

Le Bulletin

de L'ILLEC

■ ORDONNANCE DE 86,
VINGT ANS APRÈS
UN ACQUIS FONDAMENTAL
MAIS PERFECTIBLE
Entretien avec Jean-Patrice
de La Laurencie

page 1

VINGT ANS DE TERGIVERSA-
TIONS SUR L'ÉCONOMIE DE
MARCHÉ !

Entretien avec Jean-Paul Charié

page 7

RÉGULATION ET INFORMATION,
LE SÉSAME

Entretien avec Christian
Babusiaux

page 9

UN DOMAINE ENCORE
EN CHANTIER

Entretien avec Guillaume
Cerutti

page 11

JURIDIQUE : CHRONIQUE
D'UNE RÉFORME

page 13

ORDONNANCE DE 1986, VINGT ANS APRÈS

Un acquis fondamental mais perfectible

Rupture radicale mais encadrée, la libéralisation portée par l'ordonnance de 1986 n'a nullement institué la liberté du renard dans le poulailler. Son effet sur l'évolution des prix a été favorable aux consommateurs, elle a été un aiguillon dans la modernisation de l'industrie, sans exercer d'influence fâcheuse sur le tissu commercial. Après vingt ans de liberté des prix, les défauts du dispositif tiennent encore à un interventionnisme pesant, et au sous-développement des procédures civiles.

Entretien avec Jean-Patrice de La Laurencie, avocat (White & Case LLP), rapporteur général de l'Association française d'étude de la concurrence (Afec)

L'ordonnance « Balladur » du 1^{er} décembre 1986 a mis fin à quarante ans de contrôle des prix par son article 1^{er} : « L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Le prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». Evolution ou révolution ?

Jean-Patrice de La Laurencie : Cette ordonnance restera dans l'histoire d'abord et essentiellement comme une rupture avec plus d'un demi-siècle de « politique des prix ».

(suite page 3)

Vingt ans déjà !

Vingt ans. Le bel âge ? Point si sûr, à en croire Paul Nizan, qui confessa dans *Aden d'Arabie* : « *J'avais vingt ans. Je ne laisserai personne dire que c'est le plus bel âge de la vie.* » Un âge sans pitié comme la jeunesse, mais déjà assez frotté à la vie pour commencer à se retourner sur soi-même, avec un regard critique, ce qui précisément s'appelle réfléchir, en l'espèce à ce qu'il en est de l'économie de marché, quatre lustres après l'ordonnance.

Le terme mérite attention. Notre économie était-elle si malade qu'une médecine de cheval dût lui être administrée, en suivant l'ordonnance du docteur Ballardur ? Il est vrai qu'enfermée dans un carcan, de la pire espèce puisque administratif, elle aspirait sans doute au grand air. Néanmoins la médecine ne suffit hélas point à éviter que les « *trente glorieuses* » célébrées par Jean Fourastié ne confirmassent leur volte-face en direction des « *trente piteuses* » diagnostiquées, *ex post*, par Nicolas Baverez. Ordonnance, le terme fait aussi songer à la discipline qui est la force des armées appréciée depuis l'intendance. Le texte prétendument cardinal ne serait-il que l'accessoire d'une révolution anticipée ? Christian Babusiaux esquisse l'idée. D'une révolution radicale ? Puisque aller contre serait « *littéralement anticonstitutionnel* », selon Jean-Patrice de La Laurencie, qui assure une belle promotion à l'ordonnance dans la hiérarchie des normes juridiques ! A moins qu'il ne s'agisse d'une révolution avortée, à en croire Jean-Paul Charié, selon qui les résultats obtenus « *restent globalement décevants* ». Mais ordonnance, c'est aussi un mot venu du fond de la Restauration, dont les sonorités évoquent irrésistiblement la justice et l'amour, la joie du peuple aussi qui prend possession du pavé parisien pour contrer la contre-révolution. Et c'est bien de liberté recouvrée qu'il s'agit, pour les prix s'entend, après « *quarante années de contrôle des prix et de réglementation contraignante de l'économie* », souligne Guillaume Cerutti. La belle ordonnance, en somme.

Nos auteurs, qui doivent être vivement remerciés, ont pris le risque d'écrire alors que, vingt ans après, les passions ne sont pas retombées. Les pratiques commerciales restrictives donnent même lieu à une insatiable exubérance législative. L'annonce par la loi du 2 août 2005 d'une nouvelle échéance, fixée en principe à la fin 2007, est dans tous les esprits. Aussi nos lecteurs sont-ils invités à réagir, à faire connaître leur point de vue, à nous indiquer s'ils pensent, comme Jean-Patrice de La Laurencie, qu'on « *peut raisonnablement espérer la disparition de l'interdiction de la revente perte et des dispositions qui lui sont liées* » (mais lesquelles ?), une idée que semble partager Guillaume Cerutti. Nous publierons les contributions que nous recevrons sur le sujet. Courage lecteur et au travail !

Qu'il soit enfin permis à la rédaction de votre *Bulletin* de vous présenter ses vœux les meilleurs, en prévision d'une année 2007 qui s'annonce riche en échéances.

Dominique de Gramont

La politique des prix était, jusqu'à cette date, un instrument essentiel de la politique économique gouvernementale, au moins autant que l'encadrement du crédit. L'intensité de cette intervention étatique a pu varier dans le temps, des phases de blocage des prix aux phases de liberté plus ou moins concertées ou encadrées.

La rupture inscrite dans l'ordonnance de 1986 a été radicale : l'intervention générale sur les prix devenait littéralement anticonstitutionnelle. N'étaient plus autorisées que des interventions très temporaires liées à des circonstances exceptionnelles (qui ne se sont pas produites jusqu'ici) ou à une régulation très spécifique, là où la concurrence ne peut structurellement jouer d'aucune façon (quelques secteurs comme l'électricité ou le gaz), ou les tarifs des taxis. On n'est jamais revenu à cet interventionnisme général sur le niveau des prix.

L'ordonnance a été modifiée par les lois de juillet 1987, de décembre 1992, de juillet 1993, de février 1995, de juillet 1996 (loi Galland), de mai 2001 (NRE), d'août 2005 (loi Dutreil). Est-ce toujours un régime de liberté des prix ?

J.-P. de la Laurencie : Le motif de cette interrogation se trouve dans les interventions successives du législateur et du gouvernement sur un point spécifique et sensible de la fixation des prix : les relations verticales entre producteurs et distributeurs. De manière schématique, il y a bien eu, dans ce domaine, un interventionnisme largement spécifique à la France.

Dans l'équilibre instable et multiforme des relations quotidiennes entre opérateurs du secteur des biens de grande consommation, on a assisté au développement d'une réglementation complexe – fort bien surnommée « facturologie » – et à des allers-retours : application de 1987 à 1995 des articles 31 à 36 de l'ordonnance de 1986 (facturation, interdiction de la revente à perte et des discriminations...) dans un sens de plus en plus favorable aux distributeurs, à coups de circulaires administratives, puis intervention avec la loi Galland de 1996, en faveur des producteurs, et de nouveau retour du balancier rendant la main aux distributeurs, avec la loi Dutreil d'août 2005.

Avec les meilleures intentions du monde, incités par nombre d'acteurs économiques à jouer les Salomon, les pouvoirs publics ont plutôt joué les éléphants dans un magasin de porcelaine. Cela étant, ce type d'intervention n'a concerné qu'une part limitée des produits, un millier dans l'alimentaire, le bazar et l'électroménager. Le reste des biens et services – c'est-à-dire leur immense majorité – a globalement continué à bénéficier d'une totale liberté des prix.

Quel a été l'effet spécifique du changement initié avec l'ordonnance de 1986 sur le niveau des prix ou sur l'inflation ?

J.-P. L. : Cela reste un sujet de controverse entre économistes et il est difficile, surtout pour un non-spécialiste, de démêler les interactions entre facteurs d'évolution. Je me contenterai de quelques remarques. Les belles années du contrôle des prix n'ont empêché ni une croissance plus forte, ni une inflation plus forte que celles de nos voisins. La politique des prix après le « blocage Delors » de 1982 a conduit à une décélération rapide du rythme de l'inflation (effet d'une lutte contre l'inflation par les coûts – essentiellement la désindexation), mais dans un contexte européen de désinflation. L'ordonnance de 1986 a contribué à casser le niveau des prix de l'essentiel des produits industriels et alimentaires, mais elle a aussi permis des réajustements à la hausse de bon nombre de prestataires de services ou de métiers alimentaires de proximité, favorisés par un comportement d'entente hérité du passé. Les interventions successives sur le seuil de revente à perte et la facturation ont plutôt joué en faveur de la baisse des prix de 1986 à 1995, puis de la hausse avec la loi Galland (comme l'ont montré les travaux de la commission Canivet), et à nouveau de la baisse avec la loi Dutreil. Mais comme l'Insee l'a rappelé à maintes reprises, cela ne concerne qu'un nombre limité de produits et a donc un impact peu perceptible sur l'évolution générale des prix (ce qui n'empêche pas une forte sensibilité du consommateur).

Quelles sont les conséquences de l'ordonnance et des textes qui l'ont modifiée sur les différentes catégories d'opérateurs économiques, les consommateurs, l'équilibre entre les types de commerce, le tissu industriel – PME et grandes entreprises ?

J.-P. L. : Les consommateurs me semblent avoir été globalement bénéficiaires du mouvement de libération des prix et de la concurrence. Je vais prendre deux exemples parlants. L'introduction de la concurrence et de la liberté des prix dans la desserte aérienne des départements d'outre-mer (essentiellement Guadeloupe et Martinique) a sans doute cassé le monopole d'Air France, mais elle a surtout conduit à une démocratisation accélérée de cette desserte, l'effet volume compensant l'effet prix, au point qu'Air France n'a pas eu à souffrir de l'arrivée de compagnies concurrentes sur ce marché. Deuxième exemple : la liberté des prix dans la boulangerie. Malgré quelques ententes ici ou là, durement sanctionnées, elle a conduit à une diversification extraordinaire de l'offre, avec une baguette aujourd'hui moins chère qu'il y a vingt ans, mais des pains « bio » ou spéciaux dont le prix plus élevé n'empêche pas le succès.

Concernant l'effet de l'ordonnance sur le commerce, j'aurais tendance à dire que si les commerçants ont globalement tous profité de la liberté des prix, les petits comme les grands, c'est moins l'ordonnance de 1986 qui a pu influencer sur l'équilibre entre commerce de proximité et grandes surfaces que les lois sur l'urbanisme commercial (Royer et Raffarin). Elles n'ont pas plus limité qu'ailleurs l'expansion des grandes surfaces, et si elles ont freiné leur extension géographique, cela a conduit à la concentration des enseignes. Elles ont eu aussi pour effet de changer la localisation des petits commerces (disparus des communes rurales au profit des centres-villes et des galeries marchandes).

Il reste que les interventions successives sur le seuil de revente à perte ont bien eu quelques effets : développement des hyper et des supermarchés pendant les périodes favorables à un seuil bas, des discompteurs et des supérettes pendant les périodes de seuil élevé (ces mouvements ne concernent d'ailleurs guère les petits commerçants traditionnels, qui n'ont jamais été vraiment touchés par la bataille sur le seuil de revente à perte – erreur d'optique des politiques...).

Quant au tissu industriel, il est difficile de porter des jugements tranchés et étayés sur l'effet de l'ordonnance de 1986. On peut sans doute constater que la pression exercée par une concentration très forte de la distribution – dans la mesure où elle a été encouragée par l'ordonnance – a été un facteur de concentration des industries de biens de grande consommation, mais d'autres facteurs explicatifs de ce phénomène existent, plusieurs pays voisins ayant connu une évolution semblable. Un contrôle a été introduit pour éviter une trop grande concentration, mais les rares interdictions ou limitations résultant de cet encadrement n'ont pas agi de manière perceptible sur l'évolution du paysage industriel français – ni sur celui de la distribution d'ailleurs. La déréglementation (télécoms, poste, énergie...) a plus clairement modifié le paysage, mais elle résulte plus de l'environnement européen que de l'ordonnance de 1986.

Globalement, je suis d'avis que, *a contrario*, le maintien d'un contrôle des prix aurait freiné nombre des adaptations nécessaires qu'a connues l'industrie française, et que celle-ci s'est renforcée et aguerrie dans le cadre d'une ouverture accrue à la concurrence. Ne peut-on reconnaître que nos champions de l'industrie agroalimentaire ont bénéficié de la pression qu'exerçait la grande distribution en France ? Par ailleurs, la disparition des entreprises ou des secteurs non compétitifs, du fait d'une concurrence plus active, est favorable à l'émergence de nouveaux producteurs de biens ou de services plus performants et créateurs d'emplois dans l'environnement concurrentiel mondial que nous connaissons. Ce qui ne veut pas dire que les pro-

blèmes sociaux résultant de cet ajustement nécessaire ne doivent pas être pris en considération par les pouvoirs publics, mais cela sort du cadre du droit de la concurrence.

Sommes-nous vraiment, depuis 1986, dans un régime de saine concurrence ? En quoi le Code de commerce a-t-il renforcé la liberté de la concurrence ?

J.-P. L. : Il s'agit de bien situer la « liberté de la concurrence ». L'ordonnance de 1986 n'est nullement le renard libre dans le poulailler libre, mais au contraire un encadrement du fonctionnement de la concurrence : elle a défini le cadre juridique et institutionnel, qui fixe les limites et les règles du jeu. La question est plutôt celle du renforcement du droit et de la politique de la concurrence depuis l'ordonnance de 1986. Le droit de la concurrence existait en France depuis 1953, mais qui le savait ? Il avait été renforcé par la loi de juillet 1977, mais c'est l'ordonnance de 1986 qui lui a donné de la visibilité et de l'efficacité. La montée en puissance du Conseil de la concurrence a été sans doute progressive, mais aujourd'hui cette « autorité administrative indépendante » fait la une des journaux quand elle prononce une sanction importante face à une entente.

Il manque un relais pédagogique sur l'intérêt et l'importance de cet élément de régulation dans l'économie de marché : celui du gouvernement et celui des médias. Ni les gouvernements de gauche ni les gouvernements de droite qui se sont succédé depuis 1986 n'ont remis en question l'utilité de ce type de régulation, mais trop souvent, au pouvoir et dans l'opposition, les responsables politiques ont utilisé la politique de la concurrence comme alibi, alors qu'ils reconnaissent tous, implicitement, le caractère indispensable d'une concurrence régulée. Il est difficile de ne pas être démagogique dans ce registre, mais il est essentiel de dire clairement pourquoi cette régulation est importante, pour les opérateurs comme pour les consommateurs, et quelles en sont les limites – notamment parce que la régulation de la concurrence n'est pas l'alpha et l'oméga de la vie politique et économique d'un pays.

En quoi le droit français présente-t-il des singularités, par exemple en termes de complexité des règles, de fonctionnement pratiques des autorités de la concurrence ou de pratiques commerciales restrictives ?

J.-P. L. : Il est certain que le droit français de la concurrence présente des singularités. Le problème est moins celui de leur existence (quel est le pays qui n'en a pas ?) que de leur éventuel impact négatif pour les opérateurs français. Globalement, je ne pense pas

que le droit de la concurrence se distingue par sa complexité, face à celui des autres grands pays – du moins si l'on s'en tient aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations, dont les règles générales et l'application jurisprudentielle sont tout à fait dans la norme.

La principale singularité critiquable concerne les interventions successives sur les relations producteurs-distributeurs. On peut raisonnablement espérer la disparition de l'interdiction de la revente à perte et des dispositions qui lui sont liées, dans les années qui viennent, sur la base des orientations de la loi Dutreil, mais faut-il continuer à renforcer la lutte contre les « discriminations », remplacer l'encadrement de la coopération commerciale par celui des « conditions particulières de vente » ? Cela risque de rester d'une complexité ingérable par l'administration, donc inefficace pour atteindre les buts recherchés, et source d'effets pervers – la grande distribution comme les grands industriels étant devenus virtuoses dans l'art de contourner des règles trop tatillonnes.

« Moraliser » les relations commerciales relève de l'éducation morale, non du droit de la concurrence, et s'il s'agit de concurrence déloyale, utilisons les cadres connus du droit civil. L'administration ne peut que se tromper ou être trompée, car elle sera toujours instrumentalisée, dans cet affrontement permanent entre opérateurs économiques, qui est bilatéral et donc sans pertinence au niveau du fonctionnement de l'économie.

En ce qui concerne le fonctionnement institutionnel, le partage des rôles entre le Conseil de la concurrence et la DGCCRF est au cœur d'un débat très actuel. Bien que ce système dual soit de moins en moins fréquent dans le monde, d'autres pays (en particulier le Royaume-Uni) le pratiquent sans susciter de grande contestation. Il est certain qu'avoir une seule autorité de la concurrence au lieu de deux est plus simple et plus pratique, pour les entreprises comme pour les consommateurs. Cela dit, au moins deux raisons plaident pour des administrations distinctes : il est tout à fait défendable, et même favorable au justiciable, de distinguer entre un organisme qui juge et un autre qui enquête (c'est ce qui se passe en droit pénal). L'évolution du Conseil de la concurrence vers un statut juridictionnel justifie le fait qu'il ne mène pas lui-même d'enquêtes. La seconde raison se trouve dans le contrôle des concentrations, qui peut se concevoir autrement que du seul point de vue du droit de la concurrence. Il est alors logique qu'il y ait d'un côté un organisme indépendant chargé de l'expertise en matière de concurrence (le Conseil de la concurrence), de l'autre une autorité qui peut intervenir sur la base d'autres impératifs (rôle du ministre de l'Economie et des Finances).

Cela étant, le dualisme actuel souffre de quelques défauts, qui touchent au fonctionnement du contrôle des concentrations. La DGCCRF est trop tatillonne, notamment au niveau de la « complétude » (envoi de l'accusé de réception officiel faisant courir les délais) en phase I. En phase II, les entreprises doivent recommencer à zéro leur présentation et le traitement du dossier devant le Conseil de la concurrence, à la différence de ce qui se passe face aux autorités des systèmes « monistes », seules à traiter le dossier dans les deux phases. Le système français se corse encore avec une véritable « phase III », inexistante ailleurs, lorsqu'on retourne devant le ministre après le passage devant le Conseil de la concurrence. Enfin, et c'est une critique reprise à l'OCDE, le système français du contrôle des concentrations manque de transparence, tant vis-à-vis des entreprises notificantes que vis-à-vis des tiers, particulièrement dans cette « phase III ».

Les pouvoirs d'enquête sont-ils suffisants ? Les sanctions sont-elles dissuasives ?

J.-P. L. : Les pouvoirs d'enquête paraissent tout à fait suffisants en France. Leur organisation est largement calquée sur le droit européen, et l'efficacité des enquêtes inopinées n'est plus à démontrer pour débusquer une entente – surtout lorsqu'elle est couplée avec le nouveau régime de la clémence, ou lorsqu'il y a des enquêtes combinées entre des autorités nationales ou la Commission, pour des pratiques anticoncurrentielles internationales. Le seul point d'insuffisance que l'on pourrait signaler dans ce domaine, d'ailleurs en voie de traitement dans le cadre des réflexions en cours entre la DGCCRF et l'Aféc, concerne les difficultés de l'administration à recueillir les réponses des tiers au « test de marché », en l'absence de sanction des réponses volontairement erronées ou d'un refus de répondre. On peut dresser le même bilan global à propos des sanctions : il y a désormais une large palette de sanctions, et le niveau des sanctions potentielles a été sérieusement augmenté.

Il convient cependant d'introduire trois nuances dans ce bilan. La première est globale : les régimes de sanction les plus musclés et les plus complets, comme celui des Etats-Unis, ne suffisent pas à éradiquer les cartels injustifiables. Cependant, le développement des *compliance programmes* dans les entreprises et le succès de la clémence montrent que les chefs d'entreprise sont de plus en plus sensibles à la lourdeur des sanctions encourues. Pour ce qui concerne plus spécifiquement les sanctions pénales, on oublie sans doute qu'il y a eu en France des condamnations pénales de pratiques anticoncurrentielles – y compris des peines de prison – et qu'il y en a encore dans les tuyaux, bien que le texte existant – transposition sans modification de l'article 17 de l'ordonnance de 1986 dans le Code

de commerce – soit sans doute trop restrictif pour être aisément utilisable par le juge pénal. La crainte d’aller en prison restera une dissuasion plus efficace que l’amende administrative infligée à l’entité abstraite (et que les personnes concernées quittent) qu’est l’entreprise.

Je ne peux que rappeler l’insuffisance notoire de l’action civile en matière de pratiques anticoncurrentielles. L’ordonnance de 1986 avait bien explicitement prévu la sanction, par les tribunaux civils, des pratiques condamnables, qu’elles aient été ou non déjà condamnées par le Conseil de la concurrence. Il s’agit d’abord d’une question de culture, pour les entreprises victimes de ces pratiques, qui n’ont pas le réflexe de demander des dommages et intérêts, et pour les magistrats, qui n’accordent pas des réparations à la hauteur des enjeux, sauf exceptions.

Quelles sont les principales failles du système ? Comment améliorer l’effectivité du droit ?

J.-P. L. : Il faut réduire, voire supprimer, les interventions tatillonnes de l’administration dans les relations producteurs-distributeurs, alléger les contraintes, en particulier en matière de contrôle des concentrations.

Pour aller plus loin dans l’effectivité du droit, et améliorer la position du droit et de la politique de la concurrence dans la politique économique, je vois quelques pistes d’amélioration. En ce qui concerne les moyens de traitement des pratiques anticoncurrentielles, le développement des procédures alternatives aux sanctions est une bonne chose, en particulier la récente introduction et la pratique décisionnelle des « engagements ». Mais la procédure dite de transaction n’a pas encore véritablement trouvé sa place. Elle mérite un encadrement détaillé, que ce soit sous forme de lignes directrices, d’études thématiques du Conseil de la concurrence ou de compléments réglementaires, à l’instar de ce qui a été fait en matière de clémence ou d’engagements. Il faut aussi pallier l’absence de sanctions civiles du droit de la concurrence. Paris comme Bruxelles s’en préoccupent, à en juger par le nombre de colloques sur le sujet.

Il est question de renforcer le rôle des organisations de consommateurs, avec l’introduction de l’action de groupe. Dans son principe, on ne peut qu’y être favorable, car il est clair que les consommateurs isolés ne pourront jamais agir en cas de dommages collectifs résultant d’une entente. Dans la pratique, il convient d’éviter deux écueils : celui d’une excessive modestie (cas du projet de loi actuel, qui ne prévoit même pas l’applicabilité de cette procédure au droit de la concurrence) et celui d’un risque disproportionné pour les

entreprises, si l’on transpose certaines dispositions du droit américain, tels que les dommages et intérêts punitifs doublés ou triplés (« *treble damages* »).

Faut-il privilégier la logique de régulation au détriment de la logique de sanction ?

J.-P. L. : Il faut une juste combinaison des deux. J’insisterais sur l’intérêt de la logique de régulation en fonction de la matière : dans les secteurs de « monopole naturel » ou dans ceux, encore nombreux, où existent des interventions d’ordre public reposant sur la notion de service public, et où l’intervention historique de l’Etat prévaut (l’énergie, le cinéma, les médias, les professions réglementées, les casinos, jusqu’aux centres d’insémination artificiels...). On peut également préférer la régulation dans des situations plus grises que noires (crises agricoles, petites ententes protectrices, risques d’abus de position dominante locaux), car ce type d’approche est plus efficace et plus pédagogique que la sanction. Une sanction incomplète ne présente aucun intérêt.

Quelle est l’influence du droit français de la concurrence sur le droit communautaire ?

J.-P. L. : Cette influence existe, même s’il s’agit d’une interaction. Dès l’origine, et malgré le poids des Allemands, il y a eu un apport français à la création du droit communautaire de la concurrence. Cela transparaît encore dans la structure de la Direction générale de la concurrence à Bruxelles, comme dans ses systèmes d’enquête.

Quant aux concepts de fond, l’influence de la France n’a pas porté seulement sur la définition initiale des pratiques anticoncurrentielles des ex-articles 85 et 86 du traité de Rome. Elle a été récemment deux fois à l’honneur : avec l’intervention du règlement 1/2003, qui a vu triompher le concept français originel de l’interdiction de principe et de quelques exceptions sans notification préalable ; avec la réforme de 2004 du contrôle des concentrations, qui a vu le « test » français de l’atteinte à la concurrence, proche du test américain dit SLC (« *substantial lessening of competition* »), l’emporter sur le test allemand de la création ou renforcement d’une position dominante.

En retour, un certain nombre d’aménagements du droit français de la concurrence ont été inspirés par le droit communautaire, que ce soit dans l’ordonnance de 1986, ou, plus récemment, avec la modification de notre système de contrôle des concentrations ou l’introduction des procédures de clémence et d’engagement.

Propos recueillis par Jean Watin-Augouard



Vingt ans de tergiversations sur l'économie de marché !

Lors de son élaboration, l'ordonnance avait suscité l'opposition de nombreux opérateurs que la liberté effarouchait. Les principes dont elle était porteuse ne sont plus contestés, mais la culture politique et économique qui prévaut en France s'est avérée préjudiciable à leur traduction dans les faits.

Entretien avec Jean-Paul Charié, député du Loiret, porte-parole de la majorité sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, auteur de plusieurs rapports parlementaires sur le droit de la concurrence¹

En quoi l'ordonnance de décembre 1986 vous semble-t-elle révolutionnaire ?

Jean-Paul Charié : A l'issue des années d'après-guerre, qui se sont prolongées quarante ans, où tous les prix étaient fixés par l'Etat pour éviter l'inflation, après plus de vingt années de lutte aussi erronée qu'inefficace, commencée en 1973 avec la loi Royer, contre la taille des magasins et la nouvelle forme de distribution – le libre-service et le tout sous le même toit –, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a voulu consacrer trois grands principes.

Premier principe : la liberté des prix de vente et de revente, fixés par les fournisseurs et par les distributeurs. Ce fut une reconnaissance claire de la libre concurrence, seule capable, dans une économie de marché, de servir au mieux une société de progrès pour l'homme : en effet, le libre jeu d'une saine et loyale concurrence augmente le rapport qualité-prix des biens et des services, au profit des ménages et des consommateurs. Je me souviens des supplications de nombreux secteurs d'activité, de fédérations de métiers qui refusaient cette liberté, car il était plus confortable, pour des commerçants et des artisans, d'être obligés de pratiquer les mêmes prix. Les ventes et prestation, avec primes, les ventes et prestations liées, le refus de vente aux consommateurs, la revente d'un produit par un commerçant à un prix inférieur à son prix d'achat (revente à perte), ainsi que les prix imposés, furent en contrepartie interdits.

Deuxième grand principe : les règles de non-discrimination tarifaire. Nous le savions, en ce domaine de liberté comme dans tous les autres, la liberté des uns s'arrête à celle des autres. Pour que les petits comme les grands bénéficient du droit à être concurrents, qu'ils

puissent tous rester compétitifs sur le marché, animer la concurrence et ne pas être écrasés par les plus puissants financièrement, un minimum de règles touchant les pratiques commerciales était indispensable. L'article 36 de l'ordonnance interdit de traiter selon des modalités différentes (prix, rabais, ristournes, remises, délais de paiement...) des clients ou fournisseurs qui achètent ou vendent selon des modalités comparables (quantités, conditions de livraison, services rendus...). L'article 33 encadrerait la coopération commerciale, pour éviter les abus dans le cadre de la dépendance économique.

Enfin, dernier principe : les règles de saine concurrence. Avec la liberté des prix, il était plus que jamais indispensable de renforcer le rôle régulateur des mécanismes concurrentiels. Pour éviter que certains ne faussent le jeu du marché, des mesures réglementaires ont visé les ententes entravant la concurrence, l'abus de position dominante et l'abus de la situation de dépendance économique dans laquelle un acteur tient un partenaire. Le Conseil de la concurrence a été créé pour assurer l'effectivité de ces dispositions.

Vingt ans après, quel bilan faites-vous de cette ordonnance ?

J.-P. C. : Les résultats restent globalement décevants. Les grandes surfaces, hyper et supermarchés, se sont développées et enrichies en éliminant des pans entiers d'artisans et de petits commerces. Il y a vingt ans, les fournisseurs de l'agroalimentaire et de la droguerie passaient par sept cents grossistes pour distribuer leurs produits ; aujourd'hui, ils sont soumis au bon vouloir de cinq centrales d'achat qui couvrent plus de 97 % du marché national. La fausse coopération commerciale, l'exigence de remises, rabais et ristournes, en contradiction avec les règles de non-discrimination tarifaire, se sont développées. Les marges arrière dépassent en moyenne 35 % du prix tarif du fournisseur et atteignent 60 % dans une filière comme la charcuterie. Les clients déduisent ces factures de services de leurs règlements, immédiatement et directement, ainsi que des pénalités de retard, et leurs propres délais de paiement restent très longs, souvent à plus de quatre-vingt-dix jours. Soumis à des pressions du style « tu payes ou je te vire », obligés de payer de fausses factures de faux services, obligés de vendre coûte que coûte moins cher, soumis aux exigences, conditions d'achat et cahiers des charges de la grande distribution, des milliers de fournisseurs, pourtant compétents, ont déposé leur bilan ou ont été absorbés.

Côté consommateurs, les biens vendus en France sont trop chers. Sur des milliers de produits, la concurrence par les prix n'existe plus entre distributeurs. La qualité des produits est souvent contestable. Les techniques de vente du libre-service et les 140 000 références d'un hypermarché abusent et désorientent les consommateurs plus qu'ils ne le servent. Quant à l'emploi, les discours vantent le potentiel des PME, mais aucune politique ne leur a réellement donné l'environnement administratif, réglementaire et financier dont elles ont besoin pour durer, se développer et se transmettre. Le résultat est que la France peine à lutter contre le chômage, n'arrive pas à susciter la confiance entrepreneuriale et la dynamique économique indispensables à la croissance.

Les réformes engagées depuis 1986 sont-elles allées dans le bon sens ?

J.-P. C. : Depuis 1986, le gouvernement et le Parlement, de droite ou de gauche, conscients de ces dérives, soucieux du non-respect des règles de la concurrence, ont modifié à chaque législature les articles de l'ordonnance de 1986. La dernière réforme a autorisé la prise en compte des marges arrière dans le calcul du seuil de revente à perte. Les prix aux consommateurs devaient baisser d'au moins 5 %. Le résultat est tout autre. Non seulement la pression des centrales d'achat et les marges arrière n'ont pas diminué, mais les prix n'ont pas baissé.

La France serait-elle plus rétive à une concurrence libre et loyale que les autres pays européens ?

J.-P. C. : C'est se demander d'où vient, malgré les discours et les rapports, l'incapacité de la France de faire régner une concurrence libre et loyale au profit de tous. De nombreux pays d'Europe y parviennent, développent autant leurs multinationales que leur tissu de PME, pourquoi pas la France ? Parce qu'en France, nous hésitons à regarder en face les réalités de l'économie. Entre le socialisme et le capitalisme, le modèle français ne fonctionne pas, car il n'a pas su choisir. D'un côté, la bureaucratie pour développer toujours plus de social, qui produit des rigidités incompatibles avec la compétition internationale, avec les nécessaires adaptations aux mutations du monde.

De l'autre côté, le libéralisme qui répond aux évolutions du marché, source de mobilité, de variété et d'adaptation, mais qui est tenu de respecter des règles. Entre les deux, la France, au nom de sa culture des droits de l'homme, n'a pas clairement opté pour la culture de l'économie de marché.

Que suggérez-vous pour sortir de l'ornière ?

J.-P. C. : Que la France soit attachée à servir la dimension humaine est indispensable. Il est d'ailleurs urgent de redonner au capitalisme une troisième dimension, celle de l'homme, aux côtés de celle du client et de celle de l'actionnaire. Mais nous devons résolument adopter comme référentiel le modèle de l'économie de marché. La France se bat contre la taille des grandes surfaces, alors qu'il faut seulement sanctionner les pratiques anti-concurrentielles. La France interdit les ententes souhaitables entre PME, alors qu'il faut, au contraire, les encourager à ne plus être isolées. La France est obnubilée par l'indice des prix, jugé plus ou moins artificiel, alors qu'il suffirait de permettre à tous les acteurs, et pas seulement aux grandes entreprises, de pouvoir faire de la concurrence.

La France promet toujours plus aux Français, cherche à réguler, au rebours de la dérégulation de l'Europe. La globalisation financière nous impose, si nous voulons simplement survivre face aux Etats-Unis et à l'Asie, de développer l'esprit d'entreprise et la combativité. Il est urgent de restaurer le bon sens et les règles d'une libre et loyale concurrence à dimension humaine.

Propos recueillis par Jean Watin-Augonard



¹ Dont *La Libre et Loyale Concurrence à dimension humaine* en 1995, *De la coopération à la domination commerciale* en 2000, *Pour une libre et loyale concurrence au profit des consommateurs* en 2005.

Au sommaire du prochain numéro

Le plaisir alimentaire

Régulation et information, le sésame

Le dispositif institutionnel né en 1986 pour ouvrir les marchés à la concurrence a fait ses preuves. Il gagnerait encore à plus de promptitude des autorités de contrôle, et à « l'interrégulation ». Les marchés ont aussi le meilleur à attendre de nouveaux progrès dans l'information des consommateurs, sans laquelle il n'y a pas de concurrence véritable.

Entretien avec Christian Babusiaux, magistrat à la Cour des comptes, directeur général de la concurrence (DGCC puis DGCCRF) de 1984 à 1997

Quels sont les principaux apports de l'ordonnance Balladur du 1^{er} décembre 1986 ?

Christian Babusiaux : L'orientation fondamentale de l'ordonnance était de mettre fin à l'économie administrée et d'instituer une liberté régulée. Cette orientation demeure d'actualité. Elle répond aujourd'hui encore à une aspiration de la grande majorité des Français. Concrètement, les principaux apports ont été la fin définitive du contrôle des prix, avec l'abrogation des ordonnances de 1945 ; l'affirmation du principe de liberté de la concurrence ; son extension à toute activité, quelle qu'en soit la nature et qu'elle soit publique ou privée ; une institution pour veiller au respect de ces principes, le Conseil de la concurrence ; un droit concis, souple, adaptable à la diversité des secteurs et à l'évolution de l'économie. Il s'est agi d'une réforme économique de fond.

Cette réforme a-t-elle permis de relancer la croissance et la compétitivité de l'économie française ?

C. B. : L'ordonnance n'a pas été un acte isolé. Elle s'est inscrite dans un programme progressif, engagé en 1985, d'ouverture à la concurrence d'un ensemble croissant de secteurs, année après année. Vecteur de modernisation économique, parmi d'autres certes, elle n'a sans doute pas été étrangère à une croissance plus favorable que celle des pays voisins, et à l'amélioration de notre compétitivité, qui était l'objectif.

Les prix libres ont-ils réellement moins augmenté que les prix encadrés ?

C. B. : Contrairement aux tentatives antérieures de libération brusque des prix, qui avaient avorté, il y a eu, à partir de l'été 1984, une libération progressive des prix. Nous avons pu l'accélérer au début de 1985, quand l'inflation a reflué, à la suite du contre-choc pétrolier. Au

second semestre 1986, les prix des services ont été progressivement libérés, moyennant des engagements moraux pour 1987. Soit deux ans et demi d'une libération en douceur, accompagnée d'une montée en puissance de la politique de concurrence. Une fois libres, les prix n'ont pas moins augmenté que lorsqu'ils étaient encadrés, mais ils ne se sont pas de nouveau emballés. Le contexte international et la politique interne avaient cassé l'inflation. La libération des prix avait réussi.

La concurrence par les prix est-elle effective ? Quels sont les secteurs qui en bénéficient le plus, et ceux qui en souffrent ?

C. B. : Dans la plupart des cas, elle est effective. Il y a des problèmes dans certains secteurs, ceux où l'ouverture à la concurrence est récente, ceux où il existe des contrats de très longue durée, ceux encore où les tarifs ne font pas l'objet d'une information du consommateur assez claire qui les lui rende comparables. On l'a vu pour la téléphonie mobile, on le voit encore pour la fourniture d'accès à Internet ou pour les tarifs d'assurance santé. Un élément fondamental de la concurrence, dans un univers où les tarifs sont plus complexes et plus mobiles, est une information suffisante des consommateurs. L'ordonnance de 1986 affirmait ce principe d'information. Outre l'action, en certains cas nécessaire, du Conseil de la concurrence ou des régulateurs sectoriels, il faut donner corps à ce principe d'information là où des problèmes se posent.

Nous sommes-nous rapprochés, depuis vingt ans, des règles juridiques qui prévalent dans les autres pays européens ?

C. B. : L'ordonnance de 1986 a permis de rattraper le pays qui était le plus en avance en matière de droit de la concurrence, l'Allemagne. Dans sa rédaction, nous avons veillé aussi à ce qu'elle soit la plus proche possible du traité européen en ce qui concerne les ententes et les abus de position dominante. Notre contrôle des concentrations est très proche de celui retenu à l'échelon communautaire en 1989 et de son adaptation récente. Hormis dans quelques secteurs, l'ouverture à la concurrence est aussi grande en France que chez nos voisins, et parfois plus réelle. Même s'il reste des sujets à traiter, le problème économique de fond de l'économie française, celui de sa compétitivité, ne tient plus à un retard dans le droit de la concurrence.

Quelles ont été les principales évolutions du Conseil de la concurrence, créé par l'ordonnance ?

C. B. : Une constatation préalable : cette institution nouvelle, le Conseil de la concurrence, a perduré ; la DGCCRF, que nous avons créée un an auparavant dans la perspective de la libération des prix et de l'engagement d'une politique de la concurrence, aussi ; le système de recours devant la cour d'appel de Paris également. L'ensemble de ce dispositif institutionnel s'est imposé.

Ensuite, le Conseil a su s'adapter au traitement des abus de position dominante dans les secteurs en cours de démonopolisation. Le pouvoir de négociation qu'il a acquis en 2004 peut devenir important. En 2005-2006, une évolution très positive pour lui a été la résorption des retards dans le traitement des affaires. L'ordonnance de 1986 avait voulu un Conseil pouvant intervenir en temps réel, par ses avis et par des mesures conservatoires, décidant plus vite que ne le permettrait une procédure judiciaire. Conserver cet esprit est tout aussi important aujourd'hui.

Va-t-on vers une généralisation des autorités de régulation et un renforcement de leur rôle ?

C. B. : La création de régulateurs sectoriels était une nécessité pour les marchés qu'on ouvrait à la concurrence. Il faut toutefois éviter que le système de régulation devienne trop complexe. Avoir étendu la compétence de l'autorité de régulation des télécommunications à la poste, et celle de la commission de régulation de l'électricité au gaz, est une bonne chose. Plutôt qu'un foisonnement excessif, il faut organiser les relations entre autorités sectorielles, ce qu'on appelle l'interrégulation. Il faudra aussi réfléchir, dans certains secteurs, à ce que doit être la régulation dans un marché européen intégré : avoir vingt-cinq régulateurs, plus Bruxelles, sur un marché très internationalisé n'est pas un optimum à moyen terme, même si c'est inévitable à court terme.

Plus globalement, il ne faut pas surréguler, car ce serait de nouveau réglementer. Il faut rester sur une ligne de crête : réguler quand c'est indispensable, parce que des pratiques abusives risqueraient d'entraver le dynamisme à terme d'un marché, mais seulement dans ce cas.

Comment justifier la singularité française du droit des pratiques commerciales restrictives ?

C. B. : Les quatre piliers majeurs du droit de la concurrence, le cœur de l'ordonnance de 1986, sont le contrôle des concentrations, la sanction des ententes et abus de position dominante anticoncurrentiels, l'interdiction faite tant aux pouvoirs publics qu'aux acteurs écono-

miques d'imposer des prix, et le principe d'information, des consommateurs par l'affichage des prix et des opérateurs par l'obligation de facturer. Quant au droit des pratiques commerciales restrictives, la question est moins celle de sa justification que celle de savoir s'il est adapté ou non.

L'ordonnance de 1986 représentait un équilibre, bâti sur un large consensus des entreprises. Il y a eu ensuite des dérives. Les remèdes, de la loi Galland à la loi Dutreil, n'ont pas été adaptés. La dernière loi est beaucoup trop complexe, peu réaliste par rapport aux pratiques concrètes, difficile à contrôler, trop pénale. Il faudra à l'évidence revenir sur le sujet. La loi elle-même le prévoit. Ce n'est d'ailleurs pas bon signe, car modifier trop fréquemment les textes n'est pas sain, mais ce sera nécessaire.

Les pratiques anticoncurrentielles ont-elles eu tendance, depuis vingt ans, à se raréfier ?

C. B. : L'évolution générale de l'économie, la concurrence internationale, l'évolution des mentalités aussi ont joué en ce sens. Dans la plupart des services à la personne ou des secteurs industriels, il y a certainement eu raréfaction ou moindre portée des pratiques anticoncurrentielles. C'est moins évident sur les marchés publics, ou dans les types de secteurs dont je parlais tout à l'heure [ouverture récente à la concurrence, contrats longs, information insuffisante du consommateur, NDLR], ou encore dans ceux où une entreprise a acquis par son avance technologique un avantage concurrentiel qu'elle cherche à préserver. Il reste donc un espace pour une politique de la concurrence.

Propos recueillis par Jean Watin-Augouard



Un domaine encore en chantier

Le dispositif institutionnel de régulation de la concurrence, qui résulte pour l'essentiel de l'ordonnance de 1986, appelle, en France, plus d'approfondissements que de bouleversements. Il reste toutefois à réduire la complexité des règles applicables, à l'avantage de tous les opérateurs.

Entretien avec Guillaume Cerutti, directeur général de la DGCCRF

Le 1^{er} décembre est-elle une date charnière dans l'histoire de la concurrence en France ?

Guillaume Cerutti : Oui. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est un des textes fondateurs de notre économie, qui a mis fin à quarante années de contrôle des prix et de réglementation contraignante de l'économie, et restauré la libre concurrence. Ce texte a connu depuis plusieurs réformes, qui n'ont pas modifié ses lignes directrices.

Comment justifier la singularité française du droit des pratiques commerciales restrictives ? Un toilettage est-il nécessaire ?

G. C. : Le droit des pratiques restrictives est ancien, puisqu'il trouve sa source dans les ordonnances de 1945 et que l'interdiction de la revente à perte date de 1963. Les deux piliers de ce droit sont la transparence des relations commerciales et la lutte contre les pratiques déloyales. Ils conservent leur utilité, et les objectifs qu'ils poursuivent ne sont pas spécifiques au droit français. D'autres préoccupations sont venues s'y ajouter, comme la protection du petit commerce, des PME et des producteurs agricoles. Cependant, il est vrai que ce droit, issu de strates successives de réglementation, est souvent jugé complexe. Un chantier de modernisation et de simplification pourra être envisagé dans le cadre de l'évaluation de la loi du 2 août 2005, qui aura lieu fin 2007.

Pensez-vous souhaitable d'envisager la suppression de l'interdiction de revendre à perte ?

G. C. : A l'instar du rapport d'experts que présidait le premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, et de beaucoup d'observateurs, j'estime que la question mérite d'être posée, et cela pour plusieurs raisons.

Une raison d'efficacité tout d'abord : le concept français d'interdiction de revente à perte obéit à une définition juridique plus qu'à une logique économique. Cela peut conduire à des absurdités, lorsque le franchissement est mineur et qu'il n'a nui à personne – et a même bénéficié au consommateur. A l'inverse, une simple

sanction pénale pourra être insuffisamment dissuasive et trop tardive, s'il s'agit de sanctionner une pratique de prix prédateurs durable, dont l'objectif a été d'évincer du marché un concurrent. Regardons ce qui se passe en Allemagne, où les prix abusivement bas sont sanctionnés plus rarement que les franchissements de seuils de revente à perte en France, mais sur le fondement de l'analyse des effets économiques, et beaucoup plus lourdement que chez nous.

Un principe de réalité, ensuite : le calcul du seuil de revente à perte est aujourd'hui très complexe, puisqu'il faut déduire du prix facturé de chaque produit la quote-part de l'ensemble des avantages financiers qui lui revient.

Un objectif de simplification, enfin : l'allègement de l'obligation de calculer les marges arrières en pourcentage du prix du produit, et de rendre compte chaque année de leur niveau, ne sera possible qu'à cette condition. Toutefois, si l'interdiction de la revente à perte devait être remise en cause, j'estime que nous devrions, au même moment, nous poser la question de l'adaptation de notre réglementation sur les prix abusivement bas (article L. 420-5 du Code de commerce). Celle-ci permet certes la saisine du Conseil de la concurrence, mais elle est rarement utilisée, et ne concerne pas actuellement la revente en l'état.

La répartition des rôles entre Conseil de la concurrence et DGCCRF est-elle satisfaisante ?

G. C. : Pour répondre à votre question, il faut partir des résultats obtenus. Un premier indicateur de résultats est fourni par le nombre de dossiers traités par la France en matière de pratiques anticoncurrentielles. Les statistiques disponibles au sein du Réseau européen de la concurrence montrent que la France est le pays qui traite le plus grand nombre de dossiers chaque année. Un deuxième indicateur tient au nombre de saisines du Conseil de la concurrence opérées par le ministre de l'Economie et des Finances, et à leur qualité.

J'observe que nos saisines en matière de pratiques anticoncurrentielles représentent chaque année à peu près 20 à 30 % des saisines totales du Conseil, mais pèsent pour près de 70 % des décisions de sanction.

Un troisième indicateur peut être trouvé à travers le jugement que nos pairs portent sur le système français. Par exemple, la *Global Competition Review* réalise un classement annuel où figure très honorablement la France. Notons que beaucoup de pays – comme le Royaume-Uni, souvent cité en exemple – disposent également d'un dualisme institutionnel en matière de concurrence.

Je considère que ces résultats satisfaisants sont en bonne partie à mettre à l'actif de l'efficacité de la répartition des rôles entre le Conseil de la concurrence et la DGCCRF. Ces deux institutions sont en effet complémentaires. La DGCCRF bénéficie notamment de son maillage territorial, et de la formation spécifique que reçoivent ses enquêteurs. Ma priorité, dans nos relations avec le Conseil, est surtout de veiller à ce que nous valorisions au mieux ces complémentarités. C'est pourquoi je tenais beaucoup à ce que nous signions une charte de coopération qui fixe à chacun des objectifs de rapidité et d'efficacité. Cela a été fait au début de 2005, et les deux premières années d'application montrent des résultats très encourageants.

Conseil de la concurrence et DGCCRF, un dualisme institutionnel satisfaisant.

Quelle est, dans ce dispositif, l'utilité de la Commission d'examen des pratiques commerciales ?

G. C. : La CEPC est une institution utile, dont le rôle doit être plus affirmé encore. Elle est déjà un lieu d'échange entre acteurs des relations commerciales. Elle doit devenir davantage un lieu de régulation, à travers les avis qu'elle rend sur saisine du gouvernement, ou sur saisine des professionnels : je forme à cet effet le vœu que le nombre de saisines de la CEPC s'accroisse. Elle peut enfin s'imposer comme une instance privilégiée de conseil des pouvoirs publics. A ce titre, la CEPC a un rôle éminent à jouer dans la réflexion sur l'avenir de la réglementation des relations commerciales. Je suis très optimiste sur le devenir de la CEPC, au regard de l'impulsion que lui donne son président, M. Leclercq.

Comment souhaitez-vous voir évoluer les missions de la DGCCRF ?

G. C. : La DGCCRF sort de deux années de réformes, qui nous ont permis de préparer l'avenir. Nous nous sommes dotés d'une programmation annuelle plus efficace, avec l'instauration d'une directive nationale d'orientation (DNO), qui fixe chaque année nos principales priorités. Ce document est public. Il est élaboré en tenant compte de consultations extérieures qui associent notamment les autres autorités de régulation – dont le Conseil de la concurrence –, les associations de consommateurs et les professionnels réunis au sein du Conseil national de la consommation. Nous avons manifesté notre souci d'améliorer nos moyens et techniques d'observation des marchés, pour nous permettre de nous concentrer sur les dysfonctionnements majeurs.

Notre organisation territoriale a été repensée, pour faire de l'échelon régional l'échelon de référence, et pour renforcer le rôle d'animation joué par la direction

nationale d'enquête, qui conduit les investigations les plus lourdes, notamment dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.

Nous avons également signé avec la direction du Budget un contrat pluriannuel de performances qui couvre la période 2006-2008, et qui nous donne une véritable feuille de route. Celle-ci prévoit notamment une plus grande part d'activité de nos agents en matière de concurrence (pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence), une orientation plus marquée vers les secteurs des services, où nous ressentons une plus grande demande de protection de la part des consommateurs, et une amélioration de l'efficacité des suites données à nos actions de contrôle. Sur ce dernier point, je suis très satisfait que la DGCCRF soit dotée depuis 2005 du pouvoir de transaction, dont nos services font d'ores et déjà un usage important.

Une éventuelle procédure d'action collective devrait-elle inclure le champ du droit de la concurrence, ou se limiter aux litiges dans le domaine de la consommation ?

G. C. : Il faut commencer par se doter d'une procédure d'action de groupe offrant de réelles possibilités aux consommateurs victimes de préjudices économiques de petit montant, tout en évitant les risques de recours abusifs observés dans certains pays. Tel est l'objectif du projet de loi en faveur des consommateurs, présenté en conseil des ministres le 8 novembre dernier, qui contient en son article 12 des dispositions modifiant le Code de la consommation et offrant une nouvelle possibilité d'action en justice, dénommée action de groupe, en complément des différentes actions déjà ouvertes aux associations de consommateurs.

Le dispositif proposé prévoit que l'introduction d'une action de groupe est ouverte aux seules associations de consommateurs agréées au plan national. L'objet de l'action est de permettre la réparation des préjudices matériels et des troubles de jouissance subis par des consommateurs, nés du manquement total ou partiel d'un même professionnel à ses obligations contractuelles. A ce stade, l'exigence d'une faute contractuelle de la part du professionnel comme cause du dommage subi par les consommateurs ne permettrait probablement pas la réparation des préjudices causés aux consommateurs par des pratiques anticoncurrentielles.

Propos recueillis par Jean Watin-Augouard



Chronique d'une réforme

En dépit de leur codification aux articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce en 2000, les anciens mentionnent encore les règles modernes du droit français de la concurrence par référence à l'ordonnance qui mit fin, il y a vingt ans, à la réglementation des prix et aligna la législation française sur celle des Communautés européennes¹. Que reste-t-il d'un texte qui marqua une rupture avec un régime fondé sur l'intervention de l'État dans la vie des affaires ?

Le libre exercice de la concurrence est la conséquence logique du principe fondamental de la liberté du commerce et de l'industrie. La loi Le Chapelier le proclamait en 1791 : « *A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* »². Ce principe a été réaffirmé par la loi dite Royer du 27 décembre 1973³.

Après la fin de la deuxième guerre mondiale, l'économie française a longtemps été soumise à un régime de contrôle des prix, issu de deux ordonnances du 30 juin 1945⁴. L'abrogation de ces textes et des lois qui leur étaient postérieures, notamment celle du 19 juillet 1977⁵, relative au contrôle de la concurrence économique, et à la répression des ententes illicites et abus de position dominante, par l'ordonnance de décembre 1986 a libéralisé le régime des prix.

Après quatre années d'application, l'ordonnance de 1986 a fait l'objet d'un rapport établi par la DGCCRF⁶, portant sur « *les pratiques tarifaires entre les entreprises en France* », et destiné au Parlement, en application de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1989 (dite loi Doubin). Dû à l'initiative de Jean-Paul Charié, cet article faisait obligation au gouvernement de déposer sur le bureau des deux assemblées, avant la fin de 1990, un rapport « *sur les pratiques tarifaires, les négociations et la coopération commerciale, la revente à perte, les accords industrie-commerce et l'application de l'ordonnance 86-1243 du 1^{er} décembre 1986* ». Le Parlement demandait expressément que le rapport fasse apparaître « *les forces, faiblesses et intérêts de chacune des catégories suivantes : producteurs, commerce traditionnel, artisanat, grossistes, grande distribution, nouvelles formes de commerce* ». Il devait analyser « *les sources de discrimination tarifaire et de nontransparence, les incidences sur la liberté d'entreprendre, et celles sur la fixation des prix grand public* ». Les rapports prônant une modernisation des règles contenues dans l'ordonnance de 1986 se sont succédés⁷, le dernier étant annoncé par le ministre du Commerce, Renaud Dutreil, pour le début de 2007, en vue de pré-

parer une « *grande loi sur le commerce après la présidentielle* »⁸. Au-delà de la concurrence, le commerce en général, et les rapports entre fabricants et grande distribution en particulier, sont au cœur des réformes engagées depuis vingt ans.

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles

Le principe de la prohibition des ententes existait déjà à l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945. L'article 7 de l'ordonnance de 1986 l'a confirmé. Il est devenu l'article L. 420-1 du Code de commerce par la magie de la codification en 2000, et a été complété par la loi NRE du 15 mai 2001⁹ pour étendre la prohibition aux hypothèses où une entente est mise en œuvre « *par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France* ».

L'ordonnance 2004-274 du 25 mars 2004 a complété le dispositif en instaurant une procédure accélérée pour l'examen contentieux des ententes par le Conseil de la concurrence¹⁰.

En 1963¹¹, l'abus de position dominante était introduit à l'article 50 de l'ordonnance de 1945. L'article 8 de l'ordonnance de 1986 a repris ces dispositions, mais l'innovation la plus importante a été l'insertion, dans cet article, d'une nouvelle pratique anticoncurrentielle, l'abus de dépendance économique, autrefois simplement mentionné dans la liste des pratiques discriminatoires de l'article 37 de l'ordonnance de 1945.

Reprise à l'article L. 420-2, al. 2, du Code de commerce, l'interdiction de l'« *exploitation abusive... d'un état de dépendance économique dans lequel se trouve... une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* » a été précisée en 2001, par la loi NRE. Elle s'applique désormais « *dès lors que [la pratique] est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* ». La référence à une « *solution équivalente* » a été supprimée¹².

Enfin, la loi « Dutreil » du 2 août 2005¹³ a inclus dans la liste des exemples potentiels d'abus de dépendance économique les accords de gamme, auparavant condamnés par le Conseil de la concurrence lorsqu'ils constituaient l'exploitation abusive d'une position dominante.

L'inventaire de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles ne serait pas complet sans la mention des possibilités d'exemption, contenues à l'origine dans l'article 10 de l'ordonnance de 1986¹⁴ : les ententes et abus de position dominante ou de dépendance économique ne tombent pas sous le coup de l'interdiction s'ils « *résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglemen-*

taire» ou s'ils « assurent le développement du progrès économique ». La loi NRE a prévu la possibilité d'exemptions par catégorie, à l'image du droit européen, lorsque les accords concernés « ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites ».

Plusieurs articles du Code rural font référence à ce texte. Son article L. 420-4 est applicable aux accords étendus conclus dans le cadre des organisations interprofessionnelles agricoles ou sylvicoles reconnues¹⁵. De même, l'article L. 632-2 permet, sous certaines conditions, aux organisations interprofessionnelles spécifiques à un produit sous signe officiel d'identification d'adopter des accords restrictifs de concurrence. Deux décrets ont été adoptés en 1996 en application de l'article L. 420-4, II : l'un relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole¹⁶, l'autre relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise¹⁷.

Enfin, la loi « Galland » du 1^{er} juillet 1996¹⁸ a introduit dans le droit de la concurrence français une pratique anticoncurrentielle distincte des ententes et des abus de domination : les prix abusivement bas¹⁹.

Le contrôle des concentrations

Contrairement à ce que d'aucuns pourraient croire, le contrôle français des concentrations n'est pas né avec l'adoption de l'ordonnance de 1986. C'est la loi de 1977, modifiée en 1985, qui a confié à feu la Commission de la concurrence le droit de connaître des fusions. Cette instance s'est cependant montrée peu efficace. Elle ne s'est prononcée que huit fois en dix ans.

L'ordonnance de décembre 1986 a repris certaines dispositions, avec l'objectif d'un contrôle plus efficace²⁰. La loi NRE de 2001 et son décret d'application du 30 avril 2002²¹ ont conservé les principes du régime instauré en 1986, tout en le modernisant sur plusieurs points :

- par l'instauration une procédure de contrôle systématique et plus lisible. La notification est devenue obligatoire et suspensive. Le corollaire a été la simplification des critères, la définition de la concentration étant alignée sur celle retenue en droit communautaire. Les seuils de contrôle se réfèrent désormais au chiffre d'affaires des entreprises, et non plus à leurs parts de marché ;
- par une procédure plus rapide pour les opérations qui ne soulèvent pas de difficultés sérieuses. Le délai d'examen a été réduit à cinq semaines, au lieu de deux mois ;
- par l'amélioration de la transparence. Chaque notification fait l'objet d'une information à destination du marché, sur le site de la DGCCRF, et toutes les décisions sont publiées au *BOCCRF*.

S'inspirant du droit communautaire, la loi NRE a imposé que deux conditions cumulatives en termes de chiffre

d'affaires soient réunies pour qu'une opération de concentration tombe sous le coup du contrôle. A l'origine, les entreprises concernées devaient réaliser un chiffre d'affaires total mondial hors taxes supérieur à 7 milliards de francs, et au moins deux des entités concernées devaient comptabiliser un chiffre d'affaires total en France supérieur à 2 milliards. La loi NRE a ramené ces seuils à respectivement 150 millions et 15 millions d'euros. L'ordonnance de 2004 a relevé le dernier chiffre à 50 millions d'euros, afin de réduire de moitié le nombre d'opérations contrôlables²².

L'encadrement des pratiques commerciales

La dépénalisation des pratiques discriminatoires, du refus de vente et des ventes subordonnées a été un axe essentiel de la réforme de 1986. L'ordonnance Balladur a renforcé les règles relatives à la transparence, aussi bien dans les relations entre professionnels et consommateurs que dans les relations entre professionnels, par exemple avec l'obligation de mentionner les rabais ou ristournes sur les factures et sur les conditions de vente.

Après dix ans d'application, il a paru nécessaire de réviser certaines dispositions du titre IV, relatif à la transparence et aux pratiques restrictives, afin de mettre un terme à des dysfonctionnements apparus notamment dans les relations entre producteurs et distributeurs. La loi Galland de 1996 a eu 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. Mais un effet pervers s'est bientôt fait jour : le gonflement des marges arrière, par la coopération commerciale. Les âpres négociations entre industriels et commerçants ne portaient plus sur le prix de vente des marchandises, mais sur la rémunération de services spécifiques que le distributeur rend à son fournisseur²³.

Afin de mettre un terme aux pratiques commerciales abusives et de protéger les PME, la loi NRE a renforcé la réglementation et complété l'article L. 442-6 du Code de commerce, qui reprenait les dispositions de l'article 36 de l'ordonnance de 1986.

La loi du 2 août 2005 constitue une profonde réforme de la loi Galland sur ce point. Outre la mise en place d'une nouvelle instance consultative chargée de veiller à l'équilibre des relations entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, la loi a redéfini et clarifié la notion de coopération commerciale. Elle a précisé la notion de seuil de revente à perte posée à l'article L. 442-2 du Code de commerce. Elle a encadré les accords de gamme et prohibé les accords imposés. Elle a affirmé la primauté des conditions générales de ventes dans la négociation commerciale (art. L. 441-6) et inséré dans le Code de commerce un article L. 441-7 qui encadre strictement

la rémunération des services rendus par les distributeurs et définit la coopération commerciale.

Deux circulaires ont complété le dispositif en cours de route, la première en 2003²⁴, la seconde en 2005²⁵.

L'émergence d'une véritable autorité de contrôle

Les vingt ans de l'ordonnance sont également ceux du Conseil de la concurrence. Il a remplacé la Commission de la concurrence, créée en 1977, qui elle-même succédait à la Commission technique des ententes et des positions dominantes. L'ordonnance de 1986 a des élargi aux entreprises les possibilités de saisine. Elle a introduit le transfert du pouvoir de sanction du ministre au Conseil, assorti du contrôle du juge judiciaire, et une procédure garantissant mieux les droits des intéressés.

Depuis 1986, le Conseil a vu son champ d'action s'élargir et ses moyens se renforcer : la loi 92-1282 du 11 décembre 1992 l'a habilité à appliquer les articles 81 à 83 du traité de Rome ; la loi Galland a élargi ses attributions contentieuses aux pratiques de prix abusivement bas. La loi NRE a renforcé l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, en introduisant en droit français des procédures de clémence et de transaction. La loi « de sécurité financière » du 1^{er} août 2003 a intégré le contrôle des opérations de concentration bancaire dans le droit commun de la concurrence, en confiant au ministre et, lorsqu'il est saisi pour avis (article L. 430-5 III), au Conseil de la concurrence, le soin de traiter les problèmes de concurrence qui viendraient à se poser pour les opérations de concentration bancaire. L'ordonnance du 4 novembre 2004 a complété les pouvoirs décisionnels du Conseil et les a alignés sur ceux des autres autorités européennes de concurrence : le Conseil peut désormais accepter des engagements des entreprises, afin de remédier à des problèmes de concurrence, et leur infliger des astreintes, afin de les contraindre à respecter un engagement ou une injonction.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a consacré en France le principe de l'économie de marché et son corollaire, la libre concurrence. Ses modifications successives ont en revanche confirmé la tendance française à l'interventionnisme : les grandes réformes de 1996, 2001 et 2005 marquent la volonté des gouvernements de s'immiscer dans les relations commerciales et de les réglementer par la loi. Elles ont eu pour conséquence de transformer l'ordonnance, et maintenant le livre IV du Code de commerce, en un empilement de textes, adoptés au coup par coup, chacun destiné à remédier aux

effets pervers du précédent. De même, la création du Conseil de la concurrence n'a pas ôté son pouvoir de décision finale au ministre de l'Économie, en matière de contrôle des concentrations. Ainsi, la France se singularise parmi ses voisins européens, dont les législations se bornent à rappeler les principes de la régulation de la concurrence, en réservant au droit des contrats le règlement des litiges entre partenaires commerciaux.

Anne de Beaumont 

- 1) *JORF* 9 décembre 1986, p. 14773.
- 2) Art. 7 de la loi des 7 et 17 mars 1791.
- 3) Loi 73-1193 du 27 déc. 1973, art. 1.
- 4) Ord. 45-1483 sur la réglementation des prix, *JORF* du 8 juillet 1945, p. 4150 ; Ord. 1484 sur la constatation, poursuite et répression des infractions à la législation économique, *JORF* du 8 juillet 1945, p. 4156.
- 5) Loi 77-806, *JORF* du 20 juillet 1977, p. 3833.
- 6) *BOCCRF* du 12 janvier 1991.
- 7) Par ex. J.-P. Charié, *Un enjeu de société : vers une concurrence libre et loyale*, Assemblée nationale, rapport d'information 836, 1993 ; Claude Villain, *Rapport sur les relations entre l'industrie et la grande distribution*, 1995 ; J.-P. Charié, *Pour une libre concurrence à dimension humaine : redéfinir les règles de loyauté*, rapport d'information 2187, 1995 ; J.-Y. Le Déaut et J.-P. Charié, *Rapport sur l'évolution de la distribution*, rapport d'information 2072, 2000 ; Guy Canivet, *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, 2004.
- 8) *Les Echos*, 21 décembre 2006.
- 9) Loi 2001-420, *JORF* du 16 mai 2001, p. 7776.
- 10) Ord. 2004-274, *JORF* du 27 mars 2004, p. 5871, art. L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du Code de commerce.
- 11) Loi 63-628 du 2 juillet 1963, *JORF* du 3 juillet 1963.
- 12) Le Conseil de la concurrence a cependant maintenu cette exigence dans sa pratique décisionnelle (par ex. décision 2001-D-49 du 31 août 2001) et la Cour de cassation a confirmé son interprétation (Cass. Com., 9 avril 2002).
- 13) Loi 2005-882, *JORF* du 3 août 2005, p. 12639.
- 14) Désormais l'article L. 420-4 du Code de commerce.
- 15) Article L. 632-5 du Code rural.
- 16) Décret 96-499 du 7 juin 1996.
- 17) Décret 96-500 du 7 juin 1996.
- 18) Loi 96-588, *JORF* du 3 juillet 1996 p. 9983.
- 19) Art. L. 420-5 du Code de commerce.
- 20) Maintenant Livre IV, titre III, du Code de commerce.
- 21) Décret 2002-689, *JORF* du 3 mai 2002 p. 8055.
- 22) Lamy, *Droit économique*, n° 1813.
- 23) En 1990, le rapport de la DGCCRF sur les pratiques tarifaires entre les entreprises en France indiquait que les services de coopération commerciale étaient rémunérés fréquemment par un taux moyen de remise de 2 %, calculé sur le prix des produits achetés par le revendeur. Le rapport Charié-Le Déaut annonçait, en 1999, un chiffre pouvant atteindre 35 % dans certains secteurs.
- 24) Circ. 16 mai 2003, *JORF* du 25 mai, p. 8970.
- 25) Circ. 8 décembre 2005, *JORF* du 30 décembre 2005

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 : GRAPH'I PAGE (01.39.72.20.28) — E-mail : ividalie@wanadoo.fr
Contact : francois.ehrard@ilec.asso.fr (01.45.00.93.88) — TRADEMARK RIDE — 93, rue de la Santé 75013 Paris — Tél : 01 45 89 67 36 Fax : 01 45 89
78 74 www.trademarkride.com — Imprimé par : RAS — 6, avenue des Tissonvilliers — 95400 Villiers-le-Bel

www.ilec.asso.fr

Reproduction interdite sauf accord spécial

