Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Nathalie Homobono

Directrice générale de la DGCCRF de 2009 à 2018
Présidente du conseil d'administration de l'Institut national de l'environnement industriel et des risques

Les premiers pas du déséquilibre significatif dans les relations commerciales

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Lors de mon arrivée à la tête de la DGCCRF en avril 2009, le sujet des relations commerciales était de ceux qui, pour n'être pas nouveaux, présentaient néanmoins un degré d'urgence particulièrement marqué.

L'année 2009 avait démarré dans un contexte généralisé de récession économique et de consommation atone, consécutif à la crise des « subprimes », auquel s'ajoutaient de vives tensions sociales en Guyane et dans les Antilles, avec plusieurs semaines de grève et de manifestations « contre la vie chère » et les niveaux de prix jugés excessifs des carburants[1] et des produits alimentaires de première nécessité.

Depuis la publication de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986, dont le titre IV s'intitulait *De la transparence et des pratiques restrictives*, l'encadrement juridique des relations commerciales avait fait l'objet de multiples modifications législatives[2]. La dernière en date – à la fois marquante et toute récente – figurait dans la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, dont l'article 93 en particulier introduisait dans le code de commerce une notion englobante[3] empruntée au code de la consommation.

Les premières actions : aller vite, de manière visible et sécurisée

Comme le souligne l'exposé des motifs de la LME, l'objectif du Gouvernement était d'introduire davantage de concurrence dans les relations commerciales, dans l'intérêt du consommateur. Avec deux garde-fous : l'introduction - dans un « souci de simplification et d'effectivité » - de la notion de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »[4] ; un « renforcement des sanctions, afin de protéger les acteurs les plus vulnérables ».

Le ministre chargé de l'Économie et son administration, la DGCCRF, étaient spécialement « attendus ». Le secteur des produits de grande consommation (PGC) et singulièrement les acteurs des filières agricoles et alimentaires, depuis la production jusqu'à la vente au détail, exprimaient en effet une relative préoccupation pour certains et une vive impatience pour d'autres de voir rapidement et concrètement se mettre en œuvre cette réforme et d'en mesurer les effets.

Durant l'été, les équipes chargées de vérifier le respect du cadre juridique des relations commerciales, rebaptisées « brigades LME », ont été largement renforcées, passant de 80 à 120 personnes. Puis, au mois d'octobre 2009, le ministre chargé de l'Économie a déposé une série d'assignations visant neuf enseignes de la grande distribution alimentaire et non alimentaire[5], en demandant aux juridictions civiles et commerciales de considérer comme constitutives d'un déséquilibre significatif certaines clauses des contrats conclus depuis l'adoption de la LME et de prononcer des amendes civiles à l'encontre des enseignes correspondantes.

"L'ambition n'était pas uniquement d'agir rapidement, mais aussi de façon sécurisée, afin de ne pas fragiliser cette nouvelle « arme » dès ses premières utilisations. "

L'ambition n'était pas uniquement d'agir rapidement, mais aussi de façon sécurisée, afin de ne pas fragiliser cette nouvelle « arme » dès ses premières utilisations. Le dépôt de ces assignations avait en outre donné lieu à une vaste communication destinée à faire connaître le plus largement possible l'action déterminée du ministre dans le champ des relations commerciales.

Une « arme » très transversale et abondamment utilisée

Les années suivantes, le ministre est intervenu à de nombreuses reprises dans le secteur des PGC, avant d'étendre à d'autres secteurs son action en défense de l'ordre public économique.

Les évolutions des marchés se sont en effet multipliées entre 2009 et la fin de la décennie 2010, sous l'effet concomitant de ruptures technologiques et de l'arrivée de nouveaux acteurs, de nouveaux produits et de nouveaux modes de consommation, apportant à la fois des bénéfices pour les consommateurs et un besoin de faire respecter le cadre juridique français en matière de relations commerciales.

Le succès de l'iPhone, commercialisé à partir de 2008[6] et le déploiement en Europe d'Airbnb et d'Uber, respectivement créés aux États-Unis en 2008 et 2009, en sont quelques illustrations, de même que la montée en puissance d'acteurs plus anciens tels que Booking, Expedia, Google et Netflix, apparus à la fin des années 1990 et qui avaient changé de dimension en une petite dizaine d'années.

De leur côté, les enseignes de la grande distribution se livraient entre elles une bataille féroce[7] pour gagner des parts de marché, bataille qui a vu les « indépendants » prendre le pas sur les « intégrés » entre 2009 et 2020, notamment grâce à leur positionnement sur les prix bas[8]. Dans ce contexte, ces acteurs se montraient à la fois réticents à faire évoluer leurs clauses contractuelles et leurs pratiques, dans l'attente de jugements définitifs des litiges civils en cours, et innovants en matière de rédaction de nouvelles clauses, dont un certain nombre ont conduit à des actions du ministre.

Les assignations se sont donc poursuivies, permettant de constituer un socle de jurisprudence, abondamment commenté tant par le monde académique que par les avocats spécialisés : conformité à la Constitution de la notion de « déséquilibre significatif », caractère intrinsèquement déséquilibré de certaines clauses contractuelles, déséquilibre global du contrat, compétence territoriale des juges français, loi de police[9]…

Quel bilan esquisser au regard des objectifs de la LME et de l'ordonnance de 1986 ?

À la lumière de la première décennie de sa mise en œuvre et de la jurisprudence qui en a résulté, il est permis d'affirmer que le « déséquilibre significatif », comme « arme » conçue pour lutter contre les abus dans les relations commerciales, a répondu à l'objectif de simplicité et d'effectivité. Du moins pour le gardien de l'ordre public économique qu'est le ministre chargé de l'Économie, avec l'appui de la DGCCRF. Le caractère très transversal et englobant de cette notion, désormais présente également dans le code civil, y a contribué.

La définition de ce qu'étaient « les acteurs les plus vulnérables », que la loi entendait protéger au moyen d'un renforcement des sanctions, a donné lieu à davantage de débats. Contrairement à la position défendue par certains, la vulnérabilité dans les relations commerciales ne se résume pas à une question de taille de l'entreprise victime. C'est la position qu'a toujours tenue le Ministre et la jurisprudence a clarifié le sujet en imposant la démonstration au cas par cas de la situation de soumission de l'un des co-contractants vis-à-vis de l'autre.

Dans les assignations du Ministre visant Apple en 2014, en raison des conditions imposées à Bouygues Telecom, Orange, SFR ou Free, pour la distribution de l'iPhone, le juge a affirmé que le déséquilibre significatif pouvait être caractérisé même lorsque la victime est un opérateur économiquement important[10]. Dans le secteur des PGC, le juge a estimé que les industriels de toutes tailles[11] pouvaient se trouver dans un rapport de force déséquilibré face aux principales enseignes de la grande distribution, chacune d'elles déterminant l'accès à une partie significative des consommateurs[12]. C'est le même raisonnement qui a été tenu s'agissant des conditions imposées par Booking ou Expedia aux opérateurs du secteur de l'hôtellerie, ces derniers ne pouvant se priver de la visibilité à l'international fournie par ces plateformes.

"La vulnérabilité dans les relations commerciales ne se résume pas à une question de taille de l'entreprise victime."

Les assignations - en nombre - n'ont pas été la seule arme que la DGCCRF a utilisée pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence. Avec une efficacité très variable, bien que réelle dans quelques cas, lorsque les auteurs de pratiques abusives ont privilégié la discrétion, la mise en place d'engagements vérifiables, et vérifiés, a permis de rétablir de manière plus rapide des relations commerciales dégradées par des pratiques abusives et de restituer aux industriels qui en avaient été victimes le montant d'avantages financiers indus.

Ce bilan positif est à porter au crédit des équipes de la DGCCRF, grâce à leurs compétences en matière juridique et économique, leur expertise en matière d'enquête, et leur engagement au service de la protection des consommateurs et des marchés.

*
* *

De nouveaux enjeux sont apparus depuis 2018, qui ont donné lieu à des évolutions du cadre juridique relatif à la transparence des relations commerciales et aux pratiques restrictives de concurrence. Aujourd'hui, les problématiques des prix des carburants et de la vie chère sont toujours prégnantes ; d'autres défis émergent. Alors que la grande distribution s'est organisée en créant des centrales d'achat à l'étranger couvrant plusieurs pays dont la France, que les problématiques économiques ont une dimension de plus en plus européenne, l'un de ces défis est d'aboutir à une vision et à un cadre consolidé à l'échelle communautaire. La régulation et la protection de l'ordre public économique demeurent en effet une mission importante de l'État.

1 Dans les départements français d'Amérique, les prix des carburants étaient réglementés.

2 « Loi Galland » du 1er juillet 1996, loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001, « loi Dutreil » du 2 août 2005, « loi Chatel » du 3 janvier 2008.

3 Rompant ainsi avec la méthode de la liste de pratiques interdites, *de facto* facilement contournables.

4 En lieu et place des notions « d'abus de la relation de dépendance » et de « puissance d'achat ou de vente ».

5 Ces premières assignations sont plus connues sous le vocable d'« assignations Novelli ».

6 Rupture majeure dans le secteur des téléphones mobiles, intelligents ou non.

7 Connue sous la dénomination de « guerre des prix ».

8 D'autres éléments ont contribué à ce résultat : une plus grande agilité commerciale, un positionnement plus rapide des « indépendants » sur le « drive », ainsi que l'essoufflement des modèles de « hard-discount » et de l'hypermarché généraliste.

9 L'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce a été reconnu par la jurisprudence comme loi de police.

10 L'analyse du tribunal a reposé à la fois sur le contenu des clauses contractuelles et sur la réalité du rapport de force économique entre les parties.

11 Y compris des entreprises multinationales.

12 Dans le secteur des PGC, chacune des cinq principales enseignes détenait plus de 10 % du marché des PGC, les trois premières concentrant près des deux tiers du marché et les sept premières plus de 90 %.