



Avis n° 96-A-05 du 2 mai 1996

relative à une demande d'avis présentée par la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale portant sur certaines questions de concurrence soulevées par des dispositions du projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 20 mars 1996 sous le n° A 167, par laquelle le Président de la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée Nationale a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, d'une demande d'avis sur certaines questions de concurrence soulevées par des dispositions du projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ;

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

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

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

Le Président de la commission de la production et des échanges de l'Assemblée Nationale a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sous forme de six questions concernant plus particulièrement les dispositions sur la pratique de prix abusivement bas dont le projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales prévoit de « confier le contrôle au Conseil de la concurrence ».

*1.« La définition du prix abusivement bas proposé par le projet de loi (s'appuyant sur les coûts de production et de commercialisation) vous paraît-elle suffisante pour atteindre le but recherché par le Parlement à savoir la sanction des prix prédateurs ? »*

Dans la rédaction adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale, le projet de loi prohibe les « offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer du marché une entreprise ou l'un de ses produits ». Au sens de ce texte, constitue donc un prix abusivement bas, un prix inférieur aux coûts de production, de transformation et de commercialisation du produit et qui est de nature à évincer des concurrents ou certains de leurs produits du marché.

Une entreprise a un comportement prédateur lorsqu'elle accepte délibérément de supporter des pertes afin d'éliminer des concurrents et bénéficier, une fois ces concurrents éliminés, d'une situation de force sur le marché. De tels comportements ont été condamnés tant par la Cour de justice des Communautés européennes que par le Conseil de la concurrence dans le cadre de la mise en oeuvre des dispositions concernant la répression des abus de position dominante et des ententes anticoncurrentielles.

Dans l'affaire AKZO/Commission (C-62/86), la Cour de justice a précisé deux situations dans lesquelles la concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime en application de l'article 86 du traité de Rome :

- « Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est à dire de ceux qui restent constants qu'elles que soient les quantités produites) et, une partie au moins des coûts variables afférents à l'unité produite.

- Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ».

Une position comparable a été adoptée par le Conseil de la concurrence qui a défini dans une décision n°94-D-30 du 14 juillet 1994 relative au marché du béton prêt à l'emploi dans le département du Tarn et dans une décision n°94-MC-10 relative à une demande de mesures conservatoires dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans le département du Var, les conditions dans lesquelles certains prix pratiqués par une entreprise en position dominante ou plusieurs entreprises en situation d'entente, dans la mesure où ils tendent à faire disparaître des concurrents, peuvent être qualifiés d'abusifs.

Les dispositions envisagées qui définissent le prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation. L'objectif du projet de loi est de faire que cette prohibition s'applique dans les cas où les entreprises ne sont ni en entente ni en position dominante. Ces dispositions permettent d'atteindre cet objectif puisqu'elles créent une infraction indépendante des situations d'entente ou de position dominante.

Les questions numéro 2 et 4 portent sur des problèmes de procédure et peuvent être considérées comme complémentaires.

2. « Dans quel délais minima le Conseil de la concurrence peut-il prendre une mesure permettant de faire cesser une offre ou une pratique de prix abusivement bas ? »

3. « A l'instar des dispositions du dernier alinéa de l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, est-il envisageable que le Conseil de la concurrence prenne des mesures conservatoires avant toute saisine au fond ? »

A l'égard des opérateurs dont l'activité entre dans le champ d'application de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le Conseil de la concurrence dispose, en application des articles 12 et 13 du même texte d'un pouvoir d'injonction. Il peut prononcer de telles injonctions soit au titre d'une demande de mesures conservatoires (article 12), procédure d'urgence assimilable à une procédure de référé, soit d'une décision au fond prise après qu'une instruction de l'affaire ait été effectuée (article 13).

S'agissant des modalités de saisine du Conseil de la concurrence, l'ordonnance du 1er décembre 1986 et ses textes d'application n'imposent au requérant aucun formalisme spécial, mais disposent que la demande de mesures conservatoires doit être motivée et ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond. Cette exigence s'explique par le fait que dans le cadre de la compétence d'attribution qui est la sienne, le Conseil de la concurrence doit en premier lieu vérifier que la pratique dont il est saisi relève de sa compétence.

Le lien obligatoire entre saisine au fond et demande de mesures conservatoires n'est en aucun cas un obstacle à un examen rapide de l'affaire par le Conseil. La demande de mesures conservatoires obéit en effet à une procédure propre qui laisse au Président du Conseil de la concurrence le choix des délais accordés aux parties pour la production des mémoires, pièces justificatives, observations, à la suite desquels le Conseil statuera en l'état du dossier, avant de procéder à l'instruction au fond. Les mesures conservatoires sollicitées ne seront accordées que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

Le délai dans lequel il peut être statué sur une demande de mesures conservatoires est essentiellement fonction de la complexité de l'affaire et des éléments présentés par les parties; il peut être d'une quinzaine de jours dans les cas les plus simples.

Pour ce qui est de la procédure au fond, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'une procédure dite « simplifiée », prévue à l'article 22 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui dispose que le Président du Conseil peut après notification des griefs aux parties intéressées décider que l'affaire sera portée devant la commission permanente sans établissement d'un rapport, ou de la procédure prévue à l'article 21 qui prévoit l'élaboration d'un tel rapport.

La durée de traitement des affaires examinées au fond est fonction de la procédure suivie dans les conditions fixées par l'ordonnance, de telle sorte que soit organisé un débat contradictoire et préservés les droits de la défense. Le délai minimal est de sept mois pour une affaire traitée selon la procédure prévue à l'article 22 (procédure « simplifiée »).

Le Conseil tient cependant à souligner que les délais susmentionnés ne peuvent être tenus que pour autant qu'il dispose des moyens, notamment en rapporteurs, lui permettant de traiter, outre le contentieux des ententes illicites et des abus de position dominante, le contentieux

des prix anormalement bas, tout en remplissant ses attributions consultatives. Les moyens actuels du Conseil ne peuvent lui permettre de faire face à cette charge supplémentaire. Aussi, une augmentation de ses moyens proportionnée à l'importance de sa nouvelle tâche est-elle absolument indispensable pour qu'il puisse assurer la mission qu'il est envisagé de lui confier dans des conditions de célérité compatibles avec le réalisme économique.

4. *« Quelles instructions ou investigations vous paraissent indispensables pour pouvoir prendre de telles mesures ? »*

Dans le cadre d'une procédure d'urgence tendant à l'octroi de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence est soumis à un impératif de célérité qui vise à ne pas voir irrémédiablement compromis les intérêts de la partie saisissante et durablement perturbé le marché. Pour autant, celle-ci doit apporter des éléments suffisamment probants pour permettre au Conseil de constater l'existence d'une pratique réellement ou potentiellement répréhensible qui soit le fait d'un concurrent sur un marché. Une telle démarche impose donc à la partie saisissante de fournir des éléments tenant par exemple à ses coûts d'achat, aux coûts de production des produits en cause, à sa situation financière, au lien entre sa situation et la pratique dénoncée, ainsi que des éléments susceptibles de démontrer la volonté d'un concurrent de l'éliminer.

La décision au fond, quant à elle, est précédée d'une instruction approfondie qui nécessite, entre autres, une analyse de la comptabilité des entreprises en cause. A cette fin, le rapporteur désigné dispose des pouvoirs prévus aux articles 45 et suivants de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui lui permettent d'obtenir communication de tous documents nécessaires à l'instruction du dossier ou de procéder à la saisie des mêmes documents (comptabilité, éléments de gestion, factures...). Le président du Conseil peut également faire appel aux services d'enquête de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

5. *« Quelle interprétation le Conseil de la concurrence fait-il de la notion « d'éliminer d'un marché » ? Une boulangerie ou une boucherie installée à côté d'une grande surface et étant contrainte de fermer en raison des prix abusivement bas pratiqués par cette dernière sera-t-elle fondée à saisir le Conseil de la concurrence au titre de cet article 3 ? le Conseil de la concurrence pourra-t-il sanctionner la grande surface ? »*

- En ce qui concerne les deux premières questions,

Le Conseil de la concurrence a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'examiner des comportements ayant pour objet ou pour effet d'éliminer un concurrent d'un marché. Une telle analyse exige au préalable la définition du marché pertinent sur lequel se constatent les comportements litigieux.

Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chacun de ces derniers est soumis à la concurrence par les prix des autres offreurs. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil, comme d'ailleurs les

autres autorités de concurrence, regarde comme substituables, et comme se trouvant sur un même marché, les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Ainsi comprise, la définition du marché sert à définir les contours de la concurrence potentielle.

Selon les produits ou les services, la délimitation du marché à laquelle le Conseil procède, peut résulter d'application de méthodes variées ; cependant, fondamentalement, la substituabilité s'apprécie en fonction de deux grilles d'analyse principales :

- l'usage des biens ou services en cause et la satisfaction des besoins des demandeurs ;
- la zone géographique dans laquelle ces besoins ou services sont accessibles<sup>1</sup>.

En application de ces critères, le Conseil de la concurrence a par exemple considéré qu'une grande surface et plusieurs détaillants de la ville de Valence se trouvaient sur le même marché d'un certain type de vêtements (décision n°92-D-69), ou que se trouvaient sur le même marché des entreprises de restauration bordant la route nationale n°7 entre Senas et Orgon, (décision n°88-D-1), ou enfin, examinant une affaire mettant en cause deux centrales à béton dans le département du Tarn, qu'il existait un marché pertinent de ce dernier produit s'étendant sur une aire géographique ayant un rayon maximal de 25 kilomètres autour de la ville d'Albi (décision n°94-D-30).

Il en résulte que, pour reprendre l'exemple proposé par la Commission de la production et des échanges, le Conseil de la concurrence pourra considérer, en application de sa jurisprudence, qu'une boucherie ou une boulangerie localisées à proximité d'une grande surface, vendant les mêmes articles et entre lesquelles il n'existe aucun obstacle à la mobilité physique des consommateurs, se trouvent sur le même marché, le consommateur ayant la faculté de choisir le mode de distribution qu'il préfère.

Dès lors que dans le contexte d'un marché, un opérateur se verrait contraint ou aurait des risques sérieux de se voir contraint à une cessation totale ou partielle d'activité du fait des prix abusivement bas pratiqués par un concurrent, il serait fondé à saisir le Conseil de la concurrence. Encore reste-t-il à établir l'existence d'un lien de causalité entre cette élimination et le recours par un concurrent à des prix anormalement bas. La pratique en cause doit être l'élément déterminant de l'élimination ou du risque de l'élimination de la partie saisissante, car les dispositions envisagées ne sauraient conduire à protéger les rentes de situation ou l'inefficacité économique d'un opérateur, inefficacité qui l'aurait en toute hypothèse conduit à être mis hors marché.

- En ce qui concerne les sanctions pouvant être prononcées à l'encontre de l'auteur de la pratique de prix abusivement bas :

Les sanctions pouvant être prononcées par le Conseil de la concurrence diffèrent selon la procédure suivie.

---

<sup>1</sup> Conseil de la concurrence, rapport d'activité de l'année 1993

L'article 13 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que le Conseil peut prononcer des sanctions pécuniaires dont le montant maximum est, pour une entreprise, fixé à 5% du montant hors taxes du chiffre d'affaires réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Cette sanction ne peut être prononcée qu'à la suite d'une procédure prévue à l'article 21 du même texte, c'est-à-dire après établissement d'une notification de griefs et d'un rapport.

En cas de procédure dite « simplifiée », c'est à dire qui ne donne lieu qu'à l'élaboration d'un notification de griefs, la commission permanente, seule compétente pour statuer dans ce cas, ne peut prononcer de sanction dépassant 500.000 francs pour chacun des auteurs de la pratique, en application de l'article 22 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

En ce qui concerne la pratique de prix abusivement bas, l'Assemblée Nationale propose que ce contentieux soit attribué exclusivement à la commission permanente. Cette exclusivité interdit tout renvoi la formation plénière. Or ce renvoi doit rester possible notamment lorsque les affaires soumises au Conseil posent des questions de principe, ou présentent une particulière gravité. Le Conseil de la concurrence estime donc qu'il convient de préserver cette possibilité.

En revanche, la réforme envisagée à l'article E du projet va dans le sens de ce qui paraît souhaitable.

*6. « Est-il envisageable que le Conseil de la concurrence soit compétent au titre de cet article 3 en matière de revente à perte ou pour certains cas de revente à perte qui seraient définis dans la loi ? »*

S'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur le principe de l'unification des voies de traitement des contentieux en matière de vente et de revente à perte, les conséquences techniques d'une éventuelle réforme peuvent cependant être évoquées.

La revente à perte constitue une infraction constatée par comparaison entre un prix de vente et un coût d'achat en dehors de toute référence au marché. C'est cette absence de référence au marché qui distingue la revente à perte de la prédation telle que définie par l'article D du projet de loi.

S'agissant de l'infraction de revente à perte telle que définie actuellement par l'article 32 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le Conseil de la concurrence, autorité spécialisée dans le fonctionnement du marché, n'a pas de compétence particulière lui permettant de traiter cette pratique avec plus d'efficacité que les juridictions pénales. A cet égard, on ne peut que noter que le transfert du contentieux de la revente à perte de carburants confié au Conseil de la concurrence une responsabilité ne correspondant ni à sa vocation ni à ses moyens.

En revanche, un alignement par le Parlement du régime de la revente à perte sur celui de la pratique de prix abusivement bas qui résulterait de l'introduction de l'atteinte au marché comme condition de prohibition de la revente à perte, changerait la nature de cette infraction, et pourrait logiquement justifier la compétence du Conseil de la concurrence, sous réserve d'un ajustement substantiel de ses moyens.

Délibéré sur le rapport de M. Loïc Guérin par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vices-présidents, MM. Bon, Gicquel, Marleix, Robin, Rocca, Sargos et Urbain, membres.

Le rapporteur général,

Marie Picard

Le président,

Charles Barbeau

---

© Conseil de la concurrence