pervers de la loi Galland

L'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence marque une rupture historique dans un pays adepte d'interventionnisme économique. Son article 1er pose le principe général selon lequel les prix des biens et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Mais cette liberté comporte plusieurs limites, dont la plus célèbre est l'interdiction de la revente à perte, principe en vigueur depuis 1963. L'article 32 de l'ordonnance sanctionne ainsi la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, ce dernier étant déterminé à partir du prix porté sur la facture d'achat, augmenté des taxes et, le cas échéant, du coût du transport. D'autres articles complètent ce dispositif : l'article 31 exige notamment que les rabais, remises et ristournes acquis et chiffrables apparaissent sur la facture, tandis que l'article 34 interdit à un fournisseur d'imposer, directement ou indirectement, un prix minimal de revente à son distributeur. Le système repose donc sur trois idées simples : le fournisseur ne fixe pas le prix de revente ; le distributeur est libre de fixer ce prix ; mais il ne peut, en principe, revendre en dessous de son prix d'achat effectif.

Toute la difficulté va progressivement se concentrer sur cette notion de prix d'achat effectif.

Au milieu des années 1990, la concentration de la grande distribution a considérablement renforcé le pouvoir des centrales d'achat. Pour nombre d'industriels, notamment les PME, la perte du référencement auprès d'une grande enseigne peut provoquer une chute immédiate et considérable du chiffre d'affaires. La puissance de négociation de la grande distribution favorise aussi certaines pratiques abusives en matière de prix d'appel, quand un distributeur cherche à obtenir de son fournisseur un maximum de remises à inscrire sur la facture (la créativité des distributeurs en la matière était alors qualifiée de « facturologie ») afin d'abaisser le seuil de revente à perte et permettre ainsi *in fine* des prix d'appel attractifs pour sa clientèle. Une partie du coût de la guerre des prix entre distributeurs se trouve ainsi transférée en amont vers les fournisseurs.

Ce sont ces pratiques que la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite loi Galland, va chercher à corriger, en poursuivant un double objectif : protéger les fournisseurs contre l'utilisation de la puissance d'achat des distributeurs et rééquilibrer la concurrence entre le petit commerce et les grandes surfaces. À cette fin, elle simplifie radicalement la définition du seuil de revente à perte en définissant le prix d'achat effectif comme le prix unitaire figurant sur la facture.

Pour autant, bien que plus favorable aux fournisseurs, cette loi ne parvient pas à modifier les rapports de force, et va générer d'autres dérives. Privés de l'arme du prix d'appel, les distributeurs

recherchent des avantages hors facture, conduisant au développement des fameuses « marges arrière » : coopération commerciale, référencement, présence dans les catalogues, implantation privilégiée en rayon, têtes de gondole, opérations promotionnelles, ristournes différées, etc. Si certaines de ces prestations sont réelles et économiquement justifiées, elles prennent une ampleur considérable, les marges arrière pouvant représenter jusqu'à 30 % ou 40 % du tarif facial, voire davantage selon les catégories de produits.

La mécanique devient alors perverse : les distributeurs réclament davantage de marges arrière ; les fournisseurs augmentent leurs tarifs afin de pouvoir les financer ; ces tarifs faciaux plus élevés servent de référence pour déterminer le seuil de revente à perte ; et les distributeurs ne peuvent donc répercuter dans leurs prix de vente une bonne partie des avantages économiques qu'ils ont pourtant obtenus. Cette dissociation réduit la concurrence sur les prix entre enseignes, au détriment du consommateur final.

"L'objectif est annoncé clairement : faire baisser rapidement les prix dans le cadre d'un mécanisme juridiquement praticable et économiquement acceptable par des acteurs aux intérêts profondément divergents."

Acte 2 : vers l'accord du 17 juin 2004

Au début des années 2000, le phénomène prend une dimension nouvelle en même temps qu'une tournure plus politique. Entre 2000 et 2003, les produits alimentaires ont augmenté de 10,8 %, soit un rythme presque deux fois supérieur à celui de l'indice général des prix. Le passage à l'euro a en outre nourri chez les consommateurs un sentiment de hausse encore plus forte, notamment pour les achats fréquents et les produits de grande consommation.

Entre-temps, la loi NRE du 15 mai 2001, puis la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, ont tenté, par diverses mesures, de rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs et de clarifier la définition des avantages commerciaux hors facture, mais sans remettre en cause la loi Galland ni modifier fondamentalement les dynamiques à l'œuvre.

On en est là lorsque, au printemps 2004, Nicolas Sarkozy devient ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Lors de sa première grande conférence de presse, le 4 mai, il inscrit la question des prix parmi ses priorités et annonce l'organisation d'une table ronde sur les prix et les marges dans la grande distribution.

Celle-ci se tient le 3 juin 2004 à Bercy. Autour de Nicolas Sarkozy et de Christian Jacob, ministre délégué aux PME, au Commerce, à l'Artisanat, aux Professions libérales et à la Consommation, sont notamment réunis : côté distributeurs, la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), présidée par Jérôme Bédier, en présence de plusieurs dirigeants de grandes enseignes, dont Michel-Édouard Leclerc, Arnaud Mulliez (Auchan) et Daniel Bernard (Carrefour) ; côté fournisseurs, l'Association nationale des industries alimentaires (ANIA), présidée par Victor Scherrer (Jean-René Buisson lui succédera quelques jours plus tard et deviendra l'un des principaux protagonistes des discussions suivantes), les grandes marques représentées par l'ILEC (Institut de liaison des entreprises de produits de grande consommation), avec Louis-Claude Salomon et Dominique de Gramont, et les PME fournisseurs représentées notamment par la Fédération des Entreprises et Entrepreneurs de France (FEEF), présidée par Alain Rouleau ; ainsi que plusieurs associations de consommateurs.

Le monde agricole est également bien représenté, notamment par Jean-Michel Lemétayer, le médiatique président de la FNSEA (Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles). Car les produits agricoles posent un problème supplémentaire : le Gouvernement veut faire bénéficier le consommateur d'une baisse des prix lorsque les cours diminuent, mais il souhaite avant tout empêcher que cette baisse soit financée par une pression supplémentaire sur le revenu des agriculteurs, souvent les acteurs les moins puissants de la chaîne. Cette préoccupation restera constante

tout au long de la séquence et donnera lieu à des dispositions spécifiques pour les produits agricoles dans le texte du futur accord.

Au sein du cabinet du ministre, le dossier est suivi par Emmanuelle Mignon, issue du Conseil d'État, qui travaille aux versions successives du projet d'accord avant et après la réunion du 3 juin.

L'objectif est annoncé clairement : faire baisser rapidement les prix dans le cadre d'un mécanisme juridiquement praticable et économiquement acceptable par des acteurs aux intérêts profondément divergents.

La cible initialement visée est une baisse de 3 % des prix avant l'automne, puis de 2 % supplémentaires en 2005. Le ministre donne deux semaines aux professionnels pour parvenir à un accord, faute de quoi il engagera une réforme législative.

"Après deux semaines de négociations en coulisses, et des interventions directes du ministre auprès de certains patrons, un compromis est arraché dans la nuit du 17 juin 2004."

Lors du tour de table, tout le monde se déclare favorable à une baisse des prix, mais personne ne veut la financer : les distributeurs mettent en cause les tarifs des industriels ; les industriels expliquent que ces tarifs sont eux-mêmes gonflés par le financement des marges arrière ; les PME craignent que l'effort ne soit reporté sur elles ; les commerçants indépendants redoutent une guerre des prix ; les agriculteurs refusent que la baisse promise au consommateur se traduise par une pression supplémentaire sur leurs propres prix de vente.

Parmi les membres du Gouvernement, et au sein même de Bercy entre Nicolas Sarkozy et Christian Jacob, les sensibilités sont également différentes. Les deux ministres s'accordent sur la nécessité d'une intervention de l'État (ils feront d'ailleurs, chacun à sa manière, un usage intensif de la DGCCRF durant leur passage à Bercy), mais alors que Nicolas Sarkozy met l'accent sur le consommateur final et sur le pouvoir d'achat, Christian Jacob est davantage attentif à la protection des PME, du commerce indépendant et du revenu des agriculteurs.

Après deux semaines de négociations en coulisses, et des interventions directes du ministre auprès de certains patrons, un compromis est arraché dans la nuit du 17 juin 2004. Dans la matinée, les différentes parties se retrouvent à Bercy pour le signer.

L'accord prévoit notamment une baisse moyenne d'environ 2 % dès septembre 2004 sur les produits de grandes marques concernés ; une contribution partagée des industriels et des distributeurs à cet effort ; le gel puis la réduction des marges arrière; une modération des tarifs industriels ; la mise en place d'un suivi des prix (qui conduira quelque temps après la DGCCRF à mettre en place un « chariot-type » et à envoyer ses agents relever périodiquement les prix dans les grandes surfaces !) ; ainsi que la création d'une commission d'experts chargée de réfléchir à une réforme plus structurelle du système, dont la présidence sera confiée à Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation. Pour l'agriculture, le dispositif comporte des dispositions particulières.

Acte 3 : suites et postérité de l'accord

À l'automne 2004, les premiers résultats sont mesurés. La baisse des prix atteint environ 1,5 %, soit moins que l'objectif affiché de 2 %. L'effet global sur le pouvoir d'achat est plus faible, puisque l'accord ne porte que sur une partie du panier de consommation.

En revanche, la séquence de juin 2004 va permettre de faire évoluer la législation de manière décisive.

La commission présidée par Guy Canivet rend ses conclusions le 18 octobre 2004 et préconise de rapprocher progressivement le seuil de revente à perte du prix économique réellement payé par le distributeur, et donc d'intégrer au calcul du seuil les remises et autres avantages commerciaux relevant des marges arrière. Cette proposition sera mise en œuvre en plusieurs étapes, par la loi Dutreil du 2 août 2005, puis par la loi Chatel du 3 janvier 2008 qui permet de déduire du prix facturé l'ensemble des avantages financiers consentis par le fournisseur, selon la logique dite du « triple net », et enfin par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, qui accroît sensiblement

la négociabilité des conditions commerciales et des tarifs. Ces réformes successives mettent ainsi fin au mécanisme issu de la loi Galland, qui avait favorisé le développement des marges arrière et leur effet inflationniste sur les prix de vente aux consommateurs.

Ces évolutions législatives ne peuvent cependant modifier ni la concentration oligopolistique du secteur de la grande distribution, ni la situation de faiblesse de nombreux fournisseurs à l'égard de quelques centrales d'achat.

On retrouve donc, plus de vingt ans plus tard, les mêmes tensions dans les négociations commerciales, et les gouvernements successifs continuent de chercher simultanément à favoriser des prix compétitifs pour le consommateur, une concurrence réelle entre distributeurs, des relations commerciales équilibrées avec les industriels, et une rémunération suffisante des agriculteurs.

" L'État ne fixe pas juridiquement les prix, mais il définit un objectif, impose un calendrier, contrôle le résultat, tout en brandissant la menace de légiférer."

En 2004, pendant quelques semaines, en mettant les parties autour de la table et en obtenant qu'elles signent un accord de compromis, le volontarisme politique avait donné l'illusion que la conciliation de ces quatre objectifs était possible.

L'enseignement le plus durable de cet accord singulier est peut-être d'avoir révélé certaines des ambivalences à l'œuvre depuis l'ordonnance de 1986 :

- **Entre liberté des prix et intervention politique** : depuis 1986, le droit français proclame que les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence, mais, en juin 2004, le ministre de l'Économie convoque les principaux acteurs du marché et leur indique publiquement de combien les prix doivent baisser. L'État ne fixe pas juridiquement les prix, mais il définit un objectif, impose un calendrier, contrôle le résultat, tout en brandissant la menace de légiférer.

- **Entre libre entreprise et intervention de l'État pour restaurer le jeu du marché** : en 1996 comme en 2004, le Gouvernement intervient dans le fonctionnement du marché parce qu'il estime que la réglementation empêche ce marché de fonctionner normalement. La loi Galland avait été adoptée pour corriger les excès de la puissance d'achat des distributeurs et avait fini par rigidifier les prix. Après l'été 2004, l'État intervient pour corriger ces effets pervers et rendre davantage de libertéaux acteurs.

- **Entre libre concurrence et entente sous l'égide de l'État** : en 2004, le ministre chargé de l'Économie et de la concurrence organise à Bercy une réunion des principaux industriels et distributeurs afin de discuter collectivement du niveau auquel leurs prix et leurs marges doivent évoluer. L'UFC-Que Choisir, qui avait refusé de signer l'accord du 17 juin, saisit dans la foulée le Conseil de la concurrence sur cette question. Dans son avis du 18 octobre 2004, le Conseil adopte une position prudente : il rappelle qu'une concertation collective portant sur les marges ou les conditions de prix est susceptible d'entrer dans le champ de la prohibition des ententes et que le patronage du Gouvernement ne met pas les entreprises à l'abri de sanctions. Il rappelle cependant qu'une entente peut bénéficier d'une exemption si elle produit un progrès économique réel et si les consommateurs en bénéficient suffisamment ; une réduction des marges arrière peut précisément avoir cet effet, et l'accord du 17 juin pourrait donc être compatible avec le droit de la concurrence si ses bénéfices économiques sont réels, nécessaires et suffisamment transmis au consommateur.

Le paradoxe ultime est ainsi que l'une des interventions les plus spectaculaires de l'État dans la formation des prix au début des années 2000 a finalement débouché sur une série de réformes visant à rendre davantage de liberté à la négociation et à la concurrence.