

Baisse des prix des produits de grande consommation : analyse critique du maintien de l'interdiction de la revente à perte

Isabelle Baudet, professeur assistant
Groupe Sup de Co La Rochelle-CEREGE
102 rue de Coureilles, 17024 La Rochelle Cedex 1
Tel : 06 33 88 93 80
ibaudet@esc-larochelle.fr

Résumé :

Apparue avec le développement de la grande distribution en France, la revente à perte a très tôt été interdite en France par une loi du 2 juillet 1963. Cette interdiction a connu à ses débuts des difficultés d'application de sorte que les pouvoirs publics n'ont eu de cesse d'intervenir sur la définition du seuil de revente. Dans un premier temps avec la loi Galland pour mettre fin à la dérive des prix anormalement bas pratiqués par les enseignes et préjudiciables aux autres acteurs économiques, puis en raison des effets inflationnistes non maîtrisés de la réglementation liée à l'augmentation des marges arrières, la loi Dutreil et plus récemment la loi Chatel sont intervenues dans un deuxième temps pour enrayer l'inflation des prix des produits de grande consommation. Si le prix des produits est en principe déterminé par le libre jeu de la concurrence, principe énoncé à l'article L 410-2 du code de commerce, l'interdiction de la revente à perte constitue un des derniers bastions d'encadrement des prix expliquant l'attachement du législateur à maintenir cette interdiction.

Le présent article a pour objet de démontrer que quel que soit l'objectif poursuivi, cet instrument se révèle non seulement inefficace, mais crée des comportements dommageables à la concurrence et repose de surcroît sur des justifications économiques contestables. L'intérêt de maintenir encore plus longtemps cette interdiction se pose d'autant plus, qu'une étude comparative de la réglementation dans les autres pays européens fait de l'interdiction, replacée dans le contexte économique de la réglementation française, une infraction spécifique et à contre courant.

Mots clés : Loi Galland, loi Dutreil, loi Chatel, revente à perte, marge arrière, grande distribution.

Baisse des prix des produits de grande consommation : analyse critique du maintien de l'interdiction de la revente à perte

INTRODUCTION

La pratique de la revente à perte est née avec l'essor de la grande distribution. A partir des années 1950, la grande distribution s'est en effet distinguée du commerce traditionnel par la pratique des prix faibles. La réglementation interdisant à cette époque le refus de vente opposé par les fournisseurs¹, puis plus tard l'interdiction des prix imposés², a favorisé la revente à très bas prix des produits de marques connues que les consommateurs ne trouvaient jusque là, que dans les commerces traditionnels. Les grandes surfaces ont en effet rapidement compris l'intérêt qu'elles avaient à revendre à perte ce type de produits, afin de capter une partie de la clientèle de leurs concurrents. Soucieux de protéger ces derniers, les pouvoirs publics se sont très vite montrés hostiles à cette pratique, de sorte que l'interdiction de la revente à perte a été introduite très tôt par une loi du 2 juillet 1963³. Depuis, le droit français interdit à tout commerçant sous peine d'amende, de revendre un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. La définition à priori simple, renvoie cependant à la délicate détermination du prix d'achat effectif dont la réalité économique est, plus qu'ailleurs, difficile à appréhender dans les relations producteurs/grands distributeurs. La complexité entourant le calcul du seuil de revente à perte s'est traduite dans un premier temps par l'impossibilité d'établir clairement l'infraction et de la sanctionner efficacement. Puis, avec la loi Galland⁴, qui a rendu effective

¹ L'interdiction du refus de vente entre professionnels avait pour objectif d'une part, de renforcer la protection des distributeurs, commerçants indépendants disposant de moyens modestes dominés par les producteurs relativement plus concentrés et organisés et d'autre part, de réagir contre certains refus de vente qui avait été opposés aux nouvelles formes de commerce moderne sous la pression des distributeurs traditionnels trop durement concurrencés par les pratiques de ventes à prix coûtant opérées par les grandes surfaces. L'interdiction du refus de vente a été depuis supprimée par la loi Galland du 1^{er} juillet 1996.

² Depuis 1952, le droit français incrimine la pratique du prix minimum imposé par le fournisseur à son distributeur car il porte atteinte à la liberté des prix nécessaire à la concurrence. Il s'agissait à l'époque de réagir contre les méthodes du commerce traditionnel qui, pour s'opposer au développement du commerce moderne et à la pratique des prix bas faisaient pression pour que les fournisseurs ne livrent ces nouveaux distributeurs qu'à la condition qu'ils se conforment à une certaine discipline tarifaire². L'article L.442-5 du code du commerce puni d'une amende de 15 000 € l'imposition directe ou indirecte d'un prix de revente ou d'une marge minimale.

³ Articles 1 et 4 de la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963. JO 3 juil.1963.p.5915
Loi pour le développement de la concurrence au service du consommateur.

cette interdiction, de nouvelles difficultés sont apparues avec un certain nombre d'effets pervers provoquant le développement des marges arrières et l'inflation des prix des produits de grande consommation et conduisant une fois de plus le législateur en 2005 à intervenir avec la loi Dutreil⁵, puis tout récemment avec la loi Chatel du 4 janvier 2008⁶ avec pour objectif de parvenir à une baisse des prix et de relancer le pouvoir d'achat des français. Si la nouvelle loi permet d'intégrer dans le calcul du seuil de revente à perte l'intégralité des avantages financiers consentis par le fournisseur au distributeur, il est à craindre que cette réglementation, comme les précédentes, ne parviennent pas à atteindre l'objectif recherché.

Aussi, devant l'échec des nombreuses réformes qui se sont succédées et de l'impossibilité qu'éprouvent les pouvoirs publics à maîtriser des comportements préjudiciables à la concurrence qui suivent inéluctablement tout nouveau calcul du seuil de revente à perte, il convient de s'interroger s'il ne faut pas voir dans le maintien de cette interdiction légale, la seule cause de ces effets indésirables. A partir d'une analyse juridique et économique, cette communication a pour objet, dans une première partie, d'une part d'exposer comment cette réglementation a été instrumentalisée aussi bien par les opérateurs économiques de la grande distribution pour améliorer leur propre position, que par les pouvoirs publics pour orienter à la hausse ou à la baisse les prix des produits de grande consommation en fonction des enjeux politiques et économiques circonstanciels. D'autre part, il s'agira de démontrer que le maintien de cette interdiction, contribue à une augmentation des marges arrière nuisible à une baisse des prix. Bien que la France ne soit pas le seul pays européen à interdire cette pratique, la deuxième partie consacrée à une analyse comparative de l'interdiction dans les autres nations, nous conforte dans cette position, tant l'interdiction replacée dans le contexte de la réglementation économique française en fait une infraction tout à fait spécifique et partant, inadaptée.

⁵ Loi du 2 août 2005 Loi pour le développement de la concurrence au service du consommateur.

⁶ Loi pour le développement de la concurrence au service du consommateur.

PREMIERE PARTIE : UN INSTRUMENT DE CONTROLE DES POUVOIRS PUBLICS SUR LES PRIX DES PGC.

Si le prix des produits et services est en principe librement déterminé par le jeu de la concurrence⁷, l'interdiction de revente à perte contribue à la mise place d'un climat de concurrence surveillé et explique, sans vouloir donner l'image d'un retour à un encadrement des prix, l'attachement des pouvoirs publics à un certain contrôle des prix. Le système actuel permet donc au distributeur de fixer librement son prix de revente, la seule limite étant de ne pas fixer un prix en dessous de celui facturé par le fournisseur. Mais, dans la grande distribution, les relations d'achat vente ont pour particularité que les flux financiers ne se limitent pas au simple paiement du prix par l'acheteur. Le fournisseur est en effet amené à consentir en dehors des réductions de prix figurant dans ses conditions générales de vente d'autres avantages financiers. Au rang de ces avantages figurent au premier chef la rémunération des nombreux services offerts par l'acheteur au titre de la coopération commerciale⁸. Ces derniers avantages qui relèvent de la politique commerciale du distributeur communément appelés marges arrière⁹ n'ont cessé d'augmenter de sorte que la question de leur déduction du prix d'achat s'est très vite posée. La prise en compte ou non de ces avantages dans la détermination du prix d'achat est alors devenue la principale préoccupation des pouvoirs publics. Aussi, depuis l'interdiction instituée par la loi du 2 juillet 1963¹⁰, les réformes se sont-elles succédées pour lutter dans un premier temps contre les prix trop bas et préjudiciables au commerce traditionnel, puis en raison des effets non maîtrisés de ces changements, contre l'inflation des prix de revente des produits de grande consommation.

1- UN INSTRUMENT INEFICACE DE LUTTE CONTRE LES PRIX BAS.

Le paradoxe de l'interdiction de revente à perte. De prime abord, on pourrait s'interroger sur la pertinence d'interdire la revente à perte et de la sanctionner pénalement alors que la revente d'un produit en dessous de son prix d'achat ne peut a priori qu'être bénéfique pour le consommateur qui va profiter de la baisse des prix. Cette pratique s'accorderait avec les

⁷ Principe énoncé dans l'ordonnance Balladur du 1^{er} décembre 1986

⁸ Parmi les services rendus on peut citer : le placement en tête de gondole, les aménagements des rayons pour mettre en avant certains produits, la réalisation de catalogues ou de prospectus publicitaires et toutes les actions de fidélisation de la clientèle sur une marque, telle que la participation aux opérations de coupons de réduction.

⁹ En réalité la marge arrière est plus étendue puisqu'elle inclut non seulement l'ensemble des rémunérations de la coopération commerciale, mais également l'ensemble des remises, ristournes consenties hors facture de vente par le fournisseur au distributeur.

¹⁰ Articles 1 et 4 de la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963.

exigences du droit de la concurrence en améliorant le bien être de ces derniers. Cependant, avec l'avènement de la grande distribution en France, cette approche a été écartée. Les grandes surfaces ont en effet très vite saisi l'intérêt qu'elles avaient à vendre à prix faible des produits de grandes marques pour se construire une réputation de "casseurs de prix" afin d'attirer la clientèle. Aussi, la lutte contre la pratique des prix bas dans le secteur de la grande distribution s'est justifiée, dans un premier temps car la revente à perte induisait au moins trois effets néfastes au bon fonctionnement de la concurrence.

1.1 Les fondements de l'interdiction.

A l'égard des fournisseurs : l'atteinte à l'image de leurs produits. La revente à perte serait en premier lieu préjudiciable aux fabricants car des prix "*anormalement* " bas exposent le fournisseur à une dépréciation de son image de marque, le produit pouvant apparaître comme bradé, et affecteraient la vente de ses produits. Les producteurs de grande marque ont toujours, pour cette raison, milité pour cette interdiction. Cette réglementation leur permet d'acquérir, indirectement, une certaine maîtrise tant recherchée du prix de revente de leurs produits, à défaut de pouvoir l'imposer en raison de l'interdiction du prix minimum imposé prévu à l'article L. 442-5 du code de commerce. En second lieu, lorsqu'un distributeur revend le bien d'un fournisseur à perte, les distributeurs concurrents peuvent suspecter que le fournisseur lui a accordé des conditions tarifaires préférentielles, et pourraient se servir de cet argument pour négocier des prix à la baisse. Dans ces conditions, le fournisseur aurait toujours la possibilité d'agir contre le contrevenant pour revente à perte et démontrer ainsi sa bonne foi à l'égard des distributeurs concurrents. Mais pour des raisons évidentes, il ne le fera pas par crainte d'être déréférencé et se verra contraint de baisser ses prix, sans contrepartie, mettant en péril sa politique commerciale.

A l'égard du consommateur : tromperie sur l'image discount. L'activité de la grande distribution est un secteur particulièrement exposé à la pratique de la revente à perte utilisée en tant que produit d'appel. La stratégie du prix d'appel consiste à vendre à perte ou à très bas prix un produit de grande marque dont la demande est très sensible au prix, accompagnée d'une forte publicité dans l'espoir de créer un afflux massif de clients. Le consommateur va se baser sur ce prix pour comparer les enseignes, avant de décider celle qu'il fréquentera. Une fois parvenu dans la grande surface qui se caractérise par les nombreux produits qu'elle met à la disposition du consommateur, ce dernier va en profiter pour faire ses courses de la semaine ou du mois en raison du surcoût lié au transport et à la perte de temps, s'il venait à acheter dans un autre magasin concurrent. Or en réalité, la revente à perte trompe le client sur l'image *discount* véhiculée par l'enseigne puisque le plus souvent le distributeur va compenser

la perte éprouvée sur le produit d'appel, en accroissant ses marges sur les autres produits. La revente à perte se révèle dans ces conditions peu profitables au consommateur, alors que le distributeur voit ses bénéfices augmenter. Elle présente une image faussée de la concurrence. Une fois la concurrence locale éliminée, le distributeur pourra s'affranchir de cette dernière et ramener les prix à leur niveau initial, voire les augmenter.

A l'égard des petits distributeurs : disparition du commerce traditionnel. Les pratiques de revente à perte des grandes surfaces porteraient également atteinte aux petits détaillants. Bien que ces derniers puissent avoir recours à la revente à perte pour s'aligner sur les prix pratiqués par les grands distributeurs, il s'avère que le commerce traditionnel n'utilise pas ou peu cette exception d'alignement¹¹. A la différence des grandes surfaces, leur assortiment réduit de produits ne leur permet pas de compenser les pertes réalisées sur certains biens par les gains réalisés sur d'autres. Dans cette situation, la pratique de revente à perte peut être assimilée à une pratique de prix prédateur de la part de la grande surface et à terme menacer l'intensité de la concurrence sur ce marché. Ne pouvant rivaliser avec les grands distributeurs, le commerce traditionnel est condamné à disparaître, renforçant la position des grandes surfaces en place¹².

1.2- Des fondements contestés du point de vue économique.

Les arguments avancés en faveur de l'interdiction de la revente à perte ne sont plus toujours aussi convaincants au regard du marché de la grande distribution. Il existe en effet de nombreuses justifications économiques à la pratique de revente à perte qui peuvent être bénéfiques pour l'ensemble des acteurs économiques, y compris pour le consommateur.

Une définition erronée. La qualification de revente à perte, en dessous du prix d'achat effectif au sens juridique, serait trompeuse économiquement. En effet, le seuil plancher fixé par la loi ne prenant pas en compte les coûts de la revente, les économistes relèvent que bien souvent une vente peut être effectuée à perte, même si le prix de revente est supérieur au prix d'achat effectif. Dans ces conditions, la loi légaliserait la possibilité pour le distributeur de

¹¹ La loi autorise en effet la revente à perte des produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et des produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 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. Art.L.442-4-1° du code de commerce

¹² Ainsi, aux Etats-Unis les pratiques de revente à perte sont couramment utilisées par les grands groupes de distribution. Lorsqu'un supermarché s'implante dans une nouvelle zone de chalandise, il démarre en revendant à perte des produits très ciblés visant à fidéliser "la ménagère" jusqu'à ce que les concurrents alentours disparaissent, pour ensuite pratiquer des tarifs normaux. Sur "*le système Wal-Mart*" (Gaubert, 2005).

fixer un prix qui génère des pertes pour son entreprise dès lors que celui-ci est au moins égal au prix d'achat effectif, tel que défini par la loi (Leysac et Parléani, 2001)

Une interdiction inadaptée à la grande distribution. Par ailleurs les économistes, relèvent que les arguments invoqués en faveur de l'interdiction ne sont pas toujours pertinents au regard du marché de la grande distribution à dominante alimentaire. Dans ce secteur, ils relèvent que le recours à la revente à perte peut différer du motif de prédation qui selon eux pourrait, seul, justifier l'interdiction. La pratique renferme, en effet, plus une fonction de véhiculer une image discount de l'enseigne, que de prédation, qui traduit une volonté d'éviction d'un concurrent sur le marché. Les risques de prédation résultant de la pratique du prix d'appel sont en effet très faibles, car cela suppose qu'elle soit généralisée à un grand nombre de produits et qu'elle soit systématique, ce qui est difficilement envisageable dans la grande distribution non spécialisée (Montet et Venayre, 2007).

La revente à perte pourrait être utile aux producteurs et aux consommateurs. La revente à perte dans le secteur de la grande distribution repose sur d'autres justifications économiques, qui peuvent se révéler, contrairement aux arguments évoqués ci-dessus, bénéfiques à la fois pour les producteurs et les consommateurs. Il en est ainsi de l'argument fondé sur la détérioration de l'image de marque des produits des fournisseurs, peu crédible lorsqu'il s'agit de produits alimentaires de grande consommation. Des études ont démontré au contraire que la bonne qualité pour cette catégorie de produit n'est pas nécessairement associée à un prix élevé et que producteurs et distributeurs peuvent avoir un intérêt commun à faire découvrir un nouveau produit en le revendant à perte (Rey et Tirole, 2000). L'organisation d'une promotion à un prix faible dit de "lancement" constitue une bonne "stratégie de signal par des prix bas" pour révéler la qualité d'un produit et le faire connaître (Chambolle, 2006). Si les consommateurs ayant découvert le produit sont satisfaits, ils continueront ensuite à l'acheter à un prix "normal" hors promotion. Une baisse des prix des produits de marque pourrait présenter de surcroît un autre intérêt pour les grands producteurs : celui de contrer la montée en puissance du hard discount, et d'opérer un retour des consommateurs auprès des grandes surfaces traditionnelles où leurs produits sont présents. Ainsi, la revente à prix bas n'est pas aussi préjudiciable qu'on pourrait le laisser penser. Elle permettrait de faire connaître les produits du producteur modeste qui ne peut pas, faute de moyens suffisants, avoir recours à la publicité télévisée et constituerait une stratégie efficace pour les grands producteurs qui doivent composer avec la possibilité offerte depuis le 1^{er} janvier 2007, aux grandes enseignes d'avoir recours à la publicité télévisée et affronter la concurrence des marques propres à leurs acheteurs. Enfin, en autorisant la revente à perte,

cela mettrait fin aux soupçons des autres distributeurs sur l'existence de meilleures conditions consenties à des concurrents et au dilemme auquel se trouve confronté bon nombre de fournisseurs dans leurs relations avec les grands distributeurs (Tinard et Serna, 2003).

Un préjudice faible pour les consommateurs. L'image trompeuse et fausement discount véhiculée par la pratique du prix d'appel auprès du consommateur ne résiste pas non plus à la critique. Des études ont démontré que le consommateur s'appuie d'avantage sur le coût moyen de son chariot pour se forger une opinion sur la politique de prix bas menée par l'enseigne, que sur le prix de quelques produits revendus à perte. En effet, la perte éprouvée sur les produits étant compensée sur les autres, la réputation de l'enseigne s'efface très vite lorsque le client réalise que le coût global de ses achats reste le même, voire plus élevé. Au demeurant, le préjudice reste faible, en comparaison de celui qu'il a du supporter ces dernières années, en payant des prix toujours plus élevés, ignorant que cette hausse provenait de l'augmentation des marges arrière résultant du maintien de l'interdiction.

Une lutte inefficace pour la sauvegarde des petits détaillants. Reste toutefois, l'argument du prix d'éviction et de la préservation du commerce de proximité. Or, on pourrait objecter à cet argument que du point de vue de l'efficacité économique l'interdiction de la revente à perte, justifiée en tant que pratique prédatrice, n'a pas réellement fait ses preuves. La loi Galland de 1996, associée à la loi Raffarin de la même année limitant l'implantation des grandes surfaces, n'a pas permis, malgré la hausse des prix, d'assurer la survie des épiceries tenues par des commerçants indépendants. Pire encore, la réglementation sur l'urbanisme commerciale a quelque part contribué à la disparition de ce type de commerce en provoquant par réaction chez les grands groupes de distribution le développement et la création de petites enseignes de hard discount et de supérettes ¹³ venant directement concurrencer les petits commerces d'alimentation générale sur leur terrain (Canivet, 2004).

1.3- Le bilan négatif des moyens mis en œuvre.

Au-delà des justifications avancées par les uns et dénoncées par les autres, force est de reconnaître que l'interdiction de revente à perte, en tant qu'instrument de lutte contre les prix trop bas s'est révélée inefficace, voire, préjudiciable aux acteurs économiques, qu'elle était pourtant censée protéger.

¹³ Cette forme de commerce de proximité a augmenté de plus de 70% pour le hard discount et de plus de 6,17% pour les supérettes entre 1996 et 2003

L'inefficacité de la réglementation antérieure à la loi Galland. La lutte contre les prix bas a été dans un premier temps extrêmement laborieuse, alors que les pouvoirs publics s'y étaient employés dès 1963. La première raison de l'inefficience de cette réglementation provenait de la délicate détermination du prix d'achat effectif en dessous duquel il était interdit de revendre le produit. En 1963, le prix d'achat effectif s'entendait déduction faite "*des remises et ristournes de toute nature*" lorsqu'il était possible de chiffrer leur valeur au moment de la revente au consommateur final. Le seuil de revente à perte pouvait se révéler dans ces conditions très bas en raison de l'importance des réductions de prix accordées à la grande distribution dont la puissance d'achat va croître en raison du vaste mouvement de regroupement des enseignes au sein de centrales d'achat communes. La deuxième raison, de cette inefficience provenait du contexte économique dans lequel cette réglementation s'est fait jour, expliquant une certaine inertie de la part des gouvernements successifs à vouloir changer les comportements, malgré la volonté affichée de protéger le petit commerce. De 1950 à 1980, la grande distribution n'était pas affublée de tous les maux qu'on lui reconnaît aujourd'hui. Sa contribution au développement de la croissance, au pouvoir d'achat des ménages, à la modernisation des filières agroalimentaires et au financement des partis politiques lui conférait un accueil plutôt favorable des autorités. Aussi, pendant plusieurs décennies, les pratiques de prix bas ont pu perdurer. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a tenté une première fois sans succès de remédier à cette situation en posant une présomption faisant du prix d'achat effectif le prix porté sur la facture d'achat. Mais le calcul du prix d'achat effectif a donné lieu à des difficultés d'interprétation notamment sur le point de savoir si les budgets de coopération commerciale et les ristournes avaient vocation ou non à entrer dans le calcul du seuil de revente à perte. Il a fallu attendre la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 pour que la présomption simple posée par l'ordonnance de 1986, devienne une présomption irréfragable. Depuis, le prix de référence doit être le prix unitaire figurant sur la facture, lequel doit intégrer uniquement les "*réductions acquises au moment de la vente*". L'exclusion des marges arrière dans le calcul du seuil de revente à perte, mettait enfin, et définitivement, un terme à la logique des prix anormalement bas¹⁴ et à la guerre des prix qui entraînait l'économie dans "*une spirale infernale*"¹⁵.

Les effets anticoncurrentiels de la loi Galland. En redéfinissant le seuil de revente à perte, la loi Galland a introduit de nouvelles règles de facturation excluant de la facture de vente du produit les marges arrière. Aussi, et afin d'éviter une trop forte hausse du prix de vente au

¹⁴ En 1997, la revente à perte avait quasiment disparu selon le bilan dressé par l'administration.

¹⁵ Les Echos 27 juillet 1995.p.9

détail d'un produit de marque de grande notoriété qui aurait été préjudiciable à l'image discount de l'enseigne¹⁶, celui-ci s'est donc maintenu à peu près au niveau du prix facturé par le fournisseur, soit très proche du seuil de revente à perte. Les distributeurs n'ont pas renoncé pour autant à leurs marges, mais ils les ont orientées sur les budgets arrière négociés avec les fournisseurs. La réduction de la marge avant des distributeurs a été très largement compensée par une augmentation de la marge arrière. Une enquête réalisée en 2003 par l'Ilec sur l'évolution des prix des produits de grande consommation a permis de constater des marges avant nulles pour un certain nombre de produits, essentiellement les produits des grandes marques alors que dans le même temps, les marges arrière ne cessaient de progresser¹⁷. Or, pour faire face aux exigences de leurs clients, les fournisseurs ont été amenés à relever leur barème de prix, hausse qui s'est reproduite à chaque cycle de négociation, entraînant la mise en place d'un système inflationniste durable.

Disparition de la concurrence inter marque. Au-delà de l'effet mécanique de la hausse des prix de vente consécutive au financement des marges arrière, cette inflation n'a aucunement été entravée par une concurrence inter marque. En effet, le prix de revente étant très proche du prix facturé par le producteur, la transparence des prix a ruiné tout effort de différenciation à l'avant de la part de ce dernier. D'une part une baisse des prix de vente pouvait être immédiatement détectée sur le marché aval par ses concurrents, qui en réagissant pouvaient neutraliser les avantages de la baisse. D'autre part cette baisse avait de grande chance d'être exploitée par les distributeurs pour obtenir du fabricant un alignement des conditions de prix sur celles obtenues par le concurrent (Colla, 2005)

Disparition de la concurrence intra marque. Pour se maintenir et augmenter leur présence dans les grandes surfaces dont l'offre de linéaire est limitée par la réglementation sur l'urbanisme commercial et saturée par la présence des marques de distributeurs, les producteurs puissants disposant de moyens financiers importants, n'ont pas hésité à en payer le prix fort et ils ont dans le même temps, participé et contribué avec les distributeurs aux dérives des accords de coopération commerciale et à l'augmentation des marges arrière. Cette stratégie leur a permis, d'évincer ou d'empêcher les concurrents moins puissants financièrement d'accéder à ce marché, puis d'acquérir une plus grande maîtrise des prix de

¹⁶ Ce sont en effet les prix des produits de grandes marques qui font l'objet des comparaisons les plus faciles pour les consommateurs.

¹⁷ Selon l'enquête, les marges avant diminuent de 4,5% du prix net facturé en 2001 à 3,9% en 2002 puis à 3,7% en 2003 ; dans 11% des observations la marge avant est estimée à zéro et la médiane des marges avant, lorsqu'elles ne sont pas nulles, est de 2,0% en 2003. Quant aux marges arrière, elles atteindraient en moyenne 32% du prix payé par le consommateur en 2003. Observatoire des prix des PGC, de la structure tarifaire et des marges dans la chaîne industrie-commerce en 2003. Ilec.Janv. 2004

revente pratiqués par leurs clients par la mise en place d'un mécanisme de prix plancher. En augmentant le prix sur facture, et en rétribuant les distributeurs par le biais de marges arrières plus fortes afin qu'ils acceptent de commercialiser le produit malgré un prix plus élevé, le producteur élimine grâce au seuil de revente à perte, toute concurrence intra-marque. Producteurs et distributeurs se répartissent le bénéfice de l'opération au détriment du consommateur dont la protection constituait pourtant, une des justifications évoquées ci-dessus, fondant l'interdiction de la revente à perte.

2- UN INSTRUMENT INEFICACE DE LUTTE CONTRE L'INFLATION DES PRIX DE GRANDE CONSOMMATION.

2.1-L'échec des initiatives antérieures à la loi Dutreil. Après de nombreux débats et controverses entre les pouvoirs publics et les acteurs français du commerce, plusieurs voies ont été envisagées pour lutter efficacement contre la hausse des prix des produits de grande consommation. C'est ainsi qu'une première tentative a été initiée avec la loi NRE du 15 mai 2001 et la première circulaire Dutreil du 16 mai 2003 qui invitaient les parties à la différenciation tarifaire et au basculement des marges de l'avant vers l'arrière, avec la possibilité de rémunérer sous la forme de réductions de prix, des services rendus par le distributeur dans le cadre de conditions particulières de vente. Mais cette réforme, reposant sur l'initiative et la volonté des intéressés conduisait à une trop grande modification des pratiques et se révélait difficile à mettre en œuvre du point de vue juridique en raison des risques de discriminations. Le recours à un accord collectif entre les acteurs économiques, autre initiative envisagée dans l'accord Sarkozy signé le 17 juin 2004, n'a pas été plus efficace. L'engagement de baisse des prix, n'a pas pu aboutir à la signature d'un accord global, tant les mécontentes sur le partage de l'effort entre distributeurs et industriels étaient persistantes. Ce faisant, si un tel accord avait été conclu, se posait un autre problème : celui de sa légitimité au regard des règles du droit de la concurrence¹⁸. Aussi, devant l'échec du recours à la voie conventionnelle, une autre solution s'imposait, celle d'adopter un nouveau texte réformant en profondeur la loi Galland. Mais paradoxalement, et alors qu'un consensus s'était dégagé pour reconnaître les nombreux dysfonctionnements résultant du principe de

¹⁸ En effet, un accord entre entreprises dont l'objet est de s'accorder sur des obligations en matière de prix ne relèverait-il pas d'une entente prohibée ? Saisi sur ce point par L'UFC, le Conseil de la Concurrence a, dans un avis du 18 octobre 2004, considéré, vu le contexte, "*qu'un accord visant à limiter les marges arrières serait à priori favorable au consommateur*". Mais, comme tout accord, il ne sera licite au regard du droit de la concurrence que s'il est exempté au titre de la contribution au progrès économique. Autrement dit, précise le Conseil de la concurrence, les auteurs de l'entente devront démontrer que *la baisse des prix éventuellement obtenue résulte directement de cet accord*.

l'interdiction, le législateur a opté pour son maintien tout en modifiant profondément le calcul du seuil de revente à perte.

2.2- Le maintien de l'interdiction.

Consensus sur le maintien de l'interdiction. Les nombreux effets pervers de la loi Galland appelaient une réforme en profondeur et les pouvoirs publics n'ont pas rencontré de difficulté à faire admettre cette idée, partagée par l'ensemble des acteurs économiques. Cependant, à l'exception d'E.Leclerc¹⁹, peu d'opérateurs de la grande distribution étaient favorables à une suppression pure et simple de l'interdiction de la revente à perte. Cette prise de position s'explique aisément de la part des fournisseurs, puisque cette disposition leur permet de maîtriser leurs tarifs en aval, et d'échapper à une pression encore plus forte sur les prix. De même, il est également compréhensible que le petit commerce de détail n'y soit pas favorable, tant la levée de l'interdiction porterait atteinte à ce type de magasins déjà bien fragilisés.

En revanche, on aurait pu s'attendre à ce que les initiateurs du prix d'appel, les grandes surfaces, militent tous, pour la légalité de la revente à perte. A cela, deux explications peuvent être avancées. D'une part les enseignes auraient été contraintes de se lancer dans une concurrence entre elles plus vive, et elles n'étaient pas toutes prêtes à le faire. D'autre part, elles auraient du renoncer à une part importante de la rente confortable garantie que constituent les marges arrière. Quant aux pouvoirs publics, cette solution les aurait amenés à abandonner un certain dirigisme sur l'orientation et l'encadrement des prix, au libre jeu de la concurrence. Aussi, la loi 2 août 2005 n'a pas retenu cette proposition, mais s'est inspirée assez largement de la deuxième formule conseillée par la Commission Canivet, en optant pour le maintien de l'interdiction, avec un aménagement du seuil de revente à perte, permettant une évolution progressive vers le triple net, solution désormais consacrée par la loi Chatel.

2.3- L'aménagement progressif du seuil de revente à perte

La loi Dutreil a aménagé le seuil de revente à perte en conférant aux distributeurs une grande marge de manœuvre dans la fixation des prix de revente aux consommateurs. Cette liberté leur a été accordée afin de leur donner les moyens d'endiguer l'inflation et de baisser les prix. Mais afin de ne pas bouleverser les équilibres commerciaux en présence, ou de ne pas déstabiliser trop brutalement le commerce de détail, le choix politique s'est porté sur une intégration progressive des marges arrière sur les deux années 2006 et 2007 pour parvenir en 2008, avec la loi Chatel, à une intégration totale. Ce système qui tend vers le trois fois net

¹⁹ L'enseigne E.Leclerc a été dès le début un fervent défenseur de l'abrogation de la loi Galland. LSA.n°1646, 30 sept.1999.

se révèle cependant d'une mise en œuvre complexe et demeure critiquable quant aux objectifs poursuivis puisqu'il revient, tout en l'encadrant, à autoriser la revente à perte.

2.4- Un système complexe. Le nouveau système mis en place par la loi Chatel, tel qu'il résulte de l'article L.442-2 al.2 du code de commerce²⁰, offre désormais la possibilité au distributeur pour calculer son seuil de revente à perte, d'affecter au prix unitaire net du produit²¹, l'ensemble des avantages financiers consentis par le fournisseur à son client et qui ne figurent pas sur la facture de vente du produit. Au titre de ces avantages figurent aussi bien les ristournes que toutes les rémunérations perçues par le distributeur en contrepartie des services qu'il rend. A première vue, les textes semblent admettre la possibilité de tout réintégrer à l'initiative du distributeur.

L'affectation des avantages financiers à un produit. Cependant, la loi subordonne l'intégration des marges arrière dans le seuil de revente à perte à leur expression en pourcentage du prix unitaire net du produit. Cela implique que l'avantage doit se rattacher à un produit, et que se pose la question des modalités de son affectation. L'obligation de déterminer et d'affecter au produit sa part de marge arrière se justifie pleinement au regard du fondement même de l'interdiction de revente à perte. Cette interdiction repose sur la nécessaire recherche d'un prix d'achat effectif du produit revendu, lequel doit être le plus proche possible de la réalité économique. Dès lors, il convient pour être appréhendé dans le calcul du seuil de revente à perte, d'établir une corrélation entre les avantages financiers consentis par le fournisseur et la vente de son produit (Pecnard et Cousin, 2005) .

Application aux services de la coopération commerciale. La déductibilité des services de la coopération commerciale dans le seuil de revente à perte est pleinement justifiée au regard du fondement exposé ci-dessus. Ces services, tels que définis par l'article L.441-7 du code de commerce, sont nécessairement affectés aux produits puisqu'ils sont rendus à l'occasion de la revente aux consommateurs et qu'ils doivent être propres à favoriser la commercialisation des produits du fournisseur. La loi Dutreil exigeait par ailleurs que la rémunération du service soit exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte.

²⁰ L'article L.442-2 du code de commerce dispose : "Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport ".

²¹ Le prix unitaire net est constitué du prix tarif, minoré selon les règles sur la facturation définies à l'article L.441-3 du code de commerce, des réductions de prix acquises à la date d'émission de la facture et directement liées à la vente; se sont donc les remises, les ristournes inconditionnelles et les ristournes conditionnelles dès lors que la condition à laquelle est subordonnée l'acquisition de ladite ristourne est satisfaite à la date d'émission de la facture.

Cependant, en raison des difficultés de mise en œuvre de ces nouvelles dispositions, la circulaire Dutreil II avait assoupli les règles de rémunération imposées par la loi et acceptait le recours à une rémunération globale, exprimée sous la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires, plus en phase avec la réalité des pratiques tarifaires. La nouvelle loi Chatel a abandonné cette obligation de rémunération en pourcentage dans les contrats, mais a maintenu l'obligation, pour le calcul du seuil de revente à perte, de traduire ces avantages globalisés en pourcentage du prix unitaire net d'un produit, sans pour autant contraindre les revendeurs à les affecter aux prix des produits qui en principe sont concernés par les services rémunérés par le fournisseur. Les distributeurs disposent apparemment d'une marge de manœuvre importante pour ventiler, comme ils l'entendent, les rémunérations globalisées aux produits. La réglementation semble ainsi autoriser la pratique qui s'apparenterait à celle de "*la cagnotte*"²² consistant à "*charger*" sur certains produits, voire sur un produit, l'ensemble des rémunérations perçues, afin d'en minorer d'autant le seuil de revente à perte et de pratiquer ainsi des prix d'appel que l'interdiction est pourtant censée combattre (Dany, Fabre, Sersiron, 2006).

Application aux services distincts de l'article 441-7-3°. Contrairement aux services de la coopération commerciale, le rattachement du service distinct aux produits est beaucoup plus ténu. Ces derniers, tels que la communication d'informations statistiques, les études de marché, les services logistiques ou les services négociés dans le cadre d'accords internationaux intéressent l'activité du fournisseur mais ne sont pas fournis à l'occasion de la revente et ne se rapportent pas nécessairement à la commercialisation d'un produit donné. Se pose alors la question de savoir s'ils peuvent venir en déduction du seuil de revente à perte, faute de pouvoir les affecter précisément aux produits. Une réponse négative s'imposerait au regard du principe même de la prohibition de la revente à perte qui suppose nécessairement un lien vérifiable entre le prix d'achat effectif et le prix de revente d'un produit. Dans ces conditions, les services distincts devraient être exclus de la part minorante déductible. Mais bien que conforme au fondement de la prohibition, cette exclusion irait à l'encontre de l'objectif de la réforme initiée en 2005 destinée à faire baisser les prix de revente, d'autant que la pratique révèle une augmentation des services distincts qui tendent à supplanter les services de la coopération commerciale selon l'enquête menée par la DGCCRF en 2006. La réforme se révélerait dans ces conditions inefficace. Au-delà, de la recherche d'une certaine cohérence,

²² Ce procédé destiné à contourner l'interdiction de revente à perte consiste pour un distributeur à capitaliser dans "*une cagnotte*" des remises ou ristournes sur un produit, au moyen d'un prix d'achat artificiellement élevé. Puis, à compenser cette surfacturation par l'utilisation ultérieure des réductions accumulées, lors d'une vente promotionnelle pour proposer des prix de revente très bas à la clientèle.

qui semble avoir échappée au législateur, dans la possibilité d'intégrer l'ensemble des avantages financiers dans le seuil de revente à perte, les textes semblent, d'un point de vue strictement formel, inciter, voire obliger à rechercher un nécessaire rattachement, qui paraît pour le moins arbitraire et artificiel des services distincts aux produits. Il suffit pour cela de les traduire en pourcentage du prix unitaire net d'un produit, alors que ces services ne peuvent avoir aucun lien avec la commercialisation de ce dernier et partant de son prix d'achat effectif.

Application aux ristournes conditionnelles. Sous l'empire de la loi Galland, les ristournes conditionnelles ne pouvaient pas être déduites du seuil de revente à perte, faute d'être acquises au jour de la vente. Elles sont en effet par définition subordonnées à la réalisation d'une condition future, telles que par exemple les ristournes pour progression de chiffre d'affaires. Désormais, l'intégration des ristournes (dés lors qu'elles sont exprimées en pourcentage du prix unitaire net du produit) dans le seuil de revente à perte est possible, sans avoir à se préoccuper de la réalisation des conditions dans lesquelles elles sont assorties. La circulaire du 8 décembre 2005 propose cependant une solution à la fois complexe et empreinte d'une grande insécurité juridique. Elle permet de déduire les ristournes conditionnelles, *"quelle que soit leur date de liquidation, et qui ont fait l'objet lors de la négociation commerciale d'un accord entre le vendeur et l'acheteur."*²³ Autrement dit, l'administration autorise sur la base d'un accord à imputer les ristournes conditionnelles sans avoir, à priori, à s'inquiéter de leur octroi effectif au distributeur. Dans cette hypothèse, on aboutit à une baisse du seuil de revente à perte, critiquable, car détaché une fois de plus du prix d'achat effectif et donc de la réalité économique. Enfin, elle crée un risque de distorsion de concurrence entre les distributeurs intégrant des ristournes effectivement perçues, et les autres qui pourraient déduire des ristournes potentielles en vertu d'un accord.

2.5-Une prohibition critiquable

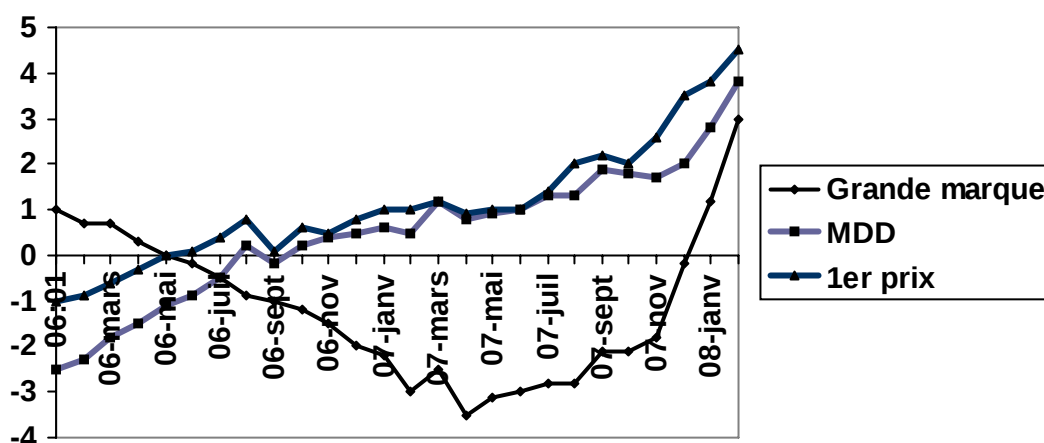
Au travers de ces dispositions, le législateur a opté pour une intégration large des marges arrière. Dans le but d'appréhender le plus largement possible l'ensemble des avantages financiers, le législateur semble s'être davantage préoccupé de la nécessité de traduire, fut ce au prix d'un certain artifice, produit par produit un montant global de marges arrière afin d'en faciliter leur intégration, au détriment d'une certaine cohésion qui justifiait jusqu'alors le fondement même de l'infraction de revente à perte.

²³ Circulaire Dutreil II § 4.1

Un système critiquable sur le fond. Une fois de plus c'est l'existence même de l'interdiction qui est contestable. D'une part parce que la loi revient, en permettant de déduire tous services facturés et de les répartir de manière discrétionnaire à tel ou tel produit, à s'éloigner de la réalité économique du prix d'achat effectif. Elle autorise *de facto* une revente, qui sera forcément "à perte" au sens économique du terme, avec ses effets nocifs sur les autres opérateurs économiques. D'autre part, cette infraction est d'autant plus inique, que la loi fait peser le risque de l'incertitude juridique sur les opérateurs économiques, puisque c'est à eux qu'il appartiendra de déterminer sous leur propre responsabilité la prise en compte des avantages financiers et de leur modalité d'affectation. Ces deux constats devraient conduire à autoriser la revente à perte ou à abandonner, à tout le moins, le caractère pénal de la sanction.

Un système critiquable quant à ses effets. La loi Dutreil d'août 2005 permettant au distributeur d'intégrer une grande partie des marges arrière dans son prix de revente a entraîné, peu de temps après son application, une baisse des prix des produits de grande marque alors que les premiers prix et les MDD ont amorcé une tendance inflationniste. Si la réduction des taux de marge sur les grandes marques a été compensée en partie par une hausse des prix et des marges sur les premiers prix et MDD, globalement les prix à la baisse des produits de grande marque ont été profitables aux consommateurs puisqu'ils ont permis de stabiliser les prix jusqu'en juin 2007, et cela dans tous les formats notamment hypermarchés et supermarchés (Colla, 2007).

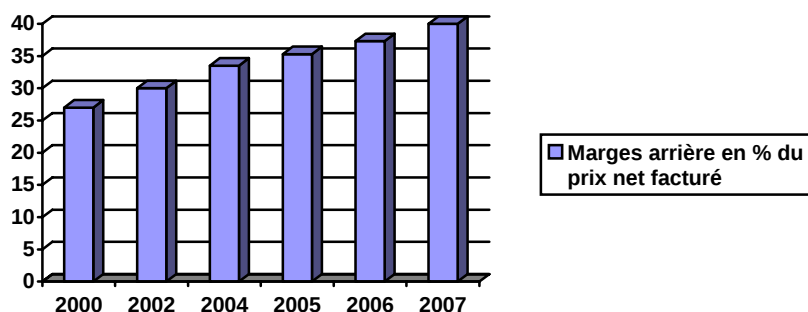
Figure 1 : Glissement annuel des prix



Source : OPUS – Nielsen Panel international

Cependant la pérennité du seul effet positif en la matière est loin d'être assurée. La loi Dutreil en permettant d'intégrer une partie des marges arrière dans le seuil de revente à perte a eu pour effet d'augmenter l'offre de services. Poursuivant la même logique, avec désormais la possibilité de réintégrer la totalité des marges arrière, la loi Châtel va encourager cette propension à l'inflation des services facturés par les distributeurs aux fournisseurs. En vendant moins cher les produits de grandes marques, les distributeurs vont chercher à compenser la perte de marge, en augmentant les budgets résultant des prestations de services offerts et/ou à en créer pour les produits où ces budgets n'existaient pas²⁴. La réglementation encourage l'augmentation de la marge arrière car plus elle est importante, plus la part déductible pour faire baisser le SRP sera grande. Cet effet inflationniste prévisible des rémunérations des services offerts a déjà été amorcé. L'enquête réalisée par la DGCCRF a révélé dès le premier semestre 2006 une augmentation des prestations de services par rapport à 2005²⁵ et la tendance vers une augmentation des marges arrière se confirme.

Figure 2 : Evolution des marges arrière



Source : LSA, Illec

Ce mécanisme est de surcroît renforcé par l'interdiction des pratiques discriminatoires empêchant la négociabilité des tarifs du fournisseur de sorte que la négociation à la baisse d'un tarif ne peut passer que par l'augmentation des marges arrière, dont le niveau est déjà très élevé. Il en résulte une situation inique et assez spécifique à la France dans laquelle les revenus des distributeurs proviennent de la négociation des services et non de la marge réalisée dans les magasins. Cette situation paradoxale, quand on sait combien les marges arrière ont été dénoncées, et que la récente jurisprudence en la matière a montré à quel point

²⁴ Comme en atteste la réaction qu'ont adopté immédiatement certains distributeurs d'augmenter ou de créer à hauteur de 20% (correspondant pour 2006 au seuil de marge arrière non intégrable) les avantages financiers hors facture dans des secteurs où les marges arrières étaient faibles ou inexistantes, comme par exemple dans le secteur du jardinage, bricolage et textile.

²⁵ Pratiques commerciales entre la grande distribution alimentaire et ses fournisseurs. Première phase d'enquête de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes pour 2006 Bilan présenté à la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales le 25 septembre 2006.

la légitimité des avantages financiers était contestable car souvent dépourvue d'utilité et de gains d'efficience pour le fournisseur²⁶. Pour financer les prestations de services en augmentation, les producteurs n'auront pas d'autres alternatives pour survivre que de répercuter cette hausse sur leur barème de prix avec le risque, notamment pour les plus fragiles d'entre eux, d'être déréférencés. La hausse des tarifs et la hausse des marges arrière s'entretiennent mutuellement. Si les grandes enseignes n'acceptent pas de réduire leur marge et de financer en conséquence la baisse des prix publics, la restitution aux consommateurs d'une partie des marges arrière se révélera à terme vaine pour obtenir une baisse des prix de revente ou freiner la très forte augmentation de prix qui frappe certains produits alimentaires en raison de la hausse des prix des matières premières constatée ces derniers mois.

DEUXIEME PARTIE : LA SPECIFICITE DE LA REVENTE A PERTE EN FRANCE: ETUDE COMPARATIVE

La France a été le premier pays européen à adopter la prohibition de la revente à perte et pendant plusieurs décennies, elle a été la seule à incriminer cette pratique. Ce n'est qu'à partir des années 1990 que plusieurs Etats en Europe se sont dotés d'une législation l'interdisant et à première vue, la France aujourd'hui n'est pas si isolée. Cependant l'interdiction n'est pas appréhendée de la même façon dans les pays où elle existe. La réglementation varie en fonction de la perception et des effets produits dans chaque pays des dangers du caractère plus ou moins prédateurs des prix. Il convient en effet d'opérer une première distinction entre les pays qui la condamnent au titre des pratiques anticoncurrentielles en raison de ses effets sur le marché de ceux qui se sont dotés, à l'instar de la France, d'une législation spécifique, la réprimant *per se*, indépendamment de ces effets nocifs sur le jeu de la concurrence.

1-REVENTE A PERTE ET PRATIQUE ANTICONCURENTIELLE

1.1- L'atteinte au marché. La majorité des pays européens qui sanctionnent la revente à perte le font par le biais du droit de la concurrence notamment lorsqu'elle est le fait d'une entreprise en position dominante (De Beaumont, 2005). Il s'agit alors d'un comportement anticoncurrentiel constitutif d'un abus en raison des atteintes portées à la concurrence sur le marché concerné. Rentrant dans cette catégorie les réglementations mises en place par l'Autriche²⁷, Malte²⁸, la Slovaquie²⁹, la Finlande³⁰ ou le Danemark³¹. Les règles sont plus ou

²⁶ Cette jurisprudence a été répertoriée dans le rapport d'activité 2006/2007 de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

²⁷ Article 35 de la loi de 1988 sur les cartels.

moins exigeantes dans l'appréciation de l'abus. Ainsi, la réglementation allemande entrée en vigueur en 1999 ne sanctionne la pratique que si, résultant d'une entreprise en position dominante sur le marché, elle est exercée de façon systématique par l'entreprise³². En Italie, la revente à perte a été élargie à d'autres situations. Outre l'exigence d'effets significatifs sur le marché, elle n'est illégale que lorsque le vendeur détient 50% ou plus de la surface totale de vente existant dans la province italienne concernée, ou lorsque la revente à perte a lieu plus de trois fois par an, ou qu'elle dure dix jours et plus, ou enfin lorsqu'elle concerne plus de cinquante produits chaque fois³³. Enfin, en Grèce la position dominante d'une entreprise n'est pas exigée, mais l'article 24 de la loi N 2941/2001 interdit la vente au détail de marchandises à un prix fixé en deçà du coût d'achat, lorsqu'elle met en danger un certain segment de marché ou si elle porte atteinte de façon substantielle aux principes de la concurrence et aux intérêts des consommateurs.

1.2- Souplesse de la réglementation. Ces législations présentent l'avantage d'être relativement souples et de s'adapter à l'évolution du marché en laissant une grande part à liberté d'appréciation. Bien que ces réglementations n'aient pas empêché l'émergence, dans ces pays, d'opérateurs très puissants du secteur de la distribution, elles se montrent globalement efficaces car elles concilient à la fois la protection des petits commerces de détail et l'intérêt du consommateur qui profitent d'une concurrence par les prix. Le modèle allemand, dont les prix restent les plus compétitifs d'Europe, est à ce titre souvent cité³⁴.

2-REVENTE A PERTE ET PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE

Peu de pays ont adopté, en revanche, une interdiction *per se* de la revente à perte. Le Luxembourg l'a interdite et l'a étendue en 2002 à l'offre de service³⁵, la Hongrie en 2003 et le Portugal dont la législation est très proche de la réglementation française l'a introduite en

²⁸ Article 9-2 b de la loi de 1994

²⁹ Article 8-2-1 de la loi du 15 décembre 2000

³⁰ Article 7 de l' "Act on Competition restrictions » n°480/1992 relatif aux abus de position dominante"

³¹ Section 11 du "Danish competition act "

³² Aux termes de la loi du 1er janvier 1999 relative aux restrictions de concurrence : "*Les entreprises qui sont en position de force sur le marché vis-à-vis de petits et moyens concurrents ne doivent pas exploiter cette position afin d'entraver, directement ou indirectement et de manière inéquitable, les activités de ces concurrents. Il y a pratique anticoncurrentielle au sens de la première phrase notamment si une entreprise qui offre des marchandises ou des services commerciaux pratique des ventes à perte systématiques, à moins que cela ne soit justifié par les faits* ».

³³ Article 1 du décret présidentiel n°218/2001.

³⁴ La stratégie très agressive en matière de prix pratiquée par de grandes chaînes de magasins discount comme Aldi et Lidl contribue à cette concurrence. Par ailleurs, le calcul du seuil de revente à perte inclut toutes les réductions, y compris celles provenant des services de la coopération commerciale. Cette réglementation semble satisfaire tous les opérateurs économiques y compris les associations de consommateurs qui approuvent son existence en estimant qu'elle protège l'activité des PME d'une concentration excessive du marché

³⁵ Loi du 3 juillet 2002.

1993³⁶. La définition du seuil de revente à perte correspond, à quelques variantes près, au prix se situant en dessous du prix d'achat d'approvisionnement. Mais certaines législations disposent d'une définition plus souple. Il en est ainsi de la Belgique, par exemple, qui assimile à la revente à perte *"toute vente qui, compte tenu de ces prix ainsi que des frais généraux, ne procure qu'une marge bénéficiaire extrêmement réduite"* et pour apprécier le caractère normal ou exceptionnellement réduit de la marge bénéficiaire, il est tenu compte notamment du volume des ventes et de la rotation des stocks³⁷. Deux pays, l'Espagne et l'Irlande retiendront spécialement notre attention dans la mesure où leur législation très proche de celle de la loi Galland en France ont produit des effets diamétralement opposés.

2.1- L'Espagne.

Depuis 1991, l'Espagne s'était dotée d'une législation sanctionnant les prix prédateurs sur le fondement de la concurrence déloyale. Cette réglementation s'est révélée peu efficace. Deux raisons ont été avancées. La première difficulté venait du manque de clarté sur la détermination du prix d'achat et la seconde provenait du fait que la loi ne prohibait la revente à perte que si elle était susceptible d'induire les consommateurs en erreur à propos du niveau réel des prix, si elle nuisait à l'image d'un produit ou d'un détaillant concurrent, ou si elle relevait d'une stratégie tendant à éliminer un compétiteur du marché. Aussi, a-t-elle été modifiée par une loi du 15 janvier 1996 relative à l'organisation du commerce de détail³⁸. L'Espagne a renforcé son dispositif en clarifiant le calcul du seuil de revente à perte et en aggravant les sanctions pécuniaires pouvant aller en cas de récidive jusqu'à 600 000 € et la fermeture du commerce pour une durée maximale d'un an. La réglementation espagnole se révèle dans ces conditions très proche de celle qui avait été mise en place par la loi Galland la même année en France. Cette similitude se traduit aussi bien quant au calcul du seuil de revente à perte, puisqu'elle prévoit la déduction des remises sur facture et l'exclusion des réductions de prix correspondant à des services réalisés par les enseignes, autrement dit de la coopération commerciale³⁹, qu'en ce qui concerne les exceptions à l'interdiction⁴⁰. Mais alors

³⁶ Article 3 du décret-loi n°370/93 du 29 octobre 1993. L'interdiction vise aussi bien la revente que l'offre de revente à un niveau inférieur au prix d'achat effectif. Le prix d'achat effectif est celui qui apparaît sur la facture, déduction faite des remises déterminées au moment de la facture et directement liées à la transaction. La prohibition des reventes à perte n'est pas applicable à certaines catégories de produits, tels que les produits périssables ou obsolètes ou lorsque le distributeur s'aligne sur les prix pratiqués par un concurrent.

³⁷ Article 40 de la loi du 14 juillet 1991, sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Dans certains cas le roi peut déterminer la marge de bénéfice minimale en dessous de laquelle une vente est réputée à perte.

³⁸ Loi n°7/1996 du 15 janvier 1996.

³⁹ L'article 14.2 et 3. de la loi dispose en effet que: *la vente à perte est constituée quand le prix d'un produit est inférieur au prix d'achat qui figure sur la facture, déduction faite, à proportion, des ristournes qui figurent sur celle-ci, au prix du renouvellement des produits si celui-ci est lui-même inférieur à celui-là, ou au coût effectif de*

qu'en France la réforme de la loi Galland a été un échec, la législation espagnole est jugée plutôt satisfaisante par les autorités de la concurrence. Cette différence de résultat, peut s'expliquer par la très grande souplesse de la réglementation espagnole sur la négociation commerciale. Les fournisseurs ne sont en effet pas tenus de disposer de conditions générales de vente et il n'existe aucun dispositif relatif à la discrimination. Les prix font véritablement l'objet d'une réelle négociation aussi bien sur ceux de la vente des produits, que sur ceux des prestations de services offerts par les distributeurs. Aussi, l'interdiction de revente à perte n'a pas eu pour effet de transférer, comme en France, la négociation de l'avant, vers l'arrière avec pour conséquence une hausse des prix de revente préjudiciable au consommateur. La même souplesse, peut également être observée en ce qui concerne les règles d'urbanisme commercial. L'Espagne étant constituée de régions autonomes, ces dernières peuvent en fonction de la situation économique locale et de la densité des grandes surfaces prendre des dispositions réglementaires spécifiques pour qu'une réelle concurrence s'exerce entre les enseignes, tout en veillant au maintien du commerce traditionnel (Foucher, 2005). L'application de la législation espagnole s'intègre dans un contexte réglementaire plus flexible, intégrant un raisonnement économique qui fait défaut en France⁴¹.

2.2- L'Irlande.

Alors que l'Irlande est réputée pour la souplesse de sa réglementation, l'interdiction depuis 1987 de la revente à perte, selon à peu près les mêmes termes que la loi Galland⁴², faisait figure d'exception. Pour protéger le petit commerce de détail, l'interdiction visait plus particulièrement les commerces à dominante alimentaire. Mais, en raison d'une plus grande inflation constatée sur les prix des produits d'alimentation par comparaison aux prix des biens d'équipement et de ceux de l'habillement, cette réglementation a été contestée dans un rapport de l'OCDE, publié en 2005 comme étant anticoncurrentielle et contraire aux intérêts du consommateur. Aussi, cette interdiction a été abrogée le 8 novembre 2005 et elle est rentrée en vigueur en mars 2006, tout en conservant la réglementation relative aux pratiques des prix

production si l'article a été fabriqué par le commerçant lui-même ; ces prix s'entendent augmentés selon la cote des impôts indirects qui grèvent l'opération. Ne seront pas pris en compte en vue de la déduction pour la détermination du prix dont traite le paragraphe précédent, les rémunérations ou rabais, de quelque nature qu'ils soient, qui constituent des compensations pour services rendus.

⁴⁰ L'interdiction ne s'applique pas à la vente de denrées périssables, de produits détériorés, défectueux et obsolètes et aux ventes liquidatives ordonnées par décision de justice ou administrative. De même fait partie des exceptions, l'alignement sur les prix d'un concurrent.

⁴¹ Exemple de la Catalogne qui a à plusieurs reprises gelé l'implantation des grandes surfaces et qui envisage d'instaurer un impôt spécifique sur les grandes surfaces, dont le produit serait affecté au financement d'aides destinées au commerce traditionnel.

⁴² articles 11 et 12 du *Groceries Order*

prédateurs du *Competition Act*, de 2002. Toutefois, l'abrogation de la revente à perte s'est accompagnée d'une interdiction à la fois audacieuse et originale qui interdit aux distributeurs d'imposer à leurs fournisseurs une rétribution en contrepartie d'opération promotionnelle ou d'emplacement privilégié en linéaire. S'il est encore trop tôt pour se prononcer sur les effets de cette réforme, on peut néanmoins avancer que la restriction relative à l'interdiction de rémunérer, l'équivalent en France de nos services de coopération commerciale, provoquera à terme une baisse des prix de vente net et par conséquent de revente puisque les producteurs, n'auront plus à répercuter sur leurs prix, le coût des services. Cette réglementation favorisera le retour vers une réelle négociation des prix et instaurera une meilleure concurrence sur le marché amont.

3- UNE INTERDICTION CRITIQUÉE PAR LES AUTORITÉS INTERNATIONALES

Si la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que l'interdiction française de la revente à perte ne constituait pas une entrave aux échanges intracommunautaires, les institutions communautaires ont récemment dans le cadre d'une proposition de règlement relative aux promotions des ventes, révisé cette position en envisageant de supprimer les législations nationales interdisant la revente à perte afin de mettre fin aux distorsions de concurrence sur le territoire de l'Union. Enfin, au-delà de l'Europe, le bien fondé de la prohibition de la revente à perte a été sérieusement remise en question dans un récent rapport de l'OCDE publié en 2006 qui s'est montré particulièrement critique à l'égard des pays l'interdisant, rejoignant ainsi la position adoptée par les économistes.

3.1- La Commission européenne. Le droit européen ignore l'interdiction de la revente à perte. Pour les autorités communautaires, la vente ou la revente à perte ne peuvent être appréhendées qu'en raison de leur caractère anticoncurrentiel, lorsqu'elles sont le fait d'une entreprise en position dominante⁴³. Cependant, la Commission européenne a eu l'occasion en 2001 de manifester sa désapprobation et d'envisager, dans la perspective de libéraliser les promotions, la suppression des réglementations nationales interdisant la revente à perte⁴⁴. Cette position avait pour objectif de mettre fin aux disparités entre les législations nationales des pays membres et de mettre sur un pied d'égalité les entreprises européennes souhaitant recourir aux promotions commerciales sur le territoire de l'Union. La Commission relevait également que le manque d'harmonisation des législations en la matière augmentait

⁴³ Article 82 du traité CE.

⁴⁴ Communication de la Commission relative aux promotions des ventes dans le marché intérieur et proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur. Com (2001) 546 final du 2 octobre 2001. Ce texte a pour objectif d'éliminer les barrières aux ventes promotionnelles, érigées par les dispositions nationales en matière de rabais, primes, cadeaux, concours et jeux promotionnels.

considérablement les coûts publicitaires des promotions. La proposition a suscité de nombreuses réactions et l'hostilité des pouvoirs publics français⁴⁵. Aussi, le parlement européen a adopté le 4 septembre 2002 des amendements réduisant le champ d'application de la proposition de règlement. L'assemblée a opté pour le principe de subsidiarité en laissant aux états membres le droit de maintenir sa propre réglementation sur cette question. Ce faisant, l'intention par l'exécutif européen de lever l'interdiction sur l'ensemble de la communauté européenne et de vider ainsi en grande partie la réglementation sur les prix des législations nationales a marqué, en qualifiant l'interdiction d'obsolète, une étape.

3.2- Position de l'OCDE. De même, dans un rapport en date du 1^{er} février 2006, l'OCDE s'est montré particulièrement critique sur l'efficacité économique des législations nationales interdisant la revente à perte. Accusée d'être inéquitable, de freiner la concurrence par les prix et de pénaliser le consommateur, le rapport va jusqu'à établir, en citant pour exemple la France, une corrélation entre la réglementation sur la revente à perte et des taux de croissance faible et de chômage élevé. Le rapport conclut que : "*Dans les nations qui disposent déjà de lois contre les prix d'éviction prédateurs et la tromperie des consommateurs, les coûts des lois sur la RAP pour les consommateurs sont susceptibles d'excéder les avantages*" et "*de nuire à une croissance économique dynamique dans le commerce de détail*". La France qui condamne l'interdiction *per se* de la revente à perte, mais aussi les prix prédateurs constitutifs d'un abus lorsqu'ils sont le fait d'une entreprise en position dominante en vertu de l'article L.420-2 du code de commerce est concernée au premier chef par cette conclusion.

CONCLUSION

La France isolée et à contre courant. Le mouvement amorcé en faveur d'une libéralisation ou dans une moindre mesure d'une plus grande souplesse des réglementations nationales n'a pas inspiré le législateur français de 2005 et de 2008. Pourtant, partant de ces expériences, le groupe d'experts de la Commission Canivet et plus récemment la Commission pour la libéralisation de la croissance, présidée par M.Attali avaient proposé au titre des solutions, pouvant à terme relancer la concurrence par les prix, l'hypothèse d'une profonde déréglementation. Mais l'éventualité d'une suppression de l'infraction a rapidement laissé la place à une volonté de garder les acquis de la loi Galland. Loin d'améliorer la situation du consommateur et de protéger les acteurs économiques les plus vulnérables, la réglementation se révèle complexe, inefficace et inutile. Par ailleurs, le contexte réglementaire rigide et

⁴⁵ Les Echos 30 mai 2002 p.17

laissant peu de place à la libre négociation dans lequel s'inscrit cette interdiction, constitue une autre particularité de notre système français et présente l'inconvénient d'isoler la France. Se pose donc une fois de plus, l'intérêt de maintenir l'interdiction. Certes, si la possibilité offerte par la loi Chatel de déduire totalement les marges arrière jusqu'au trois fois net va permettre d'injecter un peu d'intensité concurrentielle sur les marchés avals de la vente au détail, ce résultat aurait tout aussi pu se réaliser en levant l'interdiction qui ne repose sur aucune justification économique. En réalité, le maintien de l'interdiction avec son carcan de règles repose sur une défiance des pouvoirs publics vis à vis des mécanismes du marché et des acteurs et leur permet ainsi de conserver un contrôle indirect sur les prix. Le rapport déposé par la Commission Hagelsteen sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente qui sera traitée dans le cadre de la prochaine loi de modernisation de l'économie confirme cette tendance. Les conclusions du rapport constituent une faible avancée vers une libéralisation des relations contractuelles : maintien des dispositions encadrant la négociation commerciale et de la facturation des marges arrières ; seule serait supprimée l'interdiction des pratiques discriminatoires autorisant ainsi le producteur à opérer des différences de tarifs sans avoir à les justifier. Si ces propositions étaient retenues dans le cadre de la nouvelle loi, cela ne changera pas fondamentalement les comportements. Les distributeurs continueront à maintenir à un niveau élevé le montant de la marge arrière et à poursuivre leur politique commerciale qui consiste à sélectionner non pas le fournisseur qui offre le meilleur produit pour la satisfaction de ses clients mais celui qui offre le plus de marges arrières (Ducrocq 2008). Le droit régissant les pratiques tarifaires se caractérise par de nombreuses réformes qui se sont révélées inefficaces, et néfastes pour la concurrence. Poursuivant des objectifs le plus souvent louables (défense du petit commerce, loyauté, moralisation des relations commerciales) les législateurs se sont avant tout attachés à intervenir, dans ces moindres détails, dans la sphère privée des relations commerciales entre producteurs et grands distributeurs sans mesurer que cette réglementation allait contribuer à la mise en place par les distributeurs de pratiques commerciales contestables et préjudiciables aux consommateurs. La grande distribution se caractérise par sa grande réactivité et par son aptitude à instrumentaliser au mieux de ses intérêts toutes nouvelles réglementations. Or quel que soit l'objectif poursuivi par la loi, force est de constater que chaque nouvelle réforme se heurte inévitablement à deux écueils. D'un part, les grands distributeurs ne renonceront jamais à leur marge et il est vain de vouloir modifier leurs comportements alors que le réflexe des ces derniers a toujours été de reconstituer de la marge, là où ils le pouvaient : hier avec les services de la coopération commerciale, aujourd'hui avec les services distincts, les conditions

particulières de vente et les pénalités. D'autre part, la réglementation se heurtera toujours à l'impuissance des petits fournisseurs à faire prévaloir leurs droits dans la négociation commerciale ou à engager des poursuites en cas de violation de ces mêmes droits, que la loi n'a eu de cesse de stigmatiser sans grand succès.

En conclusion, la levée de l'interdiction de revente à perte accompagnée d'une déréglementation du droit des pratiques restrictives destinée à agir sur les comportements n'aura de sens que si elle s'inscrit dans une réforme plus vaste portant sur les structures du secteur de la grande distribution. Les pratiques de négociation se traduisant par un déplacement non justifié de la répartition de la valeur au profit des grands distributeurs et par un appauvrissement de la concurrence au détriment des consommateurs ont été d'autant facilitées qu'elles interviennent dans un contexte de concurrence oligopolistique. La France présente en effet un taux de concentration dans le secteur de la grande distribution plus important que la moyenne européenne et la concurrence s'exerçant sur les zones de chalandise entre les enseignes est faible. Pour faciliter l'émergence de nouvelles surfaces de vente et l'apparition de nouveaux concurrents dans le secteur de la distribution, il est nécessaire et les pouvoirs publics en ont pris conscience d'agir dans deux directions. La première consiste à assouplir, voir supprimer les barrières à l'entrée dans ce secteur résultant des règles restrictives de l'urbanisme commercial. Une réforme du droit de l'équipement commercial s'impose. Cette obligation n'est d'ailleurs plus une question d'opportunité, mais elle est devenue une nécessité juridique imposée par le droit communautaire⁴⁶. La deuxième direction consisterait à accompagner cette ouverture à la concurrence de règles propres aux prises de contrôle des supermarchés afin d'éviter la constitution de positions dominantes locales⁴⁷.

⁴⁶ Le droit français est incompatible avec l'article 43 du traité CE relatif à la liberté d'établissement et contraire à la directive "services" en date du 27 déc 2006. La Commission de modernisation de l'urbanisme commerciale mise en place par le ministre Dutreil en 2006 a formulé récemment sur ce point plusieurs propositions qui sont innovantes telle que l'intégration complète de l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général. Dans son avis en date du 11 octobre 2007, le Conseil de la Concurrence reprenant la proposition formulée par la Commission de modernisation de l'urbanisme commerciale s'est montré favorable à une intégration complète de l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général.

⁴⁷ Les seuils actuels de contrôle des concentrations se sont en effet révélés inadaptés aux enjeux de la concurrence sur les zones de chalandise et pourraient être abaissés.

REFERENCES

Allain L. Chambolle C (2003), Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs. Bilan et limites de trente ans de régulation, revue française d'économie, 4 vol. XVII, 169-212.

Attali J. (2007), *Commission pour la libération de la croissance française : premières propositions sur le pouvoir d'achat*, La documentation française.

de Beaumont A.(2005), *La revente à perte en tant que pratique restrictive, Etat des lieux de la législation en Europe*, Ilec.Bull, n°360, p.12.

Canivet G. (2004), *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, La documentation française.

Chambolle C. (2003), *Faut-il interdire la revente à perte ?* Revue française d'économie, 3.vol XVII.80-109.

Chambolle C. (2006), *Stratégies de revente à perte et réglementation*, Annales d'Economie et Statistiques, n°77.

Chambolle C. (2006), *Le nouveau seuil de revente à perte: vers une abolition progressive de l'interdiction ?* Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence, Actes, Dalloz, p.31.

Chinardet C. (2000), *Négocier avec la grande distribution*, Organisation Editions

Claudet E. (2003), *Relations fournisseurs distributeurs*, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, oct/déc, p.707.

Cliquet G. Basset G. des Garets V. Perrichot R. (2008), *50 ans de grandes surfaces en France : entre croissance débridée et contraintes légales*, 7th International, Congress, Marketing Trends Venice, Italy, Janv.2008.17-19

Colla E. (2008), *l'impact de la réglementation concernant la revente à perte et la liberté d'établissement sur les performances des entreprises de la distribution : une comparaison européenne*. 7th International, Congress, Marketing Trends Venice, Italy, Janv.2008.25-26

Colla E. (2005), *Une concurrence détournée : législation commerciale et marges arrière dans la grande distribution en France*, Revue française du marketing, Juil.2005, p.7.

Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (2007), *Pratiques commerciales entre la grande distribution alimentaire et ses fournisseurs. Première phase d'enquête de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes*, Rapport d'activité 2006/2007,annexe 10.

Cousin M et Pecnard C. (2005), *Quelles marges arrières intégrer dans le seuil de revente à perte après la loi du 2 août 2005 en faveur des PME?* Petites Affiches. 26 sep.2005, p.3.

Dany M. Loi Dutreil (2005), *Quelles nouvelles relations entre fournisseurs et distributeurs?* Lamy droit économique, Bull.act, oct. 2005. n°188.

Dany M. Fabre R. et Sersiron L.(2006), *Le guide des négociations commerciales*, Dalloz.

Ducrocq C.(2008), *La distribution française survivra t'elle à sa réglementation ?* dans Colla.E *réglementation et commerce en Europe*, Vuibert

Ferré D. et Ferrier D. (2003), *La circulaire dite Dutreil du 16 mai 2003 : une nouvelle approche de la négociation entre fournisseur et distributeur*. Dalloz, affaires, 2003, n°26.

Ferré D.et Ferrier D. (2005), *La réforme des pratiques commerciales*, Contrats, concurrence consommation, nov. 2005.p.7

Ferré D.et Ferrier D. (2006), *La circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales*, Contrats, concurrence consommation, fév. 2006. p.6

Ferré D, Genty N, Debert E. (2008), *La loi Chatel du 3 janvier 2008 : quelles incidences dans les relations fournisseur- distributeur ?*

Ferré D (1998), *Conditions générales de ventes et discrimination*, Petites affiches, 5 janv. 1998, p.6.

Ferré D (2005), *La coopération commerciale*,, 1^{er} juil. 2005.

Ferré D (2005), *Le rapport de la commission Canivet : enjeux et implications d'une réforme de la loi Galland en matière de baisse des prix à la consommation*, Semaine juridique droit des affaires, 20 janv. 2005, p.72.

Fouche M.A. (2005), *Rapport d'information fait à la demande du Premier ministre sur l'évaluation du dispositif législatif et réglementaire garantissant l'équilibre entre les différentes formes de commerce*, Sénat n°382.

Gaubert J. (2005), *Rapport sur la proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête visant à analyser le niveau et le mode de formation des marges et des prix dans le secteur de la grande distribution, et les conséquences de l'évolution des prix sur le pouvoir d'achat des ménages*, Assemblée Nationale n° 1874.

Hagelsteen M.D (2008), *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Rapport 12 fev.2008 www.minefe.gouv.fr.

LSA (2008), *Le rapport Hagelsteen supprime la non discrimination tarifaire*, 2032, fév. p19.

LSA (2008), *Réforme Chatel. Nécessaire mais insuffisante*, 2026, janv. p 16.

LSA (2008), *La distribution, victime ou coupable sur le pouvoir d'achat ?* 2026, janv. p 21.

LSA (2008), *Les premières heures de la loi Chatel en magasins*, 2026, janv. . p 21.

LSA (2008), *Les industriels se défendent de la hausse des prix*, 2027, janv. . p 21.

Malaurie-Vignal M.(2005), *la revente à perte, un tourment de la France*. Contrats, concurrence consommation, juin 2005 p.3.

de Leyssac C.L.et Parleani G.(2002), *Droit du marché*, Thémis.

Montet C. et Venayre F. (2005), *Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire*, Revue Lamy concurrence. Janv.2005, p.175

OCDE (2006). *Resale below cost laws and regulations*, DAF/COMP (2005) 43

Rey P et. Tirole J. (2000), *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs. Rapport du conseil d'analyse économique*, La documentation française.

Tinard C et Y et Serna J-C. (2003), *La grande distribution française : bouc émissaire ou prédateur ?* Litec.