



Avis n° 90-A-06 du 13 mars 1990
relatif à une question posée par le Syndicat de l'outillage à main et des machines
électroportatives (S.O.M.M.E.P.) sur la détermination des prix dans les contrats cadres de
distribution, d'achat ou de fourniture exclusive

Le Conseil de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 30 décembre 1988 sous le numéro A 51, par laquelle le président du S.O.M.M.E.P. a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis concernant la détermination du prix dans les contrats cadres de distribution, d'achat ou de fourniture exclusive;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix de la concurrence, modifiée, et notamment son article 5, ensemble le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus,

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent:

1. Le Syndicat de l'outillage à main et des machines électroportatives (S.O.M.M.E.P.) part de la constatation que les juridictions ont, selon lui, tendance à annuler les contrats cadres de distribution pour indétermination du prix sur le fondement de l'article 1129 du code civil.

Le demandeur décrit ainsi qu'il suit les conséquences qu'il attribue à cette tendance: les tribunaux condamnent «la plupart des clauses de révision de prix couramment utilisées dans les contrats de distribution, au motif que le prix n'était pas déterminable avec une précision suffisante, ou encore que la détermination dépendait de la volonté d'une seule partie (...). Les juridictions condamnent désormais quasi systématiquement la clause de prix catalogue.

«Il s'agit de la clause par laquelle le prix sera déterminé par référence aux tarifs du fournisseur au jour de la conclusion des contrats d'application (...).

«La Cour de cassation a également souligné que l'obligation d'acheter au tarif confidentiel du fournisseur revêt un caractère potestatif et lui donne la possibilité de vendre à un prix dépendant de sa seule volonté, peu important alors que la marge bénéficiaire du distributeur ne puisse être diminuée (...).

«Les clauses prévoyant une révision périodique des prix 'd'un commun accord entre les parties' sont de même sanctionnées par la jurisprudence (...). De telles clauses sont pourtant admises et même expressément recommandées dans les contrats de droit public, notamment en matière de concession de service public (...).

«S'agissant de clauses telles que la clause de l'offre concurrente (ou clause de compétitivité) et la clause du prix de marché, la lecture de la jurisprudence révèle que les conditions susceptibles de rendre acceptables l'une ou l'autre de ces clauses sont d'une rigueur telle qu'il est particulièrement difficile pour les professionnels de dégager la 'juste méthode' qui n'encourra pas la condamnation des juridictions».

Partant de cette analyse, le syndicat demandeur soutient que les méthodes de détermination de prix entre lesquelles les professionnels sont en définitive contraints d'opter présentent un certain nombre d'inconvénients au regard de la concurrence. Il écrit notamment: «L'indexation introduit un facteur de rigidité parfaitement antinomique avec les règles de la concurrence. Elle débouche très rapidement sur des résultants très éloignés et de la réalité du marché (...). Plus grave encore, une clause d'indexation ne permet pas de prendre en compte les gains de productivité et peut conduire à des effets pervers s'agissant notamment de produits de haute technologie dont les coûts empêchent alors une entreprise particulièrement performante de répercuter ses gains de productivité sur les prix.

«La détermination du prix «à dire de tiers» suppose que soit désigné dans le contrat un tiers à qui il reviendra de fixer périodiquement les prix applicables. Une telle pratique est certes licite et d'ailleurs envisagée par le code civil mais elle ne paraît pas davantage compatible avec les exigences d'une saine concurrence (...). Que l'une ou l'autre méthode soit choisie, il en résulte que le prix d'achat ou de vente des produits, qui est un élément déterminant de la politique concurrentielle des entreprises, échappe à la libre négociation des parties et à la libre concurrence (...). Leur généralisation ne peut que produire une situation inverse à celle recherchée par le législateur dans l'ordonnance du 1er décembre 1986.»

Le syndicat de l'outillage à main et des machines électroportatives demande au conseil: «1° de constater que la situation décrite est nocive à un bon fonctionnement de la concurrence et 2° de dire quelle est la méthode de détermination de prix ou quelles sont les solutions alternatives et réelles que peuvent utiliser les professionnels dans des contrats de distribution exclusive ou d'approvisionnement exclusif de longue durée, afin que la concurrence par les prix puisse jouer son rôle.»

2. S'agissant de la première question, le Conseil de la concurrence ne saurait émettre un avis sur les solutions jurisprudentielles adoptées sous le contrôle de la Cour de cassation par les juridictions civiles ou commerciales et relatives à l'application du droit des obligations.

Il n'est au demeurant pas établi que ces solutions aient les conséquences anticoncurrentielles invoquées par le syndicat. En outre, le juge du contrat a la faculté de solliciter l'avis du Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986.

3. S'agissant de la seconde question, il doit être fait observer au syndicat que le Conseil de la concurrence n'a pas à se substituer aux praticiens du droit des affaires pour imaginer et proposer des solutions conformes au droit. Son rôle se borne à apprécier en quoi des pratiques commerciales, des solutions contractuelles sont, ou non, cas par cas, compatibles avec les règles de la concurrence.

Délibéré en section, sur le rapport de M. J. Louis, dans sa séance du 13 mars 1990 où siégeaient:

M. Béteille, vice-président, M. Bon, Mmes Lorenceau, Hagelsteen, M. Schmidt, membres.

Le rapporteur général suppléant,
A-P. Weber

Le vice-président, président la section,
R. Béteille

© Conseil de la concurrence