

Macro et micro-droit de la concurrence : plus complémentaires que jamais

Louis Vogel

Professeur agrégé des Facultés de droit

Micro et macro-droit de la concurrence s'appliquent conjointement aux relations de distribution. Ils sont complémentaires et le sont de plus en plus. La simple application du droit des ententes verticales ne suffit pas à assurer un fonctionnement équitable des rapports de distribution. Il est donc nécessaire de mettre en œuvre des règles complémentaires, celles du droit des pratiques restrictives, pour prévenir et sanctionner les abus liés au déséquilibre du rapport des forces entre producteurs et distributeurs. Il est d'autant plus nécessaire de le faire que ce déséquilibre s'est accru.

Le droit des pratiques restrictives avait surtout pour but, au cours des 30 dernières années, de protéger les fournisseurs contre la grande distribution. Cette raison demeure : le poids de la grande distribution n'a cessé de se renforcer. La tolérance des autorités de concurrence par rapport aux centrales de la grande distribution a fait qu'à présent, les 3 centrales les plus importantes contrôlent chacune 30 % du marché aval et qu'elles sont en mesure d'imposer des demandes d'alignement de conditions entre enseignes, comme condition préalable d'entrée en négociation. Certaines de ces centrales ne délocalisent pas seulement la négociation à l'étranger, elles délocalisent l'ensemble de l'acte juridique d'achat à l'étranger en vue d'échapper complètement aux exigences du droit français, même si les livraisons physiques de produits demeurent franco-françaises. À ces acteurs de plus en plus puissants

sont venus s'ajouter des acteurs encore plus puissants, les GAFAM et après les GAFAM viendront les grands opérateurs d'intelligence artificielle.

Ces évolutions économiques rendent indispensables le maintien d'un droit des pratiques restrictives. Quel constat peut-on faire et quels souhaits peut-on émettre en vue des débats des groupes de travail qui vont se succéder aujourd'hui ? On peut distinguer les constats et les axes d'amélioration du grand droit de la concurrence appliqué à la distribution, le droit des ententes verticales, et ceux du petit droit de la concurrence, le droit des pratiques restrictives et abusives. Sans voir dans ces dénominations aucune connotation péjorative, il s'agit en fait de distinguer entre le droit du marché et celui des relations interentreprises, entre ce que l'on pourrait appeler le macro-droit de la concurrence et le micro-droit de la concurrence.

I. Le macro-droit de la concurrence

Le schéma général applicable aux relations de distribution que constitue le règlement restrictions verticales apparaît globalement satisfaisant. Ce dont il faut se garder, c'est de rendre ce cadre trop rigide, trop directif, trop interventionniste ou trop formaliste pour ne pas retomber dans les errements des règlements d'ancienne génération. C'est une dérive que l'on a pu constater récemment dans plusieurs applications du droit des restrictions verticales aux accords de distribution.

L'arrêt Beevers Kaas de la Cour de justice du 8 mai 2025, qui sera évoqué cet après-midi, obligera les têtes de réseaux de distribution exclusive à revoir toute leur documentation contractuelle et à formaliser et documenter les interdictions de vente active sous peine de s'exposer à la remise en cause de leur réseau. En matière de vente par internet, la notion de restriction indirecte est interprétée de manière très large, sans doute trop large, et peut devenir très dangereuse. L'obligation de démonstration d'un produit dangereux est aussi considérée comme une restriction indirecte du commerce par internet.

Mais c'est surtout en matière de prix imposés que le droit des restrictions verticales n'est pas du tout satisfaisant. Depuis que le double test a remplacé le triple test, le standard de preuve d'un prix imposé est devenu très flou puisqu'il suffit désormais d'une invitation à pratiquer des prix considérés comme illicites et d'une acceptation de cette invitation par les distributeurs qui, selon l'Autorité de la Concurrence, peut être subjective. Dans sa dernière décision sur le matériel électrique, l'Autorité de la Concurrence a franchi un pas supplémentaire en décidant qu'il pouvait y avoir prix imposés sans contrainte et sans surveillance. En quelque sorte il pourrait y avoir prix imposé sans imposition de prix, c'est-à-dire sans prix imposé.

Cette interprétation est un défi à la logique et aux enseignements de l'analyse économique. Il y a là

véritablement un retard de la pratique décisionnelle par rapport à la doctrine économique – qui s'explique peut-être par l'atteinte au principe classique de l'autonomie de la volonté – mais en droit de la concurrence, il peut y avoir de bons prix imposés. La conception de l'Autorité est contraire à la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, notamment aux derniers arrêts Apple et Luxottica, qui exigent une contrainte du fournisseur. Le règlement européen restrictions verticales requiert, lui aussi, une contrainte du fournisseur pour que l'on puisse qualifier un prix d'imposé. Il existe indéniablement des axes d'amélioration en ce domaine.

A côté du droit de la concurrence, le droit de la régulation va également jouer un rôle important dans les relations de distribution. Une nouvelle branche du droit est en train de naître, le droit des données, avec l'entrée en vigueur prochaine du Data Act qui sera évoqué cet après-midi. A tous ceux qui pensent manquer de travail à l'horizon de quelques mois, ce nouveau droit risque de générer des travaux de conseil et de contentieux tant sur l'accès aux données que sur les refus d'accès de nature à mobiliser beaucoup d'énergie.

II. Le micro-droit de la concurrence

Contrairement aux apparences, le droit des pratiques restrictives et abusives est un droit difficile à mettre en œuvre. Il comporte trois dispositions emblématiques :

- la soumission à des obligations manifestement déséquilibrées ;
- l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou disproportionné et
- la rupture brutale de relations commerciales établies.

La Faculté de droit de Montpellier publie, chaque année, un bilan très intéressant de jurisprudence en la matière. Concernant le taux de succès des procès engagés sur ces trois fondements :

- pour la soumission à des obli-

gations manifestement déséquilibrées : 7 % ;

- pour l'obtention d'un avantage sans contrepartie : 15 % ;

- pour la rupture brutale des relations commerciales établies : 50 % ;

- et donc des taux d'échec de 50 %, 85 % et 93 %.

Conclusion : il faut avoir de bons avocats pour gagner son procès dans ces domaines. Mon sentiment, aujourd'hui, est qu'il s'agit d'un (1) droit menacé et (2) imparfait, mais qui doit être défendu, sauvegardé et amélioré car c'est un (3) droit nécessaire.

1) Un droit menacé

Un droit menacé surtout dans les relations internationales car il suffit d'attribuer compétence à un juge étranger ou à un tribunal arbitral étranger et de désigner une loi étrangère pour évincer l'application du droit français, puisque l'on considère que la clause attributive s'applique et s'impose au juge français qui doit se déclarer incompétent, même si l'on invoque devant lui une loi de police française. Un droit menacé aussi car le caractère de loi de police de ces règles est de plus en plus mal accepté par les différentes chambres de la Cour d'appel de Paris. Un droit menacé encore du fait de la domiciliation à l'étranger des centrales de la grande distribution et des GAFAM qui leur permettent d'échapper à la compétence des tribunaux français et au droit français, sauf en cas d'action du Ministre, ou d'une organisation professionnelle agissant pour la défense de l'intérêt collectif. Un droit menacé enfin car la jurisprudence a tendance à devenir de plus en plus restrictive pour admettre la soumission à des obligations déséquilibrées ou l'avantage sans contrepartie.

2) Un droit imparfait

Un droit imparfait car évolutif et instable. Les revirements de jurisprudence sont nombreux. Un exemple : la Cour de cassation nous dit d'abord dans un arrêt de

principe qu'on peut contrôler les réductions de prix par le biais de l'avantage sans contrepartie, mais 2 ans après, un nouvel arrêt de cette même Cour dit pour droit que l'avantage sans contrepartie ne s'applique pas aux réductions de prix. Pour simplifier les choses, l'on ne sait pas encore si cette nouvelle jurisprudence ne vaut que pour la période précédant la réforme de 2019 ou si elle couvre aussi la période postérieure, les commentaires de la doctrine étant à 50% pour et à 50% contre.

3) Un droit nécessaire

Un droit nécessaire qu'il faut sauvegarder, améliorer et renforcer.

Il faut d'abord sauvegarder un minimum de compétence des juridictions françaises et d'application du droit français dans les relations internationales. La loi Descrozailles constitue un premier pas dans cette direction puisqu'elle impose la compétence des juridictions françaises et du droit français quand les produits ou les services sont commercialisés en France. Le problème provient du fait que la compétence et les règles françaises s'appliquent sous réserve du droit européen et des traités internationaux et sous réserve de l'arbitrage : le champ d'application de la règle d'ordre public est donc restreint. Mais elle fonctionne avec les Etats-Unis. Donc, quand une entreprise américaine adopte un comportement trumpiste abusif envers un partenaire français, on peut invoquer la loi Descrozailles.

La Cour de cassation joue également un rôle essentiel dans la défense de la compétence française et du droit français puisqu'elle dit pour droit que dans les rapports extra-européens la rupture de relations commerciales est délictuelle, ce qui, en l'absence de clause attributive de compétence, permet de rapatrier les litiges devant un tribunal français. Et s'agissant des relations intra-européennes, la Cour de cassation vient de poser une question préjudicielle à la Cour de justice afin de l'interroger

sur un abandon de la jurisprudence Granaloro et un retour à la qualification délictuelle de la rupture de relations commerciales établies au regard du droit européen.

Le moment est sans doute venu de réfléchir à un droit européen des pratiques restrictives afin de mettre fin au forum shopping actuel et à l'éviction des règles protectrices nationales. Sur le fond, il y a sans doute beaucoup d'améliorations possibles :

- assouplir les conditions de la soumission à des obligations déséquilibrées ;
- accepter un peu plus largement l'avantage sans contrepartie ;
- mieux évaluer le préjudice en cas de rupture de relations commerciales établies en tenant compte de la reconversion du partenaire résilié ;
- et sans doute mettre fin à la spécialisation des juridictions qui n'apporte pas grand-chose mais provoque des difficultés procédurales sans fin puisqu'il suffit par exemple d'invoquer en défense à une action en paiement parfaitement justifiée un moyen artificiel fondé sur une pratique restrictive quelconque pour provoquer une incompétence du tribunal saisi au profit d'une juridiction spécialisée.

