



Conférence Concurrences

Mutations et conflits : Vers un nouveau droit de la distribution ?

Louis Vogel

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le monde de la distribution est un monde en profonde mutation et un monde qui génère aujourd'hui de nombreux conflits qui nous invitent à nous interroger sur la place du droit dans ce nouveau monde de la distribution.

I. Un monde en profonde mutation

La distribution de produits et de services a connu ces dernières années, connaît et connaîtra encore des mutations très importantes et profondes. Pour nous juristes, trois changements caractérisent le secteur de la distribution :

- le développement des ventes par internet,
- la poursuite de la concentration,
- et une évolution profonde des modes de consommation.

A. Le développement des ventes par internet

Les ventes par internet continuent de se développer par rapport à la distribution physique traditionnelle. Le e-commerce en France a représenté 2,35 milliards de transactions en 2023 et généré un chiffre d'affaires de 160 milliards d'euro. Si, par l'effet de l'inflation, la

croissance du secteur a ralenti sur les deux dernières années, la progression sur le long terme reste spectaculaire : en dix ans, le chiffre d'affaires total des entreprises du e-commerce en France a été multiplié par 3. Pour encadrer cette évolution, beaucoup de marques ont recours à la distribution sélective, avec pour effet rebond, de la part des autorités de concurrence, une volonté croissante d'encadrer cette évolution afin d'éviter qu'elle ne freine le développement des ventes par internet¹. Parallèlement, de nombreux fournisseurs considèrent qu'ils doivent être en mesure de répondre aux besoins des clients et à leur appétence pour les achats par internet et développent les ventes directes digitales aux clients finals. Certaines marques souhaitent ainsi transformer leurs distributeurs acheteurs-revendeurs en agents afin d'avoir un contact

¹ Décision Cons. conc. n° 07-D-07 du 8 mars 2007, LawLex200700000334JBJ ; n° 08-D-25 du 29 octobre 2008, LawLex200800001872JBJ, RLC, 2009, n° 1272, obs. ARHEL ; Concurrences 1/2009, 115, obs. DEBROUX ; Commun. com. électr. 2008, n° 137, obs. CHAGNY ; LPA 25 novembre 2008, 20, obs. BOURSIER-MAUDERLY ; Contrats Conc. Consom. 2008, n° 271, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Décision Aut. conc. n° 14-D-07 du 23 juillet 2014, LawLex201400002294JBJ, Contrats Conc. Consom. 2014, n° 241, obs. MALAURIE-VIGNAL ; RLC 2014, n° 2631, obs. CHOLET ; RJ com. 2014, 410, obs. CHAGNY, qui condamne l'interdiction de vendre en ligne sur des marketplaces. – V. égal., retenant la qualification de restriction par objet, Décision Aut. conc. n° 12-D-23 du 12 décembre 2012, LawLex201200002443JBJ, JCP E 2013, 1202, obs. MENDOZA-CAMINADE ; JCP E 2013, 1200, obs. DESTOURS et RESPAUD ; n° 18-D-23 du 24 octobre 2018, LawLex201800001583JBJ, LEDICO décembre 2018, 5, obs. DIENY ; Contrats Conc. Consom. 2018, n° 204, obs. BOSCO ; RJ com. 2018, 477, obs. CHAGNY ; Contrats Conc. Consom. 2019, n° 6, obs. MALAURIE-VIGNAL ; AJ Contrat 2019, 40, obs. L. et J. VOGEL ; RDC 2019, 122, obs. PRIETO ; D. 2019, 783, obs. N. FERRIER ; Concurrences 2/2019, 81, obs. CHONÉ-GRIMALDI ; Concurrences 2/2019, 97, obs. MARTIN ; LPA 2 août 2019, 11, obs. ARHEL, confirmée par Paris, 17 octobre 2019, LawLex201900001229JBJ, LD novembre 2019, 8, obs. BONNET-DESPLAN ; Contrats Conc. Consom. 2020, n° 7, obs. MALAURIE-VIGNAL ; LEDICO décembre 2019, 4, obs. L. et J. VOGEL ; LPA 3 janvier 2020, 16, obs. ARHEL ; Contrats Conc. Consom. 2019, n° 202, obs. DECOCQ ; RLC 2019, n° 3693, obs. LEMONNIER, approuvée par Cass. com., 26 janvier 2022, LawLex202200000583JBJ, LD mars 2022, 7, obs. BONNET-DESPLAN ; Contrats Conc. Consom. 2022, n° 50, obs. BOSCO ; D. 2022, 726, obs. FERRIER ; Contrats Conc. Consom. 2022, n° 62, obs. MALAURIE-VIGNAL ; LEDICO mars 2022, 6, obs. CELAYA ; JCP E 2022, n° 1235, obs. DUMUR et WILHELM ; JCP E 2022, n° 1234, n° 5, obs. MAINGUY. – V. aussi Décision Aut. conc. n° 19-D-14 du 1er juillet 2019, LawLex201900000878JBJ, LD juillet/août 2019, 7, obs. BONNET-DESPLAN ; LEDICO octobre 2019, 5, obs. CHONÉ-GRIMALDI ; LEDICO septembre 2019, 3, obs. DIENY ; RLC 2019, n° 3693, obs. LEMONNIER ; Contrats Conc. Consom. 2019, n° 156, obs. MALAURIE-VIGNAL ; n° 23-D-13 du 19 décembre 2023, LawLex202300014730JBJ, LPA février 2024, 76, obs. ARHEL ; Concurrences 1/2024, 78, obs. BERNARDEAU et BODERE ; Concurrences 1/2024, 98, obs. MARTIN ; LD, janvier 2024, 4, obs. BETTONI ; JCP E 2024, n° 1073, obs. DECOCQ, des YLOUSES, DIENY, JAUNET, PRUNET, de LANZAC, LOUVARIS.

direct avec les clients finals et maîtriser la commercialisation de leurs produits et services. Les autorités de concurrence réagissent en conditionnant la licéité du recours aux agents - auxquels on peut imposer des prix de revente - par des exigences drastiques en matière de prise en charge des coûts².

B. La concentration de la distribution

La distribution continue de se concentrer dans la plupart des secteurs. On constate aujourd'hui dans certains secteurs où les fournisseurs étaient traditionnellement considérés comme la partie forte, un renversement assez net du rapport des forces au profit des distributeurs. Tel est le cas dans les secteurs de la distribution par réseaux de concessionnaires ou de distributeurs sélectifs, la position de force des distributeurs se traduisant par un assèchement des contentieux traditionnels de résiliation. En matière de distribution automobile, il y a 20 ans, les 100 premiers distributeurs commercialisaient 700 000 voitures neuves par an pour un chiffre d'affaires de 17 milliards d'euro. Aujourd'hui, ils écoulent 1,2 million de véhicules avec un chiffre d'affaires de 57,5 milliards d'euro³. Le premier distributeur français vend plus de 100 000 voitures par an avec un chiffre d'affaires de 5 milliards d'euros et est plus puissant que la plupart des marques qu'il représente et dont il contrôle des régions entières. En matière de grande

² Lignes directrices sur les restrictions verticales 2022/C 248/01 du 30 juin 2022, pts 29 s. – V. déjà TPICE, 15 septembre 2005, aff. T-325/01, LawLex200500009900JBJ, Europe, 2005, n° 391, obs. IDOT ; LPA 6 mars 2006, 9, obs. ARHEL ; RDC, avril 2006, 555, obs. BOURGEON et Van EECKHOUT ; RDC avril 2006, 337, obs. PRIETO.

³ BOURGEOIS, Distribution automobile en France : 20 ans de transformation, Le Journal de l'automobile, 26 août 2024.

distribution, la concentration progresse aussi, soit par acquisitions, soit par des alliances à l'achat regroupant plusieurs enseignes⁴. Le partenariat à l'achat annoncé en avril 2024 par Intermarché, Auchan et Casino représente 29 % de parts de marché et sans doute 31 % d'ici quelques mois une fois le rachat des ex-Casino réalisé, le tout pour un parc de 15 000 points de vente dans une quinzaine de pays, devant Leclerc avec 24 % de parts de marché et Carrefour avec 20 % et bientôt 22 % après l'absorption de Cora⁵.

C. L'évolution des modes de consommation

Les modes de consommation des produits eux-mêmes évoluent : en matière de biens durables, le modèle de l'usage progresse au détriment de la propriété avec le développement de la location et de l'abonnement, ce qui entraîne une révision complète des modèles contractuels classiques. En matière automobile, le financement par leasing (location avec option d'achat et location longue durée) représente désormais 47 % des immatriculations de voitures neuves pour des particuliers et 82 % pour les sociétés.

II. Un monde de plus en plus conflictuel

Les intérêts des parties sont en conflit tout au long de la chaîne de distribution :

⁴ Sur cette question, V. HEINTZ, Regroupement à l'achat dans la distribution, *in* Mélanges en l'honneur de Louis Vogel, LexisNexis/LGDJ, 2024, 495.

⁵ PARIGI, Intermarché, Auchan et Casino créent la plus grosse centrale d'achats française, LSA 2 mai 2024, 14.

- l'amont reproche à l'aval, aussi bien aux industriels de la transformation qu'à la grande distribution, de sacrifier ses intérêts et de l'empêcher de vivre décemment.
- l'industrie de la transformation fait grief à la distribution de la soumettre à des obligations déséquilibrées tandis que la distribution lui reproche des prix trop élevés.

Les contentieux sont nombreux et de nouveaux contentieux de masse se développent⁶.

La question de l'efficacité du droit des pratiques commerciales se pose de manière récurrente au plan interne, si elle ne s'appuie pas sur des actions du ministre de l'Economie et des services, et au plan international, lorsque les comportements sont mis en œuvre par des opérateurs étrangers.

III. Quelle devrait être la place du droit dans ce nouveau monde de la distribution ?

Le droit ne doit pas empêcher les mutations ou même les rendre trop difficiles mais il doit s'efforcer d'apaiser et de résoudre les conflits de manière efficiente et d'éviter les abus dans la mesure du possible.

A. Ne pas empêcher les mutations ou les rendre trop difficiles

Ces mutations sont indispensables pour assurer l'efficience et la compétitivité de la chaîne de distribution.

⁶ Pour une synthèse, V. SUBREMON, Les enjeux du contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles, in Mélanges en l'honneur de Louis Vogel, LexisNexis/LGDJ, 2024, 427.

Or, notre droit de la distribution, de la concurrence et des pratiques restrictives demeure encore beaucoup trop rigide et, souvent, est en retard par rapport aux évolutions nécessaires de la distribution.

Nous avons fait des progrès, certes, notamment en matière de rupture de relations commerciales établies, en réduisant la durée des préavis et le montant des indemnités qui étaient devenues inefficaces, mais il reste beaucoup à faire pour nous doter d'un droit de la distribution efficient et dynamique. Notre droit de l'agence commerciale, par exemple, qui est l'un des plus protecteurs dans le monde des agents commerciaux, constitue un frein anormal au recours aux agents et mériterait *a minima* d'être aligné sur le droit de nos voisins allemands, autrichiens ou suisses. Notre droit de la concurrence appliqué à la distribution est beaucoup trop interventionniste et trop contraignant en matière de politique de prix : nous sommes l'un des derniers pays à interdire la revente à perte et, sans doute, l'un des plus stricts au monde en matière de prix imposés au détriment de la sécurité juridique des entreprises. Enfin, ne sommes-nous pas allés non plus trop loin en matière de ventes par internet ? Le droit positif donne l'impression que la moindre restriction aux ventes par internet, quelle qu'en soit la justification, comme dans l'affaire Stihl⁷, est considérée comme une restriction insupportable et les avancées des dernières lignes directrices verticales⁸ demeurent très complexes à mettre en œuvre.

⁷ Décision Aut. conc. n° 18-D-23 du 24 octobre 2018, LawLex201800001583JBJ, précit., confirmée par Paris, 17 octobre 2019, LawLex201900001229JBJ, précit.

⁸ Lignes directrices sur les restrictions verticales 2022/C 248/01 du 30 juin 2022, pts 208 s.

B. Apaiser les conflits et éviter les abus.

Compte tenu du déséquilibre du rapport de force entre la grande distribution et les GAFAM d'une part, et leurs fournisseurs d'autre part, nous avons mis en place toute une série de réglementations destinées à éviter les abus possibles de la grande distribution et des GAFAM.

Cette réglementation s'avère beaucoup trop lourde tout en restant souvent inefficace. Le fait qu'elle ait été modifiée au moins 28 fois depuis 1945 démontre, à lui seul, que nous n'avons malheureusement pas trouvé le point d'équilibre. Surtout, elle s'applique à l'ensemble de l'économie, y compris à des relations parfaitement équilibrées. Elle impose ainsi à l'ensemble des relations fournisseurs-distributeurs un carcan d'application générale alors que les relations les plus pathologiques sont localisées et propres à des relations spécifiques. En pratique, cette réglementation est contournée en permanence par les acteurs les plus puissants, les GAFAM et les centrales d'achat de la grande distribution, qui parviennent à l'éviter, notamment grâce à des clauses attributives de compétence renvoyant à des juridictions étrangères⁹ et à la soumission à des lois étrangères sans aucun rapport avec les transactions commerciales en cause¹⁰.

La loi Descrozaille ne constitue qu'une réponse très limitée à ce contournement des juridictions françaises et du droit français¹¹.

En réalité, il faudrait, à mon sens, viser spécifiquement les GAFAM et la grande distribution et surtout ne pas étendre cette réglementation à

⁹ V. encore récemment, Paris, 5 juin 2024, LawLex202400004242JBJ (Microsoft).

¹⁰ Paris, 2 juillet 2024, LawLex202400005520JBJ (choix de la loi allemande dans les relations entre un acheteur suédois et un industriel français).

¹¹ C. com., nouvel art. L. 444-1-A.

des acteurs, comme les grossistes, qui en sont aujourd'hui partiellement exclus. Aujourd'hui, nous infligeons aux opérateurs franco-français et aux entreprises dont le siège est situé en France, des règles hyper contraignantes qui les rendent moins efficaces par rapport à leurs concurrents dont le siège est localisé à l'étranger et nous immunisons les acteurs les plus puissants de l'application de règles censées prévenir leurs abus. Le moment est peut-être venu de procéder à une harmonisation des droits des pratiques restrictives en Europe et de réviser les règles européennes sur les attributions de compétence et les lois applicables. Celles-ci sont en effet fondées sur le postulat de l'égalité et de la réciprocité, alors que certains opérateurs très puissants devraient être soumis à des régimes spécifiques. Comme le disait si bien Jean Rivero à propos du Conseil constitutionnel : « [il faut] cesser de filtrer le moustique et [de] laisser passer le chameau. »¹²

¹² RIVERO, Filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981, AJDA 1981, 275.