

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 00-A-02 du 04 février 2000

relatif à une demande d'avis sur un projet de réforme
de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 24 janvier 2000, sous le numéro A 292, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis conformément à l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 2 février 2000 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

À titre liminaire, le Conseil de la concurrence souligne que, saisi par le ministre de l'économie des finances et de l'industrie sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, son avis ne peut porter que sur les incidences éventuelles du projet qui lui est soumis au regard des principes qui régissent le droit de la concurrence.

Le projet soumis au Conseil s'inscrit dans le cadre d'un projet plus vaste de réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Il modifie deux articles du titre IV de l'ordonnance, introduit un nouvel article et complète l'article L. 214-1 du code de la consommation. Il a pour objectif de renforcer l'encadrement des relations entre fournisseurs et distributeurs résultant notamment des dispositions de la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, dite loi Galland.

I. - Les principes d'analyse

Avant d'examiner en détail les dispositions du projet, le Conseil estime utile de préciser les fondements de son analyse. Dans un premier temps, il s'interrogera sur l'impact des relations fournisseurs/distributeurs sur le fonctionnement concurrentiel des marchés afin de déterminer dans quelle mesure et, le cas échéant, dans quelles conditions, il peut être utile à la concurrence, dans l'intérêt des consommateurs, d'aménager le cadre législatif de ces relations. Cependant, certaines des dispositions qui lui sont soumises visant d'autres objectifs que le fonctionnement concurrentiel des marchés et l'intérêt des consommateurs finaux, le Conseil, dans un second temps, rappellera les inconvénients qui s'attachent à ce que ces objectifs soient atteints par des moyens portant atteinte au fonctionnement concurrentiel des marchés. Enfin, seront rappelées les limites imposées par le droit communautaire.

Les relations fournisseurs/distributeurs et le fonctionnement concurrentiel des marchés.

La concentration dans la distribution, phénomène qui s'est manifesté dans tous les pays développés, suscite depuis longtemps dans l'opinion des craintes que les récentes opérations

de fusion n'ont fait que renforcer. Schématiquement, ces craintes sont de deux ordres : que les consommateurs ne disposent plus d'un choix suffisamment libre entre les distributeurs ; que, par leur capacité d'exiger des fournisseurs des prix bas ou d'autres concessions équivalentes, les grands distributeurs fassent disparaître les petits fournisseurs.

Le point de vue des autorités de la concurrence, jusqu'à présent, a été moins pessimiste. D'une part, en effet, sauf dans des situations locales particulières, une concurrence suffisante s'exerce en aval, du fait, notamment, du contrôle des concentrations qui empêche l'apparition de positions dominantes locales. D'autre part, sans nier que des fournisseurs individuels puissent rencontrer des difficultés, voire disparaître, **les autorités de la concurrence ne considèrent pas que la "puissance d'achat" acquise par les grands distributeurs constitue à elle seule une menace pour la concurrence sur les marchés d'amont.**

D'un point de vue théorique, il n'est en effet pas certain qu'il existe des motivations rationnelles qui conduiraient un distributeur à exiger des conditions commerciales incompatibles avec la survie d'un nombre significatif de fournisseurs de façon à ce que la concurrence diminue, finalement à son détriment, sur le marché d'amont concerné ; de plus, c'est lorsque le marché d'approvisionnement réunit de nombreux offreurs de petite taille que le risque de situation de dépendance est le plus élevé ; mais, alors, la probabilité est très faible de voir l'intensité concurrentielle de ce marché diminuer du fait que, par un comportement d'achat trop sévère, les distributeurs auraient fait disparaître certains producteurs. Enfin, pour de nombreux marchés d'approvisionnement, la modestie des barrières à l'entrée ou la facilité des importations diminuent encore la probabilité d'une disparition de la concurrence.

D'un point de vue empirique, le Conseil ne dispose pas d'informations qui le conduiraient à penser que la concurrence serait actuellement, en France, en train de se réduire exagérément entre les fournisseurs présents sur les différents marchés d'approvisionnement.

Par ailleurs, par certains aspects, la concentration de la grande distribution est favorable à la concurrence.

Sur le marché aval, la puissance d'achat des entreprises de la grande distribution est en général considérée comme favorable aux consommateurs dès lors que la concurrence qui s'exerce en aval conduit les distributeurs à répercuter dans les prix de détail les concessions qu'ils obtiendront de leurs fournisseurs.

Sur les marchés amont, le Conseil a rencontré, dans certaines affaires qui lui ont été soumises, des cas où la concentration dans la grande distribution a facilité le développement de PME qui, jusqu'alors, ne disposaient pas des moyens commerciaux d'accroître leurs débouchés. Il en avait notamment fait la remarque dans ses avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 et n° 98-A-06 du 5 mai 1998. Le développement des marques de distributeurs (MDD), par exemple, a permis à de nombreuses PME de s'adresser à une clientèle qu'elles n'auraient pu autrement atteindre.

Certes, il n'est pas douteux que les produits vendus sous MDD, représentant un enjeu important pour la réputation des distributeurs, font l'objet de leur part d'exigences particulières qui imposent aux fabricants des contraintes rigoureuses en matière de qualité et de prix et peuvent les placer dans un état de dépendance vis-à-vis de leurs clients. L'évolution des techniques, des productions, des goûts et des besoins des consommateurs impose aux entreprises une capacité et une volonté d'innovation et d'adaptation dont la grande majorité d'entre elles font preuve mais qui, nécessairement, ont pour conséquence une transformation permanente des structures de production et des marchés, le développement de certains

secteurs et le déclin, voire la disparition, de certains autres. C'est là une source de préoccupation des pouvoirs publics même si l'intérêt des consommateurs, auquel veillent les autorités de la concurrence, n'est pas en jeu.

Cependant, le sens actuel de l'évolution des rapports entre producteurs et distributeurs et le déséquilibre croissant des forces en présence pourraient conduire à des abus de nature à compromettre la rentabilité d'entreprises qui en seraient victimes, à les contraindre à réduire leurs dépenses d'investissement, de recherche et de développement, à réduire leur capacité d'innovation et, par conséquent, de nature à restreindre à terme la concurrence. Les abus seraient d'autant plus fréquents que, d'une part, la réglementation des relations entre distributeurs et producteurs comporte des lacunes et des imprécisions et qu'en tout état de cause les victimes engagées dans des relations commerciales étroites avec leurs fournisseurs dont elles sont souvent dépendantes, répugneraient à intenter des actions coûteuses en justice. Le Conseil n'exclut donc pas par principe que de simples considérations de promotion de la concurrence puissent justifier un encadrement des relations entre les fournisseurs et les distributeurs.

S'agissant de l'intérêt que la Commission des communautés européennes porte à ces questions, il faut relever que, lorsqu'elle examine un projet de concentration dans le secteur de la grande distribution, elle recherche désormais si une position dominante ne sera pas détenue sur le marché amont, c'est-à-dire celui qui réunit les fournisseurs et les distributeurs, et cela indépendamment de la situation concurrentielle sur le marché aval. En un sens, cette approche reste classique, puisque l'existence d'une position dominante est le critère de l'analyse à laquelle se livre la Commission lorsqu'elle examine un projet de concentration. Mais, dans certaines décisions récentes, notamment n° IV/M Rewe/Meinl et COMP/M Carrefour/Promodès, la Commission examine minutieusement le degré et les manifestations possibles de la puissance d'achat détenue par le nouveau groupe de distribution. Le fait qu'une position dominante ne soit pas immédiatement acquise au moment de la fusion n'empêche pas, en effet, que, compte tenu des moyens dont il dispose vis-à-vis des fournisseurs, ce groupe puisse en acquérir une dans un proche avenir. C'est ainsi que la Commission, dans la toute récente décision Carrefour/Promodès, accueille avec satisfaction les engagements comportementaux de « *bonne conduite* » vis-à-vis des fournisseurs alors même qu'aucune position dominante sur le marché amont n'a été détectée. Par certains côtés, ces engagements ont une parenté avec la logique générale du présent projet. Il n'apparaît pas, cependant, que la crainte de voir l'intensité de la concurrence entre les fournisseurs diminuer sous les coups que leur porterait le groupe Carrefour Promodès ait principalement guidé cette analyse. Celle-ci repose plutôt sur la crainte de voir ledit groupe évincer les autres distributeurs du fait de la supériorité de sa puissance d'achat, ce qui explique que la Commission trouve rassurant le fait que les concurrents directs du nouveau groupe sont eux aussi de grande taille.

L'examen des décisions de la Commission et celle des autorités des principaux pays développés révèle donc une certaine vigilance devant l'accentuation de la concentration dans la grande distribution, mais elle ne révèle pas, en revanche, de préoccupations particulières tenant à la situation de la concurrence sur ses marchés de l'amont.

Finalement, en admettant même que l'accumulation de micro décisions, dangereuses pour la survie de certains producteurs industriels ou de certaines productions agricoles françaises, puisse aboutir à l'élimination d'un nombre significatif d'opérateurs sur un marché d'approvisionnement, dont l'intensité concurrentielle se trouverait alors restreinte, un tel risque apparaît beaucoup trop faible pour justifier que les mesures destinées à l'éviter ne portent des coups plus graves au bon fonctionnement des marchés et, finalement, à l'intérêt

des consommateurs finaux. Dès lors, si l'objet d'une intervention législative est de favoriser le maintien d'un tissu de fournisseurs concurrentiel, c'est-à-dire d'une offre diversifiée vendue à des prix compétitifs, **cette intervention ne doit pas prendre une forme telle qu'en rigidifiant les relations commerciales et en limitant la liberté de fixer les prix, elle dégraderait en réalité l'intensité de la concurrence.**

Toutefois, les dispositions soumises au Conseil n'ont pas nécessairement pour objet de défendre la concurrence sur les marchés concernés ou de protéger les intérêts des consommateurs finaux.

L'encadrement des relations fournisseurs/distributeurs à des fins autres que la protection de la concurrence

Les pouvoirs publics peuvent, en effet, souhaiter encadrer les relations fournisseurs/distributeurs pour diverses raisons d'intérêt général, par exemple le souci de préserver les revenus de certaines catégories de fournisseurs ; la présence dans le projet de dispositions propres à certaines productions agricoles laisse penser qu'un tel objectif ne lui est pas étranger.

S'il n'appartient pas au Conseil de se prononcer sur de tels objectifs, il lui revient de souligner que la technique qui consiste à limiter la libre fixation des prix ou des conditions commerciales en vue de garantir un certain niveau de revenu à des catégories d'opérateurs est évidemment défavorable au jeu de la concurrence, c'est-à-dire, en définitive, qu'elle est pénalisante pour les consommateurs : **la mesure s'analyse comme un transfert de ressources des consommateurs finaux, indépendamment de leur faculté contributive, vers les opérateurs économiques protégés.** Elle peut aussi se traduire, pour certains consommateurs, par un renoncement à l'achat du produit. De plus, la mesure fait perdre au prix sa valeur d'indicateur et occulte les inefficiences économiques qui risquent, dès lors, de s'accroître. Or le résultat recherché pourrait être obtenu par d'autres moyens, agissant par exemple directement sur les revenus, moyens sur lesquels il n'appartient pas au Conseil de se prononcer, mais qui ne présentent pas les mêmes inconvénients.

Le Conseil tient donc à souligner l'intérêt qui s'attache à ce que les mécanismes économiques conservent la possibilité d'engendrer et de répercuter des baisses de prix : dans le contexte actuel de stabilité monétaire et de relative modération salariale, les baisses de prix enregistrées sur certains segments de la consommation constituent des sources importantes de progression du pouvoir d'achat des ménages. Le caractère général des dispositions envisagées, leur orientation privilégiée, compte tenu du contexte, vers les pratiques de la grande distribution, alors que cette dernière répond à une part substantielle de la demande des ménages, notamment de ceux qui disposent de revenus modestes, peuvent faire craindre que, sans constituer un bouleversement, les dispositions analysées ci-dessous ne contribuent significativement à perturber ce mécanisme vertueux.

L'encadrement des relations commerciales face au droit communautaire : risques juridiques et effets pervers

Le présent avis analysera ultérieurement plus en détail la compatibilité de certaines dispositions du projet avec le droit communautaire. Mais, d'une façon générale, il est clair que toute limitation de la liberté commerciale résultant d'un accord entre opérateurs

économiques est susceptible, dès lors que le commerce entre États membres est affecté, de tomber sous le coup de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles énoncée par l'article 81 du traité. Par ailleurs, toute limitation décidée par l'autorité publique elle-même n'est compatible avec le traité que si elle ne produit pas d'effets équivalents à une restriction du commerce entre États membres. Il résulte de cette dernière règle à la fois une contrainte et un risque de grave effet pervers :

- si l'objectif que s'assigne un texte visant à limiter la liberté commerciale est de protéger certains producteurs contre des productions étrangères, il est probable que soit le texte lui-même, soit, du moins, les mesures d'espèce prises pour son application, ne seront pas réguliers ;
- si, au contraire, les mesures sont conçues comme n'étant pas d'effet équivalent à une restriction du commerce intra-communautaire, elles pourront, par construction, être contournées puisqu'il suffira que les distributeurs s'approvisionnent à l'extérieur du marché français pour ne pas être soumis à la nouvelle réglementation ; celle-ci risque alors d'inciter artificiellement les distributeurs à diminuer le poids relatif des fournisseurs français dans leurs approvisionnements.

II. - Analyse des dispositions du projet

Le projet du Gouvernement fait suite à une réflexion menée avec les partenaires de l'administration sur les règles organisant les relations entre fournisseurs et distributeurs. Celle-ci s'inscrit dans un contexte général marqué par les difficultés apparues plus particulièrement dans certains secteurs agricoles et aussi industriels, et le renforcement de la concentration du commerce.

Le dispositif législatif actuel permet de sanctionner, tantôt pénalement, tantôt civilement, tantôt devant le Conseil de la concurrence, les divers manquements auxquels s'exposent, dans leurs relations, les fournisseurs et les distributeurs : la plupart des difficultés rencontrées relèvent de comportements d'abus susceptibles d'être visés par les articles 8-2 et 36 de l'ordonnance. Mais la jurisprudence est peu abondante, ce qui est susceptible de plusieurs explications : soit les problèmes réels sont moins fréquents qu'on ne le dit ; soit les dispositions, par leurs conditions trop sévères de mise en œuvre, sont difficiles à utiliser ; soit, enfin, les opérateurs les plus faibles n'ont pas pu s'en servir. Le projet paraît reposer sur la deuxième et la troisième de ces hypothèses.

Afin de rendre plus efficaces les dispositions actuellement en vigueur, le projet de loi examiné comporte, d'une part, des dispositions visant à offrir aux partenaires économiques des moyens nouveaux destinés à clarifier les pratiques (création d'une commission spécialisée, interdiction *per se* de certaines pratiques), à élargir les moyens d'action en cas de contentieux (extension des pouvoirs d'action du ministre, du parquet et du président du Conseil de la concurrence) et à préciser certaines pratiques susceptibles d'être sanctionnées. D'autre part, un dispositif spécifique aux fruits et légumes est introduit.

En préambule, le Conseil rappelle que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est un texte de caractère général, reposant sur une logique de liberté limitée par l'obligation de respecter les règles du droit de la concurrence qui se caractérisent par leur simplicité, leur reconnaissance internationale et leur champ d'application universel. Il constate que le titre IV a déjà été l'objet d'une réforme d'importance en 1996 qui relevait d'une logique assez différente ; il redoute qu'une succession de réformes ponctuelles,

accompagnées de l'introduction de mesures ciblées sur un seul secteur économique, n'affaiblit la force du dispositif.

L'analyse détaillée du projet sera menée dans l'ordre des articles de l'ordonnance, la numérotation retenue est celle de l'ordonnance et non celle du projet de loi modificatif.

A. - ARTICLE 28

Le dispositif actuel ouvre la possibilité de limiter, par voie d'arrêtés préfectoraux ou interministériels, la durée et la périodicité des ventes promotionnelles de produits alimentaires périssables, de façon à éviter des tensions excessives sur les prix qui pourraient déstabiliser des filières de production.

Le projet soumis à l'appréciation du Conseil renforce le dispositif actuel pour les fruits et légumes frais. Il permet, par voie d'accords interprofessionnels qui peuvent être étendus, d'interdire des promotions ou d'en fixer les modalités. Il prévoit également, pour « *des produits sensibles* », qu'un arrêté interministériel puisse prendre des mêmes mesures lorsqu'il n'existe pas d'accord interprofessionnel.

L'objectif est d'encadrer les comportements de la grande distribution, particulièrement en début de campagne de commercialisation de certains produits. Paraissent notamment visés les produits dont les campagnes débutent en France plus tard que dans d'autres États membres et qui sont directement concurrencés par les produits en provenance de ces derniers.

En premier lieu, le Conseil relève que la rédaction proposée ne permet pas de déterminer si le dispositif institué vise l'annonce d'une réduction de prix dans le cadre des campagnes promotionnelles ou bien la fixation effective par la grande distribution du niveau du prix de revente des produits visés.

Première interprétation : la nouvelle disposition n'encadre que l'annonce d'une promotion

Si la mesure a pour objectif d'encadrer les seules annonces de promotion, le Conseil estime qu'elle devrait être rédigée plus clairement, de manière à indiquer que le distributeur peut, dans tous les cas, fixer son prix librement en fonction de ses sources et coûts d'approvisionnement, en respectant les dispositions de l'article 32 de l'ordonnance (seuil de revente à perte). **Ainsi interprétée, la mesure réduira l'information du consommateur mais n'affectera pas gravement la concurrence dès lors que les distributeurs resteront libres de fixer leurs prix.**

Seconde interprétation : la nouvelle disposition encadre le niveau des prix promotionnels

Si, en revanche, la disposition devait conduire à interdire la fixation du prix des produits considérés comme sensibles en deçà d'un niveau de prix résultant des accords interprofessionnels ou d'arrêtés, **le Conseil note qu'elle créerait un préjudice économique important pour les consommateurs, en les privant de la possibilité de bénéficier de prix bas.** Comme cela a été rappelé en introduction, une telle éventualité reviendrait à leur imposer une dépense artificiellement majorée, sans compter le préjudice subi par ceux d'entre eux qui devraient renoncer à effectuer des achats de produits concernés. À titre d'exemple, dans une récente affaire, le Conseil a pu évaluer à plus d'une dizaine de millions de francs le préjudice subi par les consommateurs à la suite d'une augmentation artificielle des prix d'une seule catégorie de fruits pendant quelques jours sur une seule région.

Ainsi interprétée, la mesure de fixation d'un prix minimum pourrait prendre, selon le projet, deux formes qui posent des problèmes juridiques distincts.

En premier lieu, l'encadrement des prix promotionnel pourrait résulter **d'accords interprofessionnels, autrement dit d'ententes sur les prix entre organisations professionnelles**. Le Conseil ne peut que relever les risques considérables qui pourraient résulter de ce que le législateur autoriserait expressément de telles ententes sur les prix qui sont pourtant considérées, par ailleurs, en droit français comme dans tous les droits des pays développés, comme la violation la plus grave des règles de concurrence. Limitée au départ au secteur des fruits et légumes, une telle démarche susciterait inéluctablement des demandes reconventionnelles de la part d'autres secteurs économiques.

Cette perspective engendrerait, de plus, des difficultés au regard du droit communautaire.

Certes, la vocation organisatrice des interprofessions agricoles est reconnue par la Commission européenne ; il n'en demeure pas moins que les accords passés par ces organisations doivent être conformes aux réglementations communautaires et nationales en vigueur pour être étendus à l'ensemble des opérateurs concernés. Ainsi, l'article 20 du règlement CE 2200 /96, qui reconnaît le rôle des organisations du secteur des fruits et légumes, précise que seraient contraires aux réglementations communautaires les accords qui *« peuvent entraîner toute forme de cloisonnement des marchés à l'intérieur de la communauté [...] peuvent créer des distorsions de concurrence qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune [...] comportent la fixation de prix, sans préjudice des mesures prises par les organisations interprofessionnelles dans le cadre de l'application des dispositions spécifiques de la réglementation communautaire, peuvent créer des discriminations ou éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en question »*.

Les États membres sont tenus de communiquer lesdits accords à la Commission, laquelle peut exiger le retrait de l'extension de tout accord qui comporterait de telles dispositions.

Enfin, la Commission européenne a condamné les restrictions de concurrence figurant dans des accords interprofessionnels, comme étant contraires à l'article 81 du traité (décision du 19/12/1989, Confédération des betteraviers belges, décision du 15/12/1982, Bureau national interprofessionnel du cognac).

En second lieu, l'encadrement des promotions pourrait également prendre la forme de décisions de l'autorité publique : extension des accords ou, pour les produits dit « sensibles », arrêtés interministériels intervenant même sans accord.

Le Conseil relève, d'une part, que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 comporte déjà, au troisième alinéa de son article 1^{er}, des dispositions qui permettent à l'autorité publique de limiter la liberté des prix en cas de crise. Ces dispositions pourraient trouver à s'appliquer utilement dans certaines des situations visées par le projet. En tout état de cause, leur logique mérite d'être rappelée : décision prise par décret en Conseil d'Etat, ce qui, il est vrai constitue une procédure peut-être trop lente pour faire face à des situations d'urgence, mais surtout consultation du Conseil national de la consommation, qui traduit la nécessité de pondérer l'objectif catégoriel de la mesure par la prise en compte de l'intérêt des consommateurs et, enfin, durée maximale de validité préfixe.

D'autre part, de telles décisions peuvent également se heurter au droit communautaire. En effet, le Conseil rappelle qu'en vertu de l'article 28 (ex art. 30) du traité, le dispositif ne saurait donner lieu à des restrictions quantitatives à l'importation ni être susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

Or, les dispositions prises en matière de promotion peuvent, sous certaines conditions, conduire à restreindre les échanges intracommunautaires.

Certes, les restrictions ne sont pas sanctionnables au titre de l'article 28 du traité, dès lors qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et « *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 Keck Mithouard 1993). Il s'ensuit que la mesure visée ne doit pas être discriminatoire dans sa mise en œuvre par les États membres. En l'espèce, sa mise en œuvre serait critiquable si elle conduisait à détourner les consommateurs des produits importés en début de saison, afin d'assurer le maintien des cours des produits français.

Enfin, d'un point de vue économique, **le Conseil observe qu'une interdiction totale de faire des promotions sur les fruits et légumes « sensibles » pourrait s'avérer préjudiciable aux producteurs concernés en induisant une diminution des quantités de produits vendus.** En effet, à l'occasion des Assises de la distribution, la grande distribution a clairement fait état de son refus de faire figurer sur ses catalogues promotionnels des produits sans en mentionner le prix. On ne peut exclure que ce seraient alors d'autres fruits et légumes, notamment importés, qui pourraient figurer sur les publicités des magasins et que le consommateur pourrait être ainsi détourné des « *produits sensibles* ».

Si le Gouvernement entendait persister dans son projet de permettre aux organisations professionnelles d'encadrer les opérations promotionnelles et de permettre au pouvoir réglementaire d'intervenir également en ce sens, le Conseil relève **qu'il y aurait avantage à introduire dans le projet des modifications inspirées d'autres dispositifs existants :**

- l'article 1^{er} al. 3 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en tant qu'il soumet tout encadrement d'un prix en situation de crise à un avis préalable du Conseil national de la consommation ;
- les articles L. 632-1 à L. 632-9 du code rural (issus de la loi n° 75-600 du 10 juillet 1975), qui reconnaissent aux organisations professionnelles un rôle dans « *la connaissance de l'offre et de la demande* » ainsi que « *dans la régulation de l'offre* », mais qui précisent, d'une part, que ces accords doivent être conformes à l'intérêt général et compatibles avec les règles de la Communauté européenne et, d'autre part, qu'ils ne peuvent en aucun cas fixer les prix de revente au consommateur ;
- l'article 71 de la loi 99-574 du 9 juillet 1999 permet la mise en place d'un régime restrictif de la concurrence pour faire face aux crises conjoncturelles affectant les productions de produits agricoles périssables. Les restrictions énumérées ne peuvent être prises que pendant une durée limitée et surtout ne permettent pas d'intervenir sur le prix de revente au consommateur. Le texte n'autorise que la fixation des prix de cession au premier acheteur, c'est-à-dire à un stade antérieur à celui de revente au consommateur.

De l'ensemble de ces remarques, **le Conseil déduit que la disposition introduite à l'article 28 est dangereuse pour la concurrence en ce qu'elle pourrait avoir pour effet direct ou indirect d'empêcher les distributeurs de fixer librement le niveau de leurs prix, d'entraver les échanges intracommunautaires et d'inciter, à terme, d'autres secteurs que ceux des fruits et légumes à demander des mesures similaires. Ces risques seraient à**

peu près évités si le texte précisait que l'encadrement qu'il prévoit ne vise que les annonces de prix promotionnels et non les prix eux-mêmes.

Si, toutefois, il apparaissait opportun au Gouvernement de maintenir au dispositif un caractère suffisamment large pour englober un encadrement des prix eux-mêmes, il conviendrait alors d'en atténuer la portée en modifiant le texte proposé de telle sorte que le champ qu'il recouvre soit précisé. À cet effet, le Conseil suggère que le texte même de la loi rappelle le principe de la libre détermination des prix ou soit complété de la mention de la nécessaire compatibilité des accords avec les règles nationales de la concurrence et le droit communautaire, à l'instar de ce qu'avait fait la loi de 1975, et que les décisions administratives soient prises après consultation du Conseil national de la consommation.

De même, la terminologie retenue par le projet examiné devrait être précisée. Ainsi en est-il des « *produits sensibles* », notion qui ne permet pas de déterminer clairement les produits concernés, et de la référence aux « *périodes pendant lesquelles les opérations promotionnelles peuvent être interdites* » et à « *certaines opérations promotionnelles* » qui peuvent conduire à une interdiction quasi générale des promotions.

B. - ARTICLE 30

Un article 30 est introduit qui crée **la Commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs**. Cette commission, composée de magistrats, représentants des professions concernées et de l'administration ainsi que des personnalités qualifiées, aura pour mission de faire la clarté sur les abus constatés et définir les bonnes pratiques commerciales qui auront vocation à servir de référence. Son action sera concrétisée par des recommandations et avis, ainsi qu'un rapport annuel.

La création de cette instance peut contribuer à l'amélioration des relations entre fournisseurs et distributeurs, mais le Conseil rappelle que, dans le cadre de sa mission telle que définie ci-dessus, les recommandations et avis que la commission pourra être amenée à prononcer devront tenir compte de l'ensemble des réglementations applicables, y compris du droit national et communautaire de la concurrence. Il estime que, dans bien des cas, les problèmes posés pourront avoir une incidence sur la concurrence et que la recherche de conditions commerciales équilibrées, dans un cadre contractuel, ne peut se faire efficacement que dans un contexte de saine concurrence qui garantisse à tous les acteurs du marché des conditions leur permettant de se développer. Il souligne, en particulier, que des mesures visant à fixer des bonnes pratiques ne pourraient donner lieu à des recommandations pouvant conduire à des ententes en matière de prix.

C'est pourquoi il est proposé que soit prévue la consultation obligatoire du **Conseil de la concurrence, dès lors que la recommandation envisagée pourrait avoir une incidence sur le fonctionnement de la concurrence.**

C. - ARTICLE 36

L'article 36 prévoit qu'un certain nombre de pratiques engagent la responsabilité de leurs auteurs. Ce texte est très général, visant tout auteur de la pratique (producteur, commerçant, industriel ou artisan).

En 1996, le dispositif a été modifié et plusieurs comportements considérés comme condamnables ont été introduits (avantage sans contrepartie, rupture brutale des relations commerciales, menace de rupture...).

Aujourd'hui, le projet poursuit la réforme engagée en introduisant de nouveaux comportements interdits, en précisant les contours de ceux introduits en 1996 et en ajoutant à la possibilité qu'avait le juge, sur la base de son appréciation, de déclarer nulles des stipulations contractuelles, des cas de nullité de plein droit.

1^{er} point de l'article 36

Le dispositif actuel vise entre autres pratiques susceptibles d'engager la responsabilité de son auteur « *les conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles* ».

Le projet de loi qualifie de pratique discriminatoire « *tout avantage rémunérant un service commercial non effectivement rendu ou dont la rémunération est disproportionnée* ».

Le Conseil de la concurrence constate qu'au-delà de l'illustration d'un comportement plus général, déjà prévu par le texte, cette mesure peut constituer **une extension significative** du champ du 1^{er} alinéa.

En premier lieu, la notion de rémunération disproportionnée est à la fois imprécise, puisque le texte n'indique pas à quoi doit être proportionnelle la rémunération perçue, et plus extensive que le concept retenu au 1^{er} alinéa (l'existence de contreparties réelles). Concrètement, le projet ne précise pas si la rémunération doit être proportionnée aux coûts engagés, au bénéfice escompté, à l'effet attendu pour le consommateur ou bien à la combinaison de ces trois critères. En deuxième lieu, la mesure qualifie de discriminatoire la simple tentative d'obtenir tout avantage commercial, ce qui conduit le Conseil à s'interroger sur la place laissée par cette disposition à la négociation commerciale dont l'existence n'a, jusqu'à présent, pas été remise en cause, dès lors qu'elle ne conduisait pas à une discrimination entre offreurs. Enfin, le texte permet de sanctionner aussi bien la victime du comportement que son auteur. Plus généralement, le Conseil considère que le projet introduit une extension trop générale de la présomption de discrimination. **Pris à la lettre, ce texte pourrait fonder un interventionnisme excessif dans les relations d'affaires, rendre suspecte toute différence de traitement, voire imposer une égalité de traitement généralisée qui, à terme, pourrait conduire à un affaiblissement du processus concurrentiel.**

2^{ème} point de l'article 36

Tout comme le point 1, le point 2 de l'article 36 vise des comportements qui constituent un avantage discriminatoire lorsqu'ils ne donnent pas lieu à « *contrepartie proportionnée* » : le texte qualifie plusieurs pratiques habituellement désignées sous le terme « *corbeille de la mariée* », mais également la « *participation à un investissement* » ou, de manière générale, un « *avantage quelconque* ».

Le Conseil note que la présomption de discrimination ainsi introduite est très générale, à la fois dans les termes retenus au point a), notamment en ce qui concerne « *la rémunération d'un investissement* », et au point b), s'agissant d'« *un avantage quelconque* ». Elle pourrait avoir pour conséquence de ne laisser aucune place à la négociation commerciale et de créer un interventionnisme excessif.

Il note enfin que la disposition ne permet pas de distinguer, dans la négociation commerciale, la différenciation, jusqu'alors considérée comme licite, de la discrimination illicite et qu'une

application sans précaution serait **susceptible d'affaiblir toute concurrence par les prix entre les distributeurs.**

Le Conseil juge la modification apportée aux points 1 et 2 de l'article 36 généralement dangereuse pour la concurrence ; ce danger pourrait être évité si la rédaction du texte faisait apparaître que seules les rémunérations ne comportant pas de contreparties manifestement disproportionnées sont susceptibles d'engager la responsabilité.

4^{ème} point de l'article 36

Cette disposition vient préciser le dispositif du 1^{er} point en condamnant la menace de déréférencement utilisée pour obtenir de meilleures conditions d'achat et de coopération commerciale.

Le projet de loi indique que la menace de rupture pourra être totale ou partielle.

Tout en remarquant que le dispositif actuel n'empêche pas, en jurisprudence, sa mise en œuvre en cas de menace de rupture partielle, le Conseil note que **la précision introduite qui figurait déjà au point 5 de l'article 36 permettra d'harmoniser formellement ces dispositions entre elles.**

5^{ème} point de l'article 36

Le 5^{ème} point, dans sa rédaction actuelle, impose le respect de certaines conditions afin d'éviter les abus lors de la rupture des relations contractuelles (préavis pouvant figurer dans les accords interprofessionnels, absence de brutalité dans la rupture). Ce texte ne remet pas en cause la liberté fondamentale pour tout opérateur économique de choisir ses partenaires et la faculté d'en changer, ainsi que la Cour de cassation l'a réaffirmé dans un arrêt du 5 juillet 1994.

Le projet impose que les accords interprofessionnels fixent une durée minimale de préavis conforme aux usages du commerce et ouvre la possibilité au ministre de l'économie de prendre des mesures identiques, par catégorie de produits, ou d'encadrer les conditions de rupture des relations commerciales.

Jusqu'à présent, la durée des préavis était estimée au cas par cas par les juges du fond dans le cadre d'un large pouvoir d'appréciation.

La réforme envisagée rendrait obligatoire la détermination d'une durée de préavis dans les accords interprofessionnels. Cette modification devrait éviter le développement de contentieux et, si des litiges apparaissaient néanmoins, en faciliter le règlement par le juge.

Cependant le Conseil note que, jusqu'à présent, aucun accord interprofessionnel n'a vu le jour en matière de préavis.

S'agissant, cette fois, de la possibilité offerte au ministre de fixer un délai de préavis par voie réglementaire, et cela pour chaque catégorie de produits, et sans se prononcer sur la constitutionnalité de la mesure, le Conseil estime que celle-ci sera particulièrement difficile à mettre en œuvre compte tenu des spécificités de chaque secteur. En 1996, le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur avait déjà souligné les limites d'une fixation des délais et admis qu'il fallait laisser au juge une faculté d'appréciation (JO 29/03/1996, 2187). En outre, si une telle mesure était prise, elle serait vraisemblablement inopposable aux produits importés et à ceux qui transitent par des structures situées hors du territoire national. Or, la grande distribution qui dispose d'entrepôts, de plates-formes et de centrales d'achat situés hors des limites du territoire national peut facilement échapper aux contraintes réglementaires.

Ces observations conduisent le Conseil à proposer la suppression de la fixation de tels délais par voie réglementaire.

6^{ème} point de l'article 36

L'action en responsabilité prévue à l'article 36 est dérogatoire au droit commun puisqu'elle peut être intentée non seulement par toute personne justifiant d'un intérêt, c'est-à-dire par les victimes des pratiques incriminées, mais aussi par le ministre, par le Parquet et par le président du Conseil de la concurrence, ces derniers exerçant une action autonome par rapport à celle de la victime.

Le projet donne pouvoir aux autorités susvisées, lorsqu'elles interviennent en l'absence de la partie lésée, de demander, outre la cessation de la pratique, le prononcé de la nullité des accords ou clauses illicites, la réparation du préjudice subi et, si l'ordre public économique est atteint, le prononcé d'une amende civile. Cette mesure a pour objet d'améliorer l'efficacité des actions en justice engagées par ces autorités.

Il est vrai que le Conseil peut disposer, compte tenu de l'instruction qu'il a menée, des éléments nécessaires pour évaluer le préjudice subi par un tiers, lorsqu'il constate une pratique relevant de l'article 36 à l'occasion d'affaires relevant de sa compétence. Toutefois, le Conseil observe, s'agissant de la demande tendant à voir constater la nullité des clauses ou des contrats, que celle-ci ne devrait être demandée qu'avec prudence en l'absence de l'opérateur, ce dernier pouvant avoir intérêt à ce qu'une clause d'un contrat soit maintenue, alors même qu'elle a pu être cause d'un préjudice. **Par ailleurs, et si des pouvoirs élargis devaient être ainsi conférés à son président pour des affaires ne relevant pas du droit de la concurrence, le Conseil rappelle que celui-ci ne détient pas un pouvoir identique pour les affaires relevant de son propre domaine de compétence, c'est-à-dire que, lorsque le Conseil met en évidence des ententes ou des abus de position dominante, son président ne peut pas saisir le juge civil pour que la nullité des clauses ou contrats soit constatée ou que les conséquences indemnitaires en soient tirées.** La réforme aboutirait donc à une situation paradoxale.

Enfin, sans vouloir se prononcer sur le caractère novateur du projet en ce qui concerne le prononcé d'une amende civile lorsque le comportement dénoncé porte atteinte à l'ordre public économique, le Conseil note que cette dernière notion apparaît ambiguë en ce que l'on ignore si elle vise des comportements susceptibles de relever du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, c'est-à-dire portant atteinte à la concurrence sur le marché considéré, ce qui signifierait que l'amende ne pourrait être prononcée que si la pratique a violé à la fois le titre III et le titre IV ou bien si cette notion ne vise ici que le titre IV et, dans ce cas, si toutes les violations du titre IV, ou seulement certaines d'entre elles, méconnaîtraient cet ordre public.

À tout le moins, il conviendrait de **clarifier le dispositif du projet sur ce point.**

Au dernier alinéa de l'article 36-6, la référence au « *président de la juridiction saisie* » est remplacée par la référence au « *juge des référés* », ce qui permettrait de clarifier définitivement les modalités d'introduction de l'instance de référé. En effet, il est encore régulièrement soutenu, malgré une décision de la Cour de cassation du 17 juillet 1990, qu'une demande en référé nécessite une saisine préalable au fond.

7^{ème} point de l'article 36

1^{er} paragraphe

Le projet introduit un nouveau comportement susceptible d'engager la responsabilité de son auteur : il consiste « à *abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou d'abuser de sa puissance d'achat en le soumettant à des conditions commerciales injustifiées* ».

Le Conseil note, en premier lieu, que cette disposition vient après la description d'une série de comportements abusifs visés aux alinéas 2, 3, 4 et 5 dont l'existence même ne peut s'expliquer que par un déséquilibre des forces entre les partenaires. Il en conclut que, s'il s'agit d'un article récapitulatif, celui-ci est redondant et introduit une confusion avec les dispositions existantes. En revanche, s'il s'agit d'une disposition additionnelle, le Conseil considère que l'imprécision de sa rédaction crée un risque d'insécurité juridique car sa formulation trop générale permettrait de qualifier d'abusives toute demande de baisse de prix dans un contexte normal de relations commerciales.

En deuxième lieu, contrairement au dispositif de l'article 8-2, **le texte n'impose pas que, pour se trouver en état de dépendance, l'opérateur ne dispose pas de solution équivalente.**

Il résulte de ces observations que la notion figurant au point 7 ne se confond pas avec celle figurant au titre III, ce qui pourra donner lieu à des applications différentes, n'allant pas dans le sens de la cohésion, surtout s'il apparaissait que les critères retenus par les juges diffèrent fondamentalement de ceux définis par le Conseil.

Au-delà des difficultés d'ordre juridique, si la notion de dépendance s'interprétait essentiellement à partir du critère de la part de chiffre d'affaires réalisé avec un opérateur, la fixation du seuil serait forcément arbitraire. Enfin, les PME/PMI pourraient être particulièrement pénalisées, les distributeurs cherchant à se prémunir de toute poursuite en diversifiant leur approvisionnement et en refusant d'augmenter leur commande auprès des entreprises dont une part élevée de chiffre d'affaires est réalisée avec eux.

En troisième lieu, **la notion de puissance d'achat nouvellement introduite reste floue**, le texte ne permettant pas de déduire à partir de quand un acheteur se trouve en situation de puissance à l'égard de son fournisseur.

Certes, l'expression "puissance d'achat" appartient au vocabulaire de l'économie de la concurrence ; sa définition fait cependant l'objet de débats. La définition la plus simple, qui la considère comme un élargissement de la situation de monopsonne, n'est guère convaincante car elle ne rend pas compte de la capacité d'un acheteur à obtenir un prix bas mais non inférieur au prix concurrentiel. Si Dobson a pu la définir comme la situation qui se rencontre "*lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises obtient de ses fournisseurs des conditions plus favorables que celles que peuvent obtenir les autres acheteurs ou qui pourraient être attendues dans des conditions de concurrence normale*", une définition de ce type demeure critiquable car elle ne permet pas de distinguer une telle situation de la simple discrimination. Parmi les définitions modernes, reconnues au niveau international, l'on peut citer la définition suivante : "*détient une puissance d'achat le distributeur qui, par rapport à un fournisseur au moins, peut menacer de manière crédible d'imposer un coût d'opportunité à long terme qui, si la menace était mise à exécution, serait sensiblement disproportionné par rapport au coût d'opportunité à long terme qu'il s'imposerait à lui-même, étant entendu que, par disproportionné, l'on entend alors une différence entre les coûts d'opportunité relatifs et non les coûts absolus*". **Si c'est bien à cette notion que se réfère le projet, le Conseil**

s'interroge sur son caractère opératoire comme élément de régulation des rapports contractuels **et sur sa facilité d'usage** par les juridictions consulaires. S'il s'agit d'une autre notion, elle n'est pas connue du Conseil et mériterait alors une définition précise, voire une autre dénomination, pour éviter les confusions.

Le Conseil note, enfin, que l'espace de liberté dans la négociation commerciale pourrait une fois encore être remis en cause par cette disposition, s'il était imposé à tout acheteur « puissant » de justifier les conditions commerciales qu'il propose à ses fournisseurs ; cela semblerait difficilement compatible avec une libre négociation sur les prix.

Le Conseil propose que la mention de la dépendance soit au moins complétée par la référence à l'absence de solution équivalente, que la notion de puissance d'achat soit précisément explicitée et qu'il soit précisé, en tout état de cause, que la disposition ne fait pas obstacle à une libre discussion sur les prix.

Dernier paragraphe du point 7

Le projet introduit des clauses « noires » dans les contrats. L'objectif de cette mesure paraît être d'encadrer les contrats de coopération commerciale et les conditions générales de vente : rétroactivité des accords ou remises, versement d'une prime de référencement préalable à la passation de commande, rémunération d'un investissement. Si le projet vise à interdire certains comportements particulièrement déstabilisants pour les entreprises qui en sont victimes, il est insuffisamment précis, notamment en ce qui concerne le point c) qui semble permettre de considérer comme nulle toute forme de partenariat portant sur des investissements, tels que les contrats de bière ou de franchise. Si tel était le cas, de tels contrats ne pourraient plus être souscrits, alors que l'on connaît le **rôle capital de la franchise** dans l'évolution de certains secteurs.

D'une manière générale, **le cofinancement de l'investissement** constitue dans certaines circonstances un moyen de développement particulièrement efficace. En effet, la théorie économique insiste sur la fragilité des investissements exclusivement orientés vers le développement d'une relation bilatérale, investissements généralement qualifiés de "dédiés" ou "spécifiques". De tels investissements améliorent la productivité de la relation bilatérale et, donc, l'efficacité globale, mais ils ont une valeur moindre en dehors de cette relation. Leur étude est ancienne : elle s'inspire souvent de l'exemple de la relation établie, dans les années 1920, entre Fisher Bodies et General Motors pour la fabrication de portières de voiture. Compte tenu du risque qu'il court de ne pas en retirer de revenus suffisants (risque de « hold-up »), un seul des deux partenaires n'est pas incité à financer un tel investissement pourtant utile à la fois aux deux entreprises et à la collectivité ou, symétriquement, l'un des deux partenaires peut être incité à surinvestir. L'association des deux partenaires au financement permet d'atteindre le niveau d'investissement optimal.

Alors que cette disposition paraît donc être d'une portée considérable, puisqu'elle s'applique à l'ensemble de la chaîne économique et interdit des pratiques importantes et jusqu'ici parfaitement licites, le Conseil a cru déduire des débats qu'elle était motivée par un événement ponctuel, connu dans les milieux commerciaux : la demande qu'un distributeur aurait adressée à un fournisseur de participer à un investissement immobilier. **Le Conseil ne peut que souligner le caractère dangereux de la mesure et son caractère disproportionné compte tenu de l'objectif poursuivi.**

En conclusion de ses remarques sur l'article 36, le Conseil appelle particulièrement l'attention sur deux points. Sauf à rigidifier excessivement les relations commerciales, **il y**

aurait avantage à ce que les restrictions de l'article 36 ne portent que sur des abus et non sur les pratiques énumérées. L'usage systématique du mot « manifeste », à l'image de ce qui est prévu pour le point 4, permettrait d'atteindre cet objectif. Par ailleurs, la multiplication de règles floues ainsi que l'intervention accrue de l'administration et du juge, loin de renforcer la position des PME françaises, risquent **d'inciter les entreprises de la grande distribution à se détourner chaque fois qu'elles le pourront de leurs fournisseurs français**, les arguments parfois avancés en faveur de l'application de l'article 36 aux relations contractuelles nouées par des filiales étrangères de ces groupes, ne résistant guère à l'examen.

D. - ARTICLE L. 214-1 DU CODE DE LA CONSOMMATION

L'article L. 214-1 prévoit la fixation par décret des modalités de mise en œuvre des mesures prévues en matière de conformité et de sécurité des produits et services.

Le projet du Gouvernement fixe une exigence supplémentaire, concernant le mode de présentation des produits. Un décret fixera les conditions dans lesquelles la mention des modes de production pourra figurer sur les marchandises et emballages.

Le Conseil n'a pas d'observations à formuler sur cet article.

Délibéré, sur le rapport de Mme Maillot-Bouvier, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Cortesse et Mme Pasturel, vice-présidents, Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Hérard, Mader-Saussaye, Mouillard, Perrot, MM. Bidaud, Lasserre, Nasse, Ripotot et Robin, membres.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen