

DIVERSITÉ DES SECTEURS, DES PRATIQUES CONTRACTUELLES

DÉBAT

M. Alain BLANCHOT, *Premier Substitut, chef de la Section économique et sociale du Parquet de Paris.*— Permettez-moi de faire deux observations. S'il faut que les procédures aboutissent rapidement, il est parfois nécessaire d'interpréter le texte et cela peut demander du temps. Cela a été le cas dans l'affaire à laquelle M. le Président Fékété a fait allusion. L'article 36 de l'ordonnance de 1986 accorde au Ministre le droit d'engager la procédure devant le Tribunal de grande instance ou le Tribunal de commerce. N'étant pas commerçant, le Ministre avait engagé la procédure devant le TGI. Le tribunal, la Cour d'appel, puis la Cour de cassation, ont exclu cette possibilité, au motif que, le contrat litigieux étant commercial, il fallait saisir le tribunal de commerce. Une seconde question était posée : le Ministre pouvait-il intervenir sans l'assistance d'un avocat ? Il a été répondu par l'affirmative, mais encore fallait-il soumettre l'interprétation du texte à la Cour de cassation, d'où le délai, certes trop long mais nécessaire en l'espèce, pour que l'affaire soit jugée.

Dans une autre affaire, la question suivante était posée : compte tenu de la rédaction du texte, le Ministre pouvait-il venir en référé avant de saisir le juge du fond, comme il est d'usage ? La réponse a été négative. Il fallait, là aussi, connaître l'interprétation de la Cour de cassation. La jurisprudence étant maintenant établie, la durée des procédures devrait être dorénavant réduite.

Seconde observation, M. le Professeur Pédamon, j'ai cru comprendre que vous aviez dit que la revente à perte était un pivot essentiel.

M. PÉDAMON.— La facture.

M. BLANCHOT.— En tout état de cause, il est exact que la revente à perte est un pivot essentiel, mais comme moyen d'obtenir la transparence, et non la revente à perte en soi, qui n'est qu'une forme de concurrence déloyale. En France, les partenaires économiques ne veulent pas que les remises apparaissent sur les factures. Ils veulent qu'elles restent confidentielles, car le producteur ne pourrait les accorder à tous les distributeurs, ainsi que cela m'a été confirmé récemment. Pourquoi le producteur français, aussi performant techniquement que le producteur étranger, ne pourrait-il vendre au même prix ? S'il y a une distorsion, n'est-ce pas en raison de charges différentes ? Il faut alors le dire et ne pas le cacher. C'est une des raisons de la transparence.

Il n'y a pratiquement pas de revente à perte économique, mais des reventes à perte juridique, qui résultent de ce que le prix figurant sur la facture est majoré fictivement par rapport aux prix réels. Comme il n'est pas possible de retenir dans le calcul du seuil de revente à perte des réductions de prix ne figurant pas sur la facture, ni la coopération commerciale, il faudra choisir entre la transparence ou la poursuite pour revente à perte. Je pose la question à M. Debruyne : comme allez-vous faire ? Les distributeurs vont-ils comprendre qu'on ne peut rechercher le profit pour le profit et qu'une certaine éthique professionnelle est nécessaire ?

M. DEBRUYNE.— Il y a effectivement toujours une lutte entre l'éthique et le « fric ». Il n'y a pas longtemps, j'ai eu un petit problème : je n'étais pas content d'un fournisseur ; celui-ci est

venu s'excuser ; l'acheteur jouait le méchant, tandis que j'entendais le fournisseur nous dire : « ne prenez pas cette décision de déréférencer quelques-uns de mes produits car je devrais fermer deux usines ». Il est incroyable qu'un seul acheteur dispose ainsi du droit de vie ou de mort sur des ouvriers et leur famille. Il faudrait ouvrir le champ de conscience des gens pour qu'ils puissent ne plus seulement voir les petits problèmes de leur compte d'exploitation et des prix auxquels ils vendent.

M^e Christine VILMART, *Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine, FIDAL*.— Dans le catalogue de toutes les ambiguïtés de cette réforme du droit de la concurrence, le Professeur Pédamon a longuement exposé la question du refus de vente. La question demeure malgré tout d'actualité, si j'en crois vos propos : vous avez dit que, dans le cadre des exceptions où il pourrait continuer à être appréhendé, le refus de vente pourrait l'être sous l'angle de l'article 36-1, c'est-à-dire sous l'angle de la discrimination. Je suis un peu étonnée, parce qu'à mon sens, l'article 36-1 n'emporte pas interdiction de toutes les discriminations ; il vise d'abord l'interdiction des pratiques discriminatoires. Et je ne suis pas convaincue que le refus de vente soit une pratique : c'est quand même plus un acte. L'article 36-1 concerne, par ailleurs, l'interdiction des pratiques discriminatoires à l'égard de partenaires économiques. Et tant qu'on n'a pas été livré, on n'est pas un partenaire économique ; on aspire seulement à le devenir. En plus, l'article 36-1 exige que la discrimination crée « un désavantage ou un avantage dans la concurrence ». Il me semble que le refus de vente continuera effectivement à pouvoir être appréhendé, lorsqu'il est abusif, sous l'angle de l'article 1382, c'est-à-dire si la faute peut être prouvée. Mais je ne crois pas que l'on puisse voir perdurer le référé-concurrence et l'intervention de la DGCCRF sous l'angle de l'article 36-1. Si c'était le cas, à la limite, il n'y aurait pas eu du tout de libéralisation du refus de vente.

Dans le cadre du rapport pour avis de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, les propos du député Jean-Pierre Philibert – qui a été à l'initiative de la libéralisation de l'interdiction du refus de vente – sont clairs : il s'agissait de supprimer l'interdiction *per se*. La rétablir sous l'angle de l'article 36-1 me paraît limiter considérablement la portée de la réforme. J'avais au contraire eu l'impression qu'avec la suppression de cette interdiction, on continuerait bien sûr à sanctionner les abus, et on verrait peut-être une plus grande application de l'article 8-2 – dont je sais qu'il vous est cher – pour justement appréhender des refus de vente qui auraient pour effet d'éliminer les distributeurs qui n'ont pas la possibilité de trouver des produits substituables sur le marché de référence. Il serait dangereux de limiter la réforme en considérant que l'article 36-2 est supprimé et remplacé par un article 36-1 qui permettrait à la DGCCRF de mener des actions, dont je dois dire qu'elles ont été beaucoup plus nombreuses que les statistiques évoquées par M. Fékété ne le suggèrent, car dans la plupart des cas, la simple menace de contentieux suffit à faire livrer les distributeurs.

M. Jean-Michel LALÉ.— Ma question est pour M. le Professeur Pédamon : si les sénateurs se sont intéressés au problème de carburants comme à certains autres secteurs, ils n'ont pas véritablement subi de pressions à ce sujet ; c'était un lobbying tout à fait classique. Et, c'est avec un certain plaisir que je vous ai entendu dire que les prix abusivement bas des carburants pourraient être traités par les tribunaux de commerce dans le cadre de la concurrence déloyale.

On a parlé d'efficience, et M. le Président Fékété a souhaité que les organisations professionnelles puissent intervenir. C'est, d'une certaine façon, déjà prévu par l'ordonnance de 1986 qui dit qu'elles peuvent le faire pour toute question qui intéresse la concurrence. Mais, une organisation professionnelle pourrait-elle intervenir devant le tribunal de commerce pour agir en

concurrence déloyale sur la base de l'article 1382, alors qu'il ne s'agit pas d'un principe de concurrence contenu dans l'ordonnance de 1986 ?

M. FÉKÉTÉ.– Nous ne sommes pas saisis d'actions dans ce domaine et je crains que de nombreuses générations de juges passent avant que les sociétés Perrier, Danone, ou Pernod-Ricard ici présente, ne viennent demander aux tribunaux de condamner Intermarché, CORA, voire notre ami Auchan. Par contre, j'ai le souvenir d'avoir vu quelques affaires, tant au fond qu'en référé, dans lesquelles le syndicat professionnel était dans la cause en même temps que le demandeur principal. Et notamment, d'un référé dans lequel on demandait d'interdire la poursuite de soldes hors-période licite, et le syndicat professionnel s'était joint à la demande pour pouvoir faire valoir la décision auprès de tous ses adhérents. Je crois donc que ce serait possible dans cet esprit.

Il est remarquable que ces conflits permanents entre industriels et grande distribution soient un phénomène typiquement gaulois. On n'entend pas parler de cela en Allemagne ni dans aucun des pays de l'Union européenne. La cause en est que, lorsque le Gouvernement a libéré les prix en 1986, sa seule terreur était l'inflation. Les dispositions et le développement de la grande distribution ont permis d'éviter ce phénomène. À quel prix ? Au prix d'efforts de productivité considérables des petites et moyennes industries françaises, c'est-à-dire au prix de licenciements massifs, quand ce n'est pas purement et simplement de la délocalisation. Je crois que ce problème est d'autant plus grave qu'on assiste à une énorme concentration de cette grande distribution. C'est aujourd'hui Carrefour qui va mettre la main sur CORA. Alors je dis que, si les producteurs et les distributeurs n'arrivent pas à s'entendre par voie de négociation, et non par voie judiciaire, les grands distributeurs survivront mais auront essentiellement à vendre des produits étrangers.

M^e Harro GURLAND, Avocat à la Cour de Paris et à la Cour de Cologne.– Contrairement à ce qui vient d'être dit, nous sommes tous logés à la même enseigne – les Allemands aussi bien que les Français –, c'est-à-dire que les problèmes évoqués peuvent finalement se résumer d'une façon très simpliste en un rapport de forces entre la grande distribution – qui devient de plus en plus puissante du fait des concentrations – et l'industrie. Et, nous connaissons, en Allemagne, exactement le même problème que vous : premièrement, qui ose plaider et devant quelle juridiction ? deuxièmement, trouve-t-on des juges – de référé de préférence – très qualifiés, spécialisés, capables de rendre la justice dans un temps relativement court ? Je crois que les deux solutions sont illusoire. C'est pour cela que la seule possibilité qui nous reste est peut-être de renforcer le Conseil de la concurrence et le *Bundeskartellamt*, c'est-à-dire les autorités qui veillent sur la concurrence – et non pas sur la concurrence déloyale comme l'a très bien dit M. le Bâtonnier. C'est peut-être par ce biais que l'industrie pourra être un peu mieux protégée. Car nous nous rendons compte, aussi bien en Allemagne qu'en France, à quel point la grande distribution est forte. Et encore, lorsque l'on s'appelle Pernod-Ricard ou Thomson, on représente évidemment un poids important, mais les milliers de petits producteurs, eux, ne pèsent absolument rien face à la grande distribution. Au point que des grands distributeurs se permettent de changer des prix fixés dans des contrats d'application. On conclut d'abord le contrat de référencement, il y a ensuite des contrats d'application et, bien que les prix soient fixés pour l'année, on les change unilatéralement trois ou quatre mois après. Et si vous dites : « vous ne pouvez pas le faire, je vais porter plainte », on vous rit au nez et on vous répond : « allez-y, pas de problème, votre client sera déréféré dès l'année prochaine ».

M. PÉDAMON.— Je vais d'abord user de mon droit de réponse et contredire, même si nous ne sommes pas en justice, M. le Substitut Blanchot. J'ai vérifié mon texte et, à moins d'avoir commis un lapsus, j'ai bien dit que c'était la facture qui était le pivot de la revente à perte.

Je répondrai à M^{me} Vilmart que l'application possible de l'article 36-1 sur les pratiques discriminatoires a été évoquée à plusieurs reprises au cours des débats parlementaires et n'a pas été exclue ; je crois même me souvenir que le ministre a énuméré à la fois l'application des articles 7 et 8, l'application de l'article 36-1 et l'application de l'article 1382 du Code civil. On peut observer que l'article 36-1 n'est pas un texte pénal, et l'interprétation que vous donnez du partenaire – celui qui est déjà en relation avec le fournisseur – ne s'impose pas nécessairement. Il est possible que l'article 36-1 connaisse une interprétation assez large et qu'il soit considéré comme le candidat à établir une relation. La question que vous posez rejoint une des interrogations que j'ai moi-même soulevées : est-il possible pour les fournisseurs et les industriels, depuis la disparition de l'interdiction du refus de vente, de développer leur réseau de distribution sélective ou de concession exclusive en faisant le choix de distributeurs qu'ils estimeront plus qualifiés que d'autres, sans appliquer les mêmes critères de sélection ? Je verrais assez volontiers satisfaite l'hypothèse de la pratique discriminatoire dans le cas où le fournisseur n'appliquerait pas les mêmes règles de sélection à tous ses distributeurs. Je ne crois pas que la disparition de l'interdiction du refus de vente laisse, comme certains l'ont prétendu, une entière liberté aux fournisseurs et aux industriels pour organiser la diffusion de leurs produits. Je crois qu'ils seront tenus, même au regard de l'article 36-1, d'appliquer les mêmes critères à l'égard de l'ensemble des distributeurs. Mais je ne pense pas pour autant que l'article 36-1 soit un substitut à l'article 36-2. Il faudra que le client, qui n'aura pas été sélectionné pour diffuser les produits de qualité, démontre qu'il y a bien une discrimination et la charge de la preuve pèsera sur lui.

En ce qui concerne les carburants, je suis convaincu – et je suis d'ailleurs étonné que le problème n'ait pas été soulevé plus souvent – que la théorie de la concurrence déloyale doit pouvoir s'appliquer contre les prix abusivement bas, indépendamment de l'article 10-1. Je crois vraiment que le législateur a eu raison de ne pas étendre le jeu de l'article 10-1 à des produits qui ne sont pas fabriqués ou transformés par les distributeurs. Mais chacun sait ici que la théorie de la concurrence déloyale est subordonnée aux mêmes conditions que la théorie de la responsabilité délictuelle. Il me semble qu'il y a bien une faute à vendre à un prix abusivement bas dans l'intention d'éliminer un concurrent – c'est quand même l'une des hypothèses visée par l'article 10-1 – ou d'une manière imprudente qui pourrait entraîner l'élimination d'un concurrent. Le préjudice est réel ; il est, en tout cas, certain, dans la mesure où il y a une élimination effective ou une menace d'élimination effective, et le lien de causalité peut être établi. Je ne prétends pas que la preuve sera facile à rapporter, mais je crois que la jurisprudence pourrait être amenée à faire jouer la concurrence déloyale dans ces hypothèses – comme elle le fait en Allemagne sur le fondement du § 1^{er} de la loi de 1909 relative à la concurrence déloyale.