

Petites affiches

La Loi

Le Quotidien Juridique

ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

394^e année

1^{er} JUILLET 2005

N° 130

10 €

N U M É R O S P É C I A L

RENCONTRES PETITES AFFICHES

PRATIQUES DANS LA DISTRIBUTION : LA RÉFORME IMPOSSIBLE ?

Sous la direction scientifique
du professeur
Marie-Anne Frison-Roche

Paris, le 22 mars 2005



www.petites-affiches.com

Petites affiches

2, rue Montesquieu 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 Fax : 01 49 49 06 50

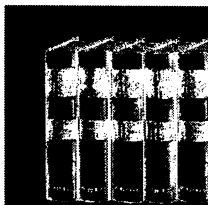
La Loi

Archives Commerciales de la France

33, rue des Jeûneurs 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 Fax : 01 46 34 19 70

ÉDITION QUOTIDIENNE DES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

JOURNAL AGRÉÉ POUR PUBLIER LES ANNONCES LÉGALES DANS LES DÉPARTEMENTS DE PARIS, HAUTS-DE-SEINE, SEINE-SAINT-DENIS, VAL-DE-MARNE



LA PERSPECTIVE DE RÉFORME DE LA LOI GALLAND : OBSERVATIONS MÉTHODOLOGIQUES GÉNÉRALES

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur de la Chaire Régulation

Il s'agit de reprendre certains points à la fois saillants et convergents dans ces études particulières et croisées ici rassemblées sur la réforme de la loi Galland, moment de réflexion obligée entre les réformes d'avant et les réformes d'après, puisque chacun semble résigné par avance à passer de réforme en réforme.

La première observation commune porte sur le fait que les analyses juridiques successivement menées illustrent toutes la méthode du droit économique, si l'on veut bien considérer que le droit économique est davantage l'expression d'une méthode qu'une branche de droit aux contours prédéterminés. La seconde unité des contributions vient du souci des conditions techniques de réussite de la réforme.

I. Un débat illustrant la méthode du droit économique

Cette méthode du droit économique se caractérise par la considération directe des faits, par la recherche accrue de l'efficacité et par un but politique affiché, ce qui se traduit par un recul de la perspective strictement disciplinaire.

A. La pertinence accordée directement aux faits et la nécessité de leur découverte pour un droit efficace

Cette considération directe des faits met en priorité la nécessité de les reconstituer, dans leur particularisme et leur corrélation. Ce souci de faire d'abord une description exacte de la situation se double de la volonté de ne pas se laisser abuser par des

apparences, fussent-elles les apparences juridiques des clauses contractuelles. Ainsi, on cherche à retrouver la « vraie » et « bonne » coopération (1), en dessous des feintes et des faux-semblants. Le droit ne doit pas se baser sur, ou pire produire, de « l'irréalité » (2). Le droit économique réintroduit la distinction du vrai et du faux, traditionnellement assez éloignée de l'exercice normatif du droit.

La méthode du droit économique prétend ensuite trouver un bon instrument juridique pour atteindre le but recherché, par exemple par la loi. C'est pourquoi les considérations d'« efficacité » et d'« effet pervers » (3) — celui-ci pouvant se définir comme le pire que l'ineffectivité —, sont présentes dans toutes les contributions. L'enjeu scientifique de celles-ci est de dégager ce qui serait la « loi de la loi » au sens de l'insertion dans la législation dans l'ensemble des causalités et des cultures, ce que l'on désigna fameusement comme « l'esprit des lois ». L'ambition scientifique est donc très grande et la technique juridique prend alors une place plus modeste. À ce titre, alors même que la discussion technique porte sur la loi, les intervenants ont confronté, voire nivelé, les divers instruments : loi, pratiques contractuelle et informelle, autodiscipline.

Faisons un sort plus particulier à cette autodiscipline aussi souvent évoquée que celle de la loi, alors même qu'elle en constitue l'alternative et que son évocation exprime une sévérité à l'égard du législateur et du droit. L'idée alors est de favoriser la loyauté, l'apaisement, le souci d'autrui, voire une sorte de civisme (4), à tout le

moins la conscience d'un intérêt commun entre les producteurs et les consommateurs. Mais c'est là où le soupçon des faux-semblants revient car on peut se demander si le consommateur n'est pas victime d'un alignement des prix entre les professionnels, sous couvert d'une dispute entre ceux-ci (5). On peut alors au contraire soutenir que la vertu du droit est aussi de produire de la violence en armant l'une des parties au contrat contre l'autre, le contrat lui-même étant un mode violent et soupçonneux d'ajustement d'intérêts contradictoires, ce qui est une façon de rechercher l'équilibre interne dans le contrat et l'équilibre externe entre les professions (6).

B. L'unicité de la loi autour du but politique poursuivi et le nivellement des sources et des branches du droit

Enfin, le droit économique met en premier le but politiquement fixé pour que se déploient les instruments juridiques, but à l'aune duquel leur efficacité est appréciée. Ainsi, on doit reconstituer les causalités entre les faits, comparer les situations, recourir à l'analyse économique du droit (7), même si cela peut n'être que pour mieux les casser. On peut chercher par l'ambition politique à retrouver l'âme de cette matière (8). L'essentiel est d'en rester à ce qui fut la définition du politique : l'inscription dans le long terme (9), tout en gardant supportable le court terme. Il est vrai que le droit économique participe ainsi de ce qui a été désigné comme une « futurologie », mais cela est inhérent à l'ambition d'un but fixé, qu'il

(1) Intervention de Jean-Jacques Descamps (non reproduite dans ce numéro).

(2) Intervention de Dominique Ferrier, *supra*.

(3) Interventions de Martine Behar-Touchais et de Christophe Pecnard, *supra*.

(4) Intervention de Francis Delbarre, *supra*.

(5) Intervention de Martine Behar-Touchais, *supra*.

(6) Intervention d'Yves Picod, *supra*.

(7) Intervention de Michel Glais, *supra*.

(8) Intervention d'Yves Picod, *supra*.

(9) Interventions de Michel Glais et d'Yves Picod, *supra*.

s'agisse d'une politique de la concurrence (10) ou d'autres visées.

Cette volonté politique prend la forme d'une action qui tâtonne et sans doute peut-on, sur un ton pessimiste, évoquer l'impossibilité de trouver un corps de règle idéal pour satisfaire chacun des personnages de la pièce, producteur et distributeur et consommateur, grande entreprise et petite, tout en assurant la prospérité du système économique, ce qui conduit beaucoup à évoquer l'équation impossible de la loi Galland (11). Sur un mode plus optimiste, on prendra acte que le droit ne décrète ni l'économie ni la prospérité, que les réformes législatives se succèdent comme autant d'interventions stratégiques, se mêlant à celles des autres, chacun cherchant à biaiser les anticipations d'autrui (12).

Dans cette perspective stratégique par laquelle chacun, législateur y compris, vise à avoir prise sur des faits dont ils recherchent l'exactitude et à jouer avec les actions et desseins des autres, le fait que le législateur change sans cesse n'est pas nécessairement un vice, même si la sécurité juridique et les nerfs des juristes sont mis à l'épreuve (13). D'ailleurs la sécurité juridique n'est pas forcément une bonne carte lorsque le législateur se comporte à son tour comme un stratège.

Dans ce grand jeu de rôle de dupe, les branches du droit n'ont guère de pertinence, ce qui produit un projet de loi « mêlé », texte difficile à lire du fait de ces repères techniques multiples (14), qui entraîne avec lui plusieurs branches du droit (15). Le risque est certes celui du catalogue (16) et l'art des juristes est de nouveau requis, comme des sortes de guérisseur, pour

reconstituer des compatibilités parmi des corps de règles ignorantes les uns des autres (17).

Dès lors, pour que le but politiquement poursuivi ne soit pas oublié, pour que les dispositions législatives qu'on ne peut et ne veut faire tenir dans une discipline juridique particulière soient pourtant intelligibles et cohérentes, il faut retrouver des distinctions premières, des *summa divisio*. Une première *summa divisio* apparaît souvent dans les contributions et elle est déjà solidement implantée dans le droit de la concurrence, à savoir l'articulation entre les règles qui encadrent les comportements (18) et celles qui visent les structures (distinction dont les branches des contrats commerciaux et du droit des sociétés sont la traditionnelle illustration). Ainsi, parce que les deux perspectives sont autant d'outils pour le législateur, certains évoquent les moyens d'obtenir des comportements adéquats (19), tandis que d'autres soulignent que ces comportements ne peuvent vraiment être infléchis qu'en touchant les structures du secteur et la distribution des puissances d'action, ce qui nous conduit notamment au contrôle des concentrations (20), nouvel exemple de la perspective transdisciplinaire que le droit économique implique.

II. Les conditions techniques de réussite de la réforme

Une fois la perspective méthodologique évoquée dans le fil des contributions, trois conditions techniques ont souvent été cernées : les acteurs du succès de la réforme, la détermination de l'objet même de la réforme et les instruments tech-

niques requis pour assurer le respect de la loi par les entreprises.

A. Les acteurs du succès de la réforme

Non seulement la loi n'est rien en dehors de son application, mais encore elle peut n'être rien sans relais. Cela est d'autant plus requis lorsque l'expérience a montré que les opérateurs n'adoptent pas des comportements dont les effets réaliseraient les buts poursuivis par la loi, soit qu'ils s'entendent trop mal, l'un écrasant l'autre, soit qu'ils s'entendent trop bien, le consommateur étant alors l'oublié de l'affaire. Si l'on écarte donc l'hypothèse de l'autodiscipline, celle qui fonctionne sans aucun acteur extérieur, un premier relais pourrait être le régulateur, dont la Commission d'examen des pratiques commerciales serait la chrysalide (21). La première idée serait d'accroître ses pouvoirs de contrainte, prétendant tenir le secteur à travers la surveillance de ses opérateurs. Il n'est pas certain que la perspective soit la bonne, en dehors de la question de savoir si les pratiques commerciales qui forment une chaîne entre les producteurs, les revendeurs et les consommateurs peuvent prétendre constituer un « secteur » sur lequel une régulation pourrait trouver prise. En effet, la tendance du législateur dont les prescriptions sont peu suivies à redoubler de menaces, ne fait qu'accréditer l'impression selon laquelle plus le législateur parle fort et plus il parle faux.

Bien plus, lorsque l'autorité formelle des institutions fait défaut, notamment parce que le droit et ses acteurs ne courent pas assez vite derrière les innovations contractuelles et que le droit est plus qu'une

(10) Intervention de Michel Glais, *supra*.

(11) Intervention de Martine Behar-Touchais, *supra*.

(12) Intervention de Didier Ferré, *supra*.

(13) Intervention de Christophe Pecnard, *supra*.

(14) Intervention de Jean-Jacques Descamps (non reproduite dans ce numéro).

(15) Intervention d'Yves Picod, *supra*.

(16) Intervention de Dominique Ferrier, *supra*.

(17) Interventions d'Yves Picod et de Dominique Ferrier, *supra*.

(18) Intervention de Didier Ferré, *supra*.

(19) Intervention d'Yves Picod, *supra*.

(20) Intervention de Dominique Ferrier, *supra*.

(21) Intervention de Francis Delbarre, *supra*.

simple réaction, si rapide soit-elle, aux comportements, ce qui éloigne alors le souci du but, il faut assurer une sorte de puissance juridique de fait. Il n'est pas alors besoin de réformer pour que la Commission d'examen des pratiques commerciales exerce ce « pouvoir juridique de fait » (22), c'est-à-dire le vrai pouvoir, associé à la crédibilité des menaces, des actions et à la coïncidence entre l'équilibre des intérêts et la concrétisation du but. Ce vrai pouvoir est le plus difficile à mettre en place et en œuvre.

Plus encore, la Commission a été dès le départ conçue comme un endroit dans lequel des informations convergent et s'échangent, où des avis et une doctrine sont émis. On en a souvent conclu qu'elle n'était rien. Dans une conception libérale, qui mise sur l'information plus que sur les prescriptions, la régulation peut pourtant venir de cette fonction-là, d'autant plus si la Commission est démunie de pouvoir d'action juridique. C'est aussi le cas des autres acteurs, notamment les juridictions, peu saisies (23). Sans doute, l'addition des faiblesses pourrait produire une certaine force, dès l'instant qu'on prend acte que s'il n'y a pas d'acteurs maîtres, il n'y a pas d'acteurs isolés : les institutions ne peuvent être des relais efficaces que si elles sont mises en maillage (24). Ce rapport peut aussi prendre la forme d'une redondance, parce que les comportements reprochables au regard de la loi Galland peuvent aussi trouver qualification au regard du droit de la concurrence, notamment dans la sanction des comportements discriminatoires (25). Cette redondance n'est pas nécessairement un défaut car la convergence d'in-

struments est plutôt requise, dès l'instant qu'il n'y a pas divergence sur les buts auxquels ces divers instruments sont formellement rattachés à travers des lois distinctes.

B. La détermination de l'objet sur lequel la loi doit exercer son emprise

En effet, les reproches multiples adressés à la loi Galland tiennent au fait que son objet est incertain. Certes, la méthode du droit économique fait glisser la normativité des règles juridiques elles-mêmes dans le but pour la concrétisation duquel elles sont adoptées, mais encore faut-il déterminer l'emprise de la loi, la chose sur laquelle elle porte. Or il a été montré que cette législation méritait le double et paradoxal reproche d'être à la fois beaucoup trop précise, dans une multiplication de dispositions microscopiques, et d'être beaucoup trop abstraite, confondant des situations économiques qu'il faudrait distinguer (26).

Ainsi, l'objet concret sur lequel le législateur veut imposer sa volonté politique est-il le système marchand dans son ensemble, ou bien les modes de distribution ? Où est placé le consommateur dans la perspective, selon qu'on le considère comme un indice d'un bon équilibre entre professionnels ou qu'on estime que l'essentiel est le prix qu'il paye, lequel doit être dans son optique exclusive le plus bas possible. Plus encore, qu'il s'agisse des effets sur les producteurs ou sur les consommateurs, est-ce vraiment la distribution qui est visée ou bien plutôt la « grande » distribution (27) ?

À lire les divers textes par lesquels les auteurs du droit nous indiquent le souci qui les anime, il s'agirait de cela,

alors qu'on énonce des règles qui valent pour toute entreprise. Il est contrariant de constater un tel hiatus entre un discours explicatif évoquant toujours la « grande distribution » et un texte qui est censé en résulter et qui ne la vise jamais.

Vaudrait-il assumer la méthode selon laquelle la véritable *summa divisio* du droit économique est : petit/grand ? On y a aujourd'hui tendance, ce qui engendre certes la difficulté technique inhérente à l'usage des seuils requis pour distinguer par la taille des phénomènes juridiquement homogènes, mais exprime fortement cette forme de réalisme portée par le droit économique.

C. Les moyens d'efficacité d'une législation soupçonnée d'inefficacité

Certains considèrent que la loi Galland a rempli son office et a structuré le secteur de la distribution française en laissant la concentration nécessaire s'opérer tout en organisant de force un équilibre minimal. Il est plus fréquent de souligner son inefficacité. L'efficacité étant souvent conçue comme un effet d'intendance, elle est pensée en aval, à partir des réactions du droit face à des comportements contraires à la loi. La discussion tourne alors autour des sanctions (28) et notamment des effets bénéfiques ou néfastes du manquement des nullités (29), l'essentiel étant sans doute d'arriver à punir effectivement ce qui est reprochable, ce qui met au cœur du dispositif l'efficacité probatoire et la répartition des charges de preuve (30).

Dans une conception plus économique, l'efficacité est supérieure si elle est pensée en amont. Elle est servie lorsque les opérateurs connais-

(22) Intervention de Francis Delbarre, *supra*.

(23) Intervention de Guy Canivet, *supra*.

(24) Intervention de Guy Canivet, *supra*.

(25) Intervention de Martine Behar-Touchais, *supra*.

(26) Intervention de Didier Ferré, *supra*.

(27) Intervention de Martine Behar-Touchais, *supra*.

(28) Intervention de Martine Behar-Touchais, *supra*.

(29) Intervention d'Yves Picod, *supra*.

(30) Intervention de Didier Ferré, *supra*.

sent la règle du jeu et savent qu'ils devront effectivement répondre d'un comportement qui n'y est pas conforme. Ici, la règle du droit n'est pas tant dans les instruments juridiques mais dans la fin poursuivie politiquement posée par un législateur légitime pour le faire. La loi est efficace si coïncident ses résultats et ses fins.

Or précisément, quelle est la fin poursuivie par le législateur en la matière ? Bien ma-

lin qui le sait, les finalités au fil des réformes s'étant sédimentées sans qu'on soustrait vraiment les traces des unes sous les autres (31). À cette accumulation dans le temps, pardonnable sans doute car les ministres changent et les buts aussi, s'ajoute une accumulation dans l'instant : pour ne prendre que le dernier projet, annoncé avec flamboyance, le but en était : la baisse des prix ? L'équilibre entre opérateurs ? La mise au

pas de la « grande » distribution ? L'accroissement de la concurrence ? La mise en place d'un système a-concurrentiel plus juste ?

On peut exprimer ici, dans un seul et vrai reproche contre la législation, l'idéal du pragmatisme : l'espoir d'avoir à faire à un législateur constant en ce que, faisant varier à sa guise les instruments, il saurait néanmoins ce qu'il veut.

(31) *Intervention de Christophe Pecnard, supra.*