

L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE VEUT S'INVITER DANS LES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES

par **Christophe Pecnard**

Avocat, NomoS – société d'avocats

Gaëlle Robic

Avocat, NomoS – société d'avocats

Autorité de la concurrence, 31 mars 2015, avis n° 15-A-06

Le contexte : le rapprochement de grandes enseignes de la distribution

Le 31 mars 2015, l'Autorité de la concurrence a rendu son avis très attendu relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire¹. À la veille des négociations annuelles, les principales enseignes de la grande distribution alimentaire avaient, en effet, annoncé leurs rapprochements puisque Système U et Auchan, Intermarché et Casino puis, dans les derniers jours de décembre, Carrefour et Provera avaient successivement fait savoir qu'elles avaient conclu des accords de regroupement à l'achat.

Cet avis intervient dans un contexte de guerre des prix et au lendemain de négociations annuelles avec les industriels qui se sont déroulées dans un climat extrêmement tendu. Les fournisseurs avaient donc placé beaucoup d'espoirs dans cet avis qui peut décevoir par certains aspects. On peut déjà regretter que cet avis soit rendu après la signature des accords 2015. Il constituera toutefois, comme le rappelle l'Autorité en introduction de son avis, une grille d'analyse très utile pour les opérateurs l'année prochaine. Certains d'entre eux ne manqueront pas de se reconnaître à la lecture de cet avis et on peut imaginer qu'ils tiendront compte pour les négociations 2016 des mises en garde formulées par l'Autorité qui les invite clairement à modifier certaines de leurs pratiques de négociation.

Les risques identifiés par l'Autorité de la concurrence

Bien qu'il ne s'agisse que d'un avis et non d'une décision contentieuse (qui seule permettrait à

l'Autorité de qualifier juridiquement et de sanctionner certaines pratiques), l'Autorité de la concurrence pointe certains risques concurrentiels soulevés par ces accords. Elle reste néanmoins prudente et prend soin de souligner que les risques identifiés sont susceptibles de différer d'un accord à un autre.

L'Autorité met ainsi en lumière des risques tant sur le marché aval de la distribution que sur le marché amont de l'approvisionnement. C'est toutefois sur le premier qu'elle identifie les risques les plus significatifs puisqu'elle juge que les accords de coopération à l'achat sont susceptibles de faciliter une coordination des comportements des distributeurs en raison des risques d'échanges d'informations sensibles qu'ils induisent (telles que les informations relatives aux prix triple net, aux volumes des ventes et aux plans d'affaires), mais aussi de l'augmentation de la symétrie de leurs coûts. Ce risque de coordination est jugé d'autant plus significatif que le marché de la distribution alimentaire est considéré comme un marché transparent propice à la coordination en raison notamment des études réalisées par les différents panels et autres comparateurs de prix. D'autres risques, jugés moins significatifs, sont également relevés par l'Autorité, tels la limitation de la mobilité inter-enseignes ou, s'agissant du marché amont de l'approvisionnement, la réduction des investissements et de l'innovation des fournisseurs qui sont susceptibles d'être entraînées par le renforcement du pouvoir de négociation des distributeurs.

Les propositions de modification législative de l'Autorité de la concurrence

Cet avis intervient au moment même de la discussion du projet de loi « Croissance, activité et égalité des chances économiques » dit « projet de loi Macron »². L'Autorité de la concurrence saisit cette occasion pour recommander deux modifications du cadre législatif qui pourraient renforcer ses pouvoirs.

Elle recommande en premier lieu, pour pallier l'absence de contrôlabilité de ces accords de rapprochement au titre du droit des concentrations, de prévoir une information préalable obligatoire de l'Autorité, au moins deux mois avant sa mise en œuvre, de tout accord entre des entreprises exploitant des magasins de commerce de détail qui aurait pour objet la négociation groupée de l'achat ou du référencement de produits de fournisseurs. Un nouvel article L. 462-10 du code de commerce permettrait à l'Autorité de surveiller plus efficacement les accords de rapprochements à l'achat et de s'autosaisir si elle constatait notamment que les fournisseurs concernés par ces accords n'étaient pas sélectionnés sur la base de

(1) Avis n° 15-A-06, 31 mars 2015.

(2) X. Delpech, Le projet de loi Macron pour la croissance et l'activité : une présence diffuse du droit de la concurrence, AJCA 2015. 25.

critères objectifs et non discriminatoires ou si les mesures mises en place par les parties ne garantissaient pas la confidentialité des informations dites sensibles³.

Mais surtout, l'Autorité ne se contente pas de vouloir exercer une veille en amont des projets de rapprochements, elle souhaite également pouvoir intervenir plus efficacement pour sanctionner les abus dans les négociations commerciales. Si elle indique souhaiter « limiter son intervention dans les négociations commerciales entre les partenaires commerciaux »⁴, elle stigmatise dans le même temps certaines pratiques révélées par l'instruction qui selon elle « appellent à la vigilance », telles que les pratiques de déréférencement, les demandes de garanties de marges ou les exigences d'avantages sans contreparties. Interpellée par plusieurs opérateurs sur l'ineffectivité du dispositif actuel relatif aux abus de dépendance économique, l'Autorité propose pour lutter contre ces pratiques, d'assouplir les conditions d'application de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce.

Ironie de l'histoire, c'est suite à l'avis de l'ancienne Commission de la concurrence sur les « super centrales d'achat » qu'une disposition sanctionnant les abus de dépendance économique avait été adoptée dans le cadre de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁵. Près de trente ans plus tard, et alors que l'application de cette disposition a été un échec, c'est de nouveau une autorité de concurrence qui alerte le législateur sur la nécessité d'intervenir, cette fois pour en redéfinir les contours et en faciliter l'application. La pratique décisionnelle et la jurisprudence ont en effet posé des conditions très strictes à la caractérisation de l'état de dépendance économique en exigeant notamment⁶, que le fournisseur démontre qu'il ne dispose pas de « solution équivalente », ce critère prévalant en quelque sorte sur tous les autres. L'Autorité de la concurrence propose ainsi d'assouplir la définition de la dépendance économique en indiquant à l'article L. 420-2, alinéa 2, que cette solution de remplacement doit pouvoir être mise en œuvre « dans un délai raisonnable ». Elle suggère également d'élargir « l'horizon de prise en compte des effets » en indiquant que l'abus de dépendance économique doit être susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence « à court ou moyen terme ». Les fournisseurs, si cette modification était adoptée (ce qui semble être le cas⁷), devraient donc pouvoir plus facilement prouver l'abus de dépendance économique, étant précisé que dans ce cas, l'Autorité pourrait également voir son intervention facilitée dans d'autres secteurs, tels que la sous-traitance industrielle ou les prestations de services.

L'Autorité de la concurrence face aux fournisseurs

Si l'Autorité semble aujourd'hui plus réceptive aux arguments des fournisseurs, force est néanmoins de souligner que tel n'a pas toujours été le cas par le passé et ce alors même que les pratiques dénoncées à l'époque par les fournisseurs n'étaient pas très éloignées des pratiques que l'Autorité stigmatise aujourd'hui dans son avis. Dans la plupart des cas soumis à l'Autorité jusqu'à présent, les arguments des fournisseurs ont été très rapidement balayés, soit que l'état de dépendance des fournisseurs victimes de pratiques dites de « la corbeille de la mariée » n'était pas caractérisé⁸, soit que les pratiques consistant à demander à des fournisseurs des avantages rétroactifs et une rémunération exceptionnelle pour une « participation publi-promotionnelle forfaitaire », n'avaient pas eu pour effet de les mettre « hors marché »⁹.

Dans un avis relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution¹⁰, l'Autorité avait d'ailleurs considéré que « s'agissant des produits de grande consommation, [...] les fournisseurs ont la possibilité de reporter leurs ventes d'une forme de commerce à une autre ». Plus récemment, elle indiquait dans l'étude thématique de son rapport annuel pour l'année 2010¹¹ qu'elle veillerait

en matière d'abus de dépendance économique à ce que le plaignant ne dispose d'aucune autre solution alternative et que les abus de dépendance allégués n'ont jamais concerné un opérateur de la grande distribution « dans la mesure où un distributeur particulier est rarement un débouché indispensable à un fournisseur ». Il faut certainement voir dans la recommandation formulée aujourd'hui par l'Autorité le signe qu'elle est désormais plus à l'écoute des fournisseurs qui, en réalité, ne disposent pas forcément d'une « option de sortie » effective.

Le renforcement des moyens d'action de l'Autorité de la concurrence

Ce nouvel appétit de l'Autorité pour les pratiques touchant à la négociation des accords entre les fournisseurs et les distributeurs est-il pour autant souhaitable ?

Comme elle nous y invite elle-même dans son avis¹², on peut en effet s'interroger sur l'opportunité de voir son intervention renforcée en matière d'abus de dépendance économique. L'ordre public économique contient déjà de nombreuses dispositions permettant de réparer les abus dans les négociations commerciales. L'article L. 442-6, I du code de commerce énumère un nombre important et hétéroclite de pratiques restrictives de concurrence susceptibles d'être sanctionnées, indépendamment de leur effet sur le marché, telles que les ruptures brutales de relations commerciales, les demandes de compensation de marge ou les « déséquilibres significatifs ». Cette dernière disposition, dont la formulation est très générale puisqu'elle vise le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »¹³, permet déjà d'appréhender tout type de pratiques aux termes desquelles une entreprise impose sa volonté à un partenaire en situation de faiblesse à son égard. Le délit civil de « déséquilibre significatif », introduit dans le code de commerce en 2008 par la loi de modernisation de l'économie (LME)¹⁴, a ainsi connu

(3) Cette disposition a été approuvée par le Sénat lors de son examen du projet de loi Macron. Elle a donc toutes les chances d'être adoptée ; V. PL, art. 10 quater, II.

(4) Pt 310.

(5) Comm. conc., avis relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements, BOCC 19 avr. 1985.

(6) Malgré la suppression de cette exigence par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

(7) PL, art. 10 quater, I ; V. également note 19.

(8) Décis. n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Opéra.

(9) Décis. n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.

(10) Avis n° 97-A-04 97A04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution.

(11) Rapp. annuel de l'Autorité de la concurrence 2010, étude thématique « Concurrence et distribution », p. 111.

(12) Pts 298 et s.

(13) C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

(14) L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 93-I, 1°, c.

un véritable essor jurisprudentiel¹⁵ et le ministre de l'Économie vient d'être récemment conforté par la Cour de cassation dans ses actions engagées sur ce fondement à l'encontre de la grande distribution¹⁶. Alors que l'arsenal des pratiques restrictives et les moyens d'action donnés au ministre de l'Économie commencent à montrer les premiers signes de leur efficacité, on peut se demander si le droit de la concurrence, qui requerra toujours la démonstration d'une affectation de la concurrence, ne serait-ce qu'à moyen terme comme le suggère l'Autorité, est réellement adapté pour lutter contre la déloyauté ou les déséquilibres dans les négociations. Une telle coexistence paraît d'autant moins utile que les sanctions des pratiques restrictives

(15) M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », RTD com. 2013. 500.

(16) Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, AJCA 2015. 218, note G. Chantepie.

(17) Deux millions d'euros d'amende pouvant être portées au triple des sommes indûment versées (C. com., art. L. 442-6, III).

(18) Le montant de l'amende civile avait été porté à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France par l'entreprise coupable de pratiques restrictives de concurrence par l'Assemblée nationale lors de la première lecture du projet de loi Macron. À l'heure où nous écrivons, le Sénat a toutefois ramené le montant de l'amende civile à 1 % ; V. PL, art. 10 D. La Commission mixte paritaire pourrait néanmoins revenir à la première version du projet de loi.

(19) Amdt n° 1691, 7 avr. 2015.

de concurrence pourraient, elles aussi, devenir plus dissuasives puisqu'une augmentation significative des sanctions¹⁷ pourrait être bientôt adoptée¹⁸.

La portée du renforcement des moyens d'action de l'Autorité de la concurrence vis-à-vis des abus de dépendance économique dans le secteur de la grande distribution ne doit pas non plus être surestimée. Hormis les cas d'auto-saisine, l'application de ce texte devrait rester rare en pratique. On sait déjà en effet que les fournisseurs, par peur des représailles, ne saisiront pas l'Autorité pour se plaindre des pratiques de distributeurs et il est à parier que le ministre de l'Économie préférera continuer à faire usage du pouvoir qui lui est donné par l'article L. 442-6, III du code de commerce pour faire constater et ordonner la cessation des pratiques restrictives, demander la répétition de l'indu et le prononcé de l'amende civile. Le risque de contrariété entre les juridictions commerciales et l'Autorité, qui pourraient ainsi être saisies de pratiques identiques mais sur deux fondements différents, ne doit pas non plus être minimisé.

La question de l'articulation des textes relatifs à l'abus de dépendance économique et aux pratiques restrictives ne semble toutefois pas préoccuper le législateur. Le Sénat s'est d'ores et déjà montré sensible aux arguments de l'Autorité puisque les deux modifications qu'elle préconise d'apporter à l'article L. 420-2 du code de commerce ont fait l'objet d'un amendement qui semble avoir de bonnes chances d'être adopté lors du vote définitif de la loi Macron¹⁹. Faut-il y voir un signe d'hostilité à l'égard de certains comportements de la grande distribution dont l'image est aujourd'hui un peu écornée ou la manifestation du pouvoir régulièrement accru de l'Autorité de la concurrence ?