

DIVERSITÉ DES SECTEURS, DES PRATIQUES CONTRACTUELLES

LES RELATIONS ENTRE L'INDUSTRIE ET LA GRANDE DISTRIBUTION : UNE NOUVELLE DONNE ?

M^{me} Béatrice de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Association française des juristes d'entreprise*. – C'est un grand honneur pour l'Association française des juristes d'entreprise que de participer à ce passionnant colloque. Comme tous les acteurs de la distribution, nous sommes plongés en ce moment dans une certaine obscurité, à la suite de la réforme de l'ordonnance de 1986. Le contrat-cadre de distribution est le plus riche des contrats-cadres, disait hier M. le Président Bézard. Le contrat fait penser à un cercle, ou plutôt à deux demi-cercles allant d'un cocontractant à l'autre. Le cadre, de l'italien *quadro*, signifie carré. De là à dire que la question du contrat-cadre est celle de la quadrature du cercle, il n'y a qu'un pas que je franchirai très volontiers. Quadrature du cercle que d'aboutir à une éthique, à une loyauté, à une transparence entre les acteurs économiques que sont notamment les industriels et la grande distribution. La réforme de 1996 aboutit-elle à une nouvelle donne pour l'industrie et la grande distribution ? Ce sera l'objet de notre table ronde animée par M. le Bâtonnier Flécheux et précédée par un exposé introductif de M. le Professeur Pédamon.

Exposé introductif

M. Michel PÉDAMON,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Depuis le début des années soixante notre pays a enregistré un processus de modernisation de la distribution que certains ont qualifié de révolution commerciale par analogie avec la révolution industrielle. De cette époque datent en effet l'apparition d'un grand commerce concentré, la création de chaînes puissantes d'indépendants, la multiplication sur tout le territoire de grandes surfaces de vente, en particulier d'hypermarchés polyvalents qui sont une spécificité française (1). Bien entendu, cette transformation de l'appareil commercial a entraîné des conséquences très importantes. Elle a provoqué le dépérissement voire la fermeture de nombreux commerces traditionnels et elle a conféré aux grands distributeurs une puissance économique accrue face à leurs partenaires de l'industrie. Les marchés de vendeurs ont cédé, pour une bonne part, la place à des marchés d'acheteurs.

Le thème de la puissance d'achat s'est alors imposé de lui-même. Pourtant, la littérature juridique ou économique ne lui a pas consacré en France d'études très approfondies. C'est que le phénomène est difficile à saisir et à apprécier dans ses effets à long terme ; à première vue, il n'apparaît pas suspect comme la puissance de l'offre. Il présente même des aspects positifs : il contraint les fournisseurs à améliorer leurs performances, à produire des articles de meilleure qualité et à des coûts inférieurs. Il stimule la concurrence entre distributeurs dans la mesure où ceux qui achètent moins cher répercutent sur leurs prix de vente les économies qu'ils réalisent. Il soutient ainsi la lutte contre l'inflation, favorise la baisse des prix et, en définitive, préserve le pouvoir d'achat des consommateurs. C'est ce qui explique – il faut en avoir conscience – la

(1) C. Villain, *Rapport sur les relations entre l'industrie et la grande distribution*, 1995, p. 48 sq.

faveur dont jouissent les grandes surfaces dans notre société urbanisée, motorisée, où souvent les deux époux travaillent et entendent ne consacrer que peu de temps à leur approvisionnement en biens de consommation courante.

Mais le tableau comporte aussi des ombres ; l'exercice de la puissance d'achat peut devenir abusif et présenter à son tour des aspects négatifs : ainsi, lorsque les acheteurs exigent de leurs partenaires industriels des rabais ou ristournes sans aucun rapport avec l'évolution des coûts de fabrication que ceux-ci supportent ou encore lorsqu'ils leur transfèrent des charges qui relèvent directement de la commercialisation des produits. Toute cette gamme d'avantages contribue au surplus à accentuer les distorsions de concurrence entre les différentes formes de commerce puisque les commerçants les plus faibles n'en bénéficient pas. Enfin, il arrive que la puissance d'achat serve à dresser des barrières à l'entrée sur le marché de fournisseurs indociles ou d'entreprises rivales de distribution. Même s'il n'est pas mauvais en soi, le phénomène peut donc déboucher – et l'expérience prouve qu'il débouche fréquemment – sur des pratiques abusives caractérisées.

Or, dans son premier état, le droit français de la concurrence n'était pas en mesure de réprimer efficacement ces pratiques abusives. La fameuse trilogie légale qui datait de 1953 et de 1958 : à savoir l'interdiction des prix minima imposés et ses compléments naturels, l'interdiction du refus de vente et celle des majorations discriminatoires, était essentiellement destinée à neutraliser le pouvoir de domination des industriels sur les commerçants, elles ne pouvaient pas jouer en sens inverse. Il a fallu attendre l'avis rendu par la Commission de la concurrence le 14 mars 1985, à la demande du ministre de l'Économie, pour que les pratiques des centrales et super-centrales d'achat des grands distributeurs fassent l'objet d'une appréciation globale au regard de la législation des ententes, des positions dominantes et de la concentration (2).

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devait tirer profit de cet avis. Certes, elle n'a pas consacré de disposition spécifique aux pratiques abusives dénoncées par la Commission. Elle n'a pas érigé les abus de puissance d'achat en catégorie juridique autonome ; pas plus que ne le font les législations étrangères. Mais elle a introduit dans notre droit une forme nouvelle de pratique anticoncurrentielle : l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, en songeant, sans le dire expressément, au renversement du rapport de force entre l'industrie et le commerce (3). Parallèlement elle a édicté diverses règles tendant à accroître la transparence tarifaire, notamment la transparence postcontractuelle dans les relations interprofessionnelles. Et elle a maintenu, au titre des pratiques restrictives sanctionnées pénalement, l'interdiction déjà ancienne des prix minima imposés, l'interdiction plus récente de la revente à perte, tandis qu'elle dépénalisait, pour les soumettre au régime (aménagé) de la responsabilité civile, le refus de vente et de services, ainsi que les pratiques discriminatoires.

Mais toute cette réglementation qui aurait pu servir à réprimer et à prévenir les abus de puissance d'achat n'a pas ramené la sérénité dans les rapports contractuels industrie-commerce (4). Le Conseil de la concurrence n'a pas saisi l'occasion de l'affaire Cora pour constater la dépendance économique de fournisseurs régionaux à l'égard d'un grand distributeur, non plus que pour sanctionner les avantages rétroactifs et la participation publi-

(2) *Rapport 1985*, p. 12 sq.

(3) M. Pédamon, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1994, n^{os} 477 sq.

(4) C. Villain, *op. cit.*, p. 80 sq.

promotionnelle que celui-ci avait exigés de ceux-là sous le prétexte du rachat de l'un de ses concurrents (5).

Les règles sur la transparence postcontractuelle, c'est-à-dire sur la facturation, sont devenues en quelques années, à la suite de diverses interprétations administratives, doctrinales et judiciaires, si complexes et imprécises qu'elles ont rendu très difficile la détermination du seuil de la revente à perte (6). Enfin, si les contrôles ont été nombreux en matière de pratiques restrictives, les sanctions sont demeurées très faibles eu égard aux intérêts qui étaient en jeu. Or, dans le même temps l'affaire des lessives révélait la concurrence acharnée que se livrent les grandes enseignes du commerce sur le terrain des prix et la surenchère croissante à laquelle elles recourent dans leurs demandes de rabais, remises ou ristournes et autres accords de coopération commerciale par crainte d'être moins bien traitées que leurs concurrentes (7).

Loin de s'atténuer, les tensions entre l'industrie et la grande distribution ont donc continué à s'aggraver à la faveur de la crise économique et de la stagnation de la consommation. On a pu observer qu'elles étaient plus fortes en France qu'à l'étranger. C'est la raison essentielle – non pas la seule – pour laquelle le législateur a entrepris de réformer et de compléter l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avec le double souci de rééquilibrer les relations entre partenaires économiques et de restaurer, au sein de ces relations, une véritable loyauté. Tel est l'objet principal de la loi du 1^{er} juillet 1996.

Dans les rapports entre l'industrie et la grande distribution, ces préoccupations doivent se traduire – devraient se traduire – d'une double façon : d'abord par le renforcement du pouvoir de négociation des industriels (1.) ; ensuite par l'intensification de la lutte contre les pratiques de prix déloyales de certains grands distributeurs (2.).

I. – Le renforcement du pouvoir de négociation des industriels

Dans l'esprit du législateur ce renforcement s'appuie sur la nouvelle rédaction de l'article 36 de l'ordonnance, qui d'une part s'appauvrit en ce qu'il supprime l'interdiction du refus de vente et son corollaire l'interdiction des ventes liées entre professionnels, d'autre part s'enrichit de trois nouveaux cas d'abus de dépendance économique qui constituent autant de nouvelles pratiques restrictives.

A) La suppression de l'interdiction du refus de vente

À la vérité, cette suppression n'était pas inscrite dans le projet de loi déposé par le gouvernement (8). Le projet se prononçait pour une demi-mesure ; il se contentait d'inverser les solutions résultant de l'article 36-2 dans sa formule initiale. Au lieu d'être en principe interdit et exceptionnellement licite, le refus de vente devait devenir en principe licite et exceptionnellement interdit, la charge de la preuve que sa demande ne présentait pas un caractère anormal incombant alors au client lui-même, c'est-à-dire au demandeur, et cette exception devait profiter selon le ministre aux PME du commerce désireuses d'entrer pour la première fois sur le marché (9). Mais cette inversion des solutions et de la charge de la preuve

(5) Décis. 8 juin 1993 : *Rapport 1993*, p. 206.

(6) M. et J.-M. Mousseron, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, 1993, n^{os} 395 sq.

(7) Décis. 13 déc. 1994 : *Rapport 1994*, p. 495.

n'a pas convaincu les députés. Ils se sont prononcés pour l'abrogation pure et simple de l'article 36-2 et, après plusieurs navettes entre l'Assemblée nationale et le Sénat, c'est leur point de vue qui a triomphé.

Pour justifier cette abrogation, ils ont fait valoir que l'interdiction du refus de vente constituait une disposition anachronique, obsolète, qu'elle datait du temps de la pénurie et n'avait plus de raison d'être à une époque de surproduction, qu'elle n'avait pas d'équivalent dans les législations étrangères, qu'elle profitait aux grandes surfaces et déséquilibrait les relations entre les producteurs contraints de vendre et leurs clients dispensés de toute obligation d'achat (10). Cette libéralisation totale du refus de vente a été ainsi présentée comme un retour à la liberté contractuelle qui implique de part et d'autre la liberté de ne pas contracter, comme la restitution aux industriels du droit d'organiser leur système de distribution à leur guise, comme le renforcement de leur pouvoir de résistance et de négociation face à leurs interlocuteurs très puissants.

Il reste à se demander quelles vont être les conséquences de cette liberté retrouvée. Va-t-elle inciter les industriels et les fournisseurs à mettre en place de nouveaux réseaux de distribution sélective ou de concession exclusive, à réserver la diffusion de leurs produits à des commerçants spécialisés librement choisis par eux, mais attentifs à la qualité du service et au conseil ? Ne risque-t-elle pas de se retourner, par une sorte d'effet pervers, contre les PME du commerce qui pourraient être éliminées du marché à raison d'une exclusivité consentie à de grands distributeurs (11) ? Va-t-elle en définitive contribuer à rééquilibrer les rapports industrie-commerce ?

À ces questions le débat qui s'ouvrira dans un moment apportera sans nul doute des réponses. Dans l'immédiat, on peut se borner à trois observations. D'abord l'abrogation de l'article 36-2 ne débouche pas sur un vide juridique puisque les refus de vente abusifs pourront être sanctionnés : au titre des articles 7 et 8 de l'ordonnance de 1986 s'ils sont la manifestation d'une entente ou d'un abus de domination, au titre de l'article 36-1 s'ils révèlent une pratique discriminatoire injustifiée, au titre de l'article 1382 du Code civil si les conditions de la responsabilité délictuelle sont réunies. Toutefois – et c'est la deuxième observation – le recours à la théorie de la responsabilité délictuelle ne facilitera pas la tâche des commerçants petits et moyens, privés d'approvisionnement, car désormais l'Administration économique ne pourra plus venir à leur secours, non plus que les épauler dans leur action. Enfin, il est douteux que le droit de refuser la vente constitue un élément de dissuasion très efficace, un véritable contrepoids à la puissance d'achat des grands distributeurs car ceux-ci exercent une influence médiatique considérable et ils représentent un point de passage obligé pour les industriels qui veulent faire connaître leurs produits aux consommateurs (12). Quoi que l'on en dise, il faut bien vendre, et pour vendre, il faut d'abord faire référencer ses produits et éviter qu'ils ne soient déréférencés.

C'est pourquoi le législateur a cherché à consolider la position des industriels engagés dans les négociations auxquelles donnent lieu ces opérations. Aussi bien a-t-il introduit dans

(8) JO AN n° 2591.

(9) Y. Galland, *JO déb. AN* 21 mars 1996, p. 1878.

(10) *JO déb. AN* 29 mars 1996, p. 2178 sq.

(11) M. Le Fur, *JO déb AN* 22 mars 1996, p. 1917 ; E. Petit, *Lamy droit économique* 1996, Mise à jour I, p. 4.

(12) C. Villain, *op. cit.*, p. 33.

l'article 36 trois nouveaux cas d'abus de dépendance économique prohibés *per se* et sanctionnés civilement (13).

B) Les nouveaux cas d'abus de dépendance économique

Ces nouveaux cas d'abus se différencient de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique visée par l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986 en ce qu'ils n'impliquent pas une atteinte au marché et constituent de simples pratiques restrictives.

Le premier d'entre eux a été qualifié de « chantage au référencement ». Il consiste pour la centrale d'une grande enseigne commerciale à exiger des fournisseurs des primes parfois considérables, indépendamment de tout engagement de sa part sur un volume de commandes ; simplement pour accorder à ces fournisseurs la chance de voir leurs offres de produits et leurs conditions de vente transmises aux magasins de la grande enseigne (14). La loi récente entend éliminer définitivement cette pratique qui dans le passé aurait pu être sanctionnée sur le terrain des discriminations illicites (15). Désormais, l'article 36-3 prohibe expressément l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage, condition préalable à la passation de commandes, si son bénéficiaire – concrètement la centrale – ne s'engage pas par écrit à acheter un volume de produits proportionné au montant de cet avantage. Seul un tel engagement est de nature à légitimer le versement d'une prime de référencement ; des prestations de service demandées par le fournisseur ne peuvent, à elles seules, en justifier l'octroi (16).

Mais l'application de cette disposition risque de soulever des difficultés à raison de la complexité et de la variété des modes d'organisation de la grande distribution (17). Beaucoup de centrales existantes sont en effet des centrales de référencement qui se comportent en simples courtiers, non pas en véritables commissionnaires (18). Dès lors, une double question se pose : ces centrales vont-elles se transformer en centrales d'achat qui passent elles-mêmes des commandes pour le compte de leurs adhérents ou vont-elles obtenir de leurs affiliés l'autorisation de garantir des volumes d'achat ? On imagine mal que les primes de référencement disparaissent purement et simplement.

Le nouvel article 36-4, lui, vise « le chantage au déréférencement ». Il prohibe l'obtention ou la tentative d'obtention de prix, de délais de paiement, de modalités de vente, de conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales. Les éléments constitutifs de cette pratique restrictive seront assurément difficiles à réunir et à prouver. Il est vrai que le fournisseur pourra bénéficier du concours de l'Administration économique mais il devra démontrer successivement : l'existence de la menace portant sur la rupture brutale des relations qu'il entretenait avec son partenaire ; le lien existant entre cette menace le plus souvent implicite, en tout cas non écrite, et les avantages supplémentaires qu'il a dû consentir à

(13) L. et J. Vogel, *Les rapports producteurs/distributeurs : un nouvel équilibre ?* : *Dalloz Affaires* 1996/30, p. 941 sq.

(14) J.-P. Charié, *Rapport AN n° 2595*, p. 186 sq. ; J.-J. Robert, *Rapport Sénat n° 336*, p. 83 sq.

(15) Art 36-1 ; D. Ferrier, *Les nouvelles règles du (dé)référencement* : *Cah. dr. entr.* 1996/5, p. 8 ; M. Pédamon, *Synthèse Journée d'étude : « Les nouvelles règles de concurrence 1996 »* : 19 juin 1996, *Ibid.* p. 29.

(16) J.-P. Charié, *Rapport AN n° 2801*, p. 57 sq.

(17) J.-P. Charié, *Rapport AN n° 2595*, p. 178.

(18) L. et J. Vogel, *op. cit.*, p. 941 sq.

ce partenaire ou que celui-ci exigeait de lui ; enfin le caractère manifestement dérogoire aux conditions générales de vente de ces avantages. Le texte suppose donc que l'intéressé possède des conditions générales de vente ; pour autant, il ne rend pas obligatoire l'établissement de telles conditions mais il encourage les fournisseurs à en adopter... de manière à renforcer leur position au cours des négociations (19).

Là encore on peut se demander si la prohibition nouvelle ne fait pas double emploi avec l'article 36-1 de l'ordonnance de 1986. Celui-ci, on le sait, demeure inchangé. Il continue d'interdire toutes les discriminations qui ne sont pas justifiées par des contreparties réelles et qui améliorent ou aggravent la capacité compétitive du cocontractant ; et ce, indépendamment de toute menace de déréférencement total ou partiel (20).

La troisième pratique restrictive introduite par la loi du 1^{er} juillet 1996 a pour objet essentiel de lutter contre les abus de déréférencement. Mais par souci de symétrie le nouvel article 36-5 adopte une formulation très générale qui s'inscrit dans le droit fil d'une jurisprudence traditionnelle (21) ; il vise « la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie » sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels. Ainsi pour qu'une rupture puisse être taxée de brutalité et tomber sous le coup de la prohibition légale, les conditions suivantes doivent être réunies. Il faut qu'il existe entre les parties des relations commerciales d'une durée suffisante ; le juge pouvant prendre en compte d'autres éléments tels que l'importance économique de ces relations et l'état de dépendance de l'un des partenaires (22). Il faut ensuite que la rupture intervienne sans qu'elle ait été précédée d'une lettre de préavis ou, en présence d'une telle lettre, sans qu'un délai raisonnable de préavis ait été respecté ; ce délai étant apprécié en fonction de la durée des relations antérieures ou en fonction d'accords interprofessionnels qui, il est vrai, dans la pratique sont très rares. L'article 36-5 précise que la rupture partielle n'exclut ni la brutalité ni l'abus. Comme l'a souligné le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale, il faut pouvoir sanctionner « la pratique des déréférencements partiels [qui] permet de graduer la pression sur le fournisseur » en s'attaquant à des produits dont la présence sur les rayons n'est pas nécessaire au revendeur mais dont la vente est indispensable pour le maintien du chiffre d'affaires de ce fournisseur (23). Ici, il s'agit manifestement d'éviter qu'en cours d'exercice la menace d'un déréférencement partiel ne provoque une renégociation à la baisse et n'entraîne ledit fournisseur à consentir sur certains articles des conditions plus avantageuses à son puissant partenaire (24).

Toutes ces dispositions, on le voit, privilégient l'écrit : écrit pour formaliser les accords de référencement (art. 36-3) ; écrit pour fixer les conditions générales de vente (art. 36-4) ; écrit pour satisfaire à l'obligation de préavis en cas de rupture des relations commerciales (art. 36-5). Le législateur espère ainsi renforcer le pouvoir de négociation des industriels, favoriser la stabilité de leurs rapports contractuels avec les grandes enseignes du commerce, rendre plus efficace le contrôle des abus (25).

(19) C. Babusiaux, Exposé CCI 8 oct. 1996, p. 5.

(20) D. Ferrier, *op. cit.*, p. 7 ; M. Pédamon, art. préc., *Cah. dr. ent.* 1996/5, p. 29.

(21) D. Ferrier, *op. cit.*, p. 7.

(22) L. et J. Vogel, *op. cit.*, p. 942.

(23) J.-P. Charié, *Rapport AN n° 2595*, p. 188.

(24) G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique* 1997, n°s 1050, 1063.

(25) C. Babusiaux, *op. cit.*, p. 5.

Mais il est une autre catégorie d'abus contre lesquels la loi nouvelle entend lutter de manière plus intense : les pratiques de prix déloyales dont certains grands distributeurs peuvent se rendre coupables.

II. – L'intensification de la lutte contre les pratiques de prix déloyales de certains grands distributeurs

Deux sortes de pratiques déloyales en matière de prix sont couramment reprochées à la grande distribution par les industriels et les autres commerçants : d'une part la revente à perte de produits en l'état, d'autre part la vente à des prix abusivement bas de produits fabriqués ou transformés sur place. La volonté du législateur d'intensifier la lutte contre ces pratiques se traduit d'une double façon dans la loi du 1^{er} juillet 1996 : d'abord par le durcissement du régime de la revente à perte qui reste une pratique restrictive sanctionnée pénalement, ensuite par la répression des prix abusivement bas qui constituent une nouvelle pratique anticoncurrentielle, soumise au Conseil de la concurrence.

A) Le durcissement du régime de la revente à perte

À la vérité ce durcissement passait par un préalable : la clarification des règles de la facturation. On sait que l'article 31 de l'ordonnance de 1986 exigeait dans sa rédaction initiale la mention sur facture de « tous rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de service, quelle que soit leur date de règlement ». La formule avait fait l'objet d'une interprétation extensive de l'Administration économique. Toujours préoccupée de contrôler et de limiter la hausse des prix, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes cherchait à faire remonter dans la facture le maximum de rabais, remises ou ristournes, de manière à éviter que les fournisseurs n'imposent indirectement des marges minimales à leurs distributeurs. À ce titre, elle considérait comme déductibles les remises conditionnelles dès lors que la réalisation de la condition dépendait de la seule volonté du distributeur, telles les remises de gamme ou d'assortiment ; également les ristournes d'objectifs dès lors que le montant des commandes pouvait laisser penser que les résultats de l'exercice antérieur seraient atteints (26).

Cette interprétation était très contestée par la doctrine (27) et elle n'était pas suivie par la jurisprudence qui semblait n'admettre la déductibilité des remises conditionnelles que lorsque leur caractère aléatoire apparaissait très faible, voire inexistant (28). Pour mettre un terme à ces incertitudes et pour combattre plus efficacement la pratique de la revente à perte, le nouvel article 31, alinéa 3, dispose que la facture doit 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... ».

Désormais pour figurer sur la facture, une réduction de prix doit satisfaire à une double exigence. Il faut d'abord qu'elle soit acquise au jour de la vente, c'est-à-dire exigible immédiatement par l'acheteur, au motif qu'elle est inconditionnelle ou subordonnée à une

(26) P. Arhel, *La revente à perte*, Etudes DGCCRF, p. 17 sq., p. 21 sq. ; A. Targa, *Pratiques restrictives de concurrence* : *Rev. conc. consom.* 1994/78, p. 29 sq.

(27) M. et J.-M. Mousseron, *op. cit.*, n^{os} 346 sq. ; M.-C. Boutard-Labarde et G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, n^{os} 186 sq.

(28) Paris 9 mars 1993 : *Rev. conc. consom.* 1993/76, p. 61 sq.

condition déjà réalisée ; ce qui exclut les remises de gamme ou d'assortiment tant que le délai prévu n'est pas expiré, ce qui exclut également les ristournes d'objectifs tant que les objectifs convenus ne sont pas atteints (29). Il faut ensuite que la réduction de prix soit directement liée à la vente c'est-à-dire que sa cause réside dans l'acquisition même du ou des produits facturés. Cette seconde exigence légale a pour conséquence de faire obstacle, contrairement à ce qu'avait décidé parfois la jurisprudence (30), à la déduction des rémunérations dues au titre de la coopération commerciale (têtes de gondole par exemple), d'interdire comme par le passé la pratique dite de la cagnotte qui consiste pour un distributeur à capitaliser tout ou partie des remises auxquelles il peut prétendre sur ses achats courants puis à les concentrer sur une opération promotionnelle (31), d'exclure l'imputation sur le prix d'achat de produits faisant l'objet d'une commande nouvelle des ristournes antérieures « acquises » grâce à cette nouvelle commande : ristourne de volume de commandes par exemple (32) ; ces ristournes antérieures doivent, à notre avis, faire l'objet d'un avoir séparé.

En dépit de ces précisions, le nouvel article 31, alinéa 3, soulève toute une série de questions. Des questions d'interprétation d'abord ; que signifie par exemple la formule finale de ce texte : « à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture » ? L'expression est assez mystérieuse. Signifie-t-elle que des escomptes convenus antérieurement à la vente dans une convention spéciale pourront être considérés comme acquis à la date de celle-ci ? La réponse est douteuse. Des questions générales ensuite : que vont devenir les anciennes remises conditionnelles, les anciennes ristournes hors facture ? Vont-elles disparaître au risque de provoquer une hausse des prix ou vont-elles, à la faveur de négociations entre les industriels et les grands distributeurs, remonter dans la facture afin de reconstituer le prix de marché antérieur ? Quel va être le sort des rémunérations de coopération commerciale ?

Quelles que soient les réponses qui seront apportées à ces questions, il n'est pas douteux que le législateur de 1996 a voulu simplifier la facture pour en faire le pivot de la lutte contre la pratique de la revente à perte et qu'il a durci par la même occasion le régime de cette pratique.

Le durcissement se manifeste d'abord au niveau de la définition de l'infraction. Elle n'est plus seulement le fait pour tout commerçant de revendre mais aussi le fait d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. L'offre directe de revente tout comme l'annonce publicitaire qui en est faite tombent sous le coup de l'incrimination au même titre que la revente elle-même (art. 32-I, al. 1^{er}).

Et surtout le prix d'achat effectif n'est plus seulement « présumé » être le prix porté sur la facture comme autrefois ; il est désormais le prix unitaire effectivement facturé, majoré de diverses taxes et du prix du transport. Le revendeur ne peut plus démontrer qu'il a bénéficié de réductions complémentaires qui ont abaissé de manière régulière son montant (33). Le prix d'achat, en d'autres termes, est un *point fixe* révélé par la facture qui détermine, sans variation possible, le seuil de la revente à perte.

Parallèlement, la loi de 1996 aggrave et élargit les sanctions de l'infraction. L'amende qu'encourt le commerçant coupable de revente à perte passe de 100 000 à 500 000 F, voire à

(29) G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 920.

(30) P. Arhel, *op. cit.*, p. 32 ; G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 924 ; L. et J. Vogel, *op. cit.*, p. 943.

(31) F. Delbarre, La nouvelle (?) facture : *Cah. dr. entr.* 1996/5, p. 4.

(32) J.-P. Charié, *JO déb. AN* 22 mars 1996, p. 1246 ; *contra*, G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 924.

(33) M. Pédamon, *Droit commercial préc.*, n° 539.

la moitié des dépenses de publicité « dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif » ; la juridiction saisie peut au surplus ordonner d'office ou sur réquisition du ministère public la cessation de l'annonce litigieuse (art. 32-I, al. 5). Les personnes morales engagent désormais leur responsabilité pénale et les peines qu'elles encourent sont sévères : amende de 2 500 000 F et, en cas de récidive depuis moins de deux ans, amende pouvant atteindre 10 000 000 F, sans préjudice de l'affichage de la condamnation ou de sa diffusion par voie de presse ou par voie audiovisuelle (art. 32-I, al. 3 et 4).

Le durcissement légal se manifeste enfin au niveau des exceptions au principe d'interdiction de la revente à perte. Trois d'entre elles subissent en effet une réduction de leur champ d'application (art. 32-II). Ainsi de l'exception fondée sur la baisse des cours : elle ne s'applique plus qu'aux produits présentant des caractéristiques identiques dont le réapprovisionnement s'est réellement effectué et non pas comme autrefois « pourrait s'effectuer » à la baisse.

L'exception relative aux produits périssables menacés d'altération rapide ne justifie plus, quant à elle, la licéité de la revente à perte qu'à la condition que « l'offre de prix réduit ne fasse pas l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente ». L'opération, en d'autres termes, ne doit pas sortir des limites de l'établissement. Enfin, l'exception d'alignement, celle qui permet à un revendeur de reproduire le prix légalement pratiqué par un autre distributeur dans la même zone d'activité, ne peut plus jouer qu'au profit des commerçants disposant d'une surface de vente de moins de 300 m² s'il s'agit de produits alimentaires, et de moins de 1 000 m² s'il s'agit de produits non alimentaires. L'idée est en effet d'empêcher que la concurrence entre grandes surfaces n'entraîne autour de la frontière que constitue le seuil de la revente à perte un effet de spirale à la baisse qui nuit aux industriels dont les produits risquent d'être dévalorisés et qui ne peut être suivi par les PME du commerce. Seules celles-ci sont désormais autorisées à s'aligner, fût-ce au-dessous de leur prix d'achat, sur un puissant concurrent. Mais on doute qu'elles disposent des ressources nécessaires pour user durablement de ce moyen de défense (34). Peut-on spéculer, a dit plaisamment un parlementaire, « sur la capacité de la chèvre à encorner le loup » ? (35).

Tel est le régime de la revente à perte des produits en l'état issu de la réforme récente. Il va de soi que ce régime ne peut être étendu à la vente à très bas prix portant sur des produits fabriqués ou transformés par ceux qui les distribuent. C'est pourquoi la loi du 1^{er} juillet 1996 a institué une nouvelle pratique anticoncurrentielle : les offres de prix ou pratiques de prix abusivement bas dont elle a confié la répression au Conseil de la concurrence.

B) La répression des prix abusivement bas

Cette répression fait l'objet du nouvel article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Elle concerne tous les opérateurs qui fabriquent ou transforment des produits qu'ils diffusent eux-mêmes auprès des consommateurs finals. Elle peut donc s'appliquer aux industriels et aux artisans qui procèdent à des ventes directes à la sortie de leur usine ou dans leur atelier ; mais dans l'esprit du législateur elle vise essentiellement les grands distributeurs qui se font fabricants ou transformateurs de produits de consommation très courante qu'ils vendent à des

(34) E. Petit, *op. cit.*, p. 4.

(35) J.-P. Philibert : *JO déb. AN 22 mars 1996*, p. 1966.

prix très faibles, manifestement inférieurs à leur coût réel et qui risquent ainsi d'éliminer d'autres entreprises du marché. Le texte, on l'a dit à juste titre, est la réponse du législateur aux opérations « baguette à un franc », « steak haché à 16,50 F le kilo », « rosbif à 40 au lieu de 80 F le kilo » (36). Mais il est applicable aussi aux opérations qui donnent lieu au montage de matériels divers, au conditionnement de produits alimentaires (37), voire aux prestations de service comme l'affirmation en a été faite à plusieurs reprises par le Ministre au cours des débats parlementaires.

La mise en œuvre de cet article 10-1 est subordonnée à trois conditions qui s'apparentent à celles de la responsabilité civile (38). Il faut d'abord qu'il y ait offre ou pratique de prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation ; ce qui implique une comparaison entre le prix proposé ou pratiqué et les coûts de revient. Mais ces coûts de revient sont-ils ceux de l'opérateur incriminé ou ceux du marché en général ? La loi ne donne pas de réponse expresse et les documents parlementaires ne tranchent pas entre les deux branches de l'alternative (39). Il semble logique à notre avis de prendre en considération les coûts de revient de l'opérateur mis en cause, tels que les révèlent ses factures d'achat et sa comptabilité. Le Conseil de la concurrence sera alors amené, ainsi qu'il l'a d'ailleurs annoncé (40), à situer son interprétation « dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur (le) prix de prédation » ; celui-ci étant défini comme le prix inférieur aux coûts moyens variables de l'entreprise (41). Mais ici, pour être abusivement bas, le prix devra être notablement inférieur aux coûts moyens variables.

La deuxième condition consiste dans l'atteinte que l'offre ou la pratique litigieuse porte ou risque de porter à la concurrence ; il faut qu'elle ait pour objet ou qu'elle puisse avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise concurrente de l'opérateur incriminé ou l'un de ses produits. Il y aura donc lieu de délimiter le marché pertinent qui pourra, il est vrai, être très local (42).

Enfin, dernière exigence, il faudra que soit démontré le lien de causalité entre l'offre ou la pratique de prix abusivement bas et l'effet d'éviction ou d'entrave qu'il engendre sur le marché.

Toutes ces conditions seront évidemment difficiles à réunir et à prouver. Mais, s'agissant d'une pratique anticoncurrentielle, le Conseil de la concurrence disposera, pour les établir, de tous les pouvoirs d'enquête et d'instruction qu'il possède en matière d'ententes illicites et d'abus de domination. Et il aura les mêmes pouvoirs qu'en ces domaines pour prononcer les sanctions.

Très logiquement l'article 10-1, alinéa 3, précise que ses dispositions ne sont pas applicables aux reventes en l'état, puisque celles-ci relèvent de l'article 32. Il prévoit cependant

(36) Y. Galland : *JO déb. AN* 21 mars 1996, p. 1876.

(37) *JO déb. AN* 30 mai 1996, p. 3559.

(38) C. Lucas de Leyssac, Exposé CCI 8 oct. 1996, p. 5.

(39) J.-P. Charié, *Rapport AN* n° 2595, p. 147 ; J.-J. Robert, *Rapport Sénat* n° 336, p. 51 ; V. également, G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 849.

(40) Conseil de la concurrence, Avis 2 mai 1996.

(41) Décis. 14 sept. 1994, Secteur du béton prêt à l'emploi : *Rec. Lamy*, n° 603, Comm. V. Sélinsky ; M. Malaurie-Vignal, *Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1^{er} juillet 1996* : *D.* 1996 chron. 364.

(42) Conseil de la concurrence, Avis 2 mai 1996 préc.

une dérogation en faveur des disques, qualifiés d'enregistrements sonores sur supports matériels ; c'est l'exception culturelle (43). En revanche, malgré de fortes pressions, le législateur n'a pas accepté qu'il soit dérogé à la règle au profit des carburants, des produits alimentaires, des produits parapharmaceutiques (44). Même si les prix pratiqués par les grandes surfaces sur ces produits-là, qui sont revendus en l'état, peuvent paraître prédateurs (au sens large du terme), c'est-à-dire abusivement bas, ils ne sont pas justiciables de l'article 10-1 ; ils ne sont répréhensibles qu'au titre de l'article 32 pour autant que la revente a lieu à perte, c'est-à-dire au-dessous de leur prix d'achat effectif. On peut se demander toutefois si la jurisprudence française ne sera pas encouragée par l'innovation récente à sanctionner ces pratiques sur le terrain de la concurrence déloyale, au moins lorsqu'elles tendent à éliminer des concurrents, ainsi que l'admet la jurisprudence allemande (45).

*
* *

Comme on a pu le constater, plusieurs dispositions de la loi nouvelle soulèvent des questions difficiles d'interprétation et de preuve. Mais la loi elle-même, considérée dans son ensemble, suscite des interrogations générales. Va-t-elle, comme l'ont annoncé ses détracteurs, entraîner une hausse des prix ? Une délocalisation des opérations de facturation ? un accroissement des achats aux producteurs étrangers ? Une perte de compétitivité des entreprises françaises par rapport à leurs concurrents étrangers ? Ou bien va-t-elle, comme ses promoteurs en ont exprimé l'espoir, apaiser les tensions entre industriels et grands distributeurs ? rééquilibrer leurs rapports et contribuer à l'établissement d'un partenariat durable entre eux ? Protéger plus efficacement les PME du commerce contre les prix prédateurs ? Restaurer la loyauté dans la compétition entre distributeurs ?

Ce sont ces questions et ces interrogations que je vous livre, comme j'en avais reçu mission, en laissant aux membres de la table ronde le soin de conclure. Pour ma part je me bornerai à formuler le vœu qu'à travers l'application qui en sera faite la loi du 1^{er} juillet 1996 permette au droit français de la concurrence de franchir un pas supplémentaire vers « l'âge adulte » de l'économie de marché.

(43) *JO déb. Sénat* 10 mai 1996, p. 2439 sq.

(44) *Ibid.*

(45) C. Villain, *op. cit.*, p. 38.