

Les nouvelles réglementations économiques (NRE)

Texte de référence · 3 mai 2001

2. REGULATION DE LA CONCURRENCE

Au terme de 13 ans d'application du droit de la concurrence, fondé sur l'ordonnance du 1er décembre 1986, il était nécessaire d'examiner si le dispositif en vigueur permettait d'assurer sa mission de régulation du bon fonctionnement du marché. Il est apparu qu'il convenait de renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et d'adapter le contrôle des concentrations aux évolutions du marché. De surcroît, les assises du commerce et de la distribution du 13 janvier dernier ont mis en évidence qu'il était nécessaire de mettre fin à certaines dérives dans les relations entre les fournisseurs et les distributeurs.

Dans cette optique, le projet de loi comporte trois axes pour une meilleure régulation de la concurrence :

1. moraliser les pratiques commerciales : l'évolution des rapports de force entre producteurs et distributeurs a conduit un déséquilibre des relations commerciales voire à l'imposition de contrats léonins ou abusifs plaçant les producteurs et notamment les plus petits d'entre eux dans des situations de dépendance économique qui les empêchent de lutter à armes égales voire de lutter tout court, sans qu'aucun bénéfice ne soit répercuté pour le consommateur.

- Pour rétablir un " civisme commercial ", le gouvernement a retenu un dispositif préventif avec la création d'une commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre les fournisseurs et les distributeurs. Elle sera en particulier chargée de suivre l'évolution de la distribution et des relations entre producteurs et distributeurs et d'élaborer des référentiels définissant les bons usages commerciaux.

- Le projet de loi comporte également un axe répressif pour constater et sanctionner les abus : ceux-ci seront d'abord plus clairement définis afin de permettre au juge civil de mieux les appréhender pour en assurer la réparation et la sanction. La réparation et la sanction de l'abus de dépendance économique ne nécessitera plus que le marché soit affecté mais simplement la relation contractuelle entre le fournisseur et le distributeur.

- Enfin, dans le souci d'assurer l'effectivité du droit, il est prévu que le ministre, garant de l'ordre public économique, puisse, même en l'absence de la victime à l'instance, demander outre la cessation des pratiques, l'annulation des clauses et contrats sur lesquels elles reposent et la réparation des préjudices subis. De plus, le ministre pourra demander au juge de sanctionner le trouble à l'ordre public économique par le prononcé d'une amende civile.

2) Lutter plus efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles :

- Pour assurer une meilleure efficacité du droit, il importe de renforcer les moyens de détection et d'établissement des faits compte tenu des difficultés concrètes rencontrées en ce domaine : cela passe par un allègement des procédures pour rechercher les pratiques en train de se commettre et par l'introduction d'un dispositif de clémence qui a fait ses preuves dans d'autres pays et à l'échelon communautaire et qui permet aux entreprises qui le souhaitent d'apporter leur coopération à l'assainissement des marchés et à la lutte contre les cartels secrets.

- Le renforcement de l'effectivité des sanctions passe par des mesures destinées à contrer les stratégies des entreprises consistant à minimiser le chiffre d'affaires servant de référence au calcul des sanctions et par une élévation du niveau des sanctions possible, en particulier pour les entreprises ayant réitéré leurs pratiques.

3) Contrôler plus systématiquement et de manière plus transparente les concentrations

Le système actuel est peu lisible et peu transparent et une harmonisation avec le dispositif communautaire était devenu nécessaire. Le projet de loi vise par conséquent à :

- instaurer une procédure systématique et lisible avec une notification obligatoire au dessus de seuils définis de manière objective (chiffres d'affaires)
- mettre en place une procédure plus rapide pour les opérations simples et accorder le maximum de garanties pour les opérations posant les questions les plus délicates, supposant une saisine pour avis du Conseil de la concurrence.
- améliorer la transparence : le marché doit être informé des opérations en cours tout en préservant le secret des affaires des entreprises concernées. Les acteurs du marché seront en mesure de présenter leurs observations.

MORALISER LES PRATIQUES COMMERCIALES

Mettre en place une commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles pour élaborer des codes de bonne conduite

Lors des réunions des groupes de travail préparatoires aux assises du commerce et de la distribution du 13 janvier 2000, les professionnels avaient préconisé d'appréhender certains comportements abusifs par une approche conventionnelle et de définir des codes de bonne conduite.

Les améliorations apportées par le projet de loi

Une commission des pratiques commerciales et des relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs est créée. Elle est composée paritativement de représentants des producteurs et des distributeurs ainsi que de magistrats et de personnalités qualifiées.

Elle se voit confier une mission d'observation, d'analyse et de réflexion. Elle suit l'évolution de la distribution et des relations entre producteurs et distributeurs et élabore, en associant les opérateurs, des référentiels définissant les bons usages commerciaux.

En outre, elle publie des recommandations et des avis ainsi qu'un rapport annuel.

Ces dispositions sont insérées dans le titre IV de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relatif à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence.

Mieux constater et sanctionner les abus par une définition améliorée de ceux-ci

1) La situation existant avant le projet de loi et ses imperfections

L'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifié par la loi du 1er juillet 1996 définissait comme abusives les seules pratiques suivantes :

Les pratiques discriminatoires de vente ou d'achat (article 36-1) ;

L'obtention d'un avantage préalable à toute passation de commande sans l'assortir d'un engagement sur un volume d'achat proportionné (article 36-3) ;

L'obtention d'un avantage dérogatoire aux conditions générales de vente sous la menace d'un déréférencement (article 36-4) ;

La rupture brutale de relations commerciales établies sans préavis écrit (article 36-5).

Depuis quelques années, des pratiques nouvelles se sont développées qui ont conduit à faire prendre en charge par les fournisseurs des frais supportés par les distributeurs, notamment à l'occasion des rapprochements d'enseignes ou des transformations d'établissements. En outre, les versements d'argent, par les fournisseurs, sans contrepartie ont augmenté, souvent habillés du terme "coopération commerciale" alors qu'il n'existe pas de service rendu par le distributeur.

Ces pratiques sont généralement l'expression d'abus de dépendance économique que l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986, sous le contrôle du Conseil de la concurrence, n'a pas permis jusqu'alors de sanctionner efficacement car la preuve de l'affectation du marché était difficile à établir.

Le dispositif existant doit donc être renforcé en donnant une meilleure définition des abus afin de permettre au juge civil de mieux les appréhender. De plus il faut permettre au juge civil ou commercial de réparer et de

sanctionner les abus de dépendance ou de puissance d'achat en tant qu'ils affectent la relation contractuelle entre un fournisseur et un distributeur.

2) Les améliorations apportées par le projet de loi

La loi NRE permet d'une part de préciser la définition des pratiques discriminatoires et d'y ranger les pratiques consistant à solliciter un avantage au titre de la coopération commerciale sans qu'un service soit effectivement rendu en contrepartie, de même que les "corbeilles de la mariée" (droit d'accès au référencement après fusion de deux distributeurs).

La loi permet d'autre part aux opérateurs victimes d'abus de dépendance ou de puissance d'achat tout comme au ministre chargé de l'économie, garant de l'ordre public économique, de saisir le juge civil ou commercial aux fins de réparation du préjudice occasionné par ces pratiques et d'en sanctionner les auteurs, sans se heurter aux exigences en termes d'affectation du marché de l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986.

En outre, la loi affirme la nullité des clauses et contrats sur lesquels sont fondés la rétroactivité des accords de coopération commerciale ou des marges arrières, et le droit d'accès au référencement.

Enfin la loi prévoit que le délai de préavis prévu à l'article 36-5 et qui doit être respecté en cas de rupture brutale de relations commerciales préétablies pourra être défini par des accords interprofessionnels ou par arrêté et par catégorie de produits.

Mieux constater et sanctionner les abus par un élargissement des pouvoirs du ministre

1) La situation existant avant le projet de loi et ses imperfections

Le déséquilibre des relations fournisseurs-distributeurs dissuade les entreprises victimes de pratiques abusives d'agir en réparation du préjudice qu'elles ont subi et conduit le ministre chargé de l'économie, garant de l'ordre public économique, à saisir le juge civil de ces agissements. Le ministre tient ce pouvoir des termes de l'article 36 de l'ordonnance de 1986 et peut agir en référé et/ou au fond pour obtenir la réparation du préjudice causé à l'ordre public économique par les pratiques abusives et la cessation de ces pratiques.

Toutefois la jurisprudence est venue dénier au ministre la possibilité d'obtenir, au titre de la remise en état, l'annulation des contrats ou des clauses sur lesquels se fondent les pratiques en cause et le reversement des sommes indûment versées qui s'en déduit.

Par suite l'action du ministre est devenue inopérante car ne lui est plus reconnue que la possibilité de demander la cessation des pratiques litigieuses alors même que la décision qui prononce cette cessation est généralement prononcée après que les pratiques ont cessé.

2) Les améliorations apportées par le projet de loi

La loi NRE donne le pouvoir au ministre, même en l'absence à l'instance de la victime des pratiques abusives, de demander outre la cessation de ces pratiques, l'annulation des clauses et contrats sur lesquels elles reposent et la réparation des préjudices subis.

De plus, le ministre peut demander au juge de sanctionner le trouble à l'ordre public économique par le prononcé d'une amende civile.

LUTTER PLUS EFFICACEMENT CONTRE LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Améliorer l'effectivité des sanctions

1) La situation existant avant le projet de loi et ses imperfections

Les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Le montant maximum de ces sanctions est actuellement fixé par référence au chiffre d'affaires réalisé en France lors du dernier exercice clos au moment de la décision du Conseil.

Certaines entreprises profitent ainsi de la durée de la procédure pour " vider " la société concernée de l'essentiel de son chiffre d'affaires et pour réduire l'assiette de la sanction. En outre la structure de certains

groupes économiques, éclatés en plusieurs dizaines ou centaines de filiales a pour conséquence que sont sanctionnées, sur la base d'un chiffre d'affaires réduit, les sociétés formellement responsables des infractions, alors que celles-ci sont souvent conçues et mises en œuvre au niveau du groupe lui-même.

La pratique du Conseil de la concurrence en la matière l'a conduit à ne prononcer que des sanctions très faibles et, de ce fait, assez peu dissuasives. Tel est particulièrement le cas en matière de marchés publics où des grands groupes ont déjà été sanctionnés à plusieurs reprises.

2) Les améliorations apportées par le projet de loi

Pour faire échec à de telles stratégies et renforcer le caractère dissuasif des sanctions, le projet de loi augmente le plafond des sanctions de 5% à 10% du chiffre d'affaires mondial et non seulement français comme actuellement. Est également introduite une disposition permettant au Conseil de retenir comme chiffre d'affaires, non seulement celui de l'entreprise qui resterait seule responsable de l'infraction, mais le chiffre d'affaire consolidé du groupe auquel elle appartient. Il pourra aussi choisir le chiffre d'affaires d'une des années comprises entre celles précédant les pratiques anticoncurrentielles et celle précédant sa décision.

D'une manière plus générale, le Conseil de la concurrence est encouragé à tenir compte de la réitération de pratiques anticoncurrentielles en augmentant le montant des sanctions.

Renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

1) La situation existant avant le projet de loi et ses imperfections

Avec l'acclimatation progressive des entreprises au droit de la concurrence et aux techniques d'enquête (certaines entreprises organisent des formations de leurs salariés pour les préparer aux enquêtes de concurrence et les mettre en garde sur la conservation et la communication de documents), les preuves de pratiques d'ententes occultes sont plus difficiles à réunir et ne peuvent l'être que par l'emploi de pouvoirs efficaces comme le permettent les visites et saisies autorisées par un juge. Ces preuves étant détruites par les entreprises dès que les ententes ne sont plus actives, la recherche n'est couronnée de succès que si l'enquête intervient très rapidement, et si possible au moment où les concertations sont en cours.

2) Les améliorations apportées par le projet de loi

Le talon d'Achille de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles réside dans la détection et l'établissement des faits. Le projet de loi vise à répondre aux difficultés concrètes rencontrées dans ce domaine.

Afin de renforcer les moyens d'intervention et d'améliorer ainsi l'effectivité du droit de la concurrence, il précise notamment que lorsqu'il s'agit de mener une enquête pour constater des infractions en train de se commettre, la demande d'autorisation présentée au juge pourra prendre une forme allégée, compte tenu de l'urgence. Il encadre dans des délais les contestations relatives au déroulement des opérations de visite et saisie, ce qui évitera que ces contestations surviennent, comme c'est aujourd'hui possible et fréquent, après que le fond de l'affaire a été jugé.

En vue d'inciter les opérateurs à contribuer à l'assainissement des marchés et à la lutte contre les cartels secrets, le projet de loi institue un dispositif de clémence, qui a fait ses preuves au delà de nos frontières notamment au niveau communautaire et aux États-Unis. Ce dispositif souple offrira des garanties suffisantes pour être attractif pour les entreprises désireuses d'apporter leur coopération aux corps d'enquête ou au Conseil de la concurrence.