

DROIT ÉCONOMIQUE

Sous la direction scientifique de Roger BOUT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Marc BRUSCHI, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Monique LUBY, Professeur à l'Université de Pau et Sylvaine POILLOT-PERUZETTO, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse I.

Cronique d'une mort annoncée. Celle du système dual sur lequel repose l'organisation française de la régulation de la concurrence. Dernier bastion européen à être doté d'un modèle bicéphale, la France s'achemine vers la création d'une autorité unique et indépendante qui se verrait confier les pouvoirs d'enquête, relevant actuellement de la DGCCRF, ainsi que l'examen du bilan concurrentiel des opérations de concentrations, prérogative actuellement rattachée au ministre de l'Économie et dont le contentieux relève du Conseil d'État. Si l'on sait assurément que la loi de modernisation de l'économie va instituer une Haute autorité de la concurrence, en revanche, on ne connaît pas pour l'heure les détails de sa mise en place, laquelle suscite pourtant déjà une certaine effervescence (voir le point de vue de Michel Debroux, *Le Rapport Attali et la réforme du droit de la concurrence : tabula rasa ou retouches a minima ?*, RLDA 2008/26, n° 1575). En effet, outre l'incertitude qui plane autour de l'agencement de la nouvelle instance (fait-il créer un collège indépendant du service d'enquête ? qui prendra la tête de la nouvelle institution ?), un regroupement des pouvoirs entre les mains d'une seule autorité pose nécessairement la question des recours de ses décisions. Le juge judiciaire se verra-t-il confier un « bloc de compétence » ? (cf. le point de vue de Montet Ch., Sélinsky V., Donnedieu de Vabres-Tranié L., *La Tribune*, 27 mars 2008). Des réponses à toutes ces questions devraient être apportées incessamment sous peu.

Coralie ANADON



Par Michel
DEBROUX

Avocat à la Cour
Associé, Hogan
& Hartson

Le Rapport Attali et la réforme du droit de la concurrence : *tabula rasa* ou retouches *a minima* ?

Après 1945 et 1986 : 2008 ! De profondes réformes du droit français de la concurrence verront en effet le jour avant cet été. Le Rapport Attali a multiplié les propositions audacieuses et novatrices dont beaucoup sont en cours de transcription dans la future loi de modernisation de l'économie qui pourrait être adoptée avant l'été. Revue de détail des réformes en vues, de l'Autorité unique de concurrence à la liberté de revendre à perte, en passant par les actions de groupe.

RLDA 1577

Rapp. de la Commission pour la libéralisation de la croissance, La Documentation française, 2008

On dit souvent la France riche de ses fromages – comme la Belgique l'est de ses bières, l'Inde de ses divinités et la *commedia dell'arte* de ses masques – et l'on prête au Général de Gaulle le constat désabusé de la difficulté à gouverner une telle mosaïque. Ce n'est pas faux, mais ce n'est qu'un pâle reflet de la réalité. En réalité, la France est surtout riche de ses rapports.

Comme les fromages, il y a les rapports à pâte dure et ceux à pâte molle, les frais qui exigent une consommation rapide et ceux dont seul un affinage patient dans les caves ministérielles garantit la saveur, les régionaux et les universels, ceux qui

connaissent la gloire et ceux qu'on oublie. Curieuse et attachante galaxie de textes richement documentés, rigoureusement argumentés, impeccablement structurés, parfois plateusement descriptifs et souvent courageusement visionnaires, mais dont le destin est soumis aux caprices de Parques cruelles qui les précipiteront au choix dans l'enfer de l'indifférence générale, ou sous les feux brillants de la polémique publique. De par son ampleur, ses ambitions, la personnalité de son principal auteur et le haut parrainage du Président de la République, le Rapport dit « Attali » (1) appartient indubitablement à cette deuxième catégorie, ce qui ne préjuge au demeurant en rien des chances de survie et d'application de ses préconisations (2). >

(1) Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, dirigée par Jacques Attali (ci-après le « Rapport » ou « Rapport Attali », La Documentation Française, 2008. Signalons en particulier que parmi ses membres figurait l'actuel président du Conseil de la concurrence, M. Bruno Lasserre.

(2) Le Rapport a d'ailleurs lui-même une conscience aiguë des risques d'enlèvement qui ont eu raison de tant de ses prédécesseurs et qui le guettent à son tour, et tente de les conjurer à l'avance : « Les analyses et les 316 décisions présentées dans les pages qui précèdent ne constituent pas un rapport à ranger avec d'autres sur une étagère, ou, au mieux, à mettre à l'étude. Elles ne peuvent être prises isolément, ni constituer une boîte à idées où chacun viendrait picorer à sa guise. Au contraire, elles forment un ensemble à appliquer de façon cohérente et tenace » (p. 224). Des termes qui, au-delà de la mâle assurance résultant de l'impératif, résonnent presque comme une supplique...

L'un des domaines où il aura le plus attiré l'attention est le droit de la concurrence, objet du présent article. Le Rapport formule d'ailleurs un vibrant plaidoyer d'inspiration ouvertement schumpetérienne faisant le lien entre concurrence et mobilité économique, le thème de la mobilité étant le leitmotiv du Rapport : « *Chaque fois que des ressources restent utilisées dans des affectations devenues improductives ou se heurtent à des barrières à l'entrée, empêchant la "destruction créatrice", la croissance ralentit, l'innovation et la modernisation sont retardées. Les rentes dont bénéficient les secteurs abrités sont une "taxe" sur les consommateurs (prix plus élevés) et sur les moins protégés (les jeunes en particulier). Une concurrence efficace est le meilleur moyen pour assurer la mobilité économique. Elle a donc un rôle clé dans la stratégie de libération de la croissance. (...) La concurrence doit donc devenir la règle dans le secteur privé, car elle est dans l'intérêt de tous. L'ensemble des secteurs et des professions dont l'accès est réglementé doit s'ouvrir. La mobilité économique, accompagnée d'une sécurisation, doit concerner tous les secteurs de la société* » (Rapport, p. 139).

Nous examinerons ci-après les propositions formulées dans le Rapport Attali en ce qu'elles portent directement sur le droit de la concurrence, c'est-à-dire sur trois principales thématiques d'ampleur inégale dans le Rapport, à savoir (A) une thématique institutionnelle relative à la création d'une autorité de concurrence unique et indépendante, (B) une thématique judiciaire visant à instaurer les actions de groupe en droit français et (C) une thématique administrato-économique, de loin la plus importante en volume, traitant d'un vaste ensemble de mesures destinées à lever les barrières dans la distribution et dans les professions réglementées. Ce dernier sujet, très vaste et ne présentant qu'une parenté éloignée avec le droit de la concurrence au sens strict, ne sera toutefois pas abordé ici. Ces sujets sont regroupés dans la deuxième partie du Rapport, intitulée « *des acteurs mobiles et sécurisés* », dans le chapitre 5 intitulé « *étendre et mieux organiser la concurrence* ». Signalons qu'avec ce génie si français de la structuration binaire, le Rapport lui-même regroupe les trois thématiques évoquées ci-dessus en deux types de réformes se subdivisant elles-mêmes en deux composantes, à savoir deux réformes horizontales (l'autorité de concurrence unique et les actions de groupe) et deux réformes sectorielles (la distribution et les professions réglementées).

I. – LA PREMIÈRE RÉFORME HORIZONTALE : LA CRÉATION D'UNE AUTORITÉ DE CONCURRENCE UNIQUE ET INDÉPENDANTE

Créé dual dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le système français ferait presque figure aujourd'hui de curiosité au niveau international, où le modèle moniste l'emporte, bien qu'avec d'importantes nuances ici et là (3), dont le lecteur curieux aura un excellent aperçu au travers de l'étude comparatiste publiée récemment par François Souty (Souty F., Répartition des pouvoirs entre autorités de concurrence : approche comparée dans le G7, *Concurrences* n° 2-2007, p. 201).

« Aujourd'hui que le droit de la concurrence est passé en France du statut de corps étranger à celui de pilier du discours économique ambiant, est-il encore justifié de maintenir une dualité entre une autorité administrative indépendante et un service spécialisé rattaché au ministère de l'Économie ? »

Aujourd'hui que le droit de la concurrence est passé en France du statut de corps étranger à celui de pilier du discours économique ambiant, est-il encore justifié de maintenir une dualité entre une autorité administrative indépendante et un service spécialisé rattaché au ministère de l'Économie ? Le débat n'est pas nouveau, et l'on renverra ici notamment au Rapport Novelli (encore un rapport...) de 2007 (Assemblée Nationale, annexe n° 11 « *développement et régulation économique* » au rapport fait au nom de la Commission des Finances, de l'Économie Générale et du Plan sur le projet de loi de finances pour 2007, n° 3341) qui préconisait un rapprochement du Conseil de la concurrence et de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) et la fusion des fonctions d'enquêtes exercées par ces deux entités.

Le Rapport Attali va plus loin : il préconise de ne retenir qu'une autorité « *unique et indépendante* », c'est-à-dire en réalité d'étendre le rôle et les prérogatives du Conseil de la concurrence – rebaptisé au passage Autorité de la Concurrence pour bien illustrer la

rupture –. Les fonctions d'enquêtes seraient regroupées au sein de l'Autorité (décision 188) et cette dernière aurait en outre le monopole du contrôle des opérations de concentrations, en rupture avec le modèle actuel qui confère la décision finale au ministre (décision 187). Sur les modèles allemand et espagnol, le ministre disposerait toutefois d'un droit de veto ultime, étant libre de passer outre la décision de l'Autorité « *en invoquant de manière motivée et transparente d'autres raisons d'intérêt général pouvant prévaloir sur la seule logique concurrentielle* ».

La nouvelle Autorité aurait en outre la possibilité de donner de sa propre initiative des avis sur les effets concurren-

tiels de mesures législatives et administratives (décision 189) et la possibilité de se concentrer sur les dossiers les plus importants (décision 190).

L'Autorité unique : gage d'efficacité ou de pensée unique ?

Que faut-il penser du principe même d'une autorité unique ? Quels sont les pièces du dossier à charge, instruit depuis quelques années à l'encontre du modèle dual français ? Dans une étude récente, l'ancienne présidente du Conseil de la concurrence en énumérait trois (Hagelsteen M.-D., À propos d'un éventuel rapprochement entre le Conseil de la concurrence et la DGCCRF, *Concurrences*, n° 1-2007, p. 15). Il y a d'abord des arguments d'efficacité et de coût, tant dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles que dans celui du contrôle des concentrations. La lisibilité du système en serait en outre affectée et enfin, la crédibilité internationale du système français laisserait à désirer (cf. aussi, Mourre A. et Vilmart C., Plaidoyer pour une meilleure efficacité du droit français de la concurrence dans l'économie mondiale, *Contrats, conc., consom.*, 2006, n° 12, p. 10).

Est-ce si évident ? La séparation de l'enquête et de l'instruction ne semble en effet guère logique. Les allers-retours entre la DGCCRF et le Conseil au stade de l'instruction de pratiques anticoncurrentielles ou de dossiers de concentrations peuvent générer, il est vrai, des redondances, des délais et parfois des absurdités. C'est le cas, notamment, des questionnaires de marché envoyés successivement aux mêmes entreprises par

(3) Le moindre des contre-exemples n'étant d'ailleurs pas les États-Unis, où l'action publique en matière de concurrence est partagée entre la *Federal Trade Commission* et le *Department of Justice*, étant précisé que ces deux entités instruisent les dossiers, mais que les décisions sont adoptées par le juge.

la DGCCRF (en phase 1) puis par le Conseil de la concurrence (en phase 2) en matière de contrôle des concentrations. Certes, encore, la dualité d'interlocuteurs possibles dans le mécanisme dit de « *clémence* » n'est pas source de clarté. Mais les arguments tirés d'un défaut d'efficacité ou de lisibilité ne convainquent à vrai dire qu'à moitié. Car si certains défauts du système sont bien connus et ne peuvent être niés, il n'est pas certain que le remède ne serait pas pire que le mal, en supprimant un double regard sur les dossiers de concurrence qui peut s'avérer précieux. Encore faudrait-il toutefois, pour que ce double regard puisse réellement s'appliquer, que le Conseil, sur ces questions, soit saisi plus souvent qu'il ne l'est aujourd'hui, c'est-à-dire à peine trois ou quatre fois par an au maximum depuis plusieurs années. Certains des défauts du système ne peuvent-ils pas être résolus par une meilleure coopération entre les deux institutions (à l'image de la charte de coopération signée entre les deux institutions le 28 janvier 2005, dont le bilan reste à dresser) et surtout, un suivi plus rigoureux des dossiers au sein même de ces dernières ? S'agissant des délais, par exemple, tout praticien sait que les pires retards dans l'instruction d'un dossier ne proviennent pas, ou à peine, de délais de transmission des dossiers entre institution, mais bien de l'inertie que l'on constate parfois entre le dépôt du rapport administratif d'enquête par la DGCCRF et le moment où le rapporteur rédige son rapport. Il suffit d'ailleurs pour s'en convaincre de constater que depuis quatre ou cinq ans, le Conseil de la concurrence est parvenu à réduire amplement le délai moyen de traitement d'un dossier, sans avoir à pâtir excessivement de la dualité d'institutions régulièrement dénoncée comme source d'inefficacité. Quant à la lisibilité de l'action publique en matière de concurrence, peut-être souffre-t-elle de cette dualité, mais les exemples étrangers abondent pour démontrer que même majoritaire, le modèle moniste n'est pas le seul viable. Et cette dualité n'a pas que des inconvénients. Car l'on peut également soutenir que c'est le prix à payer pour maintenir la possibilité, notamment dans les dossiers de contrôle des concentrations, d'un double regard, garant d'un débat que ne permet pas toujours le système moniste. La Commission européenne elle-même, archétype du système moniste, n'a-t-elle pas été conduite en 2002, pour corriger les excès d'une direction générale de la concurrence toute puissante, à introduire le système de l'« *avocat du diable* » interne en matière de contrôle des concentrations ? L'unicité dans l'instruction et la sanction peut sans doute favoriser l'efficacité telle que la perçoit le régulateur, mais il n'est pas interdit de regarder avec prudence cette « *efficacité* » dont le prix s'appelle parfois l'uniformité de vue, jamais très bonne en matière quasi judiciaire. L'on permettra donc à l'auteur de ces lignes d'exprimer une certaine circonspection à l'égard du principe même d'une autorité unique (et donc des décisions 187 et 188), car si certaines critiques sont fondées, il est permis de penser à des remèdes moins radicaux et moins susceptibles de nourrir à leur tour des critiques futures.

Et l'on regrettera surtout que rien n'ait été dit sur les moyens, dérisoires, dont dispose la Cour d'appel de Paris pour juger des cas complexes qui lui sont soumis en appel. À cet égard, la comparaison avec le Tribunal de première instance des Communautés européennes à Luxembourg, et avec ses référendaires spécialisés appuyant le travail des juges, est cruelle. L'on adhère en revanche sans réserve à la suggestion consistant à permettre à l'Autorité de concurrence de donner de sa propre initiative des avis sur les effets concurrentiels de mesures législatives et administratives (décision 189), suggestion qui pourrait sans nul doute être reprise avec fruit par d'autres autorités indépendantes, sectorielles celles-là, telles que

l'Autorité de régulation des télécommunications ou la Commission de régulation de l'énergie. Quant à la dernière des propositions – pardon, des « *décisions* » – suggérées par le Rapport *Attali*, elle laisse perplexe. Permettre à la future Autorité de la concurrence de se concentrer sur les dossiers les plus importants semble relever du simple bon sens et, même si cela n'a pas toujours été le cas par le passé, reflète en réalité la pratique actuelle du Conseil. Ce dernier a en effet décidé de s'écarter d'une approche strictement chronologique des dossiers dont il est saisi (premier entré, premier sorti) pour adopter une gestion plus dynamique, qui a d'ailleurs porté ses fruits. Le délai moyen de traitement d'une plainte se situe aujourd'hui entre 18 et 24 mois, contre trois à quatre ans il y a seulement cinq ou six ans. En outre, le Conseil peut adopter ses décisions en procédure simplifiée (C. com., art. L. 463-3) ou prononcer des non-lieux (C. com., art. L. 464-6), ce dont il ne se prive pas. Il est certes envisageable d'aller plus loin en ce sens, mais l'urgence de cette réforme ne saute pas nécessairement aux yeux.

II. – LA DEUXIÈME RÉFORME HORIZONTALE : INSTAURER LES ACTIONS DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS

À n'en pas douter, les actions de groupe verront le jour en droit français dans un avenir relativement proche.

Au cours de la précédente législature, de nombreuses voix se sont élevées pour dénoncer ce qui est perçu comme une lacune du droit français, lequel ne dispose d'aucun outil réellement adapté à l'indemnisation collective de plaignants dont le préjudice individuel est faible. Les actions de groupe sont perçues comme économiquement efficaces car sources de réduction de coûts judiciaires. D'autres voix toutefois, ont également dénoncé les risques de dérives généralement associés au modèle américain, où certaines actions collectives relèvent parfois davantage du chantage pur et simple que de la légitime indemnisation de plaignants isolés.

Le Rapport *Attali* plaide pour l'introduction des actions de groupe tout en les encadrant soigneusement, semblant ainsi vouloir s'inspirer, dans ce délicat exercice d'importation en droit français d'un système d'origine américaine, du constat que formulait Alexis de Tocqueville en 1835 : « *En faisant connaître quels biens les Américains retirent du gouvernement de la démocratie, je suis donc loin de prétendre ni de penser que de pareils avantages ne puissent être obtenus qu'à l'aide des mêmes lois* » (Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, 1835, t. 1).

L'introduction des actions de groupe en droit français serait en effet encadrée par les garde-fous suivants :

- i) l'introduction des actions de groupe serait réservée à des associations de consommateurs agréées pour une période déterminée par le ministre en charge de l'Économie et des Finances,
- ii) les défendeurs pourraient obtenir, en cas de procédure abusive, le remboursement par les demandeurs des dommages subis (mais comment les évaluer, et par qui ?),
- iii) ces contentieux seraient traités par des juridictions spécialisées et limitativement énumérées,
- iv) le principe de l'« *opt-in* » serait privilégié, à savoir que seuls les consommateurs ayant effectivement choisi d'adhérer à l'action de groupe pourront y participer, et
- v) toute transaction devrait être homologuée après examen par le tribunal compétent.

On retrouve dans cette énumération la volonté de conserver à l'action publique en droit de la concurrence une primauté claire sur l'action privée, volonté qui transparaissait déjà >

clairement de l'avis que le Conseil de la concurrence a rendu en 2006, relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles (Cons. conc., avis 21 sept. 2006). Il s'inscrit également dans le droit-fil du Livre vert que la Commission européenne a consacré en 2005 à la question de l'indemnisation privée des dommages concurrentiels. La subordination de l'action privée à l'action publique ne va pas nécessairement de soi. Mais dans notre système actuel, on voit mal comment il pourrait en être autrement. En particulier, il faudra veiller à ce que le développement éventuel d'actions privées ne vienne pas ruiner l'équilibre d'un mécanisme de répression publique qui repose aujourd'hui largement sur les systèmes de clémence. Or ces mécanismes de clémence reposent eux-mêmes sur des déclarations volontaires d'entreprises, qui seront certainement réticentes à y recourir si les éléments révélés à cette occasion viennent ultérieurement nourrir les réclamations de victimes supposées de leurs pratiques. Dès lors, sauf à étendre le bénéfice de la clémence aux actions privées – ce qui ne se conçoit pas dans notre système juridique actuel, puisque la clémence est accordée par une autorité de concurrence et qu'une indemnisation est octroyée par un juge, non lié par la décision de l'autorité – l'écueil au développement des actions privées, qu'elles soient collectives ou individuelles, n'est pas mince. On soulignera au passage que le même commentaire vaut pour le développement d'une politique pénale active en la matière.

En d'autres termes, s'il est logique et légitime de vouloir développer d'autres outils de dissuasion et de réparation, en dehors de la seule action publique, l'articulation entre ces différents mécanismes juridiques n'est pas simple.

L'on remarquera enfin que, dans la formulation du Rapport Attali, rien ne permet explicitement de limiter le recours aux actions de groupe à la seule matière des dommages concurrentiels, bien que ce sujet soit traité dans la partie « concurrence » du Rapport. La porte est toutefois implicitement mais clairement ouverte sur la réparation d'autres types de préjudice, par exemple environnementaux, lorsque le Rapport affirme qu'« en l'absence d'actions de groupe, le risque de devoir réparer le préjudice subi par quelques consommateurs n'est pas suffisamment dissuasif pour les entreprises. À l'inverse, les actions de groupe obligeraient les entreprises à prendre en compte certains effets négatifs de leurs décisions (par exemple les conséquences de leurs pratiques sur l'environnement) » (Rapport, p. 143). C'est un autre des enjeux soulevés par cette question : tous les préjudices sont-ils indemnifiables par le biais d'actions de groupe ? Le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont les terreaux privilégiés de telles actions, mais il ne faut pas oublier qu'aux États-Unis, le droit boursier ou le droit de la santé sont également des champs largement ouverts à ce type de procédure.

III. – UNE PROFONDE RÉFORME – ENCORE ... – DE LA DISTRIBUTION

Le Rapport part du principe, abrupt, que l'ensemble des dispositifs très divers encadrant le développement de la grande distribution et ses rapports avec les fournisseurs depuis une vingtaine d'années, est un échec à peu près complet : « les lois Galland et Royer-Raffarin ont eu pour effet d'empêcher ou de rendre plus coûteuse l'implantation de nouvelles entreprises de distribution et ont considérablement réduit la concurrence entre les enseignes existantes. Elles ont ainsi contribué au maintien de prix élevés, qui ont freiné le niveau de l'activité écono-

mique, réduisant les perspectives de croissance et les embauches » (Rapport, p. 145).

Les données du problème sont connues : la loi Galland interdisant la revente à perte a certes réduit les pratiques de revente à perte et a pu apporter une protection limitée à certains petits commerces, son objectif déclaré, mais ses effets inflationnistes ont été sous-estimés et se sont révélés considérables avec l'inflation des marges arrière, que la réglementation et la répression se sont montrées incapables de juguler. Ce que le Rapport résume en ces termes : « Ainsi, entre 1996 et 2004, l'indice des prix alimentaires (hors viande et produits frais) a augmenté de plus de 16 %, soit 3 points de plus que l'indice général. Les prix des produits alimentaires (hors viande et produits frais) ont progressé plus vite en France (de 14 % entre 1998 et 2003) que dans le reste de la zone euro (+ 10 % sur la même période). Entre 1998 et 2003, l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation (ILEC) constate une hausse des marges arrière de 50 %, contribuant ainsi à une perte du pouvoir d'achat de 9,6 milliards d'euros (que ne compensent pas les bons d'achat et instruments promotionnels mis en place par les distributeurs) » (Rapport, p. 145). Quant aux lois Royer et Raffarin sur l'urbanisme commercial, également destinées à protéger les commerces de proximité, elles sont aujourd'hui accusées d'avoir favorisé la constitution de monopoles locaux parmi les grands groupes de distribution, au détriment des fournisseurs, et d'avoir freiné le développement des grandes surfaces de *maxi-discount*, qui ne représentent aujourd'hui que 13 % des parts de marché de la distribution alimentaire en France contre 30 % en Allemagne, le pays où ce type de commerce est le plus développé. Face à ces constats, ce ne sont pas moins de vingt-six décisions qui sont préconisées dans le Rapport Attali, certaines très détaillées, d'autres singulièrement vagues et relevant du vœu pieux, certaines iconoclastes, d'autres consensuelles. En réalité, ces vingt-six décisions sont surtout des mesures d'accompagnement destinées à corriger ou atténuer les effets trop brutaux des deux mesures principales suggérées, à savoir, d'une part, l'abrogation des lois Royer-Raffarin en matière d'urbanisme commercial et, d'autre part, l'instauration du principe de liberté tarifaire dans la distribution et le commerce de détail, en levant les interdictions de revente à perte et de discrimination tarifaire.

L'urbanisme commercial : réforme ou abandon ?

Les lois Royer et Raffarin étaient en sursis (Idot L., La loi française sur l'urbanisme commercial condamnée ?, Europe nov. 2007, alerte 64), le Rapport Attali les achève. Les critiques à l'encontre des restrictions imposées à l'urbanisme commercial ne sont pas neuves en effet, et les offensives se sont faites plus insistantes ces dernières années. On relèvera ainsi en particulier l'avis motivé que la Commission européenne a adressé en décembre 2006, critiquant certains aspects de cette législation au regard non seulement des principes de liberté d'établissement de prestation de services, mais également au regard de la nouvelle directive communautaire « services ». Mais les assauts ne viennent pas que de l'extérieur, puisque le Conseil de la concurrence, saisi pour avis par le Gouvernement en mai 2007, a rendu un avis sévère le 11 octobre 2007 (Cons. conc., avis n° 07-A-12, 11 oct. 2007). Le Rapport Attali en reprend très largement les conclusions, ce qui ne saurait surprendre puisque le Président du Conseil de la concurrence en était membre.

En contrepartie de l'abrogation des lois Royer-Raffarin (cf. notamment la décision 205), le Rapport souhaite permettre aux élus de mieux utiliser les Schémas de cohérence territoriale (SCOT)

et les Plans locaux d'urbanisme (PLU ; décision 192). Il n'y a là, à vrai dire, aucune « *décision* », mais tout au plus une suggestion d'utilisation d'outils existants dans un sens déterminé, en vue de « *garantir la compatibilité des équipements commerciaux et hôteliers avec les règles de construction, d'urbanisme et d'aménagement du territoire, dans le respect des objectifs d'environnement, de qualité des transports et d'équilibre entre les diverses formes du commerce* ». La décision 193 va dans le même sens, en suggérant d'intégrer dans les plans locaux d'urbanisme des obligations de diversité commerciale en faveur des commerces de détail ou de proximité. Enfin, une série d'autres décisions vise à renforcer et aider les commerces de détail, telle la décision 194 (« *concéder aux commerçants isolés la gestion de certains services publics de proximité* » – service postal ou la trésorerie), la décision 195 (« *permettre aux communes et agglomérations d'opérer un "remembrement commercial", de manière à favoriser le regroupement géographique des commerces de détail dans les centres-villes ou certains quartiers périphériques* ») ou encore la décision 196 (« *augmenter et déconcentrer les aides allouées au commerce de proximité* »), au moyen d'une meilleure allocation du produit de la taxe d'aide de 600 millions d'euros destinée au commerce et à l'artisanat (TACA).

Instaurer la liberté tarifaire dans les relations fournisseurs-distributeurs : la seconde mort du contrôle des prix

Le mécanisme inflationniste résultant de l'interdiction de revente à perte est connu : dès lors que les distributeurs ne peuvent revendre en dessous de leur prix d'achat, et que ce dernier n'intègre que les rabais sur facture et non les avantages commerciaux divers obtenus par les distributeurs (les marges arrière), les prix de vente aux consommateurs étaient limités à la baisse, et poussés à la hausse par les fabricants désireux de récupérer sur le prix de vente une part des avantages consentis aux distributeurs. C'est ce que l'on appelle un cercle vicieux. La loi « *Dutrel* » du 2 août 2005 avait déjà remanié ce mécanisme en permettant au fournisseur d'intégrer dans sa facture une partie des marges arrière. La récente loi « *Chatel* » du 3 janvier 2008 va plus loin (Ferré D., Genty N. et Deberdt E., La loi *Chatel* n° 2008-3 du 3 janvier 2008 : quelles incidences dans les relations fournisseur-distributeur ?, RLDA 2008/24, n° 1471 ; Cf. aussi, Bruschi M., La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 et l'amélioration de la protection des consommateurs, RLDA 2008/24, n° 1472), en permettant d'intégrer la totalité des marges arrière dans la facture du fournisseur, c'est-à-dire en établissant le seuil de revente à perte au « *triple net* » dans l'article L. 442-2 du Code de commerce. La référence au « *triple net* » signifie que le seuil de revente à perte, correspondant au prix d'achat effectif, est « *le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport* ». Louable effort de clarté, mais qui laisse subsister des zones d'ombre (Mainguy D., À propos des propositions du Rapport Attali et des projets de réforme du droit de la concurrence, D. 2007, p. 3019). Comment traiter les avan-

tages financiers exprimés en termes forfaitaires ? Et comment traiter les avantages exprimés en pourcentage du prix brut, ce qui est souvent le cas puisque le prix unitaire net est aléatoire car dépendant du taux de remise ? Mais c'est mieux que rien. Le Rapport Attali pour sa part, préconise d'aller plus loin et de supprimer purement et simplement l'interdiction de revente à perte et d'autoriser la discrimination tarifaire, tout en mettant en place divers mécanismes supposés corriger le déséquilibre du rapport de force entre fournisseurs et distributeurs. Le Rapport Hagelsteen sur « *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente* », publié peu de temps après le Rapport Attali, abonde dans le sens de la suppression de l'interdiction de discrimination tarifaire figurant à l'article L. 442-6 du Code de commerce (4).

La décision 202 du Rapport Attali est sobrement intitulée « *instaurer la liberté tarifaire* » dans le but « *d'augmenter le pouvoir d'achat du consommateur et l'offre de produits en magasins grâce à une concurrence accrue dans la distribution* ». Ce

« Le Rapport Attali (...) préconise (...) de supprimer purement et simplement l'interdiction de revente à perte et d'autoriser la discrimination tarifaire, tout en mettant en place divers mécanismes supposés corriger le déséquilibre du rapport de force entre fournisseurs et distributeurs ».

principe se décline en plusieurs décisions plus précises, telles que la décision 203, visant à « *lever l'interdiction dite de revente à perte* », dénoncée comme n'étant souvent qu'un prix de connivence entre certains producteurs et certaines grandes surfaces. Comme ce fut le cas en matière d'ententes en droit communautaire avec le règlement n° 1/2003/CE, le Rapport suggère donc de passer d'un contrôle des prix de nature administrative et *a priori* à un contrôle judiciaire *a posteriori*, puisque les prix prédateurs pratiqués par une firme en position dominante et ayant pour possible effet d'exclure un ou plusieurs concurrents du marché resteraient naturellement sanctionnés, sous le contrôle de l'Autorité de concurrence ou des juges de droit commun.

La même approche prévaut en matière de liberté de négociation des conditions commerciales : le Rapport souligne même que ce n'est que si la liberté de négociation est entière que la suppression de l'interdiction de revente à perte pourra produire ses effets positifs espérés. C'est le sens de la décision 204, elle aussi rédigée en termes singulièrement larges (« *abroger les dispositifs du code du commerce qui font obstacle à la libre négociation de conditions commerciales entre fournisseurs et distributeurs* »).

Le droit commun de la concurrence subsisterait comme ultime garde-fou, puisqu'une fois la différenciation tarifaire autorisée, l'entente entre opérateurs demeurerait justiciable de l'article L. 420-1 du Code de commerce, de même que l'abus de dépendance économique restera régi par l'article L. 420-2, deuxième alinéa, du même Code. En d'autres termes, la différenciation ne sera pas par elle-même répréhensible mais uniquement ses abus et son utilisation dans des pratiques anticoncurrentielles. Le Rapport Attali formule alors le pronostic – ou est-ce un vœu (pieux ?) – que « *la puissance de marché des opérateurs sera alors mise au service de prix plus bas aux consommateurs* ». Mais pour éviter précisément qu'il ne s'agisse que de vœux pieux, le Rapport préconise une série de mesures destinées à renforcer le pouvoir de négociation des fournisseurs ou leur position vis-à-vis des distribu- ➤

(4) Rapport sur « *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente* », établi par M^{me} Marie-Dominique Hagelsteen et remis à M^{me} Christine Lagarde et à M. Luc Chatel, 12 févr. 2008, disponible sur : <www.minefe.gouv.fr>.

teurs, telles que l'obligation faite aux grands distributeurs à payer dans un délai de 30 jours maximum après la livraison leurs fournisseurs indépendants (moins de 250 salariés), comme c'est déjà le cas pour les produits frais (décision 197), promouvoir l'image et la qualité des fournisseurs indépendants (décision 198, qui ne détaille en rien les mesures suggérées pour atteindre cet objectif), la création au niveau régional d'une instance arbitrale entre les distributeurs et les fournisseurs indépendants, afin que chacun puisse faire valoir équitablement ses droits (décision 199), ou encore l'obligation faite aux enseignes de grande distribution de publier dans leur rapport annuel la part de leurs achats provenant de fournisseurs indépendants (décision 200).

Plus intéressante et surtout moins vague est la décision 201, qui vise à encourager et faciliter la constitution d'Organisations économiques de producteurs (OEP), dans le respect des règles de concurrence, afin d'aider les petites entreprises à accroître leur compétitivité et leur pouvoir de négociation vis-à-vis de la grande distribution. Il s'agirait en somme de promouvoir la création de plateformes communes de vente, à l'instar des plateformes d'achat qui ont fleuri il y a quelques années, notamment par voie électronique, ou encore à l'instar des « cartels légaux d'exportation » autorisés en droit fédéral américain sous certaines conditions (le *Webb-Pomeroene Act*). La matière étant sensible et le soupçon d'entente entre producteur n'étant pas loin, le Rapport reste toutefois prudent et souligne que les OEP n'impliqueraient que le partage de certains

actifs et qu'il serait nécessaire de communiquer sur les règles de conduite sur les types et pratiques d'OEP susceptibles d'être sanctionnés par le droit de la concurrence. En effet.

Enfin, le Rapport suggère d'étoffer les règles permettant un contrôle renforcé des règles de concurrence dans une zone locale de chalandise. C'est le sens de la décision 206 qui vise à abaisser les seuils de notification *ex ante* des opérations de concentration touchant le secteur de la distribution et du commerce de détail, au motif que ces seuils sont actuellement très importants par rapport au chiffre d'affaires moyen d'un magasin indépendant. Mais le Rapport suggère de maintenir un seuil en chiffre d'affaires et rejette l'idée d'un retour aux seuils en parts de marché, qui nécessite une évaluation du marché pertinent, laquelle est source de contentieux. Enfin,

« (...) le Rapport suggère d'étoffer les règles permettant un contrôle renforcé des règles de concurrence dans une zone locale de chalandise ».

la décision 207 souhaite renforcer l'article L. 430-9 du Code de commerce, qui autorise le Conseil de la concurrence, « en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'Économie d'enjoindre à l'entreprise en cause de modifier, de compléter ou de résilier tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique ». On connaît les limites de ce mécanisme, puisque le Conseil ne peut que solliciter l'intervention du ministre, et non adopter de décision lui-même. L'unique exemple de mise en œuvre à ce jour est la preuve des limites de cette disposition, puisque la décision du Conseil constatant en 2002 des abus dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement est restée lettre morte (Cons. conc., déc. n° 02-D-44, 11 juill. 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence). Le Rapport suggère de pallier cette faiblesse, en autorisant la future Autorité de la concurrence à prononcer

elle-même, en cas d'abus constaté, des modifications de la structure d'entreprises en position dominante. Elle pourrait ainsi « imposer la scission ou la vente forcée de certaines activités, magasins ou surfaces ».

CONCLUSION

Sommes-nous à la veille d'un nouveau *big bang* en droit de la concurrence ? Si toutes les préconisations du Rapport sont adoptées en l'état, c'est une certitude.

La future loi de modernisation commerciale, dont l'adoption est prévue avant l'été 2008, nous dira si le paquet global de ces mesures est adopté. Mais même si l'adoption de ces mesures n'était que partielle, il est certain que 2008 restera une année pivot du droit de la concurrence en France, comme l'ont été 1945 ou 1986. Autorité unique de concurrence, actions de groupe, abandon des contraintes pesant sur l'urbanisme commercial, abandon de l'interdiction de la revente à perte, autorisation des discriminations tarifaires... il reste à voir comment ces mesures seront traduites en termes législatif, mais à n'en pas douter, elles feront date. Entre *tabula rasa* et réformes *a minima*, il est probable que la balance penchera plutôt en faveur du premier terme de la proposition. ♦