

Position Paper

**La régulation des relations
fournisseurs-distributeurs dans le commerce
de détail en France**

Maya Bacache
Telecom ParisTech

Janvier 2009

Cette étude s'inscrit dans un travail préparatoire au séminaire organisé dans le cadre de la Chaire Innovation et Régulation qui porte sur les relations verticales fournisseurs-distributeurs, dans le commerce de détail et sur Internet

La régulation des relations fournisseurs-distributeurs dans le commerce de détail en France

Maya BACACHE-BEAUVALLET

Les enjeux de l'intégration verticale, en particulier ses effets sur la concurrence ne sont pas propres à un secteur (par exemple internet), mais peuvent se retrouver dans le commerce, les transports ou les télécoms. Le problème vient du fait que si la même entreprise dispose d'une part de marché dans la fourniture d'accès et dans la fourniture de contenu, elle peut utiliser son pouvoir de marché dans la fourniture d'accès pour restreindre la concurrence sur le marché des contenus. Une manière simple d'éviter cet abus de position dominante est d'interdire au fournisseur d'accès la discrimination des contenus. Ainsi, la plupart des fournisseurs d'accès à Internet (*Internet service Providers*) proposent une offre non discriminante, avec un forfait mensuel, mais cette tarification pourrait changer. Le problème posé par cette « net neutralité » n'est donc pas sans rappeler les enjeux de la relation verticale dans le commerce de détail. Le fournisseur d'accès serait alors le distributeur (ce qu'on appelle des fournisseurs d'accès à internet sont en réalité des distributeurs par opposition aux fournisseurs de contenu). Si la distribution matérielle peut-être discriminante, pourquoi imposer alors la neutralité à Internet ?

L'enjeu du séminaire du 2 février 2009 sur la distribution, dans le cadre de la chaire Innovation et Régulation, a été d'examiner si la métaphore de la distribution de détail est pertinente pour comprendre les enjeux des relations verticales sur Internet : si l'on s'inspire des régulations des relations fournisseurs-distributeurs dans le commerce de détail qu'est-ce qu'on peut conclure quant à son application au cas d'internet ? En particulier, est-ce que les relations fournisseurs-distributeurs sur Internet ou sur réseau fermé (VoD, TV, etc.) sont spécifiques et méritent dès lors une régulation spécifique ? Par exemple est-ce que le type de biens (biens culturels ou informationnels) mérite une régulation spécifique ? Est-ce que les coûts de *lock in* sont différents ?

Plus fondamentalement, cette métaphore des relations fournisseurs-distributeurs est-elle la bonne pour comprendre les relations sur internet ? À titre d'exemple, on pourrait arguer du fait que le Peer to Peer ou les audiences dites actives ne s'inscrivent pas dans un tel

schéma vertical de relations fournisseurs-distributeurs-consommateurs. Comment caractériser, plus spécifiquement, les formes de distribution qui émergent dans le numérique et quels problèmes spécifiques posent-elles : fonctions d'agrégation et intégration, interopérabilité, gestion, des informations, délocalisation et contraintes nationales, responsabilité (hébergeur/opérateur...)

L'enjeu de ce texte est de faire un point sur la régulation du secteur commercial qui pourrait donc éclairer les relations entre les fournisseurs d'accès et de contenu sur Internet et peut-être d'éviter un certain nombre d'effets pervers constatés de la régulation.

Pourquoi réguler ce secteur ? Un sujet politiquement sensible

Le secteur du commerce de détail est, de l'avis unanime des juristes et des économistes qui se sont penchés sur ce secteur, caractérisé par un empilement souvent contradictoire de lois, décrets, circulaires qui régulent puis dérégulent, au risque de l'incohérence et de la complexité juridique, les relations économiques entre les fournisseurs et les distributeurs. Si la régulation de ces relations verticales n'est pas propre à la France, elle se distingue néanmoins par la complexité unique du dispositif.

La régulation du commerce de détail en France ne relève pas tant des préceptes simples de la science économique que d'une exigence politique de défense d'un groupe professionnel. Le rapport de force entre les fournisseurs (l'industrie) et les distributeurs (les commerçants) n'est pas équilibré et peut de ce fait être à l'origine de relations commerciales en défaveur d'une des parties et nécessiter une intervention publique. Il faut dès lors comparer la puissance de vente des distributeurs au pouvoir de marché des producteurs pour déterminer le degré de concurrence dans cette structure verticale. Dans l'après-guerre, le pouvoir de négociation était du côté des fournisseurs, en particulier des grandes marques nationales, face à des distributeurs qui étaient souvent des petits commerçants. À la fin des années 1980, ce pouvoir passe du côté des distributeurs qui, d'une part, se sont regroupés en centrales d'achat, et qui, d'autre part, produisent des biens à leur propre marque (les MDD dont la part de marché est de l'ordre de 30%). Ainsi cinq centrales d'achat réalisent de l'ordre de 90% du chiffre d'affaire de la grande distribution alimentaire au début des années 2000. Face à cet oligopsonne¹, les fournisseurs sont au contraire le plus souvent atomisés : 96% d'entre eux sont des PME. Dès lors l'objectif affiché du cadre réglementaire en particulier de la loi Galland de

¹ Situation d'un marché où le nombre d'acheteurs est très limité.

1996 est « de rétablir la loyauté et l'équilibre des relations commerciale » et de défendre les petits commerçants et producteurs face aux grands groupes.

Les réglementations, un rappel de l'état du droit

Le commerce de détail en France est encadré par deux types de lois, un premier groupe qui régule les relations entre les fournisseurs et les distributeurs et un autre qui régule la localisation géographique du commerce de détail². La régulation du secteur se trouve donc inscrite dans deux codes distincts, le code du commerce (en particulier le livre IV, de la liberté des prix et de la concurrence qui intègre l'ordonnance de 1986 et la loi Galland de 1996) et le code de l'urbanisme commercial (les lois Royer de 1973 puis Raffarin de 1996). La régulation de l'urbanisme commercial n'affecte pas directement les relations fournisseurs-distributeurs mais a un impact indirect fondamental : elle détermine le degré de concurrence entre distributeurs et de ce fait modifie le pouvoir de négociation des fournisseurs.

La régulation des relations fournisseurs-distributeurs

L'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 pose la liberté de prix comme principe général, mais prohibe certaines pratiques dites anticoncurrentielles comme le prix de revente imposé par le fournisseur ou les quotas de vente. De même, les ventes liées ou les pratiques discriminatoires sont définies comme pratiques abusives. Les contrats d'exclusivité ne sont pas interdits mais devront être traités au cas par cas pour éliminer les ententes anticoncurrentielles. Enfin, l'interdiction de la revente à perte, déjà présente dans la loi de finances du 2 juillet 1963, est précisée dans l'article 32. Enfin, et surtout, l'ordonnance rend obligatoire la communication des conditions générales de vente à tout distributeur qui les demande, ce qui implique donc une transparence des prix.

La loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, du 1^{er} juillet 1996 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997, dite loi Galland, réforme l'ordonnance de 1986 sur plusieurs points : le refus de vente³ est autorisé au motif de permettre aux fournisseurs de résister aux distributeurs. Le refus de vente sert également les intérêts des distributeurs déjà installés puisqu'il permet aux fournisseurs de refuser de vendre aux maxi-discompteurs, concurrent principal de la distribution traditionnelle. De plus, le déréférencement (la rupture des relations commerciales sans motif valable) est interdit ce qui libère les fournisseurs de la

² Les commerçants doivent bien entendu également respecter les règles générales de la concurrence.

³ Interdit dès la circulaire Fontanet de 1960.

menace de déréférencement qu'exerçaient les distributeurs lors des négociations commerciales.

Enfin la différenciation des prix entre distributeurs sans contrepartie est prohibée, ce qui rajoutée à la communication des conditions de vente rend toute différenciation tarifaire entre distributeurs impossible. Cette dernière disposition sert également les intérêts des fournisseurs en ce qu'elle renforce leur pouvoir de négociation.

Les débats tant entre économistes qu'au sein du parlement ont tourné autour de l'impact de deux arguments de la loi. Le premier débat a concerné *l'interdiction de revente à perte*, ses effets et sa pertinence. Plus récemment, un second débat est apparu autour de la notion de *différenciation* ou discrimination et de la liberté de négocier le prix. Bien entendu ces deux dispositions de la loi se conjuguent dans leur impact.

L'interdiction de la revente à perte

Ce sont les fournisseurs, en particulier les marques nationales, qui ont réclamé l'interdiction de la revente à perte. Les fournisseurs protestaient alors contre les prix « trop bas » que pouvaient pratiquer les distributeurs alors en situation de concurrence, et défendaient l'idée qu'une revente à perte nuit à l'image de marque du produit. Néanmoins, l'objectif affiché de l'interdiction de la revente à perte était également la défense des petits commerçants qui pouvaient être menacés pour une pratique prédatrice des prix de la grande distribution : en effet les grandes surfaces, du fait de la variété des produits offerts, peuvent réduire les prix des produits dits d'appel et attirer ainsi le consommateur.

La loi Galland rend applicable l'ordonnance de 1986 en précisant la méthode de calcul du seuil de revente à perte, seuil en dessous duquel un distributeur ne peut pas vendre le bien⁴. L'article premier de la loi de 1963 définissait la revente à perte comme la revente d'un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, notion qui n'est pourtant pas clairement définie puisque qu'il était présumé être le prix porté sur la facture d'achat majoré des taxes et du transport. Cette imprécision a créé un contentieux juridique portant en particulier sur les ristournes de fin d'année et sur la coopération commerciale, ne figurant pas sur la facture, pour le calcul du seuil de revente à perte.

⁴ De plus, la loi renforce les sanctions en cas de revente à perte (75000 euros d'amende).

La loi Galland définit strictement le seuil de revente à perte qui n'est plus présumé mais est le prix indiqué sur facture, majoré des taxes et du prix du transport. Or la facture n'indique que le prix de vente effectif, c'est-à-dire ne comprend que les ristournes acquises au moment de la vente. Les ristournes anticipées mais non encore acquises ne sont donc pas intégrées dans le prix de vente. Les services commerciaux fournis par le distributeur doivent faire l'objet d'une facturation séparée. L'interdiction⁵ de revente à perte peut donc s'interpréter comme une possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de revente minimum, pratique théoriquement interdite par ailleurs.

Réformes de la loi Galland

La loi en faveur des petites et moyennes entreprises, du 2 août 2005, introduit deux modifications qui se sont révélées mineures de la loi Galland. Tout d'abord elle modifie la définition du seuil de revente à perte en permettant aux distributeurs qui le souhaitent d'intégrer dans le calcul du seuil de revente à perte des marges arrière excédant 20% du prix net facturé. Surtout, elle introduit théoriquement la possibilité de la différenciation tarifaire entre catégories de distributeurs. Néanmoins, la notion de catégorie qui devait être définie par décret ne l'a jamais été, et la différenciation tarifaire devenait non applicable.

Enfin très récemment, la loi Châtel de janvier 2008 permet d'intégrer dans le calcul du seuil de revente à perte l'ensemble des ristournes obtenues par le distributeur (services commerciaux et coopération commerciale).

Petit tour des régulations des relations fournisseurs-distributeurs

La loi Galland n'est pas exceptionnelle au regard de la régulation des relations fournisseurs-distributeurs en Europe. La régulation espagnole ressemble à la française. Le seuil de revente à perte est défini comme le prix d'achat d'un produit apparaissant sur la facture une fois déduits les rabais et ristournes figurant sur cette dernière. Sont exclues en revanche les réductions de prix obtenues dans le cadre d'une coopération commerciale. Les sanctions au non-respect de cette loi sont financières (jusqu'à 600 000 euros) et administratives et non pénales.

⁵ La loi Galland précise des exceptions à l'interdiction de revente à perte : les ventes saisonnières, les biens périssables par exemple mais également les « produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une grande surface de vente de 300 mètres carrés et produits non-alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ».

En Belgique, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur interdit la vente à perte. En revanche aucune sanction pénale n'accompagne cette interdiction qui reste donc théorique. De même, en Allemagne, l'interdiction de revente à perte est théorique car le seuil de revente à perte n'est pas défini.

À l'inverse, les Pays-Bas refusent la régulation de la vente à perte au motif que l'interdiction de revente à perte protège les entreprises déjà présentes sur le marché des nouveaux entrants. La régulation des abus de position dominante (prix prédateurs) est en elle-même suffisante pour ne pas nécessiter une redondance que représente l'interdiction de revente à perte. De même, au niveau européen, dans une proposition de réglementation des promotions commerciales (texte E 1842 du 28 octobre 2001), la Commission européenne reprend la position des Pays-Bas en arguant du fait que la protection des consommateurs peut être assurée par d'autres régulations (des prix prédateurs par exemple).

Les lois de l'urbanisme commercial

En plus des lois régulant directement les relations fournisseurs-distributeurs, le secteur de la distribution est régulé par des lois qui peuvent être considérées comme de la régulation *ex ante* de la concurrence⁶.

En 1973, la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer, subordonne l'installation de nouvelles grandes surfaces commerciales de plus de 1000 m² (pour les communes de moins de 40 000 habitants et 1500 m² pour les autres) à l'avis d'un comité, la commission départementale d'urbanisme commerciale. Là encore, comme pour la loi Galland, il s'agissait de protéger le petit commerce de l'installation des grandes surfaces⁷.

La même année que la loi Galland donc, la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, dite « loi Raffarin » (précisée par le décret n° 96-1018 du 26 novembre 1996) restreint encore l'entrée sur le marché de la distribution : elle soumet à l'autorisation des Commissions départementales d'équipement

⁶ Bien entendu, comme les autres entreprises, les entreprises du secteur de la distribution sont déjà soumises au contrôle des concentrations. Le conseil de la concurrence a par exemple donné un avis (favorable) au rachat des Docks de France par Auchan en 1996 ou celui des enseignes Leader Price et Franprix par Casino en 1999, ou encore à la fusion entre Carrefour et Promodès en 2000.

⁷ La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (« loi Sapin ») modifie à la marge la composition des commissions et les comités départementaux d'urbanisme commercial (C.D.U.C.) et la commission nationale d'urbanisme commercial (C.N.U.C.) ne sont pas des organes consultatifs mais décisionnaires. De plus elle substitue la CNUC au ministre pour la procédure d'appel et réduit la composition des CDUC de 20 membres à 7, tous élus.

commercial (CDEC), l'ouverture⁸ de tout magasin de plus de 300 m²; de nouveaux commerces sont également soumis à autorisation : les hôtels, les stations d'essence et les cinémas.

Les critères de décision de CDEC, définis dans l'article 28 de la loi Royer, devenu l'article L. 720-3 du code de commerce, sont complexes, divers et non hiérarchisés⁹. La multiplication des critères a été simplifiée par le Conseil d'État qui a considéré le critère de la préservation de l'équilibre entre les différentes formes de commerce comme le critère prioritaire. C'est bien le critère économique qui transforme cette loi en barrière à l'entrée.

Par ailleurs, les C.D.E.C sont composées de six membres dont 3 élus locaux (le maire de la commune d'implantation du projet, le président de l'établissement public de coopération intercommunale, le maire de la commune la plus peuplée autre que la commune d'implantation, soit de l'arrondissement, soit de l'agglomération multi-communale), le président de la chambre de commerce et d'industrie, le président de la chambre de métiers du département et un représentant des associations de consommateurs. Les distributeurs sont donc décisionnaires quant à l'entrée de leurs concurrents

Quelques points de comparaison

La position de la France est tout à fait originale. L'exemple le plus proche de la France est probablement le cas de l'Irlande où les surfaces de vente des magasins de détail sont limitées à 3000 m² à Dublin et 3500 m² en province, et l'Italie où la loi Bersani de 1998 prévoit une demande d'autorisation pour tout commerce de plus de 150 m² (ou 250 m² suivant les régions).

D'autres pays désincitent, sans les interdire, certains formats de vente. Ainsi en Espagne (Catalogne, Navarre et Asturies), un impôt est prélevé sur les grandes surfaces supérieures à 2500 m².

⁸ et toute extension de surface de vente (contre 1000 m² auparavant). Les changements d'activité des magasins de surface supérieure à 2000 m² sont également soumis à autorisation, (300 m² lorsque l'activité nouvelle du magasin est à prédominance alimentaire).

⁹ (i) les conditions d'exercice de la concurrence; (ii) l'offre et la demande globales dans la zone de chalandise concernée; (iii) la densité d'équipement en moyennes et grandes surfaces; (iv) l'effet potentiel du projet sur l'appareil commercial et artisanal ainsi que sur l'équilibre souhaitable entre les différentes formes de commerce; (v) l'impact du projet en termes d'emplois; (vi) les engagements des magasins de détail à prédominance alimentaire de créer des magasins de même type, d'une surface de vente inférieure à 300 m², pour au moins 10 % des surfaces demandées. La Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 (« loi S.R.U. »), relative à la solidarité et au renouvellement urbains a rajouté trois critères: l'impact global du projet sur les flux de voitures particulières et de véhicules de livraison, la qualité de la desserte en transports publics, les capacités d'accueil pour le chargement et le déchargement des marchandises.

Le Japon, à l'opposé de la politique française de protection du petit commerce, affiche comme priorité la modernisation du secteur. Ainsi, la superficie soumise à autorisation est passée de 500 à 1000 m², dans le cadre de la Large Store Location Law, de 2000.

Au contraire, dans certains pays, aucune politique spécifique au commerce de détail n'a jamais été mise en œuvre pour réguler les relations entre les deux formats de vente au détail. Ainsi, l'ensemble des pays du nord de l'Europe ont une législation urbaine qui exige de la part d'un nouveau commerce uniquement le respect d'un certain nombre de règles urbanistiques mais pas de procédure commerciale spécifique.

Enfin, aux États-Unis, l'enjeu n'est pas tant le conflit entre les différents formats de surfaces de vente mais la pratique des bas salaires dans la grande distribution.

L'impact anticoncurrentiel de la régulation du commerce de détail

Si la loi Raffarin ne régule pas directement les relations fournisseurs-distributeurs, elle modifie fortement le degré de concurrence entre distributeurs et de ce fait impacte indirectement le pouvoir de négociation des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs. Cette loi institue simplement des barrières à l'entrée et de ce fait limite la concurrence dans le secteur de la distribution. Elle rend donc possible des logiques d'entente sur les prix et le niveau de marge. De plus en restreignant l'espace disponible (les linéaires de produit) elle introduit une sélection des fournisseurs et réduit ainsi *de facto* la concurrence inter-marque. La simultanéité des deux lois rend par ailleurs très délicate la question de départager les effets empiriques de l'une et de l'autre loi.

Impact sur la concurrence de la loi Galland

La loi Galland a diminué la concurrence en prix entre distributeurs. En effet, l'interdiction de revente à perte a fonctionné comme l'imposition par le fournisseur d'un prix de revente sur lequel se sont alignés les distributeurs et a donc conduit à une convergence des prix.

En effet, les distributeurs achetaient au même prix le bien au fournisseur suivant les mêmes conditions générales de vente puisque la différenciation tarifaire était interdite dans le cadre de la loi Galland. Les distributeurs négociaient ensuite des remises postérieures à la vente, au titre de la coopération commerciale. Mais ces remises ne pouvaient pas être

répercutées auprès du consommateur en raison de l'interdiction de revente en dessous du seuil de revente à perte et constituaient dès lors des marges, dites « arrière ». Le prix de vente au consommateur n'intégrait pas ces ristournes après la vente et était fixé par le prix commun d'achat au fournisseur. D'après l'Ilec, le taux moyen de marge arrière est passé de 21,9% du prix net facturé en 1995 à 33,5% en 2004, à 36% en 2007. La marge totale des distributeurs a augmenté de l'ordre de 50% dont 30 points dus aux marges arrière.

La conséquence de ce mécanisme nuit aux consommateurs : les prix des biens alimentaires ont augmenté plus vite que l'indice des prix depuis 1996 (3 points de croissance de plus) et plus vite que les prix des biens alimentaires en Europe (4 points de plus). De même les prix des biens de marque nationale (qui sont directement concernés par la loi Galland) ont augmenté plus vite que celui des biens de marques distributeurs.

Impact sur la concurrence de la loi Raffarin

Juridiquement, la loi Raffarin fait l'objet d'un contentieux au niveau européen. En effet, suite à la plainte déposée par Lidl, le 5 juillet 2005, la Commission européenne a notifié à la France sa mise en demeure, puis, en l'absence de modification de la loi Raffarin, le 12 décembre 2006, la Commission a adressé à la France un avis motivé, qui est la deuxième étape de ce contentieux. La Commission conteste deux éléments de la loi Raffarin : les critères utilisés par les CDEC qui sont des critères économiques et la composition des CDEC qui intègre les commerçants installés. À ce titre la loi Raffarin est incompatible avec l'article 43 du traité CE, interdisant toute restriction à la liberté d'établissement.

La régulation de l'urbanisme commercial implique à la fois une barrière à l'entrée et un rationnement de la surface de vente ce qui a alimenté la position de force des distributeurs par rapport à leurs fournisseurs. Le secteur de la distribution est oligopolistique et parfois monopolistique au niveau local des zones de chalandise.

La loi Royer avait fait l'objet d'une évaluation par Bertrand et Kramarz en 2002 qui montraient que cette barrière à l'entrée pouvait expliquer la hausse des prix et une baisse de l'emploi dans le secteur (une hausse des autorisations de 1% induisant une hausse de l'emploi de 0.1%). La loi Raffarin a réussi à empêcher l'entrée des nouveaux distributeurs de type maxi-discount dont la part de marché est de l'ordre de 15% contre 35 % en Allemagne et surtout de limiter leur surface en dessous des 300 m². La loi Raffarin a été évaluée dans un rapport du Cepremap par K. Weidenfeld et Ph. Askenay en 2007 qui en dressent un bilan

complet et négatif puis par J.-L. Monino et S. Turolla en 2008. Elle a également fait l'objet d'un avis du conseil de la concurrence en 2007.

La conjugaison des deux lois, en limitant la concurrence entre distributeurs (loi Raffarin) et en permettant un prix de revente imposé par les fournisseurs à l'ensemble des distributeurs (loi Galland) explique la hausse des prix sur la période. De plus ces deux lois ont alimenté ce qu'on peut appeler une spirale inflationniste : les distributeurs négociaient les tarifs des coopérations commerciales et obtenaient des ristournes *ex post* que les fournisseurs répercutaient sur leur prix de vente à la période suivante. Hausse que les distributeurs reportaient sur le consommateur en négociant non le prix de vente mais les marges arrière.

Différenciation tarifaire, réformes récentes et à venir ?

Si le débat avant 2007 tournait autour de la pertinence de l'interdiction de la revente à perte, face au faible impact de court terme de l'assouplissement du calcul du seuil de revente à perte intégrant les remises *ex post* (double ou triple net), le débat a tourné en 2008 autour de la différenciation tarifaire et de la liberté de négociation des prix entre un fournisseur et ses distributeurs.

La différenciation tarifaire se distingue de la discrimination au sens juridique¹⁰, dans la mesure où elle se justifie par une contrepartie réelle. La discrimination est définie par l'article L 442-6 I 1¹¹ comme étant « le fait 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 discriminatoire et non justifiées par des contreparties réelles en créant de ce fait pour ce partenaire un désavantage ou un avantage dans la concurrence ». Cet article interdit de pratiquer des prix discriminatoires non justifiés par des contreparties réelles.

Les remises de prix dites « de quantité » ne sont en général pas considérées¹² comme une atteinte à la concurrence : les remises dites de « quantité » sont des ristournes ou des remises de prix liée à un achat de la part du distributeur de quantité importantes qui

¹⁰ Il y a différenciation tarifaire (ou discrimination au sens économique) lorsque plusieurs variétés d'un même bien sont vendues à différents acheteurs avec des coefficients de marge différents par rapport au coût marginal.

¹¹ Le droit communautaire définit de même dans l'article 82 du traité CE la discrimination comme « l'application de conditions différentes à des transaction équivalentes à l'égard de différents partenaires commerciaux, leur accordant de ce fait un désavantage concurrentiels ».

¹² Voire par exemple l'arrêt du tribunal de première instance des communautés européennes, dit Michelin, T-203/01, Michelin/Commission, du 30 septembre 2003.

permettent de produire à un coût moyen plus faible (en raison d'économies d'échelle). Ces remises permettent donc au fournisseur de partager avec son distributeur ce gain d'efficacité.

Elles peuvent néanmoins être la source d'une atteinte à la concurrence. Par exemple, un fournisseur, en octroyant des avantages prix et des ristournes, peut empêcher son distributeur de s'approvisionner auprès de fournisseurs concurrents. Ainsi, les remises de « gamme », qui prévoient une baisse de prix si l'ensemble de la gamme est achetée par le distributeur (voir la décision du Conseil en 2004 sur une société de Roquefort), permettent d'écarter les fournisseurs concurrents, en raison du rationnement du linéaire de vente. Les remises de fidélité, par exemple, lient le distributeur à un fournisseur et s'apparentent à une clause d'exclusivité. De nombreux écrits traitent de cette question dont un rapport de la commission européenne publié en 2000, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*. De même, le conseil de la concurrence propose une grille d'analyse pour juger des effets anticoncurrentiels de la différenciation tarifaire. L'analyse des effets anticoncurrentiels se fait alors au cas pas cas, suivant en particulier le pouvoir de marché du fournisseur et la structure du marché considéré.

Les relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs sont encadrées par les « conditions générales de vente » ou CGV. Le fournisseur est tenu de communiquer son barème de prix et ses conditions de vente à tout acheteur qui en fait la demande. Elles doivent contenir les conditions de règlement, le montant et les modalités de réduction de prix. L'obligation de communiquer les CGV remonte à l'après guerre : contrairement aux objectifs de la loi Galland, l'enjeu de l'époque était de protéger la grande distribution contre un petit commerce alors dominant, qui cherchait à imposer aux fournisseurs de vendre les produits aux grandes surfaces à des prix trop élevés.

La connaissance des prix et conditions de vente des fournisseurs est donc un moyen d'interdire les pratiques discriminatoires¹³. Ainsi, les deux obligations de transparence et de non discrimination sont autonomes¹⁴ mais l'une vient renforcer les conditions de vérification de l'autre. Or la transparence tarifaire, induite par l'existence de conditions générales de

¹³ Cour de cassation, 19 mai 1992 « Constitue une pratique de conditions de vente discriminatoire [...] le fait de ne pas communiquer à un seul de ses revendeurs l'ensemble des éléments, y compris les rabais et les ristournes permettant de déterminer le prix de revient d'un produit ». L'article L. 442-6 paragraphe I.1 du code de commerce énonce que les discriminations relèvent de sanction civiles. Par suite, l'article L. 441-6 du code du commerce prévoit que des poursuites pénales s'appliquent aux refus de communication des conditions de vente.

¹⁴ Comme le rappelle la cour de Dijon du 7 octobre 2005.

vente, accessible à tous, accroît le risque de collusion entre fournisseurs sur la fixation d'un prix plus élevé, ce qui réduit la concurrence inter-marques. De plus, l'interdiction de discrimination lui permet de s'engager sur un prix de vente.

La loi du 2 août 2005 permet de différencier les CGV et crée les conditions particulières de vente où s'inscrivent les remises qualitatives accordées en contrepartie de services rendus par l'acheteur et qui ne sont pas distinctes de la vente, comme, par exemple, les services logistiques lors de la livraison des produits ou le stockage. Surtout, cette loi brouille la transparence en permettant à un fournisseur de ne pas communiquer à une « catégorie » de clients les CGV destinées à une autre « catégorie » de clients¹⁵. Cependant, le décret d'application qui devait définir la notion de catégorie n'a jamais été rédigé rendant cette avancée en termes de différenciation inopérante.

Dans le cadre de la loi LME, votée le 8 août 2008, et suite au rapport¹⁶ de la mission Hagelsteen remis en février 2008, deux articles (21 et 22) réaffirment la possibilité de discriminer dans les CPV entre des catégories d'acheteurs différents mais la définition des catégories est renvoyée à la jurisprudence. De plus la loi complexifie le dispositif en introduisant un nouveau concept : « le déséquilibre significatif des droits et obligations » puisqu'elle autorise la négociabilité des prix uniquement dans le cadre de relations « équilibrées ». La encore la clarification de cette notion est renvoyée aux juges.

Par ailleurs, la loi LME, pour la Modernisation de l'Économie n'a ainsi pas introduit de rupture réelle dans les barrières à l'entrée dans le commerce de détail. Elle permet néanmoins d'écarter le critère de densité commerciale comme critère de décision des CDEC renommées CDAC commissions départementales de l'aménagement commercial, et composées non plus de commerçants installés mais des élus municipaux. Le critère de libre entrée est relevé à 1000 m², ce qui est un retour à la loi Royer, mais le maire a de nouveaux pouvoirs, dont celui de préemption sur les terrains commerciaux de 300 à 1000 m², de saisir l'autorité de concurrence en cas d'abus de positions dominante et saisir les CDAC pour des projets commerciaux entre 300 et 1000 m². La réelle disposition de la loi qui peut avoir un impact pro-concurrentiel est la possibilité donnée au Conseil de la concurrence d'adopter des mesures structurelles – par exemple des cessions d'actifs (magasins) – à l'encontre de grands

¹⁵ La jurisprudence (C.A. Versailles 3 avril 1997- SA Vertumne c/SA Martin Baron) avait déjà considéré qu'un opérateur n'est pas tenu de communiquer ses CGV à ses concurrents.

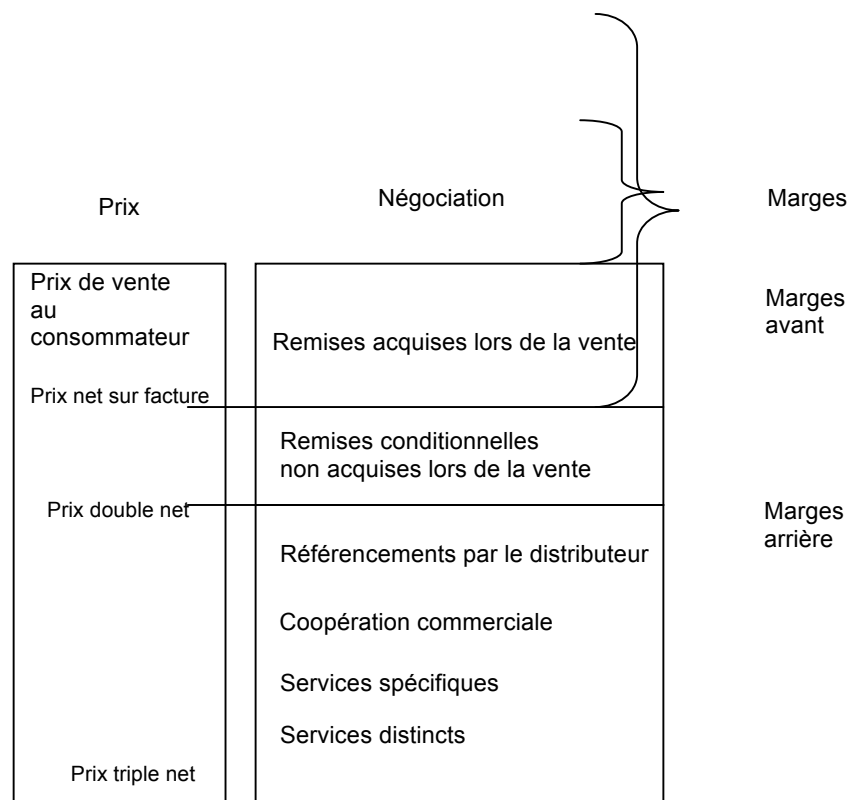
¹⁶ « la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », rapport de M.D. Hagelsteen, février 2008.

distributeurs en cas d'abus de position dominante. De même, le seuil de déclenchement du contrôle de concentration abaissé à 25 millions d'euros.

L'impact de la différenciation tarifaire dépend étroitement du niveau de concurrence entre distributeurs qui lui-même est limité par la loi Raffarin, même légèrement modifiée. Seule la levée de la barrière à l'entrée est à même de relancer la concurrence entre distributeurs qui affaiblit leur pouvoir de négociation face aux fournisseurs.

Une prochaine étape dans la régulation des relations fournisseurs, plus spécifiquement une réforme en profondeur de la loi Raffarin est encore à attendre. Une mission a été confiée au député Charié, qui a remis ses conclusions encore confidentielles en janvier 2009.

Schéma définitionnel des marges arrière



Bibliographie

Allain, M.L, T. Vergé et C. Chambolle, 2008, *La Loi Galland sur les relations commerciales: jusqu'où les réformer ?* Opuscule Cepremap.

[http://www.pressens.fr/cgi-](http://www.pressens.fr/cgi-bin/automaton2.pl?Automaton_State=PLUSINFO&Cata_Action=PlusInfo&PlusInfo=978-2-7288-0409-2)

[bin/automaton2.pl?Automaton_State=PLUSINFO&Cata_Action=PlusInfo&PlusInfo=978-2-7288-0409-2](http://www.pressens.fr/cgi-bin/automaton2.pl?Automaton_State=PLUSINFO&Cata_Action=PlusInfo&PlusInfo=978-2-7288-0409-2)

Askenazy, P. et K. Weidenfeld, 2007, *Les Soldes de la loi Raffarin*, Opuscule Cepremap

Bertrand, M. et F. Kramarz, 2002, « Does entry regulation hinder job creation ? Evidence from the French retail industry », *Quarterly Journal of Economics*, CXVI, p. 1369-1414.

Biscourp, P., X. Boutin et T. Vergé, 2008, « The Effects of retail regulations on prices : evidence from French data », document de travail, INSEE.

Borsenberger, C. et N. Doisy, 2006, « Les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs », *Trésor Eco*, novembre, n° 3

Conseil de la Concurrence, Avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation relative à l'équipement commercial

Haglesteen, M.D., 2008, « La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », rapport, février 2008.

Monino, J.-L. et S. Turolla, 2008, Urbanisme commercial et grande distribution : étude empirique et bilan de la Loi Raffarin”, *Revue Française d'Économie*, 23 (2), pp. 139-178,

Rey, P. et J. Tirole, 2000, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Rapport CAE.