

Encadrer les prix et la liberté contractuelle : un mauvais remède pour contrer les excès de la puissance d'achat

Intervention de Laurent BENZONI

Conférence du 14 mai 2019., **Puissance d'achat : quelle limite à la libre négociation des prix ?**

DGCCRF, Ministère de l'Economie et des Finances, Paris

Résumé – Le pouvoir de négociation des entreprises est lié à leur pouvoir de marché individuel ou collectif. La neutralisation du pouvoir de marché des acheteurs est donc la condition préalable du rééquilibrage des relations entre fournisseurs et distributeurs. Cependant, le droit commercial français centre son action sur un encadrement de plus en plus restrictif du cadre des négociations. Cette approche est inefficace et nuit à la liberté du commerce. Il importerait qu'une analyse économique concurrentielle et une action spécifique des autorités de concurrence soient plutôt engagées pour limiter, à la source, les pratiques d'achat de la grande distribution.

1/ Introduction

Il ressort une certaine difficulté pour s'expliquer économiquement la présence conjointe d'un droit de la concurrence et d'un droit des pratiques restrictives de concurrence, en particulier ces dispositions qui encadrent les négociations, l'obligation de revendre des biens alimentaires avec une marge minimale de 10% ou celle de ne pas réaliser des promotions dépassant 33% du prix de référence d'un bien alimentaire.

De surcroît ce renforcement constant des contraintes pesant sur les acteurs au détriment de leur liberté commerciale interpelle les économistes qui y voient pour beaucoup la conjonction d'une incompréhension économique des mécanismes de marché et le résultat de l'action des lobbys.

Dans un article publié début 2019, le professeur Jenny en vient alors à proposer une solution radicale : la suppression titre IV du code du commerce, en particulier l'article L.442-6. Selon cet observateur et analyste averti, le droit de la concurrence et la reconnaissance législative des pratiques de concurrence déloyale peuvent suffire à traiter les contentieux issus des négociations contractuelles conflictuelles entre partenaires commerciaux. Les seuls déséquilibres contractuels à considérer seraient alors ceux relevant des pratiques dites de « hold up » en économie des contrats. Cette position reprend au fond les analyses déjà présentes dans le rapport du Conseil d'analyse économique sur les relations entre fournisseurs et distributeurs rédigé en 2000 par Jean Tirole, devenu depuis Prix Nobel d'économie.

Dans cette approche, les autorités de concurrence sont toujours dédouanées de toute responsabilité dans le dysfonctionnement des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

Cela ne paraît pas totalement satisfaisant car cette approche déconnecte le pouvoir dont disposent les acteurs dans leurs négociations, du pouvoir dont ils disposent sur le marché, seuls ou collectivement. Or, le pouvoir de négociation et le pouvoir sur le marché sont intrinsèquement liés. Il faut bien appréhender ce lien pour comprendre comment le droit de la concurrence a été une sorte de chaînon manquant dans le dispositif visant à pallier les dérives indésirables des négociations commerciales.

Au moins deux problèmes ayant trait aux analyses concurrentielles peuvent être relevés : le premier une insuffisante évaluation des effets de la concentration des acheteurs, le second problème a trait à l'insuffisante analyse de l'origine et des effets des gains d'efficience dans le secteur de la distribution.

1/ L'insuffisante évaluation des effets de la concentration des acheteurs

Pour aborder le premier problème, rappelons d'abord que la négociation bilatérale des prix et des quantités entre un acheteur d'un côté et ses fournisseurs potentiels de l'autre ne constitue pas le mécanisme standard de formation des prix en théorie microéconomique de la concurrence.

Sur un marché de concurrence, le prix se forme sans possibilité d'action de l'un quelconque des acteurs sur les autres : fournisseurs et distributeurs sont des « price takers » ou « preneurs de prix ». La décision qu'ils peuvent prendre concerne la quantité qu'ils vendent ou achètent étant donné le prix de marché. Dans ce contexte, les quantités échangées seront conformes avec les objectifs et les contraintes de tous les acteurs, fournisseurs ou demandeurs.

A l'inverse, dans un processus de négociation, la quantité mais aussi le prix résultent de la confrontation des intérêts des deux seules parties prenantes à la négociation. En fonction de ses objectifs, chaque partie essaie d'infléchir la position de l'autre. Si les parties prenantes peuvent sortir de la négociation sans subir un dommage trop important, les prix et les quantités échangées sur le marché à l'issue des multiples négociations bilatérales seront assez proches de ce que prévoit le fonctionnement d'un marché concurrentiel. En revanche, si la sortie de la négociation se solde par une perte potentielle importante pour l'une des parties, cette partie est structurellement affaiblie dans la négociation. La partie affaiblie sera alors encline à accepter des conditions plus défavorables que celles qui auraient émergé sur un marché concurrentiel. L'autre partie peut d'autant plus tirer avantage de cette situation qu'elle connaît sa position de force dans la négociation.

Les options de sortie sont donc un ingrédient essentiel de négociations équilibrées pour l'émergence de prix proches de l'équilibre concurrentiel. L'OCDE indiquait déjà dans un rapport de 2008, je cite : « Il faut avoir conscience que l'existence d'options de sortie pour les vendeurs détermine l'ampleur du pouvoir de l'acheteur ».

Or, il va de soi que plus un distributeur dispose d'une part de marché importante, moins il est possible pour un fournisseur de lui substituer un distributeur équivalent en cas de négociation infructueuse. Côté vendeurs ou fournisseurs, pour évaluer *a priori* la capacité à s'imposer aux acheteurs le critère de la part de marché est cadré par la jurisprudence concurrentielle. Au-delà de 40-50% de part de marché, il existe une forte présomption de position dominante. Cela impose une responsabilité de marché au fournisseur qui détient cette position et le contraint à

ne pas engager de pratiques tarifaire ou commerciale susceptibles d'être considérées comme abusives.

Ce critère de la part de marché est-il réversible ou symétrique ? Faut-il considérer qu'un acheteur serait en position dominante sur un marché qu'à compter du moment où il représente plus de 40-50% des achats sur ce marché ? La réponse est négative et l'explication s'en trouve dans les décisions mêmes des autorités de concurrence qui ont considéré à plusieurs reprises (opérations Rewe/Meinl en Autriche, ou Carrefour/Promodes et CORA/SES en France par exemples) qu'un fournisseur se trouve en situation de dépendance vis-à-vis d'un acheteur dès lors que cet acheteur représente plus de 22% de ses ventes. Ce taux est qualifié de « taux de menace ».

Supposons alors un fournisseur approvisionnant un marché national composé de 4 distributeurs assurant chacun près de 25% des ventes. Notez bien que toute ressemblance avec une situation existante serait purement fortuite. A chaque négociation bilatérale avec l'un des 4 distributeurs, l'enjeu pour le fournisseur est donc de ne pas perdre le quart de ses ventes. Il ne dispose d'aucune option de sortie dans la négociation sur le marché national en question puisqu'il est déjà présent chez tous les distributeurs. Indépendamment de sa propre part de marché et des mécanismes de « holdup », le fournisseur est en position de faiblesse dans chaque négociation bilatérale engagée avec chaque distributeur, sauf si son produit est considéré par les distributeurs comme essentiel ou crucial. A défaut, le fournisseur sera enclin à accepter des conditions contractuelles et/ou des prix infra-concurrentiels, des prix pouvant dégager une marge sur coût variable positive mais qui sont insuffisants pour couvrir les coûts fixes imputables au bien produit. Aucun des quatre distributeurs n'est ici, et loin s'en faut, dominant au sens des Autorités de concurrence. Chaque distributeur agit individuellement dans la négociation pour défendre ses intérêts propres, et tous partagent le même objectif d'obtenir les meilleures conditions contractuelles.

Dans cette circonstance, le jeu de la libre négociation commerciale peut amplement dérapier au détriment du fournisseur. Pourtant, dans le cadre de la jurisprudence actuelle, les autorités de concurrence n'interviendront pas sur un cas de ce type pour remédier au dysfonctionnement observé. Or, le problème relève au fond moins du déroulement des négociations commerciales que du déséquilibre des positions établies au niveau du marché.

Il existe ainsi un « angle mort » dans l'approche des autorités de concurrence dès lors que la concentration des acheteurs sur un marché donné dépasse un certain seuil. C'est l'existence de cet angle mort qu'essaie finalement de pallier les dispositions du code de commerce en intervenant au niveau des négociations commerciales à défaut de pouvoir traiter le problème structurel de fond à savoir l'effet d'un niveau excessif de la concentration côté acheteurs permettant de sanctionner le pouvoir excessif de négociation qu'engendre cette concentration et non pas la pratique de négociation.

Cette carence résulte du consumérisme proclamé et assumé, voire quasi-militant des autorités de concurrence qui voient dans la pression exercée par les distributeurs sur les fournisseurs un bienfait dès lors que les baisses de prix obtenues sur les fournisseurs sont répercutées aux consommateurs. Sous cet angle, seule la vigueur de la concurrence au niveau du marché final, celui des consommateurs, entre dans le champ de l'analyse concurrentielle. Force est de constater qu'au niveau national, la concurrence entre enseignes fait rage satisfaisant ainsi ce critère nécessaire et suffisant pour les autorités de concurrence, indépendamment du

niveau de concentration croissant de la distribution alors que justement cette concentration constitue le moteur de la pression dans les négociations exercée sur les fournisseurs. Mais c'est un effet dont se soucie peu les autorités de concurrence, d'où ce renforcement du contrôle sur le cadre des négociations commerciales, les prix de revente et dorénavant les promotions.

2/ L'insuffisante analyse de l'origine et des effets des gains d'efficience dans le secteur de la distribution

La deuxième insuffisance qui doit être relevée concerne les gains d'efficience.

Si la compétitivité des distributeurs au niveau des consommateurs se base principalement sur les prix obtenus auprès de leurs fournisseurs, plus un distributeur actionne sa puissance d'achat, plus il sera compétitif et fera croître sa part de marché. Ce mécanisme déjà mis en évidence par l'économiste Alfred Marshall dans l'Angleterre de la fin du XIXème siècle, explique la dynamique implacable de la concentration dans le secteur de la distribution à l'œuvre depuis plus d'un siècle dans tous les pays.

Là où le bât blesse sur le plan de l'analyse concurrentielle, c'est que les gains d'efficience dont bénéficient le consommateur ne trouvent pas fondamentalement leur origine dans les gains d'efficience internes à la distribution, ils reposent principalement sur des gains d'efficience externes car générés par les fournisseurs. Les gains d'efficience des fournisseurs sont captés par la distribution et rétrocédés aux consommateurs si la concurrence entre distributeurs est active. Il serait donc opportun que les autorités de concurrence accordent plus de place dans leurs analyses à l'origine des gains d'efficience et retiennent pour, valider le caractère pro-concurrentiel d'une opération de concentration ou d'une alliance, les seuls gains d'efficience propres aux acteurs de la distribution que génèrent ces opérations ou ces pratiques. A défaut, les autorités de concurrence accordent tacitement une sorte de prime à la puissance d'achat en ne voyant dans les opérations de concentration entre distributeurs ou les alliances dans les achats qu'un moyen pour abaisser les prix des fournisseurs afin de les rétrocéder aux consommateurs.

Il conviendrait peut-être d'exiger, lors des analyses des opérations de concentration ou des alliances entre distributeurs de montrer un certain équilibre entre les gains d'efficience internes à la distribution et ceux externes captés sur les fournisseurs. Cette exigence induirait une moindre propension des distributeurs à presser les prix de leurs fournisseurs mais elle permettrait aussi aux distributeurs de disposer de plus grandes marges de manœuvre pour établir des stratégies de différenciation reposant moins sur les prix et plus sur la qualité des produits et des services et aussi sur leur diversité. Un objectif justement recherché par la loi EGALIM.

3/ Conclusion

La conclusion est résumée dans le titre de ce propos : **encadrer toujours plus les prix et la liberté contractuelle pour juguler les pratiques restrictives de concurrence constitue par essence un palliatif insatisfaisant dans une économie dite de marché.**

Il faut savoir mieux identifier et contrer les excès de la puissance d'achat au niveau du marché et non au niveau des négociations commerciales. Il importerait que les autorités de concurrence se saisissent du problème par l'autre bout de la lunette et analysent spécifiquement la puissance d'achat en se plaçant du côté des fournisseurs au lieu de se placer toujours du seul côté des consommateurs.

A défaut, les dispositifs de contrôle des prix, des promotions et d'encadrement des négociations commerciales ont de beaux jours devant eux. La suppression du livre IV du code de commerce, une spécificité française qu'il conviendrait d'ailleurs de s'expliquer, ne serait qu'une idée à classer au rang des utopies.