



Avis n° 04-A-18 du 18 octobre 2004
relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des
Consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la
concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 6 juillet 2004, sous le numéro 04/0048 A, par laquelle l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que Choisir) a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 13 octobre 2004 ;

Les représentants de l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que Choisir) entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 alinéa 2 du code de commerce ;

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

1. Rappelant la mise en place d'une nouvelle définition du seuil de revente à perte par la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996, dite « *loi Galland* », l'UFC-Que Choisir fait, dans sa demande d'avis au Conseil, le constat d'une croissance importante des marges arrière après cette réforme, accompagnée d'une hausse supérieure à l'inflation des prix de vente au consommateur des produits de grande consommation.
2. L'UFC-Que Choisir indique que « *les pouvoirs publics, prenant acte de l'insatisfaction croissante des consommateurs devant cette montée des prix, [...] ont mis en place une concertation* » entre des producteurs, des distributeurs, ainsi que des associations de consommateurs, qui a abouti le 17 juin 2004 à un engagement des parties signataires à « *mettre en œuvre une baisse des prix d'au moins 2% en moyenne sur les produits de marque des grands industriels, sur la base d'un effort également partagé entre distributeurs et industriels dès septembre 2004.* » Les signataires s'engagent également, en 2005, à « *geler les marges arrière au niveau de 2004* », puis à « *les réduire de 1 point en moyenne par transfert sur facture* ».

3. Sur la base de ces constatations, l'UFC-Que Choisir saisit le Conseil de la concurrence des deux questions suivantes :

« 1° - Dans le cadre précédemment décrit, le développement des accords de coopération commerciale dans le secteur de la grande distribution non spécialisée générant des marges arrière peut-il avoir pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence par les prix et ce au détriment des consommateurs ?

2° - Est-il possible, au moyen d'accord conclu sous l'égide des pouvoirs publics entre des producteurs, certaines de leurs fédérations professionnelles, des distributeurs et leurs fédérations, ainsi que des associations de consommateurs de fixer le niveau de ces marges arrière sans porter atteinte au libre jeu de la concurrence ? »

4. Par sa présentation, la saisine suggère un lien entre le développement des accords de coopération commerciale générant des marges arrière et la législation. Le Conseil de la concurrence considère qu'il ne lui appartient pas de porter une appréciation d'opportunité sur les textes adoptés par le Parlement, dont les objectifs relèvent de la défense d'intérêts publics plus larges que ceux de la simple concurrence et qui n'entrent donc pas dans son champ de compétence. Toutefois, le Conseil est en droit d'effectuer, dans le cadre de cet avis, une analyse technique de la portée de ces textes sur le plan concurrentiel.
5. Par ailleurs, le Conseil considère que lorsqu'il est consulté en application de l'article L.462-1 du code de commerce, il ne peut que se prononcer sur des questions de concurrence d'ordre général ; il en résulte qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une demande d'avis non juridictionnelle, de qualifier des pratiques au regard des articles L.420-1, L.420-2 ou L.420-5, une telle qualification relevant de ses attributions contentieuses. En effet, seule la mise en œuvre de la procédure contradictoire dans le cadre d'une saisine contentieuse est de nature à permettre une appréciation de la régularité des pratiques considérées au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus de position dominante.
6. Enfin, le Conseil de la concurrence rappelle qu'une commission d'experts a été désignée à l'été 2004 par le gouvernement. Cette commission, présidée par M. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, est *« chargée de faire le bilan de la législation existante et de proposer les mesures appropriées pour faciliter les relations entre les fournisseurs et les distributeurs [...] »*. Pour ce faire, elle prend en compte des intérêts publics plus larges que ceux qui relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence. Ainsi, les observations qui suivent ne se substituent en aucune manière au travail effectué par cette commission mais permettent d'apporter un éclairage particulier sur le sujet, celui d'une autorité de concurrence.

I. Constatations relatives au développement des marges arrière et à la hausse des prix des produits de grande consommation

A. DÉFINITION DES MARGES ARRIÈRE

1. Le seuil de revente à perte

7. Dix ans après l'élaboration de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, les pouvoirs publics ont jugé nécessaire d'instaurer une réglementation spécifique au secteur de la grande distribution et à ses relations avec ses fournisseurs. C'est dans ce cadre qu'a été élaborée la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur l'équilibre et la loyauté des relations commerciales, dite « *loi Galland* ».
8. Une des principales réformes apportées par la loi Galland est la définition du seuil de revente à perte. Ce texte précise, en effet, que « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture* » et que la facture doit désormais mentionner « [...] *toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture* ». Sont désormais exclues de la facturation, les réductions de prix différées (ristournes), subordonnées à l'atteinte par le distributeur d'un objectif de ventes, ainsi que les accords de coopération commerciale.
9. Cette clarification a permis de rendre effective l'interdiction de la revente à perte, qui avait été introduite dans la loi française dès 1963 (Loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963) mais qui, jusqu'à la loi Galland, s'était révélée difficile à mettre en oeuvre du fait de l'imprécision des règles de facturation et de l'absence de définition réelle de la notion de « *prix d'achat* ». Cette clarification, ajoutée au renforcement de la sanction encourue par un commerçant en cas d'infraction, a rendu le contentieux sur la revente à perte aujourd'hui quasiment inexistant.

2. Les accords de coopération commerciale

10. Les accords de coopération commerciale sont des contrats de prestation de services, dont le contenu et la rémunération sont définis d'un commun accord entre un fournisseur et un distributeur. Le contenu de ces contrats porte sur la fourniture, par un distributeur à son fournisseur, de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et ventes. Ces services recouvrent des actions de nature à stimuler ou à faciliter, au bénéfice du fournisseur, la revente de ses produits par le distributeur. Il s'agit par exemple de la mise en avant des produits sur les rayons (têtes de gondole ou emplacements privilégiés), ou de promotion publicitaire. C'est aussi dans le cadre de ces accords que sont négociés les budgets de référencement.
11. Face au développement des montants facturés au titre de la coopération commerciale, la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs a rappelé que toute demande de rémunération au titre de la coopération commerciale doit correspondre à un service effectivement rendu, afin de ne pas placer le fournisseur en situation d'accorder à un client des avantages discriminatoires.

3. Marge avant et marge arrière

12. Le seuil de revente à perte ainsi défini par la loi Galland fixe la limite entre ce que l'on appelle la marge avant et la marge arrière des distributeurs. La marge avant correspond à la différence entre le prix de vente au consommateur et le prix unitaire facturé par le fournisseur, appelé « *prix net sur facture* ». Elle comprend donc les remises figurant sur la facture, acquises à la date de la vente. La marge arrière est égale à la différence entre le prix net sur facture et le prix réellement payé par le distributeur, appelé « *prix net net net* », résultant des réductions de prix conditionnelles hors facture (*prix net net net*) et des accords de coopération commerciale.
13. La définition par la loi Galland du seuil de revente à perte, conjuguée à l'interdiction de revendre à perte, implique que les remises figurant sur la facture, constitutives de la marge avant, peuvent bénéficier, *in fine*, aux consommateurs, alors que les remises conditionnelles, par définition non acquises à la date de la vente et ne figurant donc pas sur la facture, sont constitutives d'une marge arrière qui ne peut donner lieu à une baisse du prix de vente aux consommateurs.

B. LE DÉVELOPPEMENT DES MARGES ARRIÈRE

14. Il a été constaté que la négociation commerciale s'est déplacée, progressivement, du prix unitaire facturé - constituant le seuil de revente à perte- vers les réductions de prix hors facture et les accords de coopération commerciale. Ce phénomène s'est traduit par un accroissement des marges arrière et une réduction simultanée des marges avant.
15. Les marges arrière étant négociées de façon bilatérale entre les distributeurs et leurs fournisseurs, elles ne sont pas publiques. Cependant, l'Institut de Liaisons et d'Etudes des Industries de Consommation (ILEC) mesure par enquête auprès de ses adhérents les marges arrière de la distribution sur les produits de marque depuis 1998. Les adhérents de l'ILEC sont 84 groupes industriels, présents dans tous les grands secteurs de la production alimentaire et non alimentaire, qui commercialisent des produits de marque de notoriété nationale et internationale. Les chiffres de l'ILEC ne sont en général pas contestés. Ainsi, l'ILEC indique que les marges arrière ont progressé de manière continue depuis 1998, comme le montre le tableau suivant :

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

Source : enquête Ilec

16. L'ILEC complète cette information en précisant que : « *les chiffres ci-dessus traduisent une moyenne, toutes catégories et tous fournisseurs confondus. Dans le détail, il apparaît que selon les catégories [de produits] la dispersion est très forte : les chiffres vont, en 2003, de moins de 10 % à plus de 50 %* ». Selon le rapport d'étape du 16 juin 2004 du

groupe de travail parlementaire sur les pratiques commerciales de la grande distribution¹, « *les marges arrière s'élèvent en moyenne à 30% du prix de vente des articles mais s'échelonnent de 5% à 60% selon les secteurs de produits (peu dans le bricolage ou les produits agricoles non transformés, beaucoup dans la saucisserie).* »

17. Par ailleurs, l'ILEC ajoute que « *selon les fournisseurs, au sein d'une catégorie, la dispersion est significative* ». Selon l'ILEC, il existe en effet une « *liaison négative entre la hausse des marges arrière et le pouvoir de marché des marques. Plus la marque est puissante, moins la marge est élevée. Les marques phares payent moins de marges arrière que les marques secondes et celles-ci moins que les produits des PME.* »
18. Le développement des marges arrière n'est toutefois pas généralisé. Les marges arrière sont absentes des négociations dans le *hard discount*. Les *hard-discounters* se démarquent, en effet, des grands distributeurs par leur absence d'effort de présentation des produits, en contrepartie de quoi ils proposent des prix plus bas. De même, les produits de marques de distributeur (MDD) et les produits dits « *premiers prix* » ne font pas l'objet d'accords de coopération commerciale.

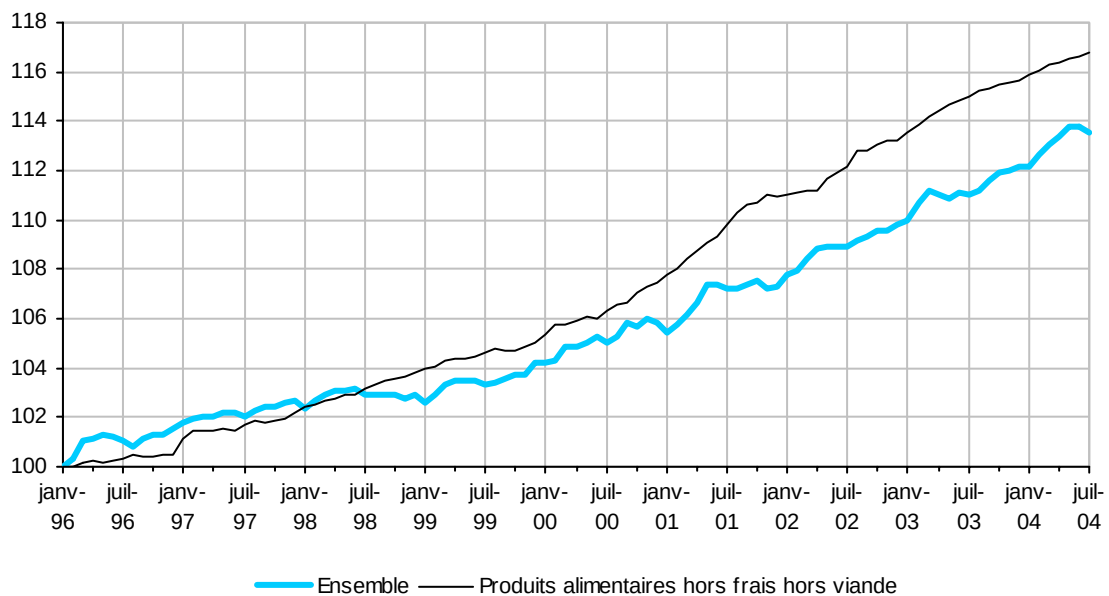
C. LA HAUSSE DES PRIX DES PRODUITS DE GRANDE CONSOMMATION

19. L'inflation est mesurée par l'indice des prix à la consommation publié par l'INSEE. Elle révèle l'évolution des prix d'un panier de produits et services. Ce panier comprend non seulement les produits de consommation courante que l'on trouve dans les supermarchés, mais aussi d'autres produits achetés moins régulièrement (voiture, lave-linge, ordinateur, etc.), des services (services de santé, transport, contrats d'assurance, voyages, restauration, etc.), et également des dépenses liées au logement, loyer, électricité, etc. Chaque produit ou service présent dans le panier est pondéré, de sorte que ce panier soit représentatif de la consommation moyenne des ménages en France.
20. Ainsi, les produits de consommation courante ne représentent qu'une partie de ce panier de biens et de services, mais comme ils constituent l'essentiel des achats hebdomadaires des ménages, l'inflation ressentie par les ménages lorsqu'ils font leurs achats courants est plus forte que l'inflation globale mesurée par l'INSEE, si leurs prix augmentent plus vite que les prix des autres éléments du panier.
21. L'UFC-Que Choisir affirme dans sa saisine qu'elle « *effectue régulièrement des relevés de prix dans plus de 1100 hypermarchés et supermarchés* » et qu'elle « *a constaté une augmentation moyenne de 8,2% du prix d'un panier composé de 53 produits de grande consommation sur la période 2000-2002* ». L'article paru dans la revue *Que Choisir* de janvier 2003, n°400, en conclut que « *les prix augmentent dans le Caddie de la ménagère bien plus vite que les chiffres officiels de l'inflation* ».
22. Cette affirmation de l'UFC-Que Choisir est confirmée par une étude de la Direction de la Prévision (DP) du Ministère de l'économie et des finances, titrée « *La dérive des prix alimentaires observée depuis la fin des années 1990* ». Cette étude analyse l'évolution des prix des produits alimentaires, hors produits frais et hors viande. En effet, l'inflation des prix des produits frais et des viandes est largement « *générée par des facteurs*

¹ Rapport d'étape rédigé le 16 juin 2004 par le groupe de travail sur les pratiques commerciales de la grande distribution, de la Commission des Affaires économiques, de l'Environnement et du Territoire, présenté par M. Luc-Marie Chatel, Président, M. Jean-Paul Charié et M. Michel Raison, Rapporteurs.

conjoncturels plus ou moins exceptionnels (crise de l'ESB et fièvre aphteuse entre octobre 2000 et la fin du premier semestre 2001, conditions climatiques défavorables en 2001, passage à l'euro, progression des coûts salariaux en 2001, etc.). » L'étude de la DP indique que « depuis la mi-1997, la croissance de l'indice des prix alimentaires hors frais et hors viande a toujours été supérieure (le plus souvent) ou égale (plus rarement) au glissement annuel de l'ensemble des prix ». Cette tendance apparaît clairement sur le graphique suivant :

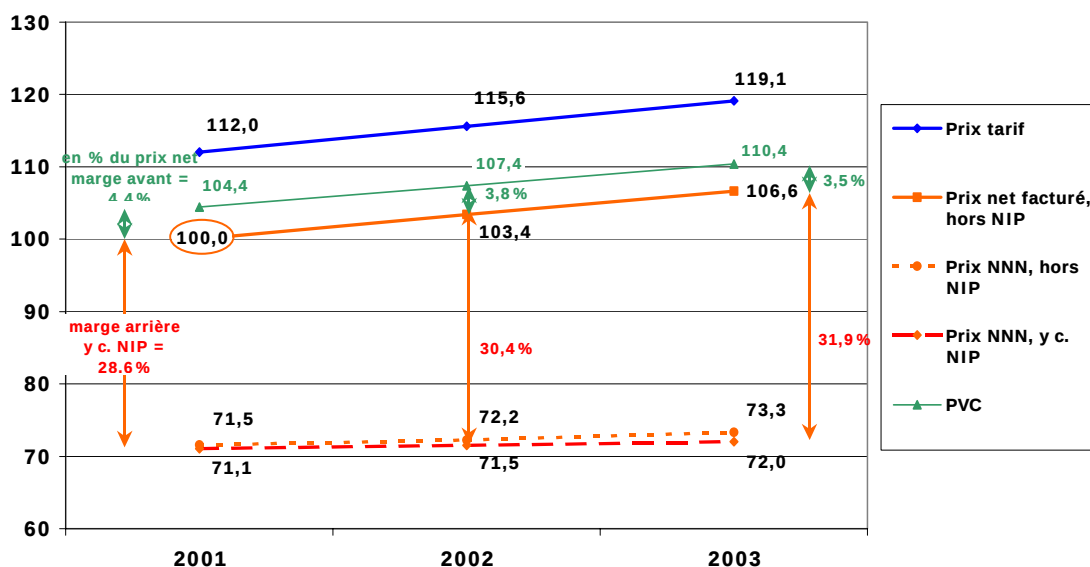
Graphique :
Indice des prix d'ensemble et alimentaire hors frais hors viande



23. L'étude de la DP analyse également l'évolution des prix alimentaires selon les circuits de distribution et selon les marques : « On observe par ailleurs une convergence (à la hausse) des prix des produits de grande consommation vendus en GMS (c'est-à-dire supérettes, supermarchés et hypermarchés), qui s'écartent de plus en plus, par ailleurs, des prix pratiqués par les maxi-discomptes. Entre juin 2003 et juin 2004, l'inflation des produits alimentaires s'élevait à 0,92% dans les hypermarchés et 1,13% dans les supermarchés alors que les prix pratiqués par les maxi-discomptes baissaient de 1,12% en moyenne. L'augmentation des prix des produits alimentaires n'est cependant pas uniforme selon les marques. Des différences notables existent entre les marques nationales, les marques de distributeurs et les premiers prix : les prix des marques nationales augmentent plus rapidement que l'ensemble des prix alors que les premiers prix sont en baisse. »
24. Ainsi, les observations qui précèdent montrent une hausse concomitante des marges arrière et des prix de vente au consommateur des produits de grande consommation, depuis la fin des années 1990. Le graphique suivant, réalisé par l'ILEC dans son étude intitulée « Les Observatoires de l'ILEC », réalisée en janvier 2004, présente l'évolution des différents niveaux de prix entre 2001 et 2003. Ce graphique permet d'observer en particulier deux tendances. D'une part, les marges avant se réduisent en passant de 4,4% à 3,5% du prix net facturé, alors que les marges arrière augmentent de 28,6% à 31,9%. D'autre part, les prix de vente « trois fois net » (Prix NNN), qui correspondent à la rémunération *in fine* des

fournisseurs, augmentent moins vite que les prix de vente au consommateur (PVC). La différence entre ces deux prix correspond à la marge totale des distributeurs. Elle augmente de 33% à 35,4% entre 2001 et 2003.

EVOLUTION DES DIFFERENTS NIVEAUX DE PRIX
toutes catégories confondues
base 100 = prix net facturé hors NIP en 2001



25. C'est dans ce contexte que doit être traitée la première question posée par l'UFC-Que Choisir dans sa demande d'avis : « (...) le développement des accords de coopération commerciale dans le secteur de la grande distribution non spécialisée générant des marges arrière peut-il avoir pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence par les prix et ce au détriment des consommateurs ? »

II. Le développement des marges arrière au regard du libre jeu de la concurrence

A. LE DÉVELOPPEMENT DES MARGES ARRIÈRE, REFLET DE LA PUISSANCE D'ACHAT DES DISTRIBUTEURS VIS-À-VIS DE LEURS FOURNISSEURS

26. Le développement des marges arrière depuis la fin des années 1990 ne semble pas justifié par un essor équivalent des prestations de service rendues au titre de la coopération commerciale, alors même que la loi permet de sanctionner une disproportion manifeste des montants facturés au regard de la valeur des services rendus (cf. article L.442-6-I du code de commerce). Le faible nombre de plainte et de sanction démontre l'existence d'une forte puissance d'achat des distributeurs, les fournisseurs n'utilisant pas les voies classiques de résolution des conflits commerciaux, par crainte de déréfècement.

27. Le constat présenté par l'ILEC, selon lequel le niveau des marges arrière est inversement proportionnel à la puissance de la marque du produit (cf. *supra*, §17) conforte l'analyse selon laquelle la puissance d'achat des distributeurs vis-à-vis de leurs fournisseurs n'est pas étrangère à l'importance des marges arrière.
28. Cette puissance d'achat des distributeurs est favorisée par la structure du marché, qui présente un faible nombre de distributeurs face à un grand nombre de fournisseurs. En effet, les achats de la grande distribution sont fortement concentrés : il existe seulement six centrales d'achat en France, qui effectuent plus de 90% des achats destinés aux rayons des grandes et moyennes surfaces (GMS).
29. Cette situation oligopolistique est en outre protégée par l'existence d'une législation limitant l'augmentation du nombre ou des surfaces de points de vente. En effet, la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « *loi Royer* », limite l'installation de nouvelles grandes surfaces. Depuis cette loi, l'installation d'entreprises commerciales au-delà d'une certaine surface ainsi que certaines extensions de magasins sont soumises à l'approbation des Commissions Départementales d'Urbanisme Commercial. La loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, dite « *loi Raffarin* », a renforcé les effets de la loi Royer en abaissant le seuil au-delà duquel l'autorisation des commissions est nécessaire.
30. La limitation de l'installation de nouvelles grandes surfaces par la loi engendre en particulier deux effets sur le plan concurrentiel.
31. En premier lieu, elle rend plus difficile l'arrivée de nouveaux entrants susceptibles d'introduire plus de concurrence entre enseignes de distribution et protège ainsi les distributeurs en place. Or, la pression sur les prix d'un hypermarché provient davantage de la présence d'un autre hypermarché sur la même zone de chalandise que de la présence de magasins *hard discount*, dont les surfaces sont très souvent inférieures aux limites fixées par la loi (cf. sur ce point, Revue de la Concurrence et de la Consommation n°139 de juillet août septembre 2004).
32. En second lieu, en instaurant des barrières à l'entrée institutionnelles à l'installation de nouvelles grandes surfaces et à l'extension de magasins existants, la loi limite l'offre de linéaire pour les produits. Le déséquilibre entre l'offre et la demande pour l'accès au linéaire renforce le pouvoir de négociation des distributeurs face à leurs fournisseurs. Sur ce point, le rapport du Conseil d'Analyse Economique (*Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, de Patrick Rey et Jean Tirole, 2000) interprète la hausse, lors de l'annonce de la loi, des cours des actions des grands distributeurs cotés en bourse, comme un indice de la perception par le marché de la limitation de la concurrence entre les distributeurs en place.
33. Ainsi, le développement des marges arrière pourrait s'expliquer en partie par une évolution du partage du surplus entre producteurs et distributeurs à l'avantage de ces derniers. Or, un transfert de la valeur ajoutée de l'amont vers l'aval ne constitue pas, en soi, une pratique anticoncurrentielle. En effet, le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour intervenir dans le partage du surplus entre producteurs et distributeurs, ni pour protéger les intérêts particuliers d'une entreprise qui se trouverait en difficulté dans ses négociations commerciales.
34. En revanche, dès lors que la puissance d'achat des distributeurs est utilisée à des fins anticoncurrentielles, alors le Conseil est compétent pour sanctionner les pratiques en cause. Par exemple, le comportement d'un distributeur consistant à menacer ses fournisseurs de déréférencement s'ils continuent à livrer l'un de ses concurrents constitue une pratique

anticoncurrentielle, en ce qu'elle vise à fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la distribution (cf. le cas Toy's R Us).

35. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence observe que la puissance d'achat des distributeurs est susceptible d'entraîner un mouvement de concentration sur le marché amont. Cette réaction des fournisseurs, qui viserait à rééquilibrer les rapports de force dans leurs négociations avec la grande distribution, conduirait à un marché dominé par la présence de quelques grands acteurs, tant du côté des producteurs que des distributeurs. Or, il serait préférable que le rééquilibrage des négociations sur le marché amont soit plutôt le résultat d'une plus grande diversité parmi les enseignes de distribution, car cela aurait l'avantage d'introduire, en outre, plus de concurrence sur le marché aval.

B. LE DÉVELOPPEMENT DES MARGES ARRIÈRE, REFLET DE CERTAINES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

36. Au-delà du simple reflet de la puissance d'achat des distributeurs vis-à-vis de leurs fournisseurs, le développement considéré comme excessif des marges arrière au regard des prestations fournies peut correspondre, dans certains cas, à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

1. La préférence des partenaires commerciaux pour les négociations « à l'arrière »

37. Le développement des marges arrière est indissociable du contexte législatif introduit par la loi Galland. En effet, la définition du seuil de revente à perte (cf. *supra*, §7 et suivants) conduit les distributeurs et leurs fournisseurs à distinguer deux volets dans leurs négociations. Le premier volet concerne les conditions générales de ventes (CGV), qui doivent être communiquées à toute personne qui en fait la demande ; le second volet des négociations porte sur les réductions hors facture et les accords de coopération commerciale qui, au contraire, se caractérisent par leur opacité.
38. Les conditions générales de ventes sont généralement transparentes, bien que la loi, comme le rappelle la circulaire Dutreil, permette une certaine différenciation tarifaire et ne prohibe que les abus à caractère discriminant. De fait, les distributeurs obtiennent en général le même prix net sur facture que leurs concurrents, de sorte que le seuil de revente à perte d'un produit est le même pour tous les distributeurs, ce qui leur permet de s'assurer en permanence qu'aucun de leurs concurrents ne pourra vendre un produit donné en-dessous du seuil de revente à perte, seuil commun à tous.
39. Mais cette pratique peut aussi résulter d'une demande des fournisseurs, qui évitent ainsi de constantes demandes de renégociation à la baisse. En effet, si l'un des distributeurs vendait un produit à un niveau de prix inférieur au seuil de revente à perte s'appliquant à ses concurrents, le fournisseur de ce produit verrait aussitôt ces autres distributeurs vouloir renégocier leurs conditions en demandant un alignement sur le seuil de revente à perte du premier. Comme le résume l'ILEC, « *la législation laisse de la place pour la différenciation de prix entre les distributeurs. Mais le système est tel que l'alignement des prix pour les cinq centrales d'achat est dans l'intérêt de tous.* » (cf. PV d'audition de l'ILEC du 10 septembre 2004).
40. Les négociations de marges arrière permettent, au contraire, une différenciation recherchée par les partenaires commerciaux. Tout avantage concédé à l'avant étant visible, ou

susceptible de l'être, il n'est pas durable. A l'arrière, au contraire, la concurrence entre les fournisseurs peut s'exercer pleinement. Mais cette concurrence, qui voit s'affronter les pouvoirs de marché entre distributeurs et fournisseurs, s'effectue à l'abri du seuil de revente à perte : le consommateur final n'en profite pas.

2. La pratique de prix de revente imposé

41. Ce report des négociations de l'avant vers l'arrière présente des risques de pratiques anticoncurrentielles. Tout d'abord, un producteur peut utiliser ce mécanisme pour imposer le prix de revente de son produit ou, au moins, un prix de revente minimal. En effet, les distributeurs n'ayant pas le droit de revendre ce produit à perte, le prix figurant sur la facture constitue un prix minimum imposé à tous les distributeurs. En rétribuant suffisamment les distributeurs par le biais des marges arrière, le producteur s'assure que ceux-ci pratiqueront peu (ou pas) de marge avant.
42. La maîtrise du prix de vente au consommateur est très utile aux producteurs, notamment lorsque la demande pour le produit est fortement élastique au prix. Cela lui permet à la fois de positionner son produit par rapport aux marques concurrentes et de mieux anticiper la demande qui lui est adressée. En quelque sorte, si le producteur a la capacité de fixer le prix de vente final au consommateur, tout se passe comme si la chaîne de distribution était intégrée à son entreprise : il fixe la marge totale unique (supposition du problème dit « *de la double marginalisation* ») puis négocie avec son distributeur pour se répartir ce total.
43. Mais la restriction de la capacité de l'acheteur à déterminer son prix de vente, par l'imposition d'un prix de vente fixe ou minimal, est interdite par le droit de la concurrence. Cette pratique fait partie des « *clauses noires* » énumérées à l'article 4 du règlement n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. En effet, ce type de pratique a pour effet de limiter la concurrence intramarque et de maintenir un prix de vente au consommateur artificiellement élevé.
44. Dans les faits, on observe des marges avant nulles pour un certain nombre de produits, essentiellement les produits des grandes marques, car ce sont leurs prix qui font l'objet des comparaisons les plus faciles par les consommateurs. Cette uniformité des prix pour les produits des grandes marques a permis aux acteurs de la grande distribution de mettre fin à la guerre des prix à laquelle ils se livraient, avant la réforme de la loi Galland. Cette guerre des prix se traduisait essentiellement par des pratiques de « *prix d'appel* » sur certains produits de marque et par des demandes incessantes des distributeurs, s'estimant victimes de pratiques discriminatoires, d'un alignement de leurs conditions de prix sur le prix bas pratiqué par un concurrent. Mais le passage à un prix unique met fin à la concurrence.

3. La lisibilité des prix favorise la collusion entre marques concurrentes

45. Au-delà de la limitation de la concurrence intramarque, la pratique de prix de revente « *imposé* » rend les prix plus lisibles et favorise ainsi la collusion entre marques concurrentes. En effet, une entente sur les prix entre deux producteurs concurrents est plus facile à soutenir dans la durée dès lors que les prix de vente au consommateur sont transparents. Cette transparence permet en effet de détecter facilement la déviance éventuelle d'une des parties à l'accord, de sorte que l'autre partie peut rapidement mettre en œuvre des représailles qui limiteront le bénéfice de la déviance.

46. L'affaire dite « *des calculatrices à usage scolaire* » illustre bien les deux pratiques décrites ci-dessus : prix de revente imposé d'une part et collusion entre marques concurrentes d'autre part. Même si les pratiques sanctionnées portent essentiellement sur les années 1994 à 1996, elles constituent des exemples concrets de mise en œuvre des mécanismes décrits précédemment, dès lors que l'interdiction de revendre à perte préexistait à l'entrée en vigueur de la loi Galland. Dans sa décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003, confirmée par la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt du 21 septembre 2004, le Conseil de la concurrence a en effet condamné la société Texas Instruments France et la société Noblet, importateur de la marque Casio, pour avoir mis en place, chacune, un dispositif ayant pour objet et pour effet d'obtenir de leurs clients distributeurs qu'ils pratiquent tous, sur l'ensemble du territoire national, les mêmes prix de vente préalablement déterminés par elles, et avoir échangé entre elles des informations stratégiques relatives à leur politique de prix de vente publics des calculatrices à usage scolaire.
47. D'une part, les deux fournisseurs concurrents consentaient des ristournes à leurs distributeurs sous forme artificiellement conditionnelle, de sorte que ces réductions de prix n'apparaissaient pas sur la facture, puisqu'elles étaient supposées non acquises à la date de la vente. Ainsi, ces ristournes étaient constitutives de la marge arrière des distributeurs et ne pouvaient être répercutées sur les prix de vente aux consommateurs. Bien que les ristournes aient été présentées sous forme conditionnelle, les distributeurs étaient en fait assurés d'en bénéficier à la fin de l'année, même s'ils n'atteignaient pas les objectifs prévus.
48. Il ressort de nombreuses pièces du dossier que la société Texas Instruments France et la société Noblet avaient mis en place, chacune, une stratégie visant à déterminer et à diffuser les prix publics *minima* qu'elles entendaient voir pratiquer par les distributeurs en contrepartie de l'octroi de ces ristournes. Les distributeurs ont également été condamnés pour avoir adhéré et même participé activement à la pratique des prix *minima* de revente.
49. D'autre part, le Conseil a condamné les deux fournisseurs pour entente horizontale. En effet, les éléments du dossier ont montré qu'un échange d'informations, portant sur les prix de vente des calculatrices, avait eu lieu entre la société Texas Instruments France et la société Noblet. Le Conseil a estimé, au vu des éléments du dossier, que cet échange d'information n'était pas isolé mais s'inscrivait dans le cadre d'un accord entre les deux sociétés. De plus, le Conseil de la concurrence a constaté que l'échange d'informations reproché aux entreprises précédait la publication de leurs tarifs respectifs, de sorte que ces entreprises ne fixaient leurs prix qu'après s'être concertées préalablement.
50. Ainsi, cette décision sanctionne à la fois des pratiques d'entente verticale consistant en la mise en place d'un mécanisme de rémunération des distributeurs reposant tout entier sur l'attribution de marges arrières, et des pratiques d'entente horizontale entre les deux principaux fabricants de calculatrices à usage scolaire, se partageant 89 % du marché, les sociétés Noblet et Texas Instruments France. Cette affaire illustre concrètement comment se matérialisent les risques anticoncurrentiels que recèle une situation économique où les producteurs auraient la capacité de choisir le prix imposé au détail.

4. L'éviction des concurrents par la saturation du linéaire

51. Si les marges arrière sont susceptibles d'être utilisées pour imposer un prix de revente minimum, elles peuvent aussi être utilisées pour la mise en œuvre d'un autre type de

pratique anticoncurrentielle : l'éviction des marques concurrentes par la saturation du linéaire.

52. En effet, comme l'a souligné le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 04-D-13 du 8 avril 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée, les linéaires des grandes surfaces constituent une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre les producteurs.
53. En proposant des budgets de référencement très importants, présentés sous la forme de remises « *hors facture* », donc constitutives de marges arrière garanties pour les distributeurs, un fournisseur peut écarter ses concurrents qui n'ont pas les mêmes capacités financières. Cette stratégie peut se décliner de diverses façons. En particulier, en proposant des remises de gamme importantes, un fournisseur peut écarter ses concurrents par la saturation du linéaire.
54. Dans sa décision n° 04-D-13 précitée, le Conseil de la concurrence a sanctionné le groupe SOCIETE, entreprise en position dominante sur le marché du roquefort avec 70% de parts de marché. Lui sont reprochés des accords commerciaux conclus avec un certain nombre de distributeurs. Ces accords visaient soit à obtenir une exclusivité d'approvisionnement, soit à obtenir le référencement d'une gamme de produits du groupe SOCIETE dont l'étendue conduisait à saturer le plan d'assortiment des distributeurs et aboutissait, ainsi, à une exclusivité de fait. Une gamme de produits sur le marché du roquefort peut comprendre des produits en libre-service ou à la coupe, et parmi les produits en libre-service, des portions familiales ou individuelles.
55. Dans cette décision, le Conseil a rappelé que le fait d'être en position dominante sur un marché n'est pas en soi anticoncurrentiel. En revanche, les pratiques commerciales consistant, pour une entreprise en position dominante, à accorder aux acheteurs des rabais les fidélisant afin de restreindre leur possibilité de choisir leurs fournisseurs et les inciter à s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès d'elle constitue une pratique anticoncurrentielle.

C. CONCLUSION : UN EFFET INFLATIONNISTE CERTAIN ET UN POSITIONNEMENT DU SEUIL DE REVENTE A PERTE CONTESTABLE

1. L'effet inflationniste

56. L'ensemble des pratiques décrites dans le paragraphe précédent a un effet à la hausse sur les prix. L'imposition d'un prix de revente minimal, la collusion entre deux marques concurrentes ou, au contraire, l'éviction de concurrents par une entreprise en position dominante qui sature les linéaires, sont en effet des comportements qui, en limitant la concurrence intramarque ou intermarque, favorisent la hausse des prix.
57. Par ailleurs, l'unicité du niveau du seuil de revente à perte pour tous les distributeurs conduit, d'une part à l'absence de pression sur les prix de vente au consommateur, sur le marché aval, d'autre part à l'absence de pression sur les prix de gros, sur le marché amont. Les distributeurs ne sont, en effet, plus incités à négocier des baisses de prix auprès de leurs fournisseurs.
58. Ainsi, dans l'affaire des calculatrices à usage scolaire précitée (cf. *supra*, §46 et suivants), le Conseil de la concurrence a noté une progression de 16,3 % du prix des calculatrices

scientifiques simples entre 1992 et 1995, segment de marché ayant fait l'objet de pratiques, alors que, dans le même temps, les prix sur les autres segments (calculatrices scientifiques programmables ou calculatrices non destinée à l'usage scolaire) diminuaient. Par conséquent, le Conseil de la concurrence a estimé que les pratiques d'ententes verticales, de même que les échanges d'informations établis entre les sociétés Texas Instruments France et Noblet, ont eu pour effet, non seulement de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, mais aussi de permettre une augmentation indue des prix des calculatrices scientifiques simples.

59. S'agissant des produits de grande consommation, objet de cet avis, les effets inflationnistes des pratiques décrites ont également été constatés au niveau macro-économique (cf. *supra*, §22 et suivants). Toutefois il semble que les hausses de prix des produits de marque aient atteint les limites de la propension à payer des consommateurs. On observe en effet un report de la demande vers les produits de marque de distributeur (MDD), vers les produits de « *premier prix* » et vers le *hard discount*.
60. Apparemment, les producteurs de marques de notoriété nationale et internationale ont atteint, puis dépassé, le « *prix de monopole* » lié à l'effet marque. C'est en tout cas ainsi que l'on peut interpréter certaines baisses de prix très ciblées, observées récemment, dont l'importance semble traduire un repositionnement du prix du produit par rapport au prix des produits concurrents.

2. Le seuil de revente à perte défini par la loi n'a pas de justification économique

61. La loi Galland et les lois sur l'équipement commercial ne sont certainement pas la cause unique des dérives constatées. La concrétisation d'effets anticoncurrentiels nécessite que des pratiques spécifiquement anticoncurrentielles, tels que ceux condamnés par la décision relative aux calculatrices scolaires ou aux produits Société, se développent dans l'environnement créé par ces lois. Mais l'instauration d'un seuil de revente à perte, tel qu'il est défini par la loi Galland, joue un rôle important car entraîne une distinction entre deux types de marges : les unes susceptibles de faire baisser les prix de vente au consommateur et les autres non. La règle fixée pour distinguer entre ces deux types de marges un seuil de revente à perte égal au prix net de la facture a été choisie en raison de la simplicité de sa constatation juridique mais elle n'a aucune justification économique .
62. Le choix d'une fixation non économique mais juridique du seuil de revente à perte n'en a pas moins des effets économiques très puissants. En d'autres termes, la définition actuelle du seuil de revente à perte revêt un caractère conventionnel qui, n'étant pas fondé sur une réalité économique, non seulement l'empêche de jouer véritablement son rôle mais surtout facilite de possibles comportements anticoncurrentiels.

III. Compatibilité d'un accord « *fixant les marges arrière* » avec le droit de la concurrence

63. La deuxième question posée par la saisine est la suivante : « *Est-il possible, au moyen d'accord conclu sous l'égide des pouvoirs publics entre des producteurs, certaines de leurs fédérations professionnelles, des distributeurs et leurs fédérations, ainsi que des*

associations de consommateurs de fixer le niveau de ces marges arrière sans porter atteinte au libre jeu de la concurrence ? »

64. Le Conseil, lorsqu'il est consulté en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général et doit se garder de toute appréciation qui pourrait préjuger d'une décision au contentieux. Au cas présent, la réponse à la question formulée par l'UFC ne peut consister qu'à rappeler les principes généraux applicables en droit de la concurrence.
65. La question posée comporte deux aspects. D'une part, elle demande si un accord visant à « *fixer le niveau des marges arrière* » n'est pas de nature à faire obstacle au libre jeu de la concurrence (A). D'autre part, elle soulève la question de savoir si la présence des pouvoirs publics et d'associations de consommateurs constitue une circonstance particulière susceptible de soustraire un accord qui serait *a priori* anticoncurrentiel à l'application du droit de la concurrence (B). Les observations qui suivent éclairent ces deux aspects successivement, avant de présenter les conditions du bénéfice des dispositions de l'article L. 420-4 du code de commerce et de l'article 81, §3 du Traité CE (C).

A. LE DROIT DE LA CONCURRENCE PROHIBE TOUTE ENTENTE AYANT POUR OBJET OU POUR EFFET DE FAUSSER LE JEU DE LA CONCURRENCE

66. Les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce prohibent « *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*
- *1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
 - *2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
 - *3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
 - *4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »*
67. S'agissant de la question précise posée par UFC-Que Choisir, le Conseil de la concurrence observe qu'il n'a jamais eu, jusqu'à présent, à examiner un accord dont l'objet exclusif serait de « *fixer le niveau des marges arrière* ». S'il avait à le faire, sous réserve d'un examen au cas par cas de l'objet et de l'effet d'un tel accord, il considérerait *a priori* que l'accord, en ce qu'il fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce. De plus, un tel accord, s'il avait un champ d'application géographique suffisant, constituant une partie substantielle du marché commun, serait également soumis aux dispositions de l'article 81, §1 du Traité CE.

B. SUR LES PARTIES A L'ACCORD : LA PRÉSENCE DES POUVOIRS PUBLICS ET D'ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS NE MET PAS LES ENTREPRISES A L'ABRI DE L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

68. La Cour d'Appel de Paris a précisé, dans un arrêt « *Syndicat du livre* » du 29 février 2000, qu'une entente anticoncurrentielle est constituée dès lors que « *l'une au moins des parties à l'entente peut être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché* ». Ainsi, un accord « *conclu sous l'égide des pouvoirs publics entre des producteurs, certaines de leurs fédérations professionnelles, des distributeurs et leurs fédérations, ainsi que des associations de consommateurs* », remplit la condition posée par la Cour d'Appel de Paris précitée, puisque les producteurs et les distributeurs sont des acteurs économiques exerçant une activité sur le marché visé par l'accord considéré.
69. S'agissant de la présence d'associations de consommateurs, le Conseil de la concurrence a précisé, dans son avis n° 01-A-13 du 19 juin 2001, relatif à une demande d'avis de l'Union Fédérale des Consommateurs sur les conditions d'une concertation entre les associations de consommateurs et la profession bancaire, que « *la présence de l'association de consommateurs est sans influence sur l'appréciation du caractère licite ou non de la réunion* ».
70. Enfin, s'agissant de la participation des pouvoirs publics, le Conseil de la concurrence considère de jurisprudence constante que celle-ci ne met pas les entreprises participant à une entente anticoncurrentielle à l'abri des dispositions de l'article L.420-1 du code de commerce et de l'article 81, §1 du Traité CE. Ceci reste valable même si l'accord est intervenu à la demande des pouvoirs publics ou si les termes de l'accord sont destinés à être intégrés ultérieurement à une législation ou à une réglementation, à l'exception des accords qui résulteraient de « *pressions irrésistibles* » exercées sur les entreprises par l'administration (TPICE, 18 septembre 1996, aff. T-387/94, Asia Motor France SA et a. c/Commission).
71. La Cour de justice des communautés européennes s'est prononcée sur cette question dans son arrêt du 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) contre Guy Clair. Cet arrêt répond à une demande de décision préjudicielle du Tribunal de grande instance de Saintes (France). La première question posée à la Cour vise à savoir si, sachant que selon la jurisprudence administrative française, le BNIC constitue un organisme de droit public, « *la réunion, au sein du Bureau national interprofessionnel du Cognac, de la famille de la viticulture et de la famille du négoce, doit être considérée comme une association d'entreprises, l'accord passé entre elles ayant été signé également par le Président du Bureau national interprofessionnel du Cognac* ». La Cour répond en soulignant que « *le cadre juridique dans lequel s'effectue la conclusion de tels accords et sont prises de telles décisions, ainsi que la qualification juridique donnée à ce cadre par les différents ordres juridiques nationaux, sont sans incidence sur l'applicabilité des règles communautaires de la concurrence et notamment de l'article 85 du Traité* » (aujourd'hui l'article 81). La Cour ajoute : « *La circonstance que ces groupements se réunissent au sein d'un organisme comme le BNIC n'a pas pour effet de soustraire leur accord à l'application de l'article 85 du Traité* » (aujourd'hui l'article 81). Comme l'a déjà indiqué le Conseil de la concurrence dans son avis n° 01-A-13 précité, il semble que la jurisprudence nationale n'aurait pas de raison de traiter différemment un cas semblable qui lui serait soumis.
72. Par ailleurs, aucun texte législatif ni réglementaire ne prévoyant la possibilité, pour les distributeurs et leurs fournisseurs, de se concerter pour fixer ensemble le niveau des

marges arrière, un accord tel que celui présenté par la saisine ne devrait pas pouvoir être exempté au titre des dispositions de l'article L. 420-4-I, 1° du code de commerce, aux termes duquel « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* ».

73. Toutefois, des accords peuvent, dans certains cas, échapper aux dispositions prohibant les ententes anticoncurrentielles s'ils remplissent les conditions fixées par l'article L. 420-4-I, 2° du code de commerce, présentées ci-après.

C. LA CONTRIBUTION ÉVENTUELLE DE L'ACCORD AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

74. En vertu des dispositions du I, 2°, de l'article L. 420-4 du code de commerce, ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique* ». Toutefois, le bénéfice des dispositions de cet article, ou de son équivalent en droit communautaire, l'article 81, §3 du Traité CE, ne peut être accordé que sous certaines conditions (cf. *infra*, §77).
75. Depuis le 1^{er} mai 2004, le système communautaire s'est aligné sur le système français d'exception légale. La possibilité d'accorder le bénéfice du progrès économique est examinée non pas *a priori*, dans le cadre d'une notification préalable, mais *a posteriori*, à l'occasion d'une plainte, ce qui permet d'apprécier *in concreto* la durée et les effets de l'accord. D'une manière générale, un accord qui a une durée d'application courte, ou qui n'a constitué qu'un dispositif transitoire, est réputé avoir eu moins d'effet sur la concurrence qu'un accord plus pérenne.
76. Par ailleurs, selon la jurisprudence qui a interprété les conditions résultant de la loi nationale et du Traité, il doit être démontré par les auteurs de la pratique :
- que le progrès économique invoqué résulte directement de la pratique anticoncurrentielle constatée (Conseil de la concurrence : n° 92-D-56 ; C.A. Paris, 10 décembre 1992, SPAD de Sogédra) ;
 - que la restriction de concurrence litigieuse soit nécessaire à la réalisation de ce progrès économique (C.A. Paris, 8 juillet 1992, Soc Carrières Gouteru, CC 92-D-30) ;
 - que les pratiques restrictives réservent aux consommateurs une part équitable de profit qui en résulte (art. L. 420-4-I, 2° du code de commerce) ;
 - que les entreprises ne se voient pas offrir ainsi la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (art. L. 420-4-I, 2° du code de commerce).
77. Ainsi, la question se pose de savoir si l'objectif visé par un accord sur la « *fixation des marges arrière* » est au nombre de ceux qui permettent d'invoquer le bénéfice de l'article L. 420-4-I-2° du code de commerce ou de l'article 81 §3 du Traité CE, dès lors que cet accord contribuerait au progrès économique et au bien-être des consommateurs. En effet, les effets anticoncurrentiels potentiels du développement des marges arrière qui ont été présentés précédemment (cf. *supra*, §42 et suivants) conduisent à penser qu'une limitation des marges arrière conduirait à la réduction de ces effets anticoncurrentiels et, potentiellement, à une baisse des prix de vente au consommateur.

78. Il n'est pas possible de tirer de cette considération la conséquence automatique que toute limitation concertée des marges arrière serait compatible avec le droit de la concurrence dès lors que cette limitation viserait la baisse des prix de vente au consommateur. Les textes et la jurisprudence ont, en effet, prévu une série de conditions qui ne peuvent être appréciées qu'au cas par cas.
79. Si le Conseil de la concurrence, dans le cadre d'une saisine contentieuse, devait se prononcer sur la compatibilité avec le droit de la concurrence d'un accord consistant à « *fixer le niveau des marges arrière* », il examinerait les éléments suivants.
80. Tout d'abord, le Conseil s'attacherait à vérifier que le progrès économique allégué est clairement énoncé, de façon objective. En effet, le progrès économique ne doit pas être apprécié du point de vue subjectif des parties à l'accord. Il doit être mesurable, de sorte qu'il soit possible de vérifier *ex post* l'atteinte de l'objectif annoncé. Par exemple, une baisse des prix de vente au consommateur des produits de grande distribution constituerait un progrès économique objectif, mesurable par des relevés de prix. Au contraire, la simple allégation de conditions de concurrence plus saines ne remplirait pas les conditions d'objectivité et de vérifiabilité requises.
81. Une fois vérifié que le progrès économique allégué est clairement énoncé, de façon objective, le Conseil se pencherait sur chacune des conditions énumérées plus haut (cf. *supra*, §77). Ces conditions étant cumulatives, il ne pourrait accorder le bénéfice des dispositions de l'article L. 420-4 I, 2° ou de l'article 81 §3 du Traité CE que s'il considère que toutes sont effectivement remplies.
82. La première condition impose que le progrès économique invoqué résulte directement de la pratique anticoncurrentielle constatée. Dans le cas où le progrès économique allégué serait effectivement observé *ex post*, cette condition requiert de pouvoir isoler la part de ce progrès qui résulte de l'accord pour démontrer le lien de causalité recherché. En d'autres termes, il faut pouvoir mesurer l'effet de l'accord toutes choses égales par ailleurs.
83. La deuxième condition impose que la restriction de concurrence litigieuse soit nécessaire à la réalisation de ce progrès économique. Cela signifie que le progrès allégué n'aurait pas pu être obtenu sans cet accord, ou par un autre moyen moins restrictif de concurrence.
84. La troisième condition impose que la pratique restrictive réserve aux consommateurs une part équitable du profit qui en résulte.
85. Le Conseil de la concurrence observe que si l'accord fixait un niveau de marges arrière supérieur aux niveaux pratiqués avant l'accord, alors il serait très probablement préjudiciable aux consommateurs. En effet, une hausse des marges arrière conduirait probablement les fournisseurs à augmenter le prix net sur facture de leurs produits, afin de préserver leurs propres marges. Ceci aurait pour effet d'augmenter le seuil de revente à perte de ces produits et conduirait donc, *in fine*, à une hausse des prix de vente au consommateur.
86. Toutefois, si l'accord fixait un niveau de marges arrière inférieur aux niveaux pratiqués avant l'accord, il est probable qu'il aurait un effet bénéfique sur les prix de vente aux consommateurs. Le Conseil de la concurrence observe qu'un tel accord serait d'autant plus efficace pour atteindre un objectif de baisse des prix que la concurrence est forte entre les enseignes de distributeurs, sur le marché aval, et que l'élasticité-prix de la demande serait élevée. En effet, la pression concurrentielle des distributeurs concurrents constitue une incitation à la baisse des marges avant et cette baisse est d'autant plus facilement consentie que l'élasticité-prix de la demande permet de compenser la perte de marge unitaire par une hausse des volumes vendus.

87. La quatrième condition requiert que les entreprises ne se voient pas offrir par l'accord la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.
88. En première analyse, un accord conduisant à une augmentation du niveau des marges arrière favorise les risques d'élimination de la concurrence, à la fois sur le marché amont de l'approvisionnement de la grande distribution et sur le marché aval de la distribution. En effet, plus les marges arrière sont importantes, plus elles présentent le risque d'éliminer les fournisseurs disposant de faibles capacités financières. En outre, plus les marges arrière sont importantes, plus les distributeurs sont capables de réduire leurs marges avant pour attirer la clientèle. Cette tendance pourrait conduire à un alignement des prix de vente au consommateur sur le seuil de revente à perte, ce qui éliminerait toute concurrence sur le marché aval.
89. A l'inverse, un accord conduisant à une baisse du niveau des marges arrière devrait plutôt favoriser la concurrence, à la fois sur le marché amont et sur le marché aval, pour des raisons symétriques. Le transfert des marges de la distribution de l'arrière vers l'avant, qui devrait résulter d'un tel accord, serait un frein sérieux aux pratiques anticoncurrentielles décrites plus haut (cf. *supra*, §42 et suivants). En effet, la pratique de prix de revente imposé devrait devenir plus difficile, dans la mesure où les distributeurs auraient plus de mal à soutenir une marge avant nulle et un prix de vente aligné sur le seuil de revente à perte. Ainsi, ce transfert des marges vers l'avant devrait réintroduire un espace pour une concurrence par les prix entre distributeurs. Dans ce contexte où les fournisseurs ne maîtriseraient plus le prix de revente de leurs produits, la collusion entre marques concurrentes deviendrait bien plus difficile.
90. Dans ces conditions, si le bénéfice des dispositions de l'article L. 420-4-I, 2° du code de commerce ou de l'article 81§3 du Traité CE est envisageable, il n'est pas possible d'affirmer que, du seul fait d'un objectif affiché de baisse des prix de vente au consommateur, un accord sur les marges arrière entre des distributeurs et leurs fournisseurs serait compatible avec le droit de la concurrence.

Conclusion

91. La hausse des prix des produits de grande consommation, et en particulier des produits de marque de notoriété nationale ou internationale, semble en partie liée au mode de négociation qui prévaut dans les relations entre les grands distributeurs et leurs fournisseurs. On observe que ces négociations ont eu tendance à privilégier, ces dernières années, les marges arrière aux dépens des marges avant. Ce report de l'avant vers l'arrière a certainement eu une incidence sur le niveau du seuil de revente à perte et, par conséquent, sur le niveau des prix de vente au consommateur, en instaurant *de facto* un prix minimum. Le Conseil de la concurrence estime que la législation actuelle, en établissant une distinction formelle, non justifiée sur le plan économique, entre la marge avant et la marge arrière, a favorisé cette tendance.
92. Dans ce contexte, un accord visant à limiter les marges arrière serait *a priori* profitable aux consommateurs, en ce qu'il serait susceptible de limiter la hausse du niveau minimal des prix. Pour qu'un tel accord, en ce qu'il apparaîtrait comme limitant le libre jeu de la concurrence, bénéficie des dispositions de l'article L. 420-4-I, 2° du code de commerce ou de l'article 81 §3 du Traité CE au titre de la contribution au progrès économique, il devrait

être démontré, par ses auteurs, parmi les autres conditions rappelées plus haut, que la baisse des prix éventuellement obtenue résulte directement de cet accord.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Cayatte, par M. Lasserre, président, Mmes Aubert, et Perrot, vice-présidentes, M. Nasse, vice-président ainsi que Mme Behar-Touchais et MM. Bidaud et Flichy, membres.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le Président,
Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence