

L'intérêt du consommateur en droit de la distribution

Anne-Sophie Choné-Grimaldi
Professeur à l'Université Paris Nanterre
Directeur du CEDCACE



Cette contribution est issue d'un colloque organisé par le CEDCACE, le CEJEC et l'Université de Salvador, à Nanterre, le 17 février 2023, intitulé « Droit de la concurrence et de la consommation : niveaux d'intervention et intérêts croisés ». Les actes en sont librement consultables sur le site Internet du CEDCACE : <http://cedcace.parisnanterre.fr>

Droit de la distribution. Délimiter le champ de cette discipline n'est guère aisé. Et d'ailleurs, le droit de la distribution constitue-t-il une branche du droit à part entière ? Répondre à cette question supposerait de savoir ce qu'est une branche du droit, vaste question...

Retenons que l'on nomme « droit de la distribution », l'ensemble des règles qui s'appliquent à la relation de distribution, celle-ci pouvant prendre la forme de contrats d'approvisionnement, de contrats de mandats, de contrats d'enseigne... On remarque d'emblée que les règles qui s'appliquent ne sont pas regroupées dans un corps unique (il n'existe pas de chapitre intitulé « contrat de distribution » dans le code de commerce) mais qu'elles sont au contraire dispersées parmi différentes branches du droit, comme le droit des contrats, le droit de la transparence tarifaire, le droit des pratiques restrictives de concurrence, le droit des pratiques anticoncurrentielles... des branches du droit qui obéissent à des logiques différentes, certaines visant à garantir un certain équilibre contractuel dans une relation qui est souvent marquée par une asymétrie de puissance contractuelle, et d'autres – je pense essentiellement au droit des pratiques anticoncurrentielles –, visant à titre principal l'intérêt du marché.

Intérêt du consommateur. L'intérêt du consommateur n'est guère plus simple à cerner. Prix bas, qualité du produit, qualité de la distribution, du service après-vente, diversité de l'offre, protection de ses données personnelles... Les dimensions de l'intérêt du consommateur sont plurielles. De plus, selon que son intérêt est mesuré à court ou à long terme, le résultat peut être différent.

Une fois ces difficultés de définition relevées, il convient d'aborder la question posée par le sujet : l'intérêt du consommateur figure-t-il dans les objectifs poursuivis par le droit de la distribution ? Selon nous, - et nous tenterons de le démontrer -, l'intérêt du consommateur ne constitue l'objectif direct d'aucune des branches du droit dans lesquelles figurent des règles de droit de la distribution. Ce constat

est renforcé par les récentes évolutions normatives qui relèguent l'intérêt du consommateur aux arrières plans.

Pour cette démonstration, nous commencerons par l'examen des règles qui poursuivent un objectif d'équilibre contractuel (I), avant d'aborder celui des règles qui poursuivent l'objectif de protection du marché (II).

I. L'intérêt du consommateur dans le droit de la transparence et des pratiques déloyales?

Une partie importante des règles de droit de la distribution se situent dans le Titre 4 du Livre 4 du code de commerce (négociation commerciale, délais de paiement, rupture brutale des relations commerciales établies, déséquilibre significatif...).

Instabilité du Titre 4 du livre 4 du code de commerce. Le Titre 4 subit un rythme infernal de réformes : une vingtaine en 30 ans. Au fil des réformes, et selon la conjoncture, il s'agit :

- tantôt de mieux protéger les fournisseurs (la LME en 2008 a cherché à moraliser les relations contractuelles en limitant la faculté pour les distributeurs de facturer des services relevant de la coopération commerciale et, ce faisant, en limitant le jeu des marges arrières¹) ;
- tantôt de mieux protéger les agriculteurs (les loi Egalim 1² et 2³ ont renforcé la « contractualisation » des contrats agricoles, c'est-à-dire l'écrit obligatoire, et ont exclu du jeu de la négociation une partie du prix de ces produits) ;
- tantôt de protéger les distributeurs (le relèvement du seuil de revente à perte pour les produits alimentaires visait à éviter les écueils de la guerre des prix entre distributeurs, destructrice de valeurs)⁴ ;

¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

² Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

³ Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs.

⁴ Ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018.

- tantôt de protéger les industriels – cet objectif est celui affiché par la loi dite Egalim 3 du 30 mars 2023⁵.

Cela fait au moins 20 ans que l'intérêt du consommateur n'a pas été mis en avant. Mieux, il est même parfois expressément écarté par le législateur pour des raisons de politique économique, l'idée étant de ne pas sacrifier le tissu économique au profit d'un objectif de prix bas dont on redoute qu'il finira, un jour, par se retourner contre ceux que l'on entendait protéger.

Deux exemples permettent d'illustrer ces propos.

L'interdiction de la revente à perte. La lecture des travaux préparatoire de la loi de 1963 qui a interdit la revente à perte révèle que, dès l'origine, le dispositif répondait à divers objectifs : protéger les petits distributeurs contre cette nouvelle concurrence qu'exerçaient les nouveaux acteurs de la grande distribution, protéger les fournisseurs contre la pratique de distributeurs qui, en cassant les prix, avaient le pouvoir de dégrader l'image de leurs produits, protéger le consommateur contre la pratique du prix d'appel (le fameux « îlot de perte dans un océan de profit »). Le débat relatif à l'objectif (ou aux objectifs) de l'interdiction de la revente à perte a rebondi avec la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales qui, étant d'harmonisation maximale, interdit aux Etats membres de conserver dans leur droit national des dispositions qui, poursuivant l'intérêt du consommateur, apparaîtraient plus sévères⁶. La conventionnalité du droit français dépend donc de la question de savoir si, en France, l'interdiction de la revente à perte vise à protéger l'intérêt du consommateur⁷.

En relevant le seuil de revente à perte de 10% sur les produits alimentaires (qui sont, pour l'essentiel, les produits concernés par la revente à perte), l'ordonnance du 12 décembre 2018⁸, prise en application de la loi Egalim du 30 octobre 2018, a fait coup double : il s'est agi, d'une part, de redonner des marges

⁵ Loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

⁶ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

La Cour de justice a déclaré non conformes au droit de l'Union la législation belge et espagnole qui interdisaient la revente à perte (CJUE, ord., 7 mars 2013, aff. C-343/12 ; CJUE 19 oct. 2017, Europamur Alimentation SA, aff. C-295/16).

⁷ A.-S. Choné-Grimaldi, « Loi Egalim – acte 2 : relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions », *JCP E* 14 fév. 2019.

⁸ préc.

à la grande distribution, très affectée depuis quelques années par le mouvement de guerre des prix entre enseignes, en leur imposant des hausses de prix et, d'autre part, de mettre en conformité la règle avec le droit de l'UE en démontrant que, dorénavant, l'intérêt poursuivi est davantage celui du revendeur que celui du consommateur, puisque ce relèvement doit mécaniquement – et c'est son objectif – conduire à des hausses de prix.

Les premiers bilans qui ont été dressés révèlent que l'impact de cette réforme est plutôt positif, le relèvement du seuil de revente à perte ne semblant pas être à l'origine des hausses des prix que l'on constate actuellement. Cela étant, la période ayant été marquée par la crise sanitaire, ainsi que par la guerre en Ukraine, la chaîne des causalités est difficile à établir.

Le dispositif était expérimental. Initialement, il avait été adopté pour 2 ans. Il a été prolongé une 1^{ère} fois en 2020 par la loi ASAP⁹. Alors que le contexte n'est guère favorable à des mesures qui, mécaniquement, produisent des hausses de prix, le dispositif vient à nouveau d'être prolongé par la loi Egalim 3 jusqu'au 15 avril 2025¹⁰. Simplement, le relèvement de 10% (« SRP +10 » dans le jargon...) a été abandonné, par principe, pour les fruits et légumes.

Les négociations annuelles dans le secteur de la grande distribution. Le droit français a instauré un schéma de contractualisation extrêmement contraignant qui applicable à tous les contrats d'approvisionnement conclus entre les acteurs de la grande distribution alimentaire et leurs fournisseurs : sauf si le distributeur accepte en l'état les conditions générales de vente du fournisseur (ce qui n'arrive jamais...), il lui incombe de conclure, avec chaque fournisseur, une « convention écrite » d'une durée d'un, deux ou trois ans, conclu nécessairement avant le 1^{er} mars, dans le respect d'un formalisme très rigoureux (art. L. 441-3 Ccom).

Chaque année, dès l'automne, les fournisseurs envoient aux acteurs de la grande distribution leurs conditions générales de vente et les négociations commencent. La très grande majorité des contrats d'approvisionnement est conclue dans les derniers jours de février.

Si le contrat n'est pas conclu au 1^{er} mars (en général faute d'accord trouvé par les parties sur le prix), une sanction administrative est susceptible d'être prononcée. Jusqu'à récemment, l'administration était assez complaisante mais, aujourd'hui, elle semble vouloir aller vers plus de sévérité.

La question qui se pose est celle du sort de la relation contractuelle si les négociations n'ont pas abouti au 1^{er} mars. Il est certain que les contractants ont le droit de ne pas renouveler le contrat, la liberté de ne pas contracter étant de principe. Mais le fournisseur était tout de même tenu de continuer à livrer ses produits durant un préavis, pour ne pas se voir sanctionner pour rupture brutale des relations commerciales établies. Durant ce préavis, la question du prix qui doit être appliqué se posait. A suivre

⁹ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

¹⁰ Loi n° 2023-221 du 30 mars 2023, tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

les règles découlant de la jurisprudence rendue en matière de rupture brutale, il semble que le prix à pratiquer était celui sur lequel les parties s'étaient mis d'accord lors des précédentes négociations.

Les fournisseurs ont sévèrement critiqué cette solution estimant que celle-ci, en les empêchant de menacer les distributeurs de cesser leurs approvisionnements, les plaçait dans une situation défavorable

La loi Egalim 3 est venue apporter des dérogations aux règles normalement applicables, pour les seuls contrats relevant du système de la convention écrite. Dorénavant, il est prévu, en cas d'échec des négociations au 1er mars, que le fournisseur pourra cesser ses approvisionnements, sans avoir à respecter le préavis prévu par l'article L. 442-1 du code de commerce. Le dispositif est ainsi asymétrique. Son risque est connu : face à la menace de rupture des approvisionnements, en particulier sur les marques notoires, le distributeur devra probablement céder et accepter de payer plus cher, ce qui mécaniquement provoquera des hausses de prix. La victime sera alors le consommateur. Une fois encore, le législateur n'a pas hésité à sacrifier son intérêt dans l'objectif de favoriser celui du fournisseur.

II. L'intérêt du consommateur dans le droit de la concurrence, en particulier dans le droit des restrictions verticales ?

Les liens qui unissent le droit de la concurrence et le droit de la distribution résident dans le risque de déceler des restrictions de concurrence, constitutives d'entente anticoncurrentielle, dans la relation de distribution. Pour être valable, le contrat de distribution doit respecter les contraintes issues du droit de la concurrence.

Nouveau règlement d'exemption relatif aux accords verticaux. Le règlement d'exemption relatif aux accords verticaux n°2022/720 du 10 mai 2022¹¹ place, dans sa zone de sécurité, les catégories d'accords de distribution pour lesquelles il est possible de présumer que ceux-ci ont des gains d'efficacité supérieurs aux inconvénients en termes de restriction de concurrence.

Dans quel sens vont les principaux changements ? L'intérêt du consommateur est-il pris en considération ?

¹¹ Sur ce texte, voir notamment M. Béhar-Touchais, « Le nouveau règlement n° 2022/720 d'exemption des restrictions verticales », *JCP E* 9 juin 2022, p. 9 ; A. Glatz et C. Petiteau, « Le nouveau règlement d'exemption : changements dans la continuité », *RLC* sept. 2022, n° 119 ; A.-S. Choné-Grimaldi et M. Thill-Tayara, « Regards croisés sur le nouveau règlement d'exemption relatif aux accords verticaux », *Europe* juillet 2022, p. 6.

Interdiction des prix de revente imposés. Certes, alors que la règle avait pourtant reçu beaucoup de critiques, l'interdiction des prix imposés est maintenue¹². Elle doit normalement favoriser la concurrence intra marques et participer ainsi à la baisse des prix. En réalité, on n'est guère convaincus. Cette interdiction pose des problèmes insolubles à de nombreux réseaux de distribution pour un apport très modeste, l'essentiel de la concurrence se jouant inter-marque et non intra-marque.

Distribution par internet. Les principales modifications issues de ce nouveau règlement d'exemption portent sur la distribution par internet. Leur analyse révèle la place très réduite laissée à l'objectif de protection du consommateur.

L'article 4, e du texte qualifie de restriction caractérisée l'interdiction faite au distributeur par la tête de réseau de vendre en ligne. Conformément à la pratique décisionnelle antérieure, la tête de réseau ne peut pas empêcher le distributeur d'exploiter un site internet, sauf à sortir du champ de l'exemption et à encourir ainsi le risque des sanctions pour entente. La règle, destinée à protéger cette voie de distribution qu'est le commerce en ligne, est censée aller dans le sens du consommateur qui peut, sur internet, trouver des prix plus intéressants que dans les magasins physiques. L'objectif pourrait cependant être battu en brèche par cette nouvelle règle qui, issue des Lignes directrices qui accompagnent le règlement d'exemption, autorise désormais la tête de réseau à pratiquer ce qu'on appelle le « double prix », c'est-à-dire à vendre les marchandises au distributeur à des prix différents selon que la marchandise est destinée à être vendue en ligne ou dans des magasins physiques¹³. La Commission justifie ainsi la règle : le distributeur doit pouvoir acheter ses biens moins chers si ceux-ci sont destinés à la revente en magasin physique pour faire des bénéfices identiques à ceux réalisés grâce à la vente en ligne, en dépit de coûts de distribution plus élevés. Dit autrement, le double prix permet au distributeur de maintenir des profits en vendant au même prix en ligne et dans ses magasins physiques.

Le système protège certes la distribution physique et c'est son objectif. Mais elle limite la possibilité, pour le consommateur, d'acheter moins cher quand il achète en ligne. C'est donc davantage l'intérêt du distributeur qui est ici pris en compte que celui du consommateur.

Parité tarifaire. L'article 5, §1, d, qualifie de restriction exclue la clause de parité tarifaire interplateformes. Ce faisant, la clause de parité limitée aux ventes directes est couverte par le règlement d'exemption. En clair, cela signifie qu'une plateforme comme Booking ou comme Deliveroo peut interdire aux entreprises qu'elle référence de vendre à ses clients à des conditions plus favorables lorsque le client lui achète le bien le service directement. Booking peut donc interdire à un hôtel de pratiquer des prix plus bas lorsque le client réserve en téléphonant à l'hôtel directement. Clairement, il s'agit ici de préserver le business model de ces plateformes mais l'intérêt du consommateur, lui, est nécessairement sacrifié.

¹² Règlement 2022/720, art. 4, a).

¹³ Pt 209 LD.