

Le
BulletinL' de
ILLEC

Economie Consommation & Environnement

M E N S U E L

■ Pratiques restrictives

Si la main invisible est un mythe, il ne faut pas pour autant prôner l'économie administrée.

Entretien avec Jean-Claude Daniel, député de la Haute-Marne.

pages 1 à 5

■ L'impératif industriel

La loi NRE témoigne de la volonté du gouvernement et du législateur de reprendre en main les rapports commerciaux, sur fond de régulation et de moralisation des pratiques.

Entretien avec Jean-Christophe Grall, cabinet Meffre & Grall.

pages 5 à 8

■ Loi NRE : vers une moralisation des pratiques commerciales ?

Plus que la concurrence sur un marché, ce sont les partenaires commerciaux que la loi NRE vise et, surtout, les fournisseurs et les distributeurs dont les rapports méritent d'être « moralisés ».

par le cabinet Vogel & Vogel.

pages 9 à 11

Iréalisme pragmatique

Tout système invente ses propres perversions. En témoignent les textes venus corriger l'ordonnance Balladur depuis 1986. La loi NRE entend, elle aussi, moraliser les pratiques commerciales. Un vœu pieux ?

Entretien avec Jean-Claude Daniel, député de la Haute-Marne, membre de la commission de la Production et des Echanges de l'Assemblée nationale.

■ *Comment se sont déroulées les consultations qui ont conduit au projet de loi sur les nouvelles régulations économiques ?*

Jean-Claude Daniel : La mission d'information, qui a rédigé le rapport sur l'évolution de la distribution, présenté le 11 janvier 2000 par Jean-Yves Le Déaut, était composée de dix députés. Elle a entendu les représentants de tous les acteurs économiques concernés : la grande distribution, les organisations professionnelles, les syndicats, les unions de PME, les unions commerciales, les fournisseurs et les associations de consommateurs. On voit aujourd'hui que les opérateurs, producteurs et distributeurs, veulent faire évoluer la situation.

■ *Comment faire le tri dans les doléances des uns et des autres ?*

J.-C. D. : Si les revendications étaient relativement disparates, des problèmes majeurs communs à l'ensemble des parties ont été identifiés, qui touchent surtout les relations avec la grande distribution. De nombreux fournisseurs

(Suite page 4)

Editorial

Pratiques restrictives de concurrence : Aide-toi et la loi t'aidera

Suite et fin de notre promenade collective parmi les chemins, non pas de Montmorency, mais de la loi NRE. Escapade durant laquelle la rêverie fut rarement au rendez-vous, mais bien plutôt le cauchemar de la vie des affaires, la dure réalité d'un monde impitoyable, que tente de moraliser un texte décidément pitoyable, à en croire le sénateur Philippe Marini, dont les propos sont rapportés par nos amis de Vogel et Vogel.

Il s'agit, en ce mois de décembre, d'étudier ce qui a trait aux pratiques restrictives de la concurrence. Derrière ce langage codé se cachent les crocs-en-jambe, les tacles glissés, les clefs de bras qui émaillent le texte des accords commerciaux, mais aussi les coups bas, les fourchettes, les horions qu'échangent les champions sur le terrain de jeu, sans oublier les plus avenantes, mais non moins vénéneuses, corbeilles de la mariée qui sont à l'offrande nuptiale, ce que le don du gratuit du clergé d'Ancien Régime était à l'exercice spontané de la charité chrétienne.

Selon Jean-Christophe Grall, qui n'énonce pas ainsi l'idée, réserve du barreau oblige, la loi NRE procède de l'agacement conçu par les autorités de l'Etat, au spectacle offert par les dérèglements du marché. L'ordonnance Balladur avait entendu substituer la liberté au contrôle dans la vie des affaires. La licence qui s'ensuivit conduisit à l'adoption de la loi Galland, qui entendait mettre de l'ordre dans les marges avant, quitte à restreindre le champ réservé à la privauté des parties : premier accroc à la liberté du contrat. En un tournemain, le chaos déserta l'avant pour se concentrer à l'arrière, où les marges explosèrent. Lors les fournisseurs, surtout ceux des fruits et légumes, écrasés par la pression, firent entendre de telles plaintes, gémissements et râles en tout genre, que le législateur revint à la charge. Cette fois-ci, il entendit faire régner la paix à l'arrière, au prix d'une entorse réitérée au grand principe de la liberté contractuelle, aggravée par l'expression d'un irrespect notoire envers l'adage « Nul ne plaide par procureur ». Où la liberté, même surveillée, cède le pas à la régulation, comme l'énonce sans ambages le député Jean-Claude Daniel qui se désigne lui-même comme l'un des six parrains de la loi NRE.

Fallait-il aller aussi loin ? Oui, répond l'élu du peuple, car la crise agricole de l'été 1999 exigeait que des réponses fussent apportées par la loi, faute que le pouvoir réglementaire eût été exercé en temps et en heure (déclaration qui dénote un certain panache politique). Peut-être pas, objecte Jean-Christophe Grall, car l'article 1382 du Code civil eût suffi à remédier aux débordements. Mais outre que l'écriture baylienne du texte fondateur s'accommode mal de la frénésie ambiante, avide d'effets d'annonce, il ne se fût trouvé personne pour actionner la justice. Il fallait donc modifier d'urgence le mode d'accès aux prétoires, au prix du franchissement, juridiquement cause de scandale, de la barrière d'espèce entre le civil et le pénal.

C'est peut-être là, dans le détail de la procédure, que réside l'essentiel, qui fait dire à Jean-Christophe Grall que le droit des pratiques restrictives subit une « quasi repénalisation » annonciatrice, peut-être, d'un nouveau dirigisme. A quoi Jean-Claude Daniel rétorque, non sans esprit d'à-propos, que pareille crainte est non fondée, dans la mesure où c'est au juge de trancher, en dernière instance.

Tous deux ont raison et justifient l'équanimité dont fait preuve le cabinet Vogel et Vogel dans la présentation de la réforme. Certes, le ministre voit ses pouvoirs renforcés (sous réserve que la Cour de cassation n'y voie pas à redire dans l'avenir, forte de la position du Conseil constitutionnel), mais comment éviter ce subterfuge si le dernier mot doit rester à la loi, quand les victimes ne se plaignent jamais ? Comment faire l'économie de l'administration pour donner la parole au juge ? Arrivé à ce stade, les débats d'école étant sinon épuisés, du moins suspendus, il reste à se demander si la loi est équitable et si elle a des chances d'être appliquée.

A le lire de près, le texte n'est pas dirigé contre la grande distribution. Pour preuve, il vise à arrêter la dérive des marges arrière, manœuvre au terme de laquelle certains facturent et d'autres paient. Autre évidence, il vise pareillement l'abus de puissance d'achat et... de vente. Ce serait donc instruire un procès biaisé au législateur que de le soupçonner de s'engager aux côtés des uns contre les autres. Il existe certes une téléologie de la loi, effet induit de l'idée de régulation qui consiste en la mise en œuvre d'un corpus juridique en vue d'un dessein affiché (en l'espèce la « moralisation des pratiques commerciales »), mais il n'y a pas trace d'esprit de chapelle en faveur des uns contre les autres. La tradition laïque est respectée.

Quant à savoir si la loi a des chances de changer les choses, (ce dont l'état présent des comportements sur le marché donne déjà malheureusement à douter) et, si oui, pour du meilleur (le meilleur devant être tenu en horreur, depuis que Huxley a été traduit en français), encore une fois, en guise de réponse, nous renverrons à Jean-Claude Daniel. Dès lors que le ministre de l'Economie et son corps de contrôle, la DGCCRF, ont reçu de puissants moyens d'action, c'est à eux que revient la lourde tâche de renverser le cours des choses, aidés en cela, peut-être, par la Commission d'examen des pratiques commerciales, encore que le bon monsieur Queuille ait dit des commissions ce qu'il faut en attendre (« Si ce n'est lui, c'est donc son frère », ajouterait le fabuliste).

Irénisme pragmatique, intitulez-nous l'intervention de Jean-Claude Daniel. Un amateur facétieux d'étymologie, formé à l'école d'Umberto Eco, trouverait facilement le mot *ira*, *ae* à la racine du terme. Entre l'irénisme et l'ire balancent le sort de la loi et l'état d'esprit des opérateurs sur le marché. Encore faut-il avoir à la mémoire que le tempétueux Malraux a écrit *l'Espoir* et le gentil André Comte-Sponville un *Traité du Désespoir et de la Béatitude*, ouvrage dans lequel il pourfend la vertu d'espérance.

Devant tant de contradictions, d'oxymores, d'apories, les fournisseurs sont en définitive invités à revenir aux solides vertus du pragmatisme, en mettant en application l'adage à peine adapté : *Aide-toi et la loi t'aidera*.

Dominique de Gramont

nous ont alertés, de façon anonyme, sur l'existence de pratiques commerciales anormales, au nombre desquelles figure la dérive des marges arrière. Les petits producteurs sont dans une situation terrible. Rappelons que c'est la crise des fruits et légumes de l'été 1999 qui fut à l'origine de la loi NRE. Le texte de 1986, corrigé en 1996, semblait inopérant, et nous avons dû, de nouveau, légiférer. Je me souviens de la discussion de l'article 27, consacré à la vente des fruits et légumes : les catalogues de prix pouvaient être imprimés bien avant la récolte ! Les prix étaient fixés d'avance et, par conséquent, imposés aux producteurs. Nous avons constaté que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'avait pas été appliquée, alors qu'elle permettait au gouvernement d'agir par voie réglementaire en fixant des prix minima ! Il semble que le courage politique ait fait défaut. Nous nous sommes donc appuyés sur les professionnels pour résoudre la crise.

■ *Y a-t-il eu divergences entre la majorité et l'opposition ?*

J.-C. D. : La partie médiane de la loi, consacrée à la régulation de la concurrence, n'a suscité ni dissensions ni divergences. La commission de la Production et des Echanges à l'Assemblée nationale s'est inspirée du rapport Le Déaut, présenté lors des Assises de la distribution, pour couvrir de larges domaines.

■ *Depuis la loi Royer, toutes les grandes lois consacrées aux rapports industrie-commerce sont personnalisées. Qui se cache derrière les lettres NRE ?*

J.-C. D. : Six personnes, trois rapporteurs, représentant les parties en présence, et trois « regards » politiques. Je fus l'un des six.

■ *Quel sens donnez-vous au mot régulation ?*

J.-C. D. : Le marché ne s'autorégule pas, contrairement à ce que laisserait entendre une conception libérale, idéale, de l'économie : la société sombrerait dans une anarchie préjudiciable. La main invisible est un mythe. Mais il ne faut pas pour autant prôner l'excès inverse : l'économie administrée. Ce n'est pas à l'Etat de fixer les normes de production et de distribution. Il est néanmoins nécessaire de se doter de règles qui fixent les rapports entre les acteurs. Interdire, par exemple, les prestations commerciales fictives et les pratiques de marges arrière abusives. La loi NRE impose de revenir au contrat qui fixe clairement les règles. Le fournisseur peut saisir le juge et une sanction pécuniaire peut être prononcée,

afin de condamner les pratiques commerciales illicites. Nous avons renforcé les pouvoirs de la DGC-CRF en termes de contrôle et de sanction.

■ *Peut-on craindre une immixtion de l'État dans la liberté contractuelle ?*

J.-C. D. : Non, puisque les négociations contractuelles demeurent libres et que c'est à la justice, et non à l'État, de faire respecter la loi.

■ *Pourquoi la Commission des pratiques commerciales n'a-t-elle qu'un rôle consultatif ?*

J.-C. D. : A l'origine, nous souhaitions mettre en place une véritable commission d'arbitrage. Mais en cas de conflit, elle aurait été tentée de se substituer aux autorités qui, seules, ont le pouvoir de rendre justice. Et surtout, elle aurait pu sombrer dans l'inefficacité, car les fournisseurs n'osent pas évoquer leurs litiges, par crainte d'être déréférencés. Une telle commission se doit d'être plutôt un observatoire des pratiques commerciales, un lieu où les anomalies peuvent être décrites, un cadre de débat en dehors d'un contexte strictement local. Sans désigner les protagonistes, la Commission sera amenée à donner des avis sur les conflits et, espérons-le, tentera d'apaiser les relations conflictuelles. Rappelons qu'elle peut se saisir d'office et être saisie par le ministre, les protagonistes et les consommateurs. Aujourd'hui, un certain nombre de petits producteurs s'appuient sur le texte pour nous alerter, alors qu'ils demeureraient silencieux auparavant.

■ *Pourquoi les consommateurs n'ont-ils pas leur place au sein de cette commission ?*

J.-C. D. : La Commission est composée de professionnels, d'un député et d'un sénateur. Il nous est apparu qu'elle devait se fonder sur les avis d'experts les moins contestables possible. Elle doit aussi traiter les problèmes dans la plus grande confidentialité.

■ *Pensez-vous que la loi NRE permettra de moraliser les relations commerciales ?*

J.-C. D. : Nous avons armé le bras de la justice en instaurant plus de responsabilités, d'autres cas de nullité pour les contrats illicites, et en prévoyant une amende civile d'un montant élevé. Les distributeurs vont être plus prudents. A condition d'avoir un ministre courageux ! S'il n'agit pas, c'est la porte ouverte au renoncement. Nous n'avons pas tant renforcé ses pouvoirs qu'accru sa capacité à agir.

Nous disposons de trois autorités de contrôle : la DGCCRF, les juges et le ministre.

Le rapport dominant-dominé s'observe-t-il au seul bénéfice de la grande distribution ?

J.-C. D. : Il y a un rapport de puissance de l'objet produit à celui qui le distribue, comme de celui qui distribue à l'objet qu'il souhaite vendre. La puissance, la taille, dépendent du produit. Les fabricants peuvent aussi être en situation de dominance, en raison des effets de gamme. Aujourd'hui, on trouve également beaucoup de dominés dans les chaînes de sous-traitance. Les essaimages ont eu la grande faveur des entreprises, en leur permettant d'éviter les licenciements massifs : elles proposaient à certains de leurs salariés de devenir patrons de petites entreprises. Vertu d'un côté, effets pervers de l'autre : l'essaimé devient dépendant de donneurs d'ordres uniques. Quand une défaillance se produit, toutes les entreprises situées en aval du sous-traitant défaillant sont pénalisées. Le rapport dominant-dominé ne s'observe pas uniquement à l'échelon de la grande distribution. Celui qui est l'assujéti du

moment, sous la commande unique de celui qui distribue, se retrouve dans une situation où il ne se plaindra pas, en dépit des règles que l'on a élaborées.

Nécessaire, la loi NRE est-elle suffisante pour régler les conflits ?

J.-C. D. : La crise de la viande bovine témoigne que des problèmes demeurent, non réglés par la loi NRE. Un article semblable à l'article 27 du projet de loi aurait été utile pour réguler ce marché, confronté aux mêmes problèmes que celui des fraises. Et demain, comment va-t-on régler ceux de la pêche ? Autre question non résolue, le règlement des factures : pourquoi ne pas imposer l'automatisme ?

La loi NRE peut-elle faire des émules en Europe ?

J.-C. D. : Sans aucun doute, comme en témoignent les parlementaires espagnols, très intéressés par notre réflexion. Un rapport à l'échelle européenne serait le bienvenu.

Propos recueillis par Anne de Beaumont et Jean Watin-Augouard



L'impératif industriel

Entretien avec Jean-Christophe Grall, avocat à la Cour, cabinet Meffre & Grall.

Défendre les fournisseurs, en particulier les petites et moyennes entreprises, contre les pratiques restrictives de concurrence : tel est l'objectif de la première partie du volet « concurrence » de la loi NRE.

Les deux chambres du Parlement se sont opposées sur certains points de la loi NRE. Les nouvelles dispositions auraient-elles été adoptées sans la dissolution de l'Assemblée nationale intervenue en 1997 ?

Jean-Christophe Grall : Il faut revenir à l'origine du projet de loi : la crise de l'été 1999. Les producteurs de fruits et légumes rencontraient des difficultés avec les distributeurs, qui fixaient le prix du kilo de fraises avant que les semis de fraisiers ne soient plantés ! Quelle que fût la majorité politique, une réforme était nécessaire. Les deux rapporteurs du projet de loi devant l'Assemblée nationale, Jean-Paul Charié (RPR) et Jean-Yves Le Déaut (PS),

étaient en parfaite harmonie sur beaucoup de sujets, notamment à propos des dispositions sur les pratiques restrictives de concurrence.

La réforme était-elle nécessaire ? Le gouvernement aurait pu en faire l'économie, dans la mesure où le Code civil, dans son article 1382, sanctionne déjà le type de comportements visés. Il reste à savoir si l'on souhaitait mettre en place un nouveau corps de règles ou appliquer celles déjà en vigueur !

Le législateur a considéré que l'impact serait plus fort en définissant expressément quels types de pratiques clairement identifiées doivent être sanctionnées. Les parlementaires ont constaté que l'absence de contentieux résulte du fait que les opérateurs économiques, particulièrement dans les relations industrie-commerce, ne s'assignent pas devant les tribunaux. Un fournisseur ne va pas porter plainte, aujourd'hui, contre un groupe de grand

commerce avec lequel il peut réaliser jusqu'à 80 % de son chiffre d'affaires. Il existait donc des règles, mais elles étaient peu appliquées. La réforme était, par conséquent, très attendue par de nombreux opérateurs économiques, en particulier par les PME, les PMI et les producteurs de fruits et de légumes, auxquels plusieurs dispositions sont consacrées dans la seconde partie de la loi.

Cependant, il y a danger à adopter une règle générale à partir de faits particuliers, en raison de l'applicabilité de ces dispositions à des situations qui n'ont pas été envisagées par le législateur, en dehors même des cas qu'il a entendu proscrire.

Cette réforme, nécessaire, est-elle suffisante ? Elle n'est pas personnalisée, seulement trois lettres la désignent : est-ce un refus de paternité ?

J.-C. G. : Il existe la loi Royer (1973), l'ordonnance Balladur (1986), la loi Sapin (1993) et la loi Galland (1996). La loi NRE embrasse un champ d'activités très large. Il était donc difficile de l'attribuer à un seul homme. La réforme est-elle suffisante ? La même question s'est posée en 1996 avec la loi Galland, dont l'objectif était de lutter contre la revente à perte. Depuis le 1^{er} janvier 1997, date d'entrée en vigueur du texte, le législateur a constaté qu'il n'y a pratiquement plus de situations de revente à perte. La loi a donc eu pour effet positif d'éradiquer cette pratique. Mais une dérive est apparue : le gonflement des marges arrière. D'où la volonté, affichée par la loi NRE, de lutter contre la coopération commerciale abusive. S'il n'interdit pas la coopération commerciale, le nouveau texte impose que son montant soit proportionné à la valeur du service rendu.

Cependant, l'imagination des opérateurs économiques étant illimitée, on peut déjà s'interroger sur d'éventuelles dérives induites par l'application de ce texte.

■ *S'apparente-t-il à une loi hostile à un secteur d'activité ?*

J.-C. G. : Cette loi est clairement dirigée contre la grande distribution. A l'occasion de la réforme de l'ordonnance de 1986, opérée en 1996 par la loi Galland, le droit applicable aux pratiques discriminatoires ne condamnait que les avantages consentis sans contrepartie réelle. Avec la loi NRE, une nouvelle disposition vise le fait d'obtenir des avantages disproportionnés. La sanction de l'obtention voire de la simple tentative d'un tel avantage prouve bien que c'est le client de l'industriel qui est visé.

La discrimination se joue à trois : celui qui verse l'avantage, celui qui en bénéficie et celui qui en est exclu. Dans le cadre des dispositions de l'article L. 442-6-I-2^oa, la relation devient bilatérale, et c'est le distributeur qui sera poursuivi.

La loi NRE témoigne de la volonté du gouvernement et du législateur de reprendre en main les rapports commerciaux, sur fond de régulation et de moralisation des pratiques. Il s'agit d'une quasi-répenalisation du droit des pratiques restrictives, avec l'introduction d'une amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euros. La loi sur les NRE entend rétablir un équilibre dans les relations entre la grande distribution, aujourd'hui très concentrée, et les PME. Cela ressort de la discussion du projet de loi par les sénateurs, qui sont très proches des régions et sans doute davantage à l'écoute des PME, car ils souhaitent défendre le tissu industriel local. Aussi est-ce au nom de la défense de ces entreprises que le Sénat avait souhaité interdire les accords de gamme.

■ *Que signifie, pour vous, le terme régulation ?*

J.-C. G. : Régulation signifie assurer un certain équilibre, le bon fonctionnement de l'économie, par l'immixtion de l'Etat et des juges dans les relations entre opérateurs économiques.

■ *Pensez-vous que ces règles seront acceptées et respectées ?*

J.-C. G. : Elles seront acceptées parce que la loi est d'application générale et concerne tous les opérateurs économiques, y compris ceux qui ne conduisent pas leurs activités avec la grande distribution. Ce n'est donc pas une loi d'exception, même si elle est clairement antidistribution. Sera-t-elle respectée ? Les entreprises n'iront pas croiser le fer avec leurs principaux clients, mais l'administration découvrira, au gré de ses contrôles, certaines pratiques restrictives de concurrence, et portera les affaires au contentieux devant le Conseil de la concurrence ou devant les tribunaux de commerce, selon les cas, sans oublier les éventuelles poursuites lancées par le parquet, en cas d'infractions pénales. Il conviendra d'attendre quelques années pour disposer de décisions qui formeront une jurisprudence établie. Ainsi, on a pu observer, à l'occasion de la mise en œuvre de la loi Galland, que les dispositions de l'ancien article 36 alinéa 5 de l'ordonnance de 1986, sur la rupture brutale de relations commerciales établies, ont été peu invoquées en matière de déréférencement, mais qu'elles ont davantage joué

dans les affaires de rupture de contrats de distribution ou de cessation de commandes, en dehors de la grande distribution : le texte fut appliqué là où on ne l'attendait pas réellement. Par ailleurs, en cas de déréférencement, on peut se demander si le juge des référés ne serait pas le mieux à même de contraindre le distributeur à maintenir pendant un délai raisonnable le référencement des produits ou le maintien des contrats. Le droit économique n'est efficace que si la décision est rapide.

■ *La loi NRE marque-t-elle le retour de l'économie administrée ?*

J.-C. G. : Si nous ne sommes plus à l'époque du Quai Branly, de nouveaux pouvoirs sont donnés à l'administration, en termes d'enquêtes, et au ministre de l'Économie et des Finances, qui peut aller jusqu'à se substituer à une partie pour demander réparation du préjudice qu'elle a subi. Un nouveau dirigisme pourrait ressortir de cette loi. Le gouvernement et le Parlement ont souhaité conférer à l'administration et au ministre des droits qu'ils n'avaient pas ou que les tribunaux, par exemple dans l'affaire Intermarché, leur avaient déniés.

■ *Le ministre va-t-il utiliser ses nouveaux pouvoirs ?*

J.-C. G. : On peut raisonnablement penser qu'il va utiliser ceux dont il dispose dans le cadre des enquêtes de concurrence. Nous observons, depuis septembre 2000, un certain accroissement du nombre d'investigations. L'administration, qui est un corps de contrôle mais qui entend jouer également un rôle de conseil auprès des entreprises, aura à cœur de défendre ses acquis législatifs. Elle fera valoir toutes ses attributions, dans les enquêtes légères comme dans les lourdes, assimilées à des perquisitions, pour lesquelles elle dispose de pouvoirs importants, puisqu'elle peut être autorisée, par le président du tribunal de grande instance, à se rendre dans les entreprises lorsqu'un faisceau d'indices laisse présumer des pratiques anticoncurrentielles.

En revanche, si le ministre n'utilise pas ses pouvoirs, la loi restera lettre morte, car, pas plus aujourd'hui qu'hier, les industriels n'iront assigner leurs principaux clients devant un juge. Leur objectif n'est pas d'engager des procès, mais de vendre des produits. Pourtant, l'administration pourrait, demain, demander la réparation du préjudice subi en lieu et place de la victime, qui n'aurait pas obligation de se manifester. Cette aptitude est critiquable, car une déci-

sion du Conseil constitutionnel, de 1999, précise qu'un tiers ne peut demander réparation du préjudice si la victime n'est pas présente dans la procédure contentieuse. L'administration ira-t-elle jusque-là ? Elle peut aussi exiger la cessation des pratiques, demander la restitution des sommes indûment perçues, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander le prononcé d'une amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euros.

■ *La grande distribution va-t-elle réagir et adopter d'autres comportements, qu'il faudra, de nouveau, interdire ?*

J.-C. G. : Je pense que la grande distribution va imaginer de nouvelles parades, comme en témoignent les déclarations de certains distributeurs, qui n'entendent pas changer du jour au lendemain leurs méthodes de travail.

■ *Ce comportement s'observe-t-il dans la distribution spécialisée ?*

J.-C. G. : Oui. Ces enseignes appartiennent dans de nombreux cas à des groupes qui contrôlent également des enseignes à dominante alimentaire. Quel que soit le type de commerce, on observe que les acheteurs des grandes surfaces spécialisées formulent les mêmes demandes que leurs homologues de la distribution alimentaire auprès des responsables des grands comptes industriels.

■ *Comment l'administration aura-t-elle connaissance des conflits qui opposent les industriels et les distributeurs ?*

J.-C. G. : Il est vrai que les entreprises se plaignent mais déposent rarement des plaintes. Mais l'administration réalise d'office, chaque année, des enquêtes sectorielles, qui peuvent aller jusqu'à une saisine du Conseil de la concurrence.

■ *La loi NRE met en place une commission d'examen des pratiques. Que pensez-vous de ce nouvel organe ?*

J.-C. G. : C'est une bonne chose, à condition que la Commission des pratiques commerciales soit saisie et qu'elle accepte de jouer son rôle. On peut regretter qu'elle ne puisse pas être saisie par les tribunaux. Si, finalement, elle obtient un poids comparable à celui de la Commission des clauses abusives, sa mise en place sera bienvenue. Il lui faudra émettre rapidement ses premiers avis et recommandations, qui constitueront autant de lignes directrices pouvant être utilisées par les opérateurs économiques. Il faut toutefois lui laisser le temps de trouver ses marques.

Ses membres viendront d'horizons divers. On peut souhaiter qu'elle agisse comme une caisse de résonance des pratiques dénoncées à l'occasion des auditions parlementaires.

Comment le juge interprétera-t-il les notions d'abus de puissance d'achat ou de vente ? Va-t-il s'inspirer des décisions communautaires ?

J.-C. G. : Il conviendrait d'abord de rappeler que, s'agissant de l'abus de dépendance économique, le législateur a souhaité revenir sur la notion d'effet sur le marché exigé par l'ancien article L. 420-2, alinéa 2, sans toutefois la supprimer totalement. Il sera encore nécessaire de prouver, dans le cadre de cette disposition modifiée par la loi du 15 mai 2001, une atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence. Y a-t-il une différence entre l'affectation du jeu concurrentiel et celle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence ? Rien n'est moins certain sur un plan strictement économique ! En outre, la preuve de la dépendance économique, dans le cadre de l'article L. 420-2, alinéa 2, devra se traduire par la démonstration de l'absence de conditions alternatives ou équivalentes, ainsi que le Conseil de la concurrence, dans sa décision de mesures conservatoires du 10 août dernier, l'a clairement rappelé. Ce que souhaite le législateur, c'est la possibilité pour le Conseil de la concurrence, mais aussi et surtout pour le juge du commerce, de sanctionner la simple disparition d'un producteur local.

En ce qui concerne la situation de puissance d'achat, elle a déjà été définie par les autorités communautaires dans les décisions Rewe-Meinl et Carrefour-Promodès, qui rapprochent le concept de puissance d'achat de la notion de position dominante. L'introduction de cette notion dans la loi NRE vise, encore une fois, la grande distribution, qui peut user de sa puissance d'achat pour imposer à ses fournisseurs des conditions commerciales injustifiées. La notion de puissance de vente est un concept jusqu'ici ignoré du droit français. Dans l'esprit du législateur, il s'est agi de lutter contre la puissance des groupes multinationaux qui, par des remises de gamme, pourraient parvenir à saturer les linéaires des grandes surfaces au détriment des produits des PME. Cela étant, le texte ne précise pas comment pourra s'apprécier cette situation de puissance de vente, et il est probable que l'on se rapprochera de la notion de dépendance économique. En tout état de cause, en présence d'une situation de puissance d'achat ou de vente, il conviendra de définir le caractère abusif de la pratique attaquée.

*Propos recueillis par Anne de Beaumont
et Jean Watin-Augouard*



A lire dans le prochain numéro :

Synthèse du rapport « *Une ambition industrielle pour la France* »,
40 propositions pour répondre aux enjeux actuels et futurs de l'industrie
Interview de Daniel Dewavrin et Jean-Pierre Gondran, président et
secrétaire général du Groupe des fédérations industrielles (GFI)

Nouvelles régulations économiques : vers la moralisation des pratiques commerciales ?

Par le cabinet Vogel & Vogel, avec la collaboration d'Anne de Beaumont

Nous terminons l'examen de la loi NRE, commencé dans notre numéro de septembre, avec la présentation du nouveau droit des pratiques restrictives. Plus que la concurrence sur un marché, ce sont les partenaires commerciaux qui sont visés et, surtout, les fournisseurs et les distributeurs dont les rapports méritent, selon le législateur, d'être « moralisés ». Il s'agit de remédier à plusieurs effets pervers qui n'ont pas été éradiqués par la loi Galland. En filigrane, c'est la protection des PME et PMI, particulièrement dans le secteur de l'offre, qui est recherchée. Elle passe par un renforcement du droit positif et par l'octroi de nouveaux pouvoirs à l'administration, avec le risque, redouté par certains, d'un retour en force du dirigisme et de l'économie administrée¹.

De la loi Galland à la loi NRE

La crise des fruits et légumes de l'été 1999 et les Assises de la distribution du 13 janvier 2000 ont mis en lumière plusieurs pratiques abusives. La loi Galland, signée le 1^{er} juillet 1996, avait déjà pour objectif d'assurer la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Elle y est en partie parvenue, en permettant l'éradication de la revente à perte par exemple. Mais un effet pervers est rapidement apparu : le gonflement des marges arrière par l'intermédiaire de la coopération commerciale. Les âpres négociations entre industriels et commerçants ne portaient plus sur le prix de vente des marchandises, mais sur la rémunération des services spécifiques que le distributeur rend à son fournisseur. Cette coopération, qui à l'origine était marginale, peut, de nos jours, atteindre jusqu'à 35 % et plus du prix de vente du fournisseur².

Dans son rapport sur l'évolution de la distribution, la commission de la Production et des Echanges de l'Assemblée nationale a identifié plusieurs abus, qui se sont développés avec le mouvement de concentration dans le secteur de la distribution et portent

sur le déréférencement, les ruptures de relations commerciales, la dépendance économique ou encore les délais de paiement³.

Vers la moralisation des pratiques commerciales ?

Afin de mettre un terme aux pratiques commerciales abusives et dans le but affiché de protéger les PME, la loi NRE renforce la réglementation de trois manières. Elle crée un organe paritaire : la Commission des pratiques commerciales. Elle introduit de nouvelles règles de fond. Elle consacre le retour de l'État dans la relation commerciale bilatérale.

La composition de la Commission des pratiques commerciales n'est pas encore connue. Elle sera déterminée par un décret d'application, dont la publication est annoncée depuis longtemps déjà pour bientôt. Aux termes de la loi NRE, elle sera composée de deux parlementaires, un pour chaque chambre, de représentants de toute la filière, de l'agriculteur au distributeur, de magistrats et de personnes qualifiées. Outre le ministre de l'Economie, celui du secteur concerné et le président du Conseil de la concurrence, la Commission pourra être saisie par des organisations professionnelles, des associations de consommateurs et par tout producteur, fournisseur ou revendeur qui s'estime lésé par une pratique commerciale. Elle pourra également se saisir d'office.

Il est étonnant que les tribunaux, qui sont compétents pour connaître des pratiques restrictives, n'aient pas reçu la faculté de saisine, alors que le Conseil de la concurrence en dispose par l'intermédiaire de son président. La Commission sera chargée de rendre des avis et de formuler des recommandations sur les documents commerciaux et publicitaires, ainsi que sur les pratiques commerciales entre producteurs, fournisseurs et distribu-

teurs. Ses recommandations porteront sur des questions d'ordre général, comme le développement des bonnes pratiques. Quant aux avis, qui vérifieront la conformité au droit de la pratique litigieuse, ils n'auront aucune force obligatoire et ne lieront pas le juge.

La refonte de l'article L. 442-6⁴ se traduit par trois modifications : le renforcement des dispositions existantes, l'instauration de nouvelles sanctions et l'accroissement des pouvoirs de l'administration. La loi NRE introduit à l'article L. 442-6-I un alinéa 2 qui, dans son point a, précise la définition des pratiques discriminatoires : est désormais prohibé le fait d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage qui ne correspond à aucun service rendu, ou est disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Sont visées par ce texte la coopération commerciale fictive ou abusive et les « corbeilles de la mariée », exigées à l'occasion de la fusion de deux distributeurs. Le point b du même alinéa permet aux opérateurs victimes d'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat de saisir le juge, afin d'obtenir la réparation du préjudice occasionné par ces pratiques, sans avoir à prouver une atteinte au marché, autrefois requise par l'article L. 420-2, al. 2. Ce texte, qu'il reviendra au juge d'interpréter⁵, vise tant la dépendance du fournisseur que celle du distributeur.

La rupture brutale des relations commerciales était déjà prohibée par l'article 36-5 de l'ordonnance de 1986. Son régime est néanmoins modifié de deux manières : le délai minimal de préavis en cas de rupture de relations commerciales préétablies pourra être défini par des accords interprofessionnels ou, à défaut, par arrêté, et la durée de ce préavis est doublée pour les produits vendus sous MDD, afin de permettre aux entreprises de disposer du temps nécessaire pour se reconvertir et trouver de nouveaux débouchés. Enfin, la loi NRE introduit des cas de nullité de plein droit pour trois types de pratiques abusives : les remises ou accords de coopération rétroactifs, les clauses de droit d'accès au référencement et celles qui prohibent la cession de créances à des tiers.

Le nouveau régime applicable aux pratiques restrictives est assorti d'un renforcement des pouvoirs du ministre. La jurisprudence lui avait à plusieurs reprises⁶ refusé la possibilité de se substituer aux parties pour demander l'annulation du contrat litigieux et obtenir des dommages-intérêts en faveur de la victime des pratiques abusives : il ne pouvait

qu'agir en cessation. La loi NRE renverse cette jurisprudence et reconnaît explicitement le droit pour le ministre de l'Economie de demander la nullité des clauses ou des contrats illicites, la répétition de l'indu et la réparation des dommages subis. Elle va même plus loin, en autorisant le ministre ou le parquet à demander le prononcé d'une amende civile, qui peut atteindre 2 millions d'euros. Si d'aucuns se sont offusqués de dispositions qui mettent à mal le principe « nul ne plaide par procureur », force est de constater que le législateur a entendu les doléances de nombre de fabricants qui, victimes de pratiques abusives, n'osaient porter leur litige devant les tribunaux, par peur de représailles. Espérons que le ministre fera de même.

Lacunes et effets pervers des nouvelles règles

A peine la loi NRE promulguée, des articles de doctrine se sont multipliés, faisant état de l'imperfection des nouvelles dispositions⁷. Comme avec toute loi, des tentatives de contournement sont à attendre, mais il est vrai que la rédaction de la partie concurrence du Code de commerce autorise en elle-même quelques interrogations.

En premier lieu, les nouvelles règles semblent s'attaquer aux conséquences des dérives et non à leurs causes. Ainsi, ni le législateur ni, apparemment, les personnes interrogées n'ont fait remarquer que la puissance de la distribution est liée à la pénurie du linéaire, engendrée par les concentrations importantes qui ont touché le secteur dans les années 1996 à 1999, mais aussi par le gel de l'ouverture des grandes surfaces instauré par les lois Royer et Raffarin. L'idée que le linéaire constitue une facilité essentielle, à l'instar de ce qui se passe dans les industries de réseau, a fait son chemin⁸. Pourtant, le législateur ne s'est nullement préoccupé de cette question.

En deuxième lieu, l'imprécision des termes employés par la loi NRE, à propos des pratiques discriminatoires et de l'abus de dépendance ou de puissance d'achat, laissera beaucoup de latitude au juge pour en interpréter les dispositions. Le tribunal de commerce de Nanterre a ainsi jugé, le 20 septembre dernier, que si les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce prévoient, parmi les sanctions, la nullité du contrat, celle-ci ne peut être demandée que par le ministre et non par une partie à la convention. Ce faisant, il a réécrit une disposition qui semblait pourtant dénuée d'ambiguïté. On est d'autant plus en droit de s'inquiéter, pour la

sécurité juridique des opérateurs commerciaux, de l'interprétation de dispositions équivoques.

Alors que les nouvelles règles visent à protéger les PME, au moyen du doublement des préavis de rupture commerciale au bénéfice des fabricants de MDD, il y a fort à parier que les distributeurs aggraveront la précarité des contrats, en particulier par la signature de conventions à durée déterminée qui leur permettront de ne pas pérenniser leurs relations commerciales, tout en restant dans la légalité.

Enfin, puisqu'il est évident que les entreprises n'assigneront pas leurs partenaires, par crainte de représailles, la mise en œuvre des nouvelles règles dépendra essentiellement de la volonté de l'État de les faire respecter, qu'il s'agisse de l'action prévue à l'article L. 442-6 ou de la saisine de la Commission des pratiques commerciales. Si le nouveau droit des pratiques restrictives introduit par la loi NRE est bienvenu, la question de sa mise en œuvre demeure entière. Seul le temps permettra de juger de l'efficacité de l'intention législative.

1. Philippe Marini, *Rapport sur le projet de loi relatif aux nouvelles réglementations économiques*, Sénat, 4 octobre 2000, p. 195.

2. Jean-Yves Le Déaut, *Rapport sur l'évolution de la distribution, commission de la Production et des Echanges de l'Assemblée nationale*, 11 janvier 2000.

3. Nous n'aborderons pas la question de la transposition de certaines dispositions de la directive du 20 juin 2000 sur les délais de paiement. Les problèmes fiscaux qu'elle soulève pourraient à eux seuls faire l'objet d'un article.

4. Ex-article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

5. Peut-être à la lumière des décisions des autorités européennes : ainsi, Bruxelles a estimé, dans sa décision Carrefour-Promodès du 25 janvier dernier, qu'un fournisseur qui réalise plus de 22 % de son chiffre d'affaires avec un seul distributeur est en situation de dépendance économique.

6. Paris, 9 juin 1998, confirmée par Cass. com. 5 décembre 2000 (ITM c/ ministre de l'Economie), et Versailles, 21 décembre 2000 (Auchan c/ ministre de l'Economie).

7. Cf., par exemple, Philippe Marini, « La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques : un texte qui reste à parfaire », *Les Petites Affiches*, n°198, 4 oct. 2001, p. 4.

8. Cf. Jean-Paul Tran Thiet, « Linéaires et réseaux, des ressources rares », *le Bulletin de l'Ilec* n°309, janvier 2000.



'Nos lecteurs retrouveront dans le numéro de janvier les indices sur l'évolution de la consommation des ménages que Secodip n'a pu établir pour la présente édition.

Directeur de la Publication : Dominique de GRAMONT - Editeur : TRADEMARK RIDE - Rédacteur en chef : Jean WATIN AUGOUARD

Secrétariat de rédaction : François Ehrard - Maquette et mise en pages : GRAPHI PAGE - Isabelle VIDALIE

Abonnement France (1 an) : 45 € (295, 18 F TTC) - Abonnement Etranger (1 an) : 45 € + 5 € de port (327,98 F TTC) - Prix au numéro : 5 € (32,80 F TTC)

TRADEMARK RIDE - 93, rue de la Santé 75013 Paris - Tél : 01 45 89 67 36 - Fax : 01 45 89 78 74 - Email : jwa@libertysurf.fr

Imprimé par : CELER - 17, avenue Aristide-Briand - 91550 Paray-Vieille-Poste - Reproduction interdite sauf accord spécial - Commission paritaire n° 80397

