

## droit de la concurrence

# Commentaires de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et du décret du 29 décembre 1986

### Chapitre I

## Les conséquences sur les contrats de franchise

Cette ordonnance a un domaine d'application très général. Les règles qu'elle définit s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.

**L**e titre premier de l'ordonnance pose le principe de la *liberté des prix*. L'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services qui relevaient antérieurement de cette ordonnance seront désormais librement déterminés par le jeu de la concurrence. Il appartiendra donc à chaque agent économique de déterminer son prix, en fonction de son prix de revient et de l'évolution du marché.

Toutefois, le gouvernement conserve le pouvoir d'intervenir lorsque le jeu de la concurrence ne peut pas jouer son rôle dans la fixation des prix pour des raisons *structurelles* ou pour des raisons *conjoncturelles*. Mais surtout, l'ordonnance

réforme le droit de la concurrence. Elle comporte des dispositions qui concernent tout d'abord la définition des infractions, des dispositions qui réglementent la constatation et la poursuite de ces infractions, des dispositions relatives au contrôle des concentrations, enfin des dispositions institutionnelles qui définissent le rôle et la composition du Conseil de la concurrence, (ce Conseil vient remplacer l'ancienne Commission de la concurrence).

Nous étudierons dans une première partie la définition des infractions au droit de la concurrence, puis dans une seconde partie, les dispositions qui concernent la constatation et la poursuite de ces infractions.

Les pratiques anticoncurrentielles, les innovations les plus importantes sont l'incrimination de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique qui est une nouvelle infraction, la suppression du pouvoir de transaction de l'administration et surtout, le droit pour la victime de saisir désormais directement le Conseil de la concurrence pour faire condamner les auteurs de ces pratiques anticoncurrentielles.

1. *L'ordonnance distingue deux infractions*, deux pratiques anticoncurrentielles, la première est visée à l'article 7. Ce texte prohibe, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition. Sont ainsi visées toutes les *concertations entre entreprises* qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Cette concertation peut prendre des formes diverses, soit une véritable convention écrite ou orale, bilatérale ou multilatérale, horizontale ou verticale, soit un acte émanant de l'organe compétent d'un groupement, comme une circulaire, un règlement professionnel, un barème, soit encore une pratique concertée, c'est-à-dire une coordination ou un parallélisme concerté du comportement d'entreprises sur un marché.

L'article 7 énumère divers exemples de pratiques anticoncurrentielles, de concertations anticoncurrentielles. Cette énumération n'est pas limitative.

— Premier exemple : concertation visant à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises,

— deuxième exemple : concertation visant à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse,

— troisième exemple : concertation visant à limiter ou contrôler la pro-

### Première partie : les infractions au droit de la concurrence

L'ordonnance distingue deux séries de pratiques contraires au droit de la concurrence : en premier lieu, les pratiques anticoncurrentielles, en second lieu, les pratiques restrictives.

Cette distinction correspond à peu

près à l'ancienne distinction des pratiques anticoncurrentielles collectives et des pratiques anticoncurrentielles individuelles. Le changement est surtout terminologique.

S'agissant tout d'abord,

duction, les débouchés, les investissements ou le progrès technique,

-- quatrième exemple : concertation visant à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

On constate donc un rapprochement avec la définition des pratiques interdites en droit européen.

L'article 8 prohibe pour les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : premièrement d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, deuxièmement de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui peut ne pas disposer de solutions équivalentes.

On constate que l'auteur de l'infraction peut être une entreprise ou même un groupe d'entreprises : pour que l'infraction soit constituée, il faut que cette entreprise soit en situation de domination.

L'article 8 distingue deux types de domination :

— tout d'abord la position dominante sur un marché qui est le marché intérieur français ou une partie substantielle de celui-ci. La position dominante n'est pas définie par l'article 8, il suffit donc de se référer à la jurisprudence antérieure de la Commission de la concurrence : elle résulte normalement d'une situation de monopole ou d'une concentration manifeste de la puissance économique.

Parmi les indices de position dominante les plus significatifs, on peut noter la part de marché absolue, mais surtout relative, l'avance technologique ou même une réglementation protectrice fermant le marché aux importations.

— deuxième type de domination, l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. C'est une innovation importante de l'ordonnance de 1986.

Jusqu'à présent, les excès qui étaient commis par une entreprise dans ses relations avec les entreprises qui étaient ses partenaires obligés, avec des entreprises qui n'avaient pas d'autres solutions que de s'adresser à elle, ne pouvaient pas être réprimés. Désormais, ces pratiques excessives pourront être réprimées sur le fondement de l'article 8 de la nouvelle ordonnance de 1986.

Ce qu'interdit l'article 8, ce n'est toutefois pas cette situation de domination. C'est l'exploitation abusive qui en est faite par l'entreprise.

A cet égard, l'article 8 cite un certain nombre d'exemples de comportement abusif, de refus de vente, ventes liées, conditions discriminatoires. Une seule nouveauté, la rupture des relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. On peut penser au déréférencement abusif.

Enfin toujours dans les pratiques anticoncurrentielles, l'article 17 cette fois, sanctionne toute personne physique qui, frauduleusement aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles 7 & 8.

Cet article vise au premier chef bien sûr, les dirigeants.

2. Les sanctions prévues en cas d'infraction au droit de la concurrence ne seront toutefois appliquées que si les pratiques visées aux articles 7 ou 8, ou bien sûr 17, ne remplissent pas les conditions d'exemption énumérées à l'article 10 de l'ordonnance. Ce texte prévoit deux types d'exemption : les exemptions individuelles et les exemptions par catégorie, c'est-à-dire par décret.

— Tout d'abord, les exemptions individuelles :

L'article 10, alinéa 1<sup>er</sup> prévoit deux cas d'exemption, deux faits justificatifs.

Le premier concerne la pratique contraire à l'article 7 ou à l'article 8 qui résulte inéluctablement de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application.

Ce fait justificatif était déjà prévu dans l'ordonnance de 1945 à l'article 51-1<sup>er</sup> ; il était interprété restrictivement. Il fallait que la pratique soit fondée sur une loi, un décret ou un arrêté. Il fallait aussi que le texte invoqué ait pour objet ou à tout le moins pour effet direct de restreindre la concurrence. La pratique illicite devait être la conséquence inéluctable de la réglementation invoquée.

Deuxième fait justificatif : peut aussi échapper à l'exemption, une concertation ou un abus de domination dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées, la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la

mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

On constate un très net rapprochement avec les quatre conditions prévues par le Traité de Rome à l'article 85-3.

— Les exemptions par catégories :

Reprenant une innovation de la loi du 30 décembre 1985, l'article 10, dernier alinéa prévoit la possibilité de définir par décret des catégories d'accord automatiquement exemptables. Ce décret doit être pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.

C'est un système qui est donc imité du droit européen, du système des règlements d'exemption par catégories prévu par l'article 85-3 du Traité de Rome.

On constatera que l'ordonnance invite à utiliser ce système par priorité pour les accords qui ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites. On peut donc s'attendre à ce que des conditions de chiffres d'affaires ou de parts de marché figurent aux textes.

Une précision sur les autorités compétentes pour appliquer l'article 10 ; ce peut être bien sûr le Conseil de la concurrence, saisi directement sur le fondement des articles 7 ou 8, mais ce peut être aussi le juge civil ou commercial saisi d'une action en nullité d'un accord contraire à l'article 7 ou à l'article 8, ou d'une action en responsabilité civile intentée par la victime d'une pratique contraire à ces textes. Enfin, ce peut être le Juge répressif saisi directement sur le fondement de l'article 17.

3. Si une pratique remplit les conditions de l'article 7 ou de l'article 8, sans bénéficier d'une exemption prévue à l'article 10, elle encourt un certain nombre de sanctions.

Tout d'abord la nullité, article 9 qui dispose : « ... est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 & 8, sans pouvoir bénéficier des dérogations à l'article 10... », c'est normalement le juge civil ou commercial qui est compétent.

Responsabilité civile : les auteurs de pratique contraire aux dispositions de l'ordonnance doivent bien sûr réparer le préjudice qu'elles ont causé en violant ces dispositions.

Injonctions et amendes : le Conseil de la concurrence peut enjoindre aux entreprises de mettre fin à leurs pra-

tiques interdites dans un délai déterminé ou leur imposer des conditions particulières. Il peut aussi leur infliger des sanctions pécuniaires. Le montant maximum de la sanction est pour une entreprise, de 5,3: du montant du chiffre d'affaires HT réalisé en France au cours du dernier exercice clos ; si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 10.000.000 de F. La possibilité de transaction qu'avait l'administration est supprimée.

## Chapitre II : les pratiques restrictives

L'ordonnance réalise une certaine dépenalisation ainsi qu'une certaine décorrectionnalisation.

On peut distinguer différents types de pratiques restrictives, certaines constituent des délits pénaux, d'autres des contraventions, d'autres des infractions purement civiles.

### Les délits pénaux

#### Article 31 : infractions aux règles de facturation

Tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facturation. Ce qui est nouveau, c'est le contenu informatif de la facture. La facture doit désormais mentionner tous les rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de services quelle que soit leur date de règlement.

#### Article 32 : la vente à perte

Ce texte interdit à tout commerçant de revendre un produit en l'état inférieur à son prix d'achat effectif. Désormais, le prix d'achat effectif est présumé, il est présumé être le prix porté sur la facture d'achat, majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente, et le cas échéant, du prix du transport. Il y a donc là une présomption qui facilitera grandement la tâche de ceux chargés de constater les infractions.

#### Article 34 : les prix imposés

L'ordonnance maintient l'interdiction, et cela pour toute personne, d'imposer directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien au prix d'une prestation de services ou à une marge commerciale. Est supprimée, la possibilité qu'avait le ministre chargé de l'Economie d'interdire par voie d'arrêté la pratique des prix conseillés.

Enfin des poursuites pénales sont prévues contre les personnes qui auront contrevenu aux dispositions de l'article 17 de l'ordonnance.

L'ordonnance prévoit que lorsque le Conseil de la concurrence a à connaître de faits qui lui paraissent relever de l'article 17, il adresse le dossier au procureur de la République. La transmission au parquet interrompt la prescription de l'action publique.

#### Article 35

Le délai de paiement par toute entreprise commerciale de ses achats de produits alimentaires périssables et de boissons alcooliques, ne peut être supérieur à 30 jours après la fin du mois de livraison. Quelles sont les sanctions prévues en cas de délits ? Ces délits sont punis de peines d'amendes de 5.000 à 100.000 F. C'est le juge répressif qui est compétent pour en connaître, l'action publique peut être mise en mouvement par le Ministère Public ou par la victime par la voie de la constitution de partie civile. Mais l'action en réparation peut aussi être portée devant le juge civil.

### Les contraventions

#### 1. Article 28 : infraction aux règles concernant l'information du consommateur

L'ordonnance maintient l'obligation pour tout vendeur de produits ou tout prestataire de services d'informer les consommateurs sur les prix par voie de marquage, étiquetage, affichage ou tout autre procédé approprié.

Mais désormais, cette obligation d'information est étendue aux limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et aux conditions particulières de la vente. Les modalités de cette information seront définies par voie d'arrêté.

#### 2. Article 29 : la vente avec prime

L'article 29 maintient l'interdiction de la vente, de la prestation de service ou de l'offre de l'une de ces opérations avec prime. Mais cette interdiction est désormais limitée aux relations avec les consommateurs. Désormais, les ventes avec prime sont licites entre professionnels. D'autre part, la définition de la prime interdite a été modifiée.

La prime interdite consiste en produits, biens ou services qui ne sont

pas identiques à ceux qui font objet de la vente ou de la prestation, et qui sont remis gratuitement. La référence aux conditions de prime de vente présentée explicitement ou implicitement comme un avantage est supprimée, sont donc désormais licites, les primes autopayantes. Il importe peu que cette prime soit remise immédiatement ou à terme, mais il faut que son attribution soit subordonnée à une transaction. Désormais, la pratique de la remise des cadeaux est licite.

Des exceptions sont prévues. Elles sont sensiblement différentes de celles qui étaient admises par le texte antérieur.

— Première exception : les menus objets ou services de faible valeur ou les échantillons :

L'article 23 du décret qui précise la valeur de ces échantillons, objets ou services, cette valeur ne peut pas dépasser 7 % du prix de vente de l'objet principal, la transaction, lorsque ce prix de référence est inférieur ou égal à 500,00 F. Lorsque ce prix de référence est supérieur à 500,00 F, la valeur autorisée est égale à 30,00 F + 1 % du prix de référence ; mais dans tous les cas, elle ne doit pas dépasser 350,00 F. Ces objets doivent être marqués d'une manière apparente et indélébile au nom de la dénomination de la marque, du sigle ou du logo de la personne intéressée à l'opération de publicité. Quant aux échantillons, ils doivent porter la mention « échantillon gratuit, ne peut être vendu », inscrite de manière lisible, indélébile et apparente à la présentation (article 25 du décret).

— Deuxième exception : le conditionnement actuel du produit ainsi que les biens, produits ou services qui sont indispensables à l'utilisation normale du produit, du bien ou du service faisant l'objet de la vente.

— Troisième exception : les prestations de services après vente et les facilités de stationnement.

— Dernière exception : les prestations de services attribuées gratuitement, si ces prestations ne font pas ordinairement l'objet d'un contrat à titre onéreux et sont dépourvues de valeur marchande. Par exemple : le lavage d'un pare-brise à l'occasion d'une vente d'essence.

#### 3. Article 30 : le refus de vente aux consommateurs

Interdit, sauf motifs légitimes.

#### 4. Article 30 : ventes liées ou subordonnées aux consommateurs

Il est interdit de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée, ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service, ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit.

#### 5. Article 33 : la non-communication des barèmes et des conditions de vente

Ce n'est pas nouveau, tout simplement il est précisé maintenant que les conditions de vente comprennent les conditions de règlement et le cas échéant, les rabais et ristournes.

L'ordonnance consacre une prescription qui figurait dans la circulaire Delors de 1984. L'article 33 dispose en effet que les conditions dans lesquelles un distributeur se fait rémunérer par ses fournisseurs en contrepartie de services spécifiques, doivent être écrites.

#### 6. Article 37 : le paracommercialisme

Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant dans des conditions irrégulières le domaine public de l'Etat, des collectivités locales, etc...

Enfin, il est interdit aux associations ou coopératives d'entreprises ou d'administrations d'offrir de façon habituelle des produits à la vente ou de les vendre ou de fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par les statuts.

Quant aux sanctions des contraventions, il s'agit de contraventions de 5<sup>e</sup> classe et en cas de récidive, la peine d'amende prévue pour la récidive des contraventions de 5<sup>e</sup> classe est applicable.

#### Dernière catégorie de pratiques anticoncurrentielles — Les infractions purement civiles

L'ordonnance a dépénalisé trois pratiques restrictives entre professionnels :

- les pratiques discriminatoires,
- le refus de vente,
- les ventes libres subordonnées.

Il est important de noter que cette dépénalisation n'intervient que dans les relations entre professionnels. Ces pratiques sont désormais des délits ou des quasi-délits civils susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur. Elles sont toutefois soumises à une procédure particulière.

Ces infractions sont visées à l'article 36.

#### Première infraction : les pratiques discriminatoires

Il est interdit de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage de la concurrence.

Le type de relations contractuelles est donc indifférent ; il peut s'agir d'une vente, d'une prestation de services ou d'un autre contrat. Il est tout aussi interdit d'accorder des... à la discrimination que d'en demander. La discrimination peut porter sur les prix, les délais de paiement, les conditions de vente ou les modalités de vente ou d'achat.

Désormais, on est certain que l'interdiction des discriminations s'applique aussi bien aux conditions générales de vente qu'aux conditions générales d'achat.

Quant au caractère discriminatoire, le critère retenu est l'absence de justification par des contreparties réelles, qui crée de ce fait, pour les partenaires, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. Il appartiendra donc à la jurisprudence de définir ces contreparties réelles ; on peut considérer qu'une commande en plus grande quantité pourra justifier un prix de vente inférieur.

Il est surtout important de noter que la discrimination ne sera interdite qu'à partir du moment où elle provoquera dans le chef de son bénéficiaire ou de sa victime un avantage ou un désavantage dans la concurrence.

#### Deuxième partie : constatations et poursuites des infractions au droit de la concurrence

On constate un important renforcement des droits de la défense, mais du côté des inconvénients, on constate aussi qu'il existe maintenant diverses instances qui sont susceptibles d'être saisies pour connaître des infractions au droit de la concurrence et, comme il n'y a pas de système de sursis à statuer organisé par l'ordonnance, on peut envisager des saisines simultanées d'instance à propos de la même infraction pour obtenir, qui la nullité devant un juge civil, qui la condamnation des

#### Deuxième infraction civile : le refus de vente entre professionnels

L'ordonnance de 1986 confirme que l'interdiction s'applique aussi bien aux services qu'aux ventes. Quant aux faits justificatifs, l'article 36 retient le caractère anormal de la demande, la mauvaise foi du demandeur et la justification sur le fondement de l'article 10. Ainsi un contrat de distribution ou un contrat de franchise qui est licite au regard de l'article 7 de l'ordonnance, parce qu'il constitue en fait une bonne entente, pourra justifier un refus de vente aux distributeurs qui ne font pas partie du réseau.

#### Troisième infraction civile : les ventes liées ou subordonnées entre professionnels

On renvoie à ce qui a été dit à propos de l'interdiction des ventes libres ou subordonnées aux consommateurs, car si la rédaction de l'article 36 est un peu différente de celle de l'article 30, en fait, cela n'a pas d'incidence quant au fond.

#### Les sanctions

C'est le juge civil qui est compétent. Il peut être saisi par toute personne justifiant d'un intérêt par le parquet, le ministre chargé de l'Economie ou le président du Conseil de la concurrence.

L'entreprise, victime d'un tel comportement, pourra saisir directement le juge civil ou commercial pour faire condamner l'auteur de la pratique à des dommages-intérêts en réparation du préjudice qui lui a été causé ; la victime peut aussi demander au juge commercial ou civil d'enjoindre en référé à l'auteur de la pratique, la cessation des agissements ou bien lui demander toute autre mesure provisoire. Les recours contre les décisions du juge civil sont ceux du droit commun.

auteurs devant le Conseil de la concurrence ou devant le juge répressif.

Or, comme le Conseil constitutionnel a déclaré la loi qui tendait à transférer à la cour d'appel de Paris la connaissance des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence conforme à la Constitution, il existe aujourd'hui deux juridictions suprêmes susceptibles de connaître des infractions au droit de la concurrence, le Conseil d'Etat sur recours contre les décisions rendues par le

Conseil de la concurrence, et la Cour de cassation qui connaîtra des recours contre les décisions du juge répressif, du juge civil ou du juge commercial.

1. S'agissant des enquêtes, on notera un renforcement des garanties des personnes suspectées de pratique anticoncurrentielle, désormais en effet, les perquisitions en tout lieu et les saisies sont soumises à contrôle judiciaire. Les enquêteurs ne peuvent procéder à des perquisitions ou à des saisies que dans le cadre d'enquêtes demandées par le ministre chargé de l'Economie ou par le Conseil de la concurrence, et sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter, ou d'un juge délégué par lui. Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation est fondée.

L'ordonnance d'autorisation n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure pénale.

La perquisition et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées.

Quant aux procès-verbaux et rapports, il est prévu que les enquêtes donnent lieu à établissement de procès-verbaux et de rapports. Ils doivent être rédigés dans le plus court délai, quant à leur force probante, une nouveauté : ces procès-verbaux ne font désormais foi que jusqu'à preuve contraire et non plus jusqu'à inscription de faux.

2. Trois instances donc sont susceptibles de connaître des infractions au droit de la concurrence : le Conseil de la concurrence, le juge civil ou commercial, le juge répressif.

a) Voyons tout d'abord la poursuite des infractions devant le Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'Economie, il peut se saisir d'office, il peut, et c'est nouveau, être saisi par les entreprises (sous-entendu les entreprises intéressées, donc les victimes), il peut être saisi enfin par les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations des consommateurs agréés, les chambres d'agriculture, les chambres des métiers ou les chambres de commerce et d'industrie. Mais le Conseil n'est pas lié par cette saisine, il peut la déclarer irrecevable, s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas

appuyés d'éléments suffisamment probants.

L'article 18 affirme le caractère pleinement contradictoire de l'instruction. S'il décide d'engager la procédure, le Conseil doit notifier les griefs retenus par le rapporteur aux intéressés, ces derniers ont droit de consulter l'intégralité du dossier, ce qui est nouveau, pas seulement comme avant les documents ou extraits sur lesquels se fondait le rapporteur. Le rapporteur peut procéder à des auditions orales, mais qui doivent donner lieu à procès-verbal signé par les personnes entendues et les parties peuvent aussi demander à être entendues par le Conseil, ce qui est nouveau (avant, rien n'était prévu), elles peuvent alors se faire assister ou représenter.

Deux orientations sont possibles :

- soit une procédure ordinaire,
- soit une procédure simplifiée.

#### La procédure ordinaire

Elle donne lieu à établissement d'un rapport qui va être notifié par le président du Conseil aux parties, au commissaire du gouvernement, aux ministres intéressés et à l'auteur de la saisine. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur.

Cette notification fait courir un délai de deux mois pendant lequel les parties vont rédiger leur mémoire en défense. Les mémoires peuvent être consultés dans les 15 jours qui précèdent la séance par le commissaire du gouvernement, les ministres intéressés, le rapporteur et les intéressés (c'est-à-dire le plaignant), c'est là encore une nouveauté.

Les parties peuvent désormais assister aux séances du Conseil, mais seul le rapporteur général et le commissaire du gouvernement peuvent assister au délibéré, sans voix délibératives.

#### La procédure simplifiée

Elle est caractérisée par l'absence d'établissement d'un rapport. La décision de recourir à la procédure simplifiée est notifiée aux parties qui ont un délai de 15 jours pour demander le renvoi au Conseil.

#### b) Poursuite devant le juge répressif

Le juge répressif peut être saisi par transmission du dossier, par le Conseil de la concurrence lorsque les faits relèvent de l'article 17. Il peut être aussi saisi par le Parquet dans les conditions du droit commun, et par la victime. La constitution de partie civile est désormais possible dans les conditions du droit commun

pour toutes les infractions visées à l'ordonnance (bien sur celles qui sont réprimées pénalement).

Les particularités de la procédure sont la consultation facultative du Conseil de la concurrence par le juge répressif si la pratique relève des articles 7 ou 8 et la possibilité qui est reconnue au ministre chargé de l'Economie ou à son représentant de déposer des conclusions devant les juridictions pénales et de les développer oralement à l'audience, ainsi que de produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête.

Une nouveauté aussi, la même juridiction peut condamner solidairement les personnes morales au paiement des amendes qui ont été prononcées contre leur dirigeant en vertu des dispositions de l'ordonnance.

#### c) Poursuites devant le juge civil ou commercial

Le juge civil ou commercial peut être saisi pour les pratiques visées à l'article 36, c'est-à-dire les infractions civiles, les pratiques qui ont été dépenalisées et peut être saisi par toute personne justifiant d'un intérêt par le parquet, par le ministre chargé de l'Economie ou par le président du Conseil de la concurrence, lorsque ce dernier constate à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée à l'article 36.

Pour toutes les autres pratiques visées par l'ordonnance, c'est-à-dire sur le fondement d'une action en nullité ou sur le fondement d'une action en réparation civile, il pourra être saisi par la victime de la pratique.

La procédure comporte les mêmes particularités que celles devant le juge répressif : intervention possible du ministre chargé de l'Economie et consultation facultative du Conseil de la concurrence pour les pratiques qui relèvent des articles 7 et 8.

Enfin, possibilité pour le président de la juridiction civile ou commerciale, de statuer en référé. Il peut en effet, enjoindre en référé aux termes de l'article 36, la cessation des agissements en cause ou ordonner toute mesure provisoire.

Un mot pour terminer du contrôle des concentrations, le caractère politique de ce contrôle s'est accentué, il est un système facultatif à la disposition du ministre, le Conseil de la concurrence n'intervient plus que pour avis et le ministre n'est pas lié par son avis, sauf lorsqu'il envisage de prononcer des sanctions pécuniaires.

On retrouve là la pratique de l'avis conforme au plafond que l'on connaissait auparavant.

\* \* \*

Que tirer de ce nouveau texte pour les contrats de franchise ?

Ce que l'on peut en dire, c'est que ces contrats et réseaux de franchise relèveront désormais de l'article 7 de l'ordonnance de 1986, en tant que concertations qui peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence. Si leur bilan économique est favorable, il y a de grandes chances pour que ces contrats puissent bénéficier d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 10-2 (c'est-à-dire s'ils réunissent les quatre conditions énumérées par ce texte : apporter un progrès économique, réserver une part équitable du profit qui résulte de l'entente aux utilisateurs, ne pas éliminer la concurrence sur une partie substantielle des produits en cause, et ne pas contenir de restrictions à la concurrence qui ne soient pas indispensables pour obtenir cet effet bénéfique, économique).

Mais il n'y a pas dans l'ordonnance de système de notification ou de demande d'attestation négative, et l'entreprise ne peut donc pas prendre l'initiative de demander au Conseil de la concurrence son avis sur la conformité des contrats qu'elle conclut avec l'ordonnance de 1986. Simplement, il y a toute raison de penser que le projet qui avait été prévu de décret d'exemption par catégories pour les contrats de franchise ne verra pas le jour, puisque la Direction générale de la concurrence, a récemment décidé de laisser la Commission de Bruxelles procéder à son règlement d'exemption des contrats de franchise, et ce, malgré les enquêtes d'informations effectuées par la Direction générale de la concurrence auprès des franchiseurs et dont l'intention avouée, était de se faire une religion sur les contrats de franchise. Le danger du double emploi est donc écarté, ainsi que les risques de contradictions inévitables engendrées par un certain « esprit nationaliste » très répandu dans l'administration française.

A retenir aussi la possibilité pour les entreprises qui sont affectées dans leurs intérêts par une pratique anticoncurrentielle, de saisir directement le Conseil de la concurrence ou s'il s'agit d'un refus de vente, d'une pratique discriminatoire, voire d'une vente liée ou subordonnée, de saisir directement le juge civil ou commercial pour lui demander d'ordonner en référé la cessation des agissements prohibés.

A noter aussi que la pratique des prix imposés reste pénalement sanctionnée et reste donc interdite, mais que le texte par contre a bien supprimé la possibilité qu'avait le ministre d'interdire par voie d'arrêté les prix conseillés. Normalement, la pratique des prix conseillés est licite en droit français, du moins d'après les textes, mais il faut réserver l'interprétation qui avait été faite des anciens textes du droit de la concurrence par la Commission de la concurrence qui tendait à considérer que les prix conseillés qui venaient à être respectés par les entreprises auxquelles on les conseillait, étaient constitutifs d'une concertation interdite, au sens de l'ordonnance de 1945. Il y a toute raison de penser que cette interprétation sera maintenue sous les nouveaux textes, dans la mesure où c'est l'interprétation de la Commission de Bruxelles ; il faut se référer pour cela à la dernière décision Pronuptia.

En conclusion, je rappellerai seulement que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 — véritable révolution en soi — a fait basculer la France d'une économie administrée à une économie de marché.

Bien sûr, reste à la pratique et à la jurisprudence : — celle du juge des

référés, ainsi que celle de la cour d'appel de Paris — de défricher et mettre en application des conséquences de cette économie de marché. Un challenge qui est loin d'être encore gagné, mais qui est très motivant.

Enfin, je dirai, et c'est essentiel, que la philosophie de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, favorise d'une certaine façon l'industriel, le producteur, au détriment de la grande distribution. Si la distribution sélective est une technique en voie de disparition, la franchise donne au producteur et à l'industriel, un fantastique moyen pour limiter la puissance des grandes surfaces.

En effet, l'industriel, avec une politique de marque et une chaîne de franchises, pourra directement avoir accès aux consommateurs d'une manière intégrée, cohérente, disciplinée, très efficace et performante dans la concurrence.

Sous cet angle (nouveau), on comprend l'inquiétude des milieux de la grande distribution et on perçoit déjà les nouveaux grands combats de demain.

Olivier GAST  
Avocat à la cour  
Cabinet Gast et Douet

## Revue des revues

### Patrice BOUGON

— « Pour reconstruire les fonds propres d'une filiale faites des subventions plutôt que des apports » *Bull. de gestion fiscale des entreprises* (91, rue de Prony, 75017 Paris), p. 1, 1987

— « Une transformation de société a été considérée comme constitutive d'un abus de droit », *Bull. de gestion fiscale des entreprises*, p. 8, n° 1, 1987.

— « Accidents du travail, honoraires médicaux, fixation de tarifs particuliers », *questions de Sécurité sociale* (18, rue Saulnier 75009 Paris,) p. 263, n° 12, décembre 1986.

### Ouvrages

— D. et P. Dambournet et coauteurs, « *Le droit commercial aux Etats-Unis* », préface de Louis Feuvrais, 396 pages, 286 F. T.T.C. Editions communication actives (34, rue de la Victoire, 75009 Paris) 1<sup>er</sup> trimestre 1986.

— Roanne Cuccio, « *Société en participation et indivision* » 133 pages (thèse imprimée de doctorat présentée à la faculté de droit de l'université de Lausanne) imprimerie Chabloz SA, 1148 Mauvray, Suisse, (s/c de l'auteur Madame Roanne Cuccio, 15, chemin Beau-Rivage, ch. 1006 Lausanne), 1986.

### Traité

— « *Compétition Law in Western Europe and the USA* », 76<sup>e</sup> supplément, 120 pages, avec la participation de Douwe Gijlstra, Bob Baardman, Harlan M. Blake, Antony Graham-Dixon, Peter Ulmer, Jean Guyénot et coauteurs, Coéditions Kluwer (Deventer, Pays-Bas) et West Publishing Co (St. Paul, Minn, U.S.A.) décembre 1986.