

Compte-rendu du séminaire DGTPE-Concurrence du 17 octobre 2008 **« Les relations entre producteurs et distributeurs »**

Présidente : ANNE PERROT, vice-présidente du Conseil de la concurrence

Intervenants : MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN, conseiller d'État, Présidente de la section des travaux publics, Présidente de la commission *La négociabilité des tarifs et les conditions générales de vente*

THIBAUD VERGÉ, chercheur au CREST – Laboratoire d'économie industrielle et chercheur associé au Cepremap

1. Introduction

ANNE PERROT

Avec la grande distribution, on se retrouve typiquement face à ce qui se produit lorsque les objectifs de la politique publique ne sont pas très bien définis, qu'ils sont fluctuants voire contradictoires, et que les effets des mesures réglementaires, prises les unes après les autres, chacune pour remédier aux problèmes créés par la précédente, sont mal compris. Nous allons essayer de dénouer cet écheveau aujourd'hui, alors qu'on a l'impression qu'on est arrivé à l'aboutissement d'un très long temps de réflexion sur ces questions.

La loi Royer de 1973 est imposée face au développement des grandes surfaces. L'idée est que, pour protéger le petit commerce, il faut empêcher l'implantation des grandes surfaces, d'où cette première barrière à leur implantation. Ce faisant, on limite donc la concurrence que se livrent les premières grandes enseignes de distribution entre elles, avec une double conséquence :

- le conflit entre grandes surfaces et petits commerces continue mais se déplace aussi vers un conflit entre producteurs et distributeurs, résultat du pouvoir qu'on a donné aux distributeurs en limitant leur nombre et en réduisant l'intensité concurrentielle entre eux ;
- les enseignes étant bridées dans leur croissance interne, la croissance des grandes surfaces devient externe, ce qui aboutit bien plus tard aux phénomènes de concentration qu'on observe aujourd'hui en France et ailleurs.

Quant à l'objectif affiché, la loi Royer et ses successeurs ont sans doute limité ou ralenti la disparition du petit commerce mais ne l'ont pas empêchée.

Pour faire face à ces incendies allumés entre producteurs et distributeurs, on empile des réglementations, chacune cherchant à faire écran aux problèmes créés par la précédente. La loi Royer donne du pouvoir aux distributeurs en limitant leur entrée sur le marché, elle déplace donc le pouvoir de négociation entre producteurs et distributeurs du côté des distributeurs. Les réglementations suivantes essaient de protéger les producteurs. La loi Raffarin ne fait qu'adapter la loi Royer, touchant donc à nouveau à l'entrée sur le marché et aux structures du marché. La même année, la loi Galland tente d'infléchir les comportements. D'abord, en imposant une uniformisation des conditions générales de vente et, par ailleurs, en imposant un seuil de revente à perte (SRP) dont la définition, notamment le fait qu'il n'intègre

aucune des remises non encore acquises au moment de la vente (remises conditionnelles à la réalisation de certains objectifs par exemple), permet toutes les manipulations du prix de gros et de détail. En témoignent de nombreuses affaires devant le Conseil de la concurrence, dans lesquelles on observe que beaucoup des ententes verticales, notamment celles qui imposent un prix de détail (« RPM » pour les économistes), sont renforcées par la manipulation du SRP : il suffit de faire apparaître comme conditionnelles des remises qui ne le sont pas pour élever artificiellement le SRP et imposer un prix minimum de revente très élevé.

On est alors dans une situation où la distribution est concentrée et où la réglementation des relations commerciales permet les ententes aussi bien horizontales que verticales. Se met alors en place un mécanisme de reflux réglementaire, typique de ce qui se passe quand on ne sait pas quels objectifs on poursuit et quels effets les réglementations ont sur les agents : accords Sarkozy, loi Dutreil, et plus récemment loi Chatel et LME.

Ces réformes ont été soutenues par des travaux d'experts (commission Canivet de 2004-2005, avis nombreux du Conseil de la concurrence outre les affaires contentieuses, enfin commission Hagelsteen). Tous préconisaient une remise à plat de l'ensemble de la réglementation et mettaient en garde contre la tentation de remédier à un empilement de réglementations par un autre empilement de réglementations qui n'auraient visé qu'un point particulier, recréé des effets pervers et introduit une confusion dans les comportements et dans les incitations qu'on donne aux agents.

Comment analyser les effets produits par cet empilement de réglementations ? Les réformes institutionnelles récentes sont-elles arrivées à leurs fins et quelles étaient-elles ? A-t-on cette fois une vision claire des objectifs à atteindre ? Selon une méthodologie qui a fait ses preuves en économie, on n'impose des réglementations contraignantes que quand il y a des défaillances de marché : quelles sont-elles en l'espèce ?

2. L'état du droit et de la pratique

MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN

Nous avons en France une réglementation des relations commerciales qui est probablement la plus sophistiquée au monde. Selon un diagnostic largement partagé, on constate plutôt des effets pervers de cette sur-réglementation même si les déséquilibres des forces sur ces marchés sont clairs. Comment peut-on essayer de remettre les choses dans le bon sens et est-ce possible ?

2.1. L'esprit de la réforme

Le point de départ de cette réforme est une volonté politique forte, y compris de la part du chef de l'État qui avait lancé l'idée qu'il fallait que les distributeurs et les producteurs arrivent à des pratiques différentes lorsqu'il était ministre de l'économie en 2004. Ma première tâche dans le cadre de ce groupe de travail a été d'assister à une réunion à l'Élysée en novembre 2007, présidée par le chef de l'État en présence des principaux acteurs, où il a expliqué qu'il voulait faire cette réforme. La question n'était donc pas de savoir s'il fallait réformer mais comment le faire.

La méthode que j'ai retenue a consisté à réunir des économistes et des juristes. Il s'agissait donc d'un groupe d'experts qui connaissaient un peu le sujet mais qui n'étaient pas impliqués, ce qui permettait d'avoir un peu de recul. Nous avons procédé à de nombreuses auditions, représentants des professionnels, entrepreneurs, représentants des associations de consommateurs, experts, professeurs, avocats, économistes et juristes.

a) *Constats préalables*

Le constat est d'abord qu'en France, dans une négociation commerciale, si on lit les textes, et plus précisément le code de commerce, on est censé ne jamais parler de prix, ce qui peut paraître surprenant quand on découvre le sujet. Cette situation est tellement acceptée de part et d'autre que le rapport Canivet lui-même ne comporte aucun développement sur ce sujet.

Le contexte dans lequel cette réforme a été initiée, était un contexte de forte hausse des prix, et on est assez vite arrivé à un consensus sur le fait que le système français (pas de négociation des prix et transparence des conditions générales de ventes) était propice à la rigidité tarifaire. En effet, on n'a pas besoin de s'entendre pour s'aligner sur les prix grâce à la transparence et personne n'a intérêt à baisser ses prix. Un fournisseur n'est pas incité à proposer une baisse de prix car la baisse qu'il consentirait à un client serait forcément étendue aux autres, et de même un distributeur n'a pas grand intérêt à demander des rabais qui seraient communs à tous les autres distributeurs.

Le deuxième constat est que toute cette réglementation ne protège pas de la réalité économique : au terme de la négociation, les fournisseurs consentent certains avantages et, notamment, des baisses de prix.

Il nous a semblé que la possibilité d'introduire des différenciations tarifaires pouvait intéresser les fournisseurs. Introduire de la souplesse dans le système les effraie mais leur permet aussi une certaine liberté de leur politique commerciale.

La complexité actuelle des contrats n'est pas non plus satisfaisante pour les distributeurs dont ce n'est pas le cœur de métier. Les coûts administratifs et juridiques sont élevés, nous avons même entendu parler de transactions occultes à l'étranger.

Le système, bâti avec la louable volonté de protéger les « petits » des gros, apparaît dans le fond assez artificiel, contre-intuitif, avec des effets pervers, voire condamnables. La réforme semblait donc assez nécessaire.

Troisième élément du constat : cette réglementation, qui est dans le titre IV du Code du commerce, a été pensée uniquement au travers du prisme des relations entre fournisseurs et grande distribution, alors qu'elle s'applique à tout le champ du commerce. Les représentants des organisations professionnelles en cause, qui sont face à face dans ce débat depuis quinze ans, ont entre eux un langage codé, les distributeurs étant pour la réforme et les fournisseurs contre. De plus, nous nous sommes très vite aperçu que chacun dispose de ses propres statistiques si bien qu'il est très difficile de réunir un consensus sur ceux-ci et de prendre en considération ces différents chiffres.

Dernier constat, le système législatif et réglementaire est complexe, baroque, élaboré par empilement au cours du temps. Cet empilement défie les lois économiques, et on ne trouve pas d'équivalent en termes de complexité dans les exemples étrangers. Mais ce système est parfaitement connu des personnes qui négocient, leur sert de cadre de référence et certains (les fournisseurs) considèrent que ce cadre les protège. Pour ce qui est des juges qui appliquent ces textes, la liste des pratiques prohibées qui figure dans le code de commerce les aide. Retirer ce cadre serait créer une grande incertitude juridique. Nous avons envisagé l'option de renvoyer uniquement au droit des contrats et au droit de la concurrence, mais c'est une vision théorique. Les juges ne sont pas préparés à appliquer le droit des contrats à ces relations. Le droit de la concurrence ne peut se saisir de toutes ces pratiques : les pratiques bilatérales n'y

entrent pas quand elles n'ont pas d'effet sur le marché. Le Conseil de la concurrence aurait alors dû transformer sensiblement le droit de la concurrence pour s'en saisir.

b) Les options retenues

Il fallait donc conserver malgré tous ces défauts le titre IV du code de commerce. Il fallait faire la réforme de la négociabilité mais sans ajouter de réglementations nouvelles tout en maintenant aux acteurs le paysage juridique auquel ils sont habitués.

L'approche retenue fut plutôt intuitive et fondée sur deux constats : il serait bon que le titre IV arrête son évolution exubérante et tienne davantage compte de la réalité économique de ce qu'est une négociation commerciale, ce qui permettrait aussi qu'il s'applique facilement à tous les secteurs d'activité. Deuxièmement, il fallait alléger et non alourdir la réglementation.

2.2. La réforme en détail

a) L'état du droit

Deux articles du titre IV étaient en cause.

L'article L-441-6 du code de commerce aurait permis d'introduire une certaine négociabilité. Il prévoit les conditions générales de vente (CGV) et indique qu'elles peuvent être différenciées selon des catégories d'acheteurs, qui devaient être définies par décret. Ces catégories sont innombrables en pratique et le décret n'est jamais intervenu. Il y avait une deuxième voie dans cet article, peu utilisée : celle des conditions particulières de vente (CPV). Ces conditions doivent, selon cet article, être justifiées par la « spécificité des services rendus ».

De toute façon, le peu de possibilités de négociabilité était, de toute manière bloqué par l'article L-442-6 I 1) qui interdisait « de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui, des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. » L'interdiction de discrimination sans « contreparties réelles » a été entendue de manière large par toutes les parties. D'une part la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas tenu compte de la restriction « créant un désavantage ou un avantage dans la concurrence », d'autre part l'interdiction de discriminer arrangeait tout le monde puisqu'elle permettait de ne pas se lancer dans des baisses de prix inconsidérées. C'est cet article qui était l'obstacle à la possibilité de négocier librement partenaire par partenaire les conditions commerciales (ce qui est d'ailleurs contraire à la liberté contractuelle), de donc de discriminer entre ses partenaires commerciaux.

Dès le départ, la réforme ne concernait pas la réglementation du seuil de revente à perte, ce qui a contribué à calmer les émotions.

Faisant une réforme aussi radicale, il nous a semblé qu'elle avait besoin de garde-fous : réévaluation des sanctions civiles prévues par le L-442-6 et mesures d'accompagnement.

b) Les suggestions de la commission reprises dans la loi de modernisation économique

Si on compare ce que nous préconisons et ce qui a été retenu par le législateur, plusieurs points apparaissent :

Sur le maintien de l'article L-441-6, en l'adaptant pour enlever tout ce qui renvoyait à une négociation point par point, nous avons été entendus. La loi dit que les CGV sont le socle de la négociation commerciale, ce qui n'est pas une notion très normative pour un juriste mais qui est une notion qui apparaît comme fondamentale pour les fournisseurs, qui y sont très attachés. Cela ne nous a pas paru incompatible avec la notion de négociabilité, à condition de supprimer tout ce qui renvoyait à une obligation de justifier les prix finalement convenus .

Sur la suppression de l'interdiction de discrimination figurant à l'article L-442-6 I 1), nous nous sommes posés la question d'une réforme atténuée en réservant le seul cas des discriminations abusives. Nous avons finalement préconisé de supprimer totalement cet article et non de l'atténuer pour avoir une réforme claire et simple, et c'est ce que le législateur a retenu.

Il était évident que cette réforme ne poserait pas de problème pour les plus grands fournisseurs, mais les PME, même les plus grosses, avaient de réelles préoccupations. Nous avons envisagé de conserver l'interdiction de discrimination pour elles, mais de tels seuils semblaient inapplicables. La protection des PME passe, en fait, par d'autres politiques (délais de paiement, FISAC, etc.).

Nous avons proposé quelques autres toilettages à l'article L-442-6 qui ont été retenus : le I 2) b sur l'abus de dépendance renvoyait à des « conditions commerciales injustifiées », le I 4) interdisait de déroger « manifestement » aux CGV, ces deux points ont été supprimés. Enfin la réforme n'aurait pas atteint ses objectifs si on avait laissé les entreprises adopter des clauses du type « nation la plus favorisée », nous avons donc introduit cela dans les pratiques interdites *per se* à l'article L-442-6 II.

Les contreparties à ces réformes devaient consister principalement dans un renforcement des sanctions civiles.

Le thème de la dépenalisation du droit des affaires était traité au même moment par le rapport Coulon. Nous n'avons donc pas souhaité en traiter, d'autant que le droit pénal est peu présent sur les dispositions en cause et que toute réforme pénale étant soumise au principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce, il aurait fallu prévoir un « sas temporel » avant de dépenaliser ce secteur. L'objectif de la réforme est de supprimer la fausse coopération commerciale et il faut le temps que cette réforme se fasse avant d'envisager une dépenalisation.

Les sanctions civiles (article L-442-6 III), de l'ordre de 2 millions d'euros, n'étaient pas dissuasives. Les litiges récents devant les tribunaux font apparaître des montants de 20 à 50 millions d'euros pour la restitution de l'indu. Nous avons demandé d'instaurer un système d'amendes civiles du type de celui qui existe en droit de la concurrence et qui est assez efficace ,tout en se contentant de préconiser un plafond des amendes à 5% du CA national (et non pas 10% du CA mondial). Sur ce point, les distributeurs ont immédiatement réagi au motif de la faiblesse de leurs marges. Ils ont été entendus et on est resté sur un système de sanctions civiles qui sera peut-être insuffisant : un plafond de 2 millions d'euros ou le triplement des sommes indument versées. Or, il y a des pratiques abusives qui ne se fondent pas sur des sommes indument versées (rupture commercial abusive par exemple). Ce système est un peu compliqué, on verra ce qu'il donnera.

Nous avons demandé que ces décisions puissent être rendues publiques, qu'il y ait un système d'astreinte et que les juges puissent saisir pour avis la commission d'examen des pratiques commerciales, point qui a été adopté.

Pour ce qui est de l'accompagnement de la réforme, nous avons demandé de développer les codes de bonne conduite, notamment pour les PME. Les distributeurs se disaient prêts à s'engager par des contrats pluriannuels, la commission a pensé qu'on pouvait rendre publics ces engagements et les faire contrôler par la DGCCRF, ce qui pouvait être un élément de sanction par l'image et la réputation.

Mais le point qui reste le plus important est celui de la situation de la concurrence en aval, qui n'entraîne pas dans le champ de notre mission. Les prix ne baisseraient pas s'il restait des rentes de situation zone de chalandise par zone de chalandise (voir à ce sujet l'avis du Conseil de la concurrence en novembre 2007 montrant qu'il y a des zones avec un manque de diversité des enseignes). Nous avons attiré l'attention du législateur sur trois points :

- Les méfaits de la législation sur l'urbanisme commercial. Le législateur s'y est attaqué mais apparemment partiellement, la grande réforme à venir étant confiée à M. Charié qui doit proposer notamment la suppression des autorisations économiques pour une intégration de l'urbanisme commercial dans le droit de l'urbanisme.
- Il faudrait peut-être établir un contrôle des concentrations au niveau local : les seuils sont pensés au niveau national alors que des situations locales peuvent mériter d'être regardées. Cela a été partiellement repris (les maires pourront se tourner vers l'Autorité de la concurrence et celle-ci a obtenu le pouvoir de demander des injonctions structurelles).
- Il faudrait un contrôle des cessions des magasins dans les réseaux coopératifs, qui ont souvent des clauses qui imposent que toute revente se fasse au sein du réseau. Nous n'avons pas été entendus du tout sur ce dernier point.

c) Les adjonctions faites par le législateur

Il reste un sujet important qui tient à une adjonction faite par le législateur. L'article L-441-7 définit la coopération commerciale et a été réformé en dernier lieu par la loi Chatel de janvier 2008. Comme cette réforme venait d'être votée et faisait l'objet d'un certain consensus, nous n'avons pas préconisé d'y toucher. Mais, le législateur a décidé de modifications que nous n'avons pas envisagées et qui viennent atténuer la pureté de la réforme préconisée. Dans cet article, a été introduite la mention que la convention unique que les partenaires commerciaux doivent signer tous les ans, « indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale ».

Deuxième modification que nous n'avons pas envisagée. Si l'article du L-442-6 qui sanctionnait l'abus de dépendance et qui n'était jamais appliqué car les conditions n'étaient jamais réunies a été aboli, a été substitué à cette notion l'interdiction de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». C'est un nouveau concept introduit dans le titre IV, celui de « déséquilibre significatif ».

Ces deux modifications résultent de la volonté du Parlement de faire une réforme moins radicale que celle que la commission avait envisagée. Ces deux ajouts sont une résurgence de débats que nous avons eus devant la Commission et que nous avons voulu écarter. Les fournisseurs craignaient un retour à pur rapport de force car ils avaient l'impression, quand ils négociaient sur les services et non sur les prix, d'obtenir des contreparties intéressantes. Les distributeurs voulaient la réforme mais ils voulaient plus encore, la possibilité de « remonter sur la facture » l'intégralité de la négociation : ils voulaient une négociation prix et ne pas décomposer, comme l'impose l'article L-441-7 d'une part la vente, d'autre part les prestations rendues par les fournisseurs et troisièmement les « services distincts ». Cette

remontée sur la facture, les fournisseurs n'en voulaient pas car elle n'était pas très conforme à la réalité commerciale, et, au demeurant, elle pose problème d'un point de vue fiscal. La vente d'une part, les services d'autre part existent réellement.

Malgré ces assouplissements apportés par le législateur, la loi ne parle plus de contreparties. Cela me paraît fondamental. La suppression de l'interdiction de discrimination est ainsi confortée. La notion de « déséquilibre significatif » est plus floue. Le législateur a probablement un peu atténué l'efficacité recherchée de la réforme mais l'encadrement reste global : il n'est pas question de revenir à la fausse coopération commerciale et il y a une certaine remontée des services sur la facture, qui simplifiera la pratique.

Je considère que les préconisations du rapport ont donc été globalement suivies. C'est un succès inespéré : on ne retrouve pas, comme beaucoup le craignaient, une nouvelle « usine à gaz » législative. La réforme a voulu simplifier et clarifier le paysage législatif et laisser jouer un peu plus les mécanismes économiques. Il faudra voir maintenant quels seront, en pratique, les résultats de cette réforme dans un contexte qui a changé. Il faudra aussi attendre que les concepts nouveaux soient interprétés par la jurisprudence. Si cette réforme se passe mal, le Parlement pourrait être tenté de revenir à une réglementation très détaillée ce qui n'est vraiment pas souhaitable. J'espère donc qu'elle se passera bien et que les opérateurs économiques utiliseront les marges de souplesse que la réforme leur donne.

ANNE PERROT

Le droit de la concurrence n'est pas bien armé pour se saisir de ces questions. La raison est simple : le droit de la concurrence ne s'intéresse pas à la façon dont un gâteau est partagé entre les acteurs dans la filière verticale, sauf dans la mesure où le partage du surplus a une influence sur l'incitation à rentrer dans le marché, à investir... Le rapport de force n'est pas directement sous l'œil du droit de la concurrence.

Deuxième remarque : au début de ces discussions, les fournisseurs étaient plutôt inquiets et les distributeurs plutôt enthousiastes. Pour un économiste, c'est assez parlant. Une loi qui interdit au fournisseur de discriminer est une loi qui aide le fournisseur à résister aux demandes de baisses de prix de la part des distributeurs. Tout ce qui rigidifie la relation commerciale aide le producteur à s'engager sur le prix qu'il voudrait voir prévaloir sur le marché final, engagement qu'il ne pourrait pas nécessairement tenir sans la loi. C'est donc normal que la réforme soit a priori redoutée des fournisseurs. Il y a de nombreux arguments dans la littérature récente qui montrent que la possibilité de fixer le prix de détail par l'articulation d'un seuil de revente à perte et de l'interdiction de discriminer entre distributeurs permet au fournisseur d'imposer le prix de détail qu'il ne parvient pas à imposer sans l'aide de la réglementation.

3. La théorie économique : analyse normative et positive

THIBAUD VERGE

Le développement de la grande distribution depuis les années 1960 a profondément modifié les relations entre producteurs et distributeurs, d'une part suite à l'augmentation du parc de grandes surfaces à partir du début des années 1960, d'autre part suite à la concentration du secteur au début des années 1990, renforcée par la loi Raffarin, et à la constitution de centrales d'achat communes. Cela a conduit les autorités à empiler des réglementations qui

touchent à trois aspects de la relation entre fournisseurs et distributeurs, mais aussi entre distributeurs et consommateurs.

3.1. La fixation du prix de détail

a) La loi Galland

La loi Galland visait à protéger le petit commerce et les petits producteurs contre la grande distribution. Une des réformes phares était de définir clairement le seuil de revente à perte, la vente à perte étant quant à elle interdite depuis longtemps. Cette définition était nécessaire du fait de la complexité des contrats, qui comprennent des réductions et rabais offerts aux acteurs en fonction de leur type ou de la coopération commerciale. Le nouveau seuil de revente (défini comme le prix d'achat effectif mentionné sur la facture) ne tenait pas compte du coût réellement subi par le distributeur, il n'avait donc pas grand sens économiquement. Il n'inclut en effet pas les rabais et prestations de services qui pouvaient être retournés aux distributeurs.

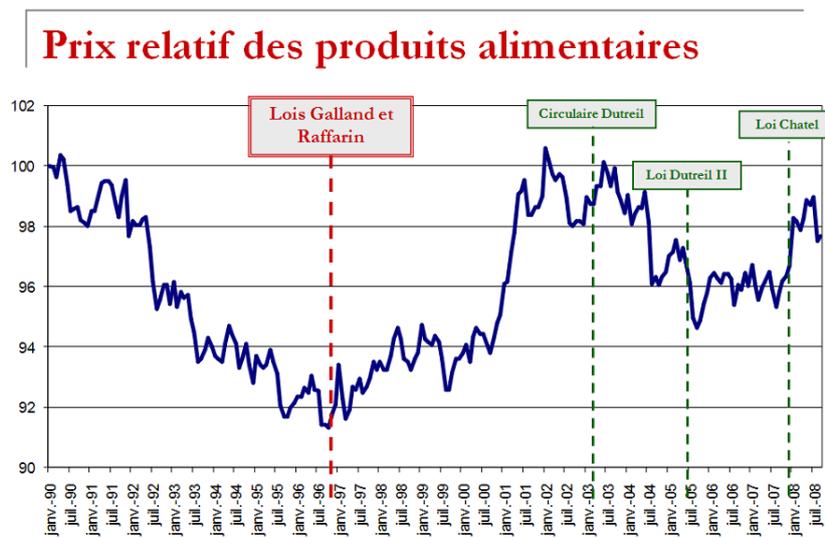
La loi Galland définissait le seuil de revente à perte comme le prix net facturé, c'est-à-dire le prix catalogue moins les remises inconditionnelles (acquises lors de la vente, qui peuvent dépendre du type d'acheteur). Il excluait donc les ristournes conditionnelles (non encore acquises lors de la vente, dont la déduction définit le prix double net) et la coopération commerciale (la déduire fait passer au triple net), qui ne pouvaient plus être répercutées par les distributeurs aux consommateurs.

b) Les effets de la loi Galland : augmentation des marges arrière et des prix

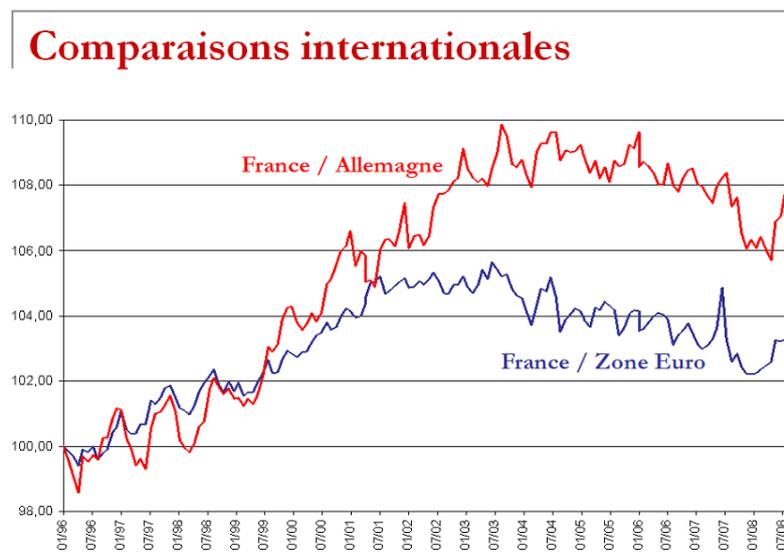
Les effets de la loi Galland sont difficiles à évaluer en pratique. On observe une augmentation des marges arrière qui n'a pas forcément d'effet négatif pour le consommateur, puisqu'il s'agit essentiellement d'une négociation entre fournisseurs et distributeurs. Mais, en réalité, cette augmentation sensible des marges arrière a eu un impact pour les consommateurs car elle se faisait au détriment de la marge avant alors qu'on ne peut répercuter la marge arrière aux consommateurs.

Le graphique 1 montre l'indice des prix alimentaires corrigés de l'inflation générale. Alors que le prix des produits alimentaires avait tendance à baisser avant les lois Galland et Raffarin (8% de 1990 à 1997), on observe une hausse modérée de 1997 à 2001 (3%, la pente continue ensuite). D'autres raisons que les lois Galland et Raffarin peuvent expliquer cette différence de variation avant et après 1997 mais une comparaison internationale (graphique 2) montre, en France, une hausse plus importante des prix alimentaires relativement au reste des prix. Notons la fragilité de ces comparaisons, les structures de consommation pouvant être très différentes d'un pays à l'autre, mais globalement les prix semblent avoir augmenté plus vite en France.

Graphique 1



Graphique 2



c) *Le mécanisme de la fixation des prix après la loi Galland*

Pour le producteur, s'il fixe un prix net élevé, tous les rabais et remises consentis ensuite n'affecteront pas le prix final et donc pas le profit final. La marge arrière est simplement une répartition du profit entre producteurs et distributeurs. Un transfert de la marge de l'avant vers l'arrière, de la facture vers la coopération commerciale, ou des remises éventuellement faussement conditionnelles, peut amener à un prix du produit plus élevé qui peut être son objectif. L'argument est donc que la loi Galland, en générant ce déplacement, limite la concurrence entre distributeurs d'un même produit, même s'il y a toujours concurrence entre les fournisseurs.

Les produits pour lesquels il y avait concurrence intra-marque, notamment les produits de marques nationales vendus par différents distributeurs, voient leur concurrence diminuée également. Du fait de la substituabilité stratégique entre grandes marques et marques de distributeurs, si les prix des concurrents augmentent, cela laisse de la marge pour augmenter les miens. On s'attend à ce que les prix de ces dernières augmentent aussi dans une moindre mesure.

En théorie, on ne voit pas l'intérêt d'un fabricant pour limiter les ventes une fois que le prix de gros a été fixé. Il a intérêt à multiplier les ventes et donc à faire baisser le prix final. Le problème est que l'interaction entre distributeurs va modifier la manière dont on négocie le prix de gros : si le prix de détail est plus bas, les distributeurs vont pousser à des prix de gros plus bas. C'est pourquoi il est important d'augmenter la taille totale du gâteau pour les distributeurs comme pour les fournisseurs.

S'il est permis de discriminer entre les distributeurs, la tentation est forte de concéder de meilleures conditions à un distributeur, qui pourra offrir de meilleurs prix au consommateur. Son volume augmentera suffisamment pour que le profit total de ce distributeur augmente. Si je promets un prix de 100 à un distributeur sans pouvoir m'engager à ne pas négocier secrètement 80 ensuite avec un des autres, personne n'acceptera le prix de gros élevé de 100. En théorie, si le seuil de revente à perte est fixé au prix triple net et que je ne peux m'engager à maintenir des prix élevés, je vais vendre à un prix de gros faible et les distributeurs vendront aussi à un prix faible, le profit total de l'industrie étant limité.

Parmi les solutions à ce dilemme pour les producteurs, on trouve la possibilité de s'engager fermement sur le prix final en ayant la possibilité d'imposer un prix de revente minimum qui serait le même pour tous les distributeurs. C'est ce que la loi Galland permettait de faire. Le fournisseur a alors moins d'incitation à offrir un meilleur prix de gros à certains distributeurs, car cela n'affecterait pas les ventes finales mais uniquement la répartition du profit entre le distributeur et lui. L'imposition du prix de revente minimum uniforme sert d'engagement à ne pas offrir un meilleur tarif à un autre distributeur, qui ne pourrait que réduire mon profit sans affecter le profit total. La loi Galland permettait d'introduire ce prix de revente minimum uniforme, combinée avec les règles de non-discrimination, sinon il aurait fallu que tout ce que je faisais passer en marge arrière soit lié à des rabais conditionnels ou à la coopération commerciale. Cela aurait été difficile pour le Conseil de la concurrence de vérifier tous les contrats et de sanctionner tous les cas d'abus potentiels.

Ce mécanisme est évident avec un seul produit, mais en pratique le fournisseur n'est pas seul sur le marché. S'il impose un prix de revente élevé, un concurrent pourrait diminuer son propre prix et récupérer l'intégralité du marché. La littérature a cependant prouvé que ce mécanisme s'étend facilement au cas de plusieurs producteurs en concurrence. Un prix de revente uniforme me permet d'éliminer la concurrence entre distributeurs mais aussi de réduire la concurrence en amont entre producteurs.

Le mécanisme fonctionne si les contrats sont secrets et qu'on peut s'engager à ne pas renégocier secrètement mais il fonctionne encore si les distributeurs concurrents sont capables d'observer facilement les contrats entre fournisseurs et distributeurs. En pratique, on a un petit nombre de distributeurs utilisés par tous les producteurs, ce qui réduit la concurrence entre marques. J'ai intérêt à concéder des prix de gros faibles pour donner de bonnes incitations à mon distributeur qui se comporte comme un monopole multiproduit. Reste le problème de la concurrence entre distributeurs, mais la loi Galland permet de la limiter et on se retrouve à

superposer des situations où les producteurs concurrents utilisent tous le même distributeur. Le mécanisme permet de maintenir des prix élevés, proches du niveau collusif.

d) Évaluations empiriques

Aucune évaluation empirique n'a été prévue par ces lois, comme souvent quand une loi est adoptée rapidement sous la pression d'un lobby. Le graphique 1 semble suggérer un effet de la loi Galland sur les prix. On peut aussi citer deux évaluations indirectes des effets de la loi Galland, qui semblent confirmer que le mécanisme mis en avant, selon lequel la loi Galland a supprimé la concurrence entre distributeurs, a effectivement existé.

La première est une étude réalisée récemment avec Pierre Biscourp et Xavier Boutin, qui compare la corrélation entre les prix de détail et le degré de concurrence locale. L'idée est que si les distributeurs sont libres de fixer leurs prix, on doit avoir des prix différents dans les zones de chalandise où le niveau de concurrence locale est différent. Si, après la loi Galland, le prix est fixé par le fournisseur, on s'attend à voir un prix relativement indépendant du niveau de concentration, car les distributeurs n'ont plus la flexibilité de fixer leurs prix. Nous avons utilisé les relevés de l'indice des prix à la consommation et construit des indices de concentration locale à partir des surfaces de vente, les chiffres sur les ventes n'étant malheureusement pas disponibles. Nous avons ensuite examiné la corrélation entre le prix des produits et les indices de concentration, avant et après la loi Galland, en 1994 et 1999 (les dates sont suffisamment éloignées de la promulgation de la loi pour éviter les effets de transition). On s'attend à observer une forte corrélation avant la loi Galland et une corrélation plus faible ensuite, ce qui est bien ce que nous observons.

Une étude différente, réalisée par Bonnet et Dubois, ne visait pas à analyser les effets de la loi Galland mais à comprendre la formation des tarifs de gros. Elle se fonde sur le suivi de la consommation de foyers pendant trois ans sur le marché de la distribution d'eau en bouteille par les grandes surfaces. L'idée de leur étude est de comparer une série de modèles et de tester lequel correspond le plus aux données disponibles. Ils ont cherché en particulier à savoir si on avait affaire à des contrats avec ou sans imposition du prix de revente. Selon leur étude, le meilleur modèle est celui d'un tarif non linéaire avec prix de revente imposé, ce qui est cohérent avec l'idée que la loi Galland a permis aux fournisseurs de coordonner un prix de revente minimum.

Ces deux études semblent confirmer que la loi Galland a eu des effets néfastes sans permettre toutefois de quantifier précisément l'effet sur les prix.

e) Les réformes de la loi Galland

Les réformes de la loi Galland ont redéfini le seuil de revente à perte (SRP). On a supprimé par phases la distinction entre marges avant et marges arrière. Rappelons que le problème n'est pas les marges arrière en tant que telles. Elles permettent de donner des incitations aux distributeurs à faire des efforts pour mieux vendre les produits. Le problème est bien la définition du seuil de revente à perte. Si j'autorise les distributeurs à répercuter les marges arrière dans le prix final, le problème est résolu au moins en partie. En permettant d'intégrer les marges arrière, les réformes instaurant le triple net pourraient permettre de baisser les prix.

3.2. Relations entre fournisseurs et distributeurs

Un autre mécanisme qui permet aux producteurs de maintenir des prix élevés, outre l'imposition d'un prix uniforme aux producteurs, est de s'engager à ne pas pouvoir offrir des conditions différentes aux différents distributeurs. Là aussi, je ne pourrai pas négocier secrètement une baisse des prix avec un distributeur, sauf si je la répercute sur l'ensemble des distributeurs avec qui je travaille. La loi Galland crée une petite distorsion, puisque je pouvais

négoier le prix réel non pas en négociant le prix net mais par le biais de la négociation sur la coopération commerciale, ce qui est une discrimination détournée. Ce qui crée le problème est la combinaison de la non-discrimination et de la loi Galland. La combinaison de l'intégration des marges arrière dans le seuil de revente à perte et de l'autorisation de la discrimination va dans le bon sens.

Il existe tout de même des risques potentiels liés à la négociabilité. On pourrait craindre pour les petits producteurs, du fait du pouvoir de la grande distribution, du pouvoir d'éviction de certains gros distributeurs. En pratique, si le marché aval était relativement concurrentiel, la pression du marché aval devrait suffire à limiter ces risques pour les petits producteurs. De même, la baisse des prix qu'on peut espérer de ces réformes (réformes du SRP et négociabilité) sera très dépendante de la concentration sur le marché aval. En 2008, on n'est pas dans la même situation qu'en 1996, et la structure du marché de la grande distribution a beaucoup changé. La forte concentration du marché aval sera un frein à la baisse des prix et crée des risques potentiels pour les petits producteurs. On peut espérer que les interventions des autorités de concurrence pourront suffire à limiter les risques.

3.3. Urbanisme commercial

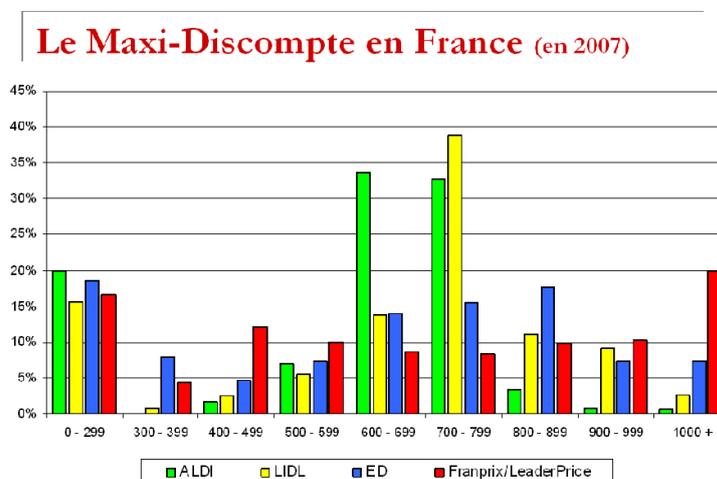
a) La loi Royer et la loi Raffarin

Un aspect a été très peu abordé par les réformes, ce qu'on peut regretter. Les lois sur l'équipement commercial existaient avant les lois Galland et Raffarin. Une première loi de 1969 avait créé des procédures d'autorisation à partir de 3000 m². La loi Royer de 1973 a baissé ce seuil à 1500 m² pour les communes de plus de 40 000 habitants et 1000 m² pour les communes de moins de 40 000 habitants. La loi Raffarin de 1996 a encore abaissé ce seuil à 300 m². Toute ouverture d'un magasin de plus de 300 m² devait faire une demande d'autorisation auprès des commissions départementales d'équipement commercial, qui se déterminaient sur un certain nombre de critères. Les critères, selon l'avis du Conseil de la concurrence en 2005, comprennent la densité d'équipement au niveau local et ne comprennent pas la concentration des enseignes dans la zone de chalandise.

b) Les effets de la loi Raffarin sur le maxi-discount

La loi Raffarin, comme la loi Royer, a eu un certain effet sur le développement de la grande distribution.

Graphique 3



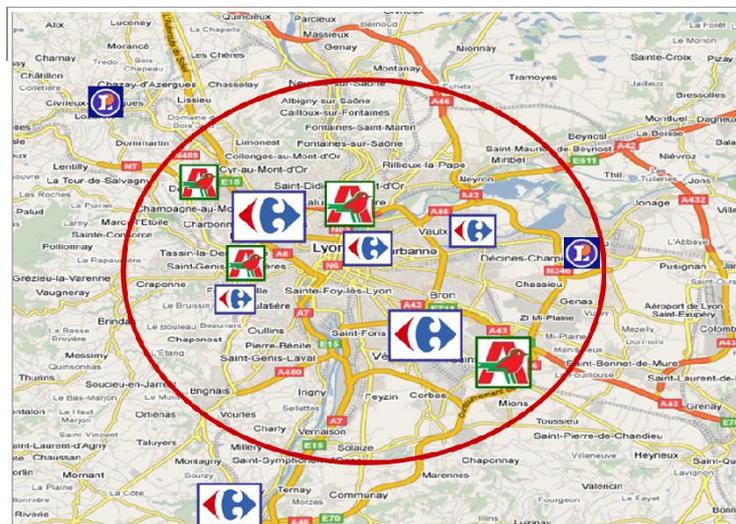
En particulier, elle arrivait à l'époque de l'entrée sur le marché français des chaînes de hard-discount allemandes, notamment Aldi et Lidl. On observe que le développement du hard-discount a été fortement perturbé. Le taux d'autorisation pour les deux chaînes Aldi et Lidl n'est pas très différent de la moyenne, mais on s'aperçoit, en regardant le type de magasins ouverts, que les chaînes ont dû concentrer leurs efforts en partie sur des magasins de moins de 300 m². La répartition des magasins des chaînes de hard-discount en fonction de la taille des magasins (voir graphique 3) indique une forte concentration de magasins de moins de 300 m².

Par exemple pour Aldi, 20 % des magasins sont entre 275 et 299 m², alors que le format classique de développement de cette enseigne est plutôt autour de 650 à 700 m², autre taille où on voit une forte concentration. Les deux chaînes ont été forcées d'adapter leur format au moins dans les zones où il était difficile d'obtenir des autorisations. Les chaînes existantes en ont profité pour mettre en place leurs propres chaînes de hard-discount en convertissant des petits supermarchés existants, ce qui leur a permis de moins souffrir du système d'autorisation et de diversifier leur offre d'enseignes.

c) *Les effets de la loi Raffarin sur la concentration du secteur*

Si l'on ne peut plus grossir de manière interne en ouvrant de nouveaux magasins, la solution est de racheter des magasins existants. Ainsi Auchan a racheté Docks de France (Mammouth, Attac). Casino a racheté Leader Price et Franprix et pris une participation de 50 % dans Monoprix avec les Galeries Lafayette. Carrefour a racheté les Comptoirs modernes (supermarchés Stock) et surtout fusionné avec Promodès, plus grosse opération du secteur. Si on regarde les parts de marché nationales, on a l'impression que le marché n'est pas si concentré. On a 6 ou 7 gros acteurs avec des parts de marché entre 12 et 20 %. Mais en fait, si on regarde au niveau local et non au niveau national, la situation est très différente.

Graphique 4

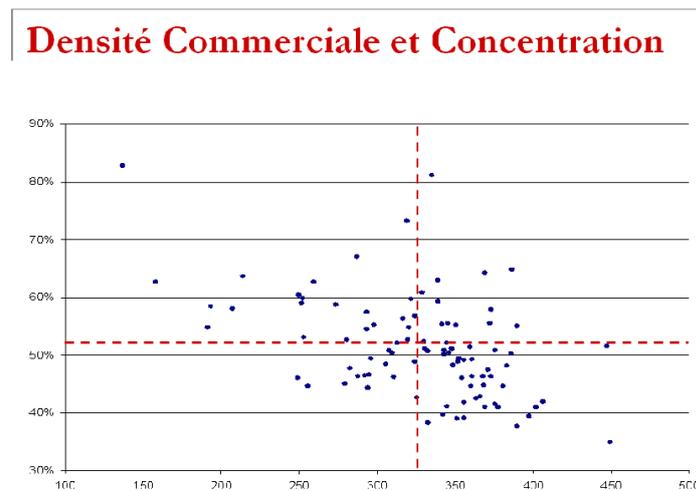


Je reprends sur le graphique 4 un des exemples du rapport de l'avis du Conseil de la concurrence en 2005. Si l'on fait un cercle de 15 km autour du centre de Lyon, en se limitant aux surfaces de plus de 4000 m², on observe un choix relativement limité. Il y a beaucoup de magasins, et donc une densité commerciale forte, mais ces magasins n'appartiennent qu'à deux groupes (et même ici deux enseignes). En descendant à des niveaux de surface plus faibles, on verrait apparaître d'autres enseignes, mais qui appartiennent souvent au même groupe. À Paris également, si l'on regarde les enseignes, on a l'impression d'un large choix,

mais ces enseignes appartiennent la plupart du temps au même groupe. Les groupes se sont différenciés du très grand hypermarché à la petite supérette de proximité, voire à la machine de vente automatique, en passant par le hard-discount.

On retrouve au niveau local des concentrations élevées. Sur le graphique 5, vous voyez la part de marché des deux plus gros groupes de chaque département : la moyenne nationale est de 52 %, mais les taux peuvent dépasser 80 % comme c'est le cas à Paris. Certes, la concentration semble un peu plus faible quand la densité commerciale est élevée, mais le critère de densité commerciale semble néanmoins peu pertinent.

Graphique 5



d) Évaluation des effets des lois Royer et Raffarin

S'il y a peu d'évaluations de la loi Galland, et en particulier pas d'évaluation directe des effets de la loi Galland, il y a une évaluation de la loi Royer par Bertrand et Kramarz en 2002 qui conclut à un impact négatif sur l'emploi dans le secteur, d'autant plus grand que le taux d'autorisation était faible. Les auteurs ont trouvé aussi une corrélation positive entre le prix de détail et le niveau de concentration. Les prix étaient plus élevés avant la loi Royer dans les zones où la concentration était plus élevée. La loi Royer semble avoir atteint en partie son objectif : la disparition des petits commerces est plus faible quand les taux d'autorisation sont peu élevés. Mais si les petits magasins n'ont pas disparu, ils ont souvent un lien avec les grandes enseignes. 85 % des magasins entre 200 et 1200 m² sont liés à un des grands groupes. Soit ces magasins appartiennent aux grands groupes, soit il s'agit de supérettes qui existaient auparavant et sont désormais affiliées aux grands groupes par une franchise. Même si le magasin reste juridiquement indépendant, le fait d'appartenir à une centrale d'achats conditionne fortement la politique du magasin, le type de produit qu'il propose et les prix auxquels il les vend.

e) Les réformes de la loi Raffarin

Dans la loi de modernisation de l'économie, on trouve un petit essai de réforme de la loi Raffarin avec un relèvement du seuil de 300 à 1000 m². Ce n'est qu'un retour à la loi Royer.

Un des problèmes de la concentration dans la grande distribution c'est que si on rachète magasin par magasin plutôt que de racheter un concurrent directement, on ne passe pas forcément le seuil de contrôle des concentrations. L'abaissement du seuil répond à cela. En effet, le seuil était de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires, ce qui, d'après l'avis du Conseil

de la concurrence, est au-dessus du chiffre d'affaires d'un petit hypermarché pour le groupe Carrefour : on peut même acheter un hypermarché sans atteindre le seuil ! Il a été proposé d'abaisser le seuil à 15 millions, ce qui permettra de contrôler un peu plus les changements d'enseignes, mais ne concernera toujours pas le rachat de quelques supérettes au niveau local.

f) Propositions de réforme plus radicales

Une des propositions serait de supprimer la procédure d'autorisation telle qu'elle existe, sans critères tels que la densité commerciale.

On peut craindre pour le petit commerce mais d'une part il n'est pas sûr que les lois Royer et Raffarin aient réellement protégé le petit commerce, d'autre part on peut se demander si cela a réellement un sens de soutenir le petit commerce d'une manière aussi extrême. En effet, le petit magasin qui offre aux consommateurs ce qu'ils recherchent vraiment n'a pas été tué par le développement des grands groupes, ce qui est la meilleure protection. De plus, les lois qui restreignent l'entrée des grandes surfaces dans les zones de chalandise ne sont pas forcément le meilleur moyen ni le plus efficace de soutenir le petit commerce. Il est peut-être plus facile de soutenir les petits commerçants directement par des aides à l'installation, en particulier en milieu rural, plutôt que d'interdire l'installation de grandes surfaces aux abords de grandes villes.

Deuxièmement, les procédures actuelles ne prennent pas du tout en compte la concurrence au niveau local. Tout devrait consister à éviter de renforcer ou de créer des positions dominantes. Il ne faut pas confondre les objectifs d'urbanisme et les objectifs économiques. On a entendu certains acteurs se plaindre du développement de hangars à la périphérie des villes. Ce n'est pas le rôle d'une loi économique de contrôler l'urbanisme. Si les villes veulent que les magasins s'installent plutôt en centre-ville ou veulent imposer des règles d'urbanisme, les documents d'urbanisme sont plus adaptés que les règles économiques. Introduire des barrières à l'entrée n'a de sens que si on pense qu'il y a un problème sur ce marché, pas pour éviter la construction de magasins en périphérie des zones urbaines.

Finalement, l'identité du demandeur est quelque chose d'important. Si on introduit un test et qu'on ne prend pas en compte l'identité du demandeur, les acteurs en place seront les plus à même de gagner les nouveaux magasins parce que ce sont eux qui ont le plus à perdre à l'introduction d'un nouveau magasin.

Je plaiderais donc en faveur de l'introduction d'un vrai test de concurrence. Mais si on introduit un test, l'objectif doit être d'éviter la création de positions dominantes locales. Le test doit bien être basé sur des conditions locales et non sur des parts de marché nationales. Surtout, ce qui peut poser une difficulté juridique, il convient de prendre en compte la part de marché du groupe et non uniquement la part de marché de l'individu qui ouvre un magasin indépendant juridiquement mais néanmoins lié à un groupe, sous forme de franchise par exemple. Le test proposé par l'autorité britannique de concurrence, suite à son enquête sur le secteur de la grande distribution alimentaire, semble assez approprié. L'idée est de conditionner l'autorisation d'ouverture à un test de concurrence qui serait effectuée par les autorités de concurrence. Le test proposé, très simple, consiste à regarder la part de marché du groupe dans la zone de champs chalandise. Ce n'est pas difficile à mettre en place, on est capable de définir une zone de chalandise et de mesurer les parts de marché dans cette zone de chalandise.

On peut se demander s'il ne faut pas aller plus loin, ce qui serait assez polémique, certains marchés locaux dépassant les niveaux de concentration de marchés réglementés. Si on reprend l'exemple de l'agglomération lyonnaise que j'ai donné précédemment, les deux principaux acteurs ont des parts de marché supérieures aux acteurs de la téléphonie mobile, par exemple. On peut se poser alors la question de remèdes structurels. On peut se demander si on ne devrait pas autoriser l'Autorité de la concurrence à faire de grandes enquêtes sectorielles, comme le fait la Competition Commission britannique, ce qui pourrait ensuite déboucher sur des remèdes consistant dans le démantèlement des positions dominantes. Il faudrait encourager l'entrée de nouveaux acteurs, les réformes actuelles ne faisant que permettre l'entrée de groupes qui ont déjà des positions fortes sur le marché français. On ne peut pas espérer de baisses de prix fortes des lois récentes si le marché reste très fortement concentré. Si on revient aujourd'hui à la situation d'avant la loi Galland, et donc si on revient à une corrélation forte entre niveau de concentration locale et niveau des prix, avec un niveau de concentration locale élevée, les prix resteront élevés.

4. Les relations producteurs-distributeurs dans les décisions des autorités de concurrence

ANNE PERROT

J'ai fait plus tôt le commentaire selon lequel les autorités de concurrence ne sont pas bien placées pour régler les conflits entre producteurs et distributeurs, je voudrais tout de même donner des exemples prouvant que les autorités peuvent quand même parfois s'intéresser aux relations verticales. On vient de voir des raisons pour lesquelles on pense aujourd'hui que les mécanismes qui aident les producteurs à fixer les prix de détail (RPM) sur le marché final sont néfastes.

Dans les années 1980, beaucoup de travaux d'économistes disaient qu'il ne fallait pas s'affoler et que les clauses consistant à fixer les prix de détail améliorent parfois l'efficacité économique. Notons notamment l'idée que la fixation de ces prix de détail peut empêcher les phénomènes de passagers clandestins. Si un distributeur offre des services commerciaux alors que les autres ne le font pas, il est possible que les consommateurs viennent chercher ces services chez ce distributeur mais se fournissent ensuite en produits moins chers ailleurs. Les exemples comprennent notamment des magasins comme la FNAC. Dans ce cas, on a une bonne raison de penser que la fixation des prix de détail empêche la disparition de ce genre de services aux consommateurs.

Un autre courant de la littérature a ensuite proposé des arguments contre cela. Finalement, on s'aperçoit que cette fixation des prix de détail a bien des effets anticoncurrentiels. D'abord, sur le niveau des prix, les études empiriques attestent plutôt que, conjointement avec les restrictions à l'implantation des surfaces commerciales, les règles qui permettent à un producteur de fixer des prix élevés ont tendance à pousser les prix de détail vers le haut. Par ailleurs, d'autres effets mentionnés sont que lorsque les producteurs ont la possibilité de fixer les prix de détail cela les aide à soutenir une entente tacite entre eux.

Certaines décisions du Conseil s'appuient sur ces raisonnements. J'en citerai deux ici, qui font appel à des configurations de marché très différentes.

Le premier cas est celui de Disney sur le marché des cassettes vidéo pour enfants. On est ici dans le cas où un producteur est en quasi-monopole sur le marché ainsi défini, même si on

peut certes s'interroger sur cette définition du marché. Le problème du producteur est d'arriver à résister aux demandes des distributeurs qui voudraient pouvoir obtenir des conditions individuelles meilleures. Disney utilise la législation sur le seuil de revente à perte et sur l'impossibilité de discriminer pour imposer sur le marché final un prix qui est exactement égal au seuil de revente à perte. Tous les distributeurs sont alignés sur ce seuil de revente à perte, la négociation de partage de la rente se faisant sur les marges arrière. Le problème est bien ici l'utilisation du seuil de revente à perte pour fixer un prix de vente au détail minimum. L'effet d'engagement est très clair. Comment puis-je m'engager à résister à des demandes de baisses de prix que font les distributeurs ? La réglementation sur le seuil de revente à perte aide le distributeur à résister à ces demandes.

Un autre exemple consiste en une structure de production oligopolistique : c'est le cas des parfums et le cas des jouets. Les fabricants de jouets sont en concurrence, même si la substitution reste limitée, et ils signent avec les distributeurs, soit spécialistes, soit généralistes, des contrats qui empêchent toute concurrence non seulement intra-marque mais aussi entre distributeurs. Tout ce qui favorise la fixation du prix de revente final par le producteur, dans ce cas où le secteur amont est oligopolistique, permet de mettre en œuvre une entente horizontale entre les producteurs.

On voit bien que les arguments théoriques présentés dans l'exposé précédent sont effectivement à l'œuvre.

Un dernier point sur l'urbanisme commercial. C'est une toile de fond à tout ce qu'on fera pour peser sur les comportements. Si cette loi n'est pas remise à plat avec le reste, elle va obérer l'efficacité des mesures prises pour améliorer l'efficacité de la concurrence. En septembre 2007, le Conseil de la concurrence a été saisi pour avis sur l'urbanisme commercial. D'une part demander aux CDEC (Commissions départementales d'équipement commercial) de se prononcer sur l'opportunité de l'installation d'un nouveau concurrent alors qu'elles comprennent les entreprises en place procède d'une vision douteuse de la concurrence. Le deuxième aspect consiste à se demander si on a de bonnes raisons économiques de penser qu'on doit réguler l'entrée sur un marché en se demandant si l'offre répond à la demande.

Il peut y avoir des raisons touchant à l'urbanisme, mais cela n'appartient pas à la réglementation économique et n'est pas un problème de concurrence. Ce qui est un problème de concurrence en revanche, c'est notamment le point suivant. Pour une nouvelle enseigne qui souhaite s'implanter, il est beaucoup plus efficace de le faire à grande échelle. En effet vous devez faire une campagne de publicité pour informer les consommateurs sur le fait que vous rentrez sur le marché national. Cette campagne doit être amortie sur un grand nombre de points de vente. Il faut donc pouvoir entrer sur beaucoup de localisations en même temps pour que ce type de campagne publicitaire puisse être amorti. Indépendamment du seuil de mètres carrés à partir duquel on doit faire la demande, si on a autant de demandes déposées que de magasins à ouvrir, c'est aléatoire et cela empêche d'entrer à une échelle suffisante pour amortir une série d'opérations publicitaires.

Par ailleurs, toutes les études empiriques montrent que la loi Galland a rabaissé l'effet de la concurrence entre distributeurs sur les prix. Elle a rabaissé la concurrence inter-marques. Mais si on regarde ce qui se passe avant la loi Galland, on voit que plus il y a d'enseignes sur une zone de chalandise, plus l'intensité de la concurrence tire les prix vers le bas et est efficace pour réguler le prix final. On voit que si on ne fait pas sauter le verrou des structures de marché, si on ne fait pas sauter la loi Raffarin, on risque fort d'avoir des effets réduits. Ce qui est important est d'examiner qui rentre et non combien de mètres carrés rentrent.

5. Échanges avec la salle

CLAUDE BROSSELIN, Académie des sciences commerciales

Madame Hagelsteen, n'avez-vous pas été interpellée par l'empilement d'assiettes de cette réglementation, mais aussi par la nature différente des réglementations ? On trouve des lois, des décrets, des circulaires (comme l'ancienne circulaire Fontanet qui a supprimé le refus de vente). C'est important parce que la loi met beaucoup de temps à être modifiée.

MARC BENOUN, université Paris-Dauphine et Académie des sciences commerciales

On a parlé des différences entre les PME et les grands fournisseurs de la grande distribution. Qu'en est-il des ristournes de gamme, sont-elles autorisées ou non ? La ristourne de gamme est le fait pour un grand fournisseur de donner un avantage au distributeur qui prend toute sa gamme, mais il y a un effet pervers. Si on prend toute sa gamme, il n'y a plus de place pour les PME, les linéaires n'étant pas extensibles.

MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN

Nous avons voulu éviter de pointer pratique par pratique ce qui était possible ou pas. Il y a des cas où ce genre de pratique est inoffensif et d'autres où c'est préjudiciable.

ANNE PERROT

Le mouvement du droit de la concurrence depuis quelques années est d'abandonner l'approche des pratiques « par catégorie », d'interdire par exemple toutes les ristournes de gamme pour toutes les entreprises d'une certaine catégorie. Cette approche du droit de la concurrence conduisait à interdire des pratiques justifiées et à autoriser des pratiques condamnables. Le progrès qui est en train de s'accomplir, qui vise à revisiter l'application de l'article 82 au plan européen ou L-422 au plan français en prenant une approche dite « par les effets », est une manière d'appliquer le droit de la concurrence qui vise à ne pas faire les catalogues de pratiques autorisées ou interdites mais à en appréhender les effets.

FABIAN BERGES, INRA et École d'économie de Toulouse

Les relations des PME avec la grande distribution ne sont pas les mêmes que celles des grands groupes, car leur image de marque n'est pas la même et qu'elles sont fragiles. La répétition des relations avec les distributeurs est importante pour elles. Dans certains cas, les dommages et intérêts obtenus devant les tribunaux ne sont pas réclamés par peur de représailles. Comment rendre ces décisions des tribunaux plus efficaces ?

MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN

C'est un secteur où les victimes ne se plaignent pas. Il est clair que quand on est engagé dans une relation commerciale, on essaye de faire des affaires et non des procès. Le substitut qui a été trouvé au moment de la loi Dutreil a consisté à donner des pouvoirs autonomes d'action au ministre devant les tribunaux, se substituant à l'action des victimes pour demander la restitution de l'indu ou la nullité du contrat. Une discussion juridique était engagée sur ces pouvoirs du ministre, puisqu'ils sont contraires au principe selon lequel nul ne plaide par procureur en France. Certaines personnes ont fait valoir que ce pouvoir du ministre était

exorbitant et contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une décision importante de la Cour de cassation au début du mois de juillet 2008 a tranché et reconnu la légitimité des pouvoirs du ministre.

L'une des conditions de mise en œuvre de la réforme est que la DGCCRF continue à exercer une surveillance et à sanctionner les pratiques abusives.

DANIEL VASSEUR, DGTPE

De manière paradoxale, on pourrait considérer que la proposition de Thibaud Vergé conduit à vouloir conserver un examen ex ante sur des bases économiques des implantations, sur des bases pro-concurrentielles et non plus anticoncurrentielles.

Ce schéma semble devoir être limité à des marchés très particuliers. Ne pourrait-il pas se transposer à d'autres secteurs comme par exemple le secteur de la téléphonie mobile, notamment pour l'octroi d'une quatrième licence ? On pourrait se dire que, dans ce cas, l'accès à la ressource est limité par nature. Pour le commerce, c'est la pénurie de foncier qui peut inciter à des stratégies de préemption et justifier un même schéma. Mais on peut se demander si, dans les autres cas, il est utile que l'on interdise à une entreprise plus efficace de s'étendre alors que d'autres entreprises pourraient venir défier cette position dominante locale.

THIBAUD VERGE

Je ne plaide pas forcément pour le contrôle ex ante. Mais les conditions du marché actuel sont telles que les positions dominantes locales ont été créées et la question est de savoir comment corriger la situation actuelle.

La première question reste la suppression de la loi Raffarin et du régime d'autorisation, et en particulier la suppression de commissions dans lesquelles siègent à la fois les concurrents et des hommes politiques qui n'ont pas forcément les mêmes objectifs que l'ensemble des consommateurs. Le premier objectif est bien de supprimer ces barrières à l'entrée. Le problème est qu'on est à l'heure actuelle dans des situations dans lesquelles la concentration du marché est très forte et on peut se demander à qui on va autoriser l'ouverture du foncier. Si on souhaite introduire un test pour contrôler l'entrée, il faut que ce test soit basé sur des justifications économiques. Une autorité de concurrence, Conseil de la concurrence ou DGCCRF, serait plus à même de prendre la décision que les commissions départementales d'équipement commercial.

La question de la préemption du foncier est importante. Si on le laisse libre, on voit bien que l'entreprise qui a une position dominante locale a plus à perdre à laisser le foncier à ses concurrents que le concurrent ne peut avoir à gagner à acheter ce foncier pour ouvrir un magasin. C'est ce qu'on a vu en partie au Royaume-Uni, et c'est un des gros sujets de l'enquête sectorielle sur les supermarchés au Royaume-Uni. La question de la préemption du foncier par un groupe tel que Tesco avait posé problème et donc un des remèdes était d'éviter la création de banques de foncier potentiel en attendant d'avoir des autorisations d'ouverture.

FREDERIQUE CHAPUT, avocate

Si on part du principe que l'objectif de la législation était de faire baisser les prix. Si on part du principe que ce qui empêchait de faire baisser les prix était la fixation du seuil de revente à perte au prix net, pourquoi ne pas avoir attendu de voir les effets de la loi Chatel ? En fixant le SRP au prix trois fois net, en donnant la possibilité aux grands distributeurs de rendre des

points de marge aux consommateurs, elle aurait pu faire baisser les prix sans avoir à remettre en cause le principe de la non-négociabilité. La négociabilité existait de fait par le biais des conditions particulières de vente. Ne fallait-il pas attendre de voir si la loi Chatel n'aurait pas permis de baisser les prix ?

MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN

C'est un argument que les fournisseurs ont avancé. On vient de faire le triple net, pourquoi engager tout de suite une nouvelle réforme ? D'une part il y avait une volonté politique de faire tout ce qui est possible pour faire baisser les prix au détail et de ne pas se satisfaire simplement du triple net. D'autre part, la négociabilité n'a pas d'effet mécanique aussi précis que la réforme du triple net, mais elle crée un climat général d'incitation à baisser les prix aussi bien pour les fournisseurs que pour les distributeurs. La réforme Chatel est une réforme focalisée sur le seuil de revente à perte qui doit avoir un effet direct sur les prix, alors que la réforme de la négociabilité est une réforme du climat général des négociations entre fournisseurs et distributeurs. Ces deux réformes vont dans le même sens, on peut discuter de leur calendrier, mais elles vont toutes deux dans le même sens .

JEAN-PATRICE DE LA LAURENCIE, avocat

Suite à la question de mon confrère, je crois qu'il y a un problème que vous avez signalé. Il y avait une urgence politique à mettre en œuvre une réforme sans attendre qu'on vérifie l'application de la loi Chatel. Mais le problème auquel nous allons nous heurter, que vous avez signalé vous-même dans votre rapport, est qu'on ne peut pas adopter la libre négociabilité sans mettre en œuvre les réformes structurelles. Vous avez établi le lien entre les deux en conclusion dans votre rapport, or nous n'avons pas ici cette coïncidence. Nous avons l'entrée en vigueur de la négociabilité et une petite soupape pour la réforme de la loi Raffarin, mais sans avoir le critère de concurrence, ce qui est une lacune considérable et qui fait que cette réforme ne sera pas très efficace à court terme.

Ma première question est de savoir si le fait qu'on ait quelque chose d'un peu bâtard et l'apparition d'obligations sans contrepartie n'est pas un moindre mal. Certes, beaucoup de tribunaux auront du mal à trancher, mais cette obligation permettra aux fournisseurs de se défendre un petit peu, puisque, à structure concurrentielle égale, ce sont eux qui seront les principales victimes de la LME telle qu'elle est avec cette jambe qui manque.

Ma deuxième question concerne les actions structurelles. Un pas va être fait en termes d'évolution de la loi Raffarin. On a déjà le contrôle des concentrations qui entre en application à partir du 1^{er} janvier : on est à un seuil, 15 millions d'euros, qui devrait aboutir à une application significative de ce contrôle. Se pose alors le problème de la notion de groupe. Si un indépendant Intermarché bascule et devient un indépendant Leclerc, actuellement, dans le cadre de l'application du contrôle des concentrations, il y a un risque qu'on ne puisse pas le contrôler. Si l'on adoptait le test britannique, ce serait bien. J'ai un espoir néanmoins : est-ce que dans le cadre de la jurisprudence du Conseil de la concurrence, la notion de groupe ne serait pas applicable sur la base de l'enseigne, plus la centrale d'achat, plus les règles qui contraignent les groupes ? Est-ce que tout cela ne permettrait pas de régler le problème des groupes qui n'est pas réglé par le texte de la loi qui vient d'être adoptée ?

MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN

Sur le premier point, la réforme de l'urbanisme commercial est une réforme très importante et très difficile puisqu'elle touche tous les élus locaux qui avaient l'habitude des mécanismes en vigueur. Je crois qu'un pas a été fait puisque la loi de modernisation de l'économie a commencé la réforme et que la volonté d'aboutir à une réforme totale dans un certain délai a été affirmée. M. Charié a été chargé de mener l'étude de la réforme complète et espère aboutir dans un délai de 12 mois. Je crois que le volet de la concentration locale du secteur de la grande distribution n'est pas du tout perdu de vue. Simplement, il s'agit d'une réforme encore plus difficile à faire que la réforme de la négociabilité dont on disait déjà qu'elle n'était pas possible. La volonté existe et c'est de plus demandé par la Commission européenne, ce qui devrait obliger la France à bouger.

ANNE PERROT

Pour ce qui est de notre pratique actuelle et passée, il nous arrive assez souvent d'avoir à apprécier si le comportement d'une filiale appartenant par ailleurs à un groupe qui en comporte d'autres est autonome, par exemple pour la politique commerciale. Par exemple, si deux filiales d'un même groupe répondent à un même appel d'offres, ces filiales sont-elles autonomes l'une par rapport à l'autre ou le simple fait d'appartenir à un groupe les rend-elle corrélées ? C'est important pour apprécier s'il y a entente ou s'il y a concurrence entre les entreprises. On a des indices pour apprécier si une entreprise qui se présente comme filiale d'un groupe est autonome ou non en matière de gestion de sa politique commerciale. Pour ce qui est de la distribution, est-ce qu'un indépendant qui passe d'un groupe à un autre va avoir une politique commerciale, une politique d'achat, une politique d'assortiment des produits, des choix stratégiques liés par la politique du groupe ? On est capable actuellement d'apprécier ce genre de choses et je crois donc qu'on serait capable de l'apprécier pour les concentrations.

M^{LE} GARCIA, avocate

Question concrète. Jusqu'où peut aller la discrimination tarifaire ? En particulier du fait de la notion de déséquilibre significatif.

MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN

Les tribunaux répondront à cette question. Nous n'avons pas proposé cette notion de déséquilibre significatif. Nous souhaitons une réforme plus claire. Le législateur a introduit cette notion de déséquilibre significatif et je pense qu'il faut la considérer comme un garde-fou. Je ne pense pas que cela puisse conduire à vouloir se mettre à nouveau à soulever par avantage par avantage, service par service, si la discrimination est justifiée ou non. Je ne sais pas ce qu'est la notion de déséquilibre significatif, mais je pense qu'elle se rapproche plutôt des conceptions que l'on retrouve dans le code civil, et plus particulièrement dans le droit des contrats.