

DISTRIBUTION SÉLECTIVE : LE REFUS D'AGRÉMENT À L'ÉPREUVE DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

La distribution sélective connaît actuellement une évolution significative, engagée avant la récente réforme du droit des contrats, mais que cette dernière a formalisée et amplifiée.

Il était généralement admis tant par la jurisprudence que dans la pratique qu'en système de distribution sélective, le fournisseur était tenu d'agrément tout candidat à l'accès au réseau dès lors que celui-ci se trouvait en conformité, ou s'engageait à se mettre en conformité, avec les critères qualitatifs de sélection. Cette règle reposait sur une conception du réseau de distribution sélective comme étant un espace ouvert, accessible à tout candidat à la seule condition pour celui-ci de satisfaire aux critères sélectifs qualitatifs¹.

Désireux de garder la maîtrise de leur réseau de distribution et de se prémunir contre des situations devenant de facto contraires à l'intérêt de la marque, du consommateur et finalement du distributeur lui-même (telles que la présence de plusieurs distributeurs dans un même périmètre géographique restreint, ne permettant pas à chacun d'entre eux d'assurer la rentabilité de leur activité), certains fournisseurs optaient alors – à la condition de ne pas dépasser le seuil de 30% de parts sur leur marché – pour le système de distribution sélective quantitative, autorisant le refus d'agrément d'un candidat si le *numerus clausus* local est rempli.

Il s'agissait somme toute pour le fournisseur d'assurer sa liberté de contracter et finalement de conserver au contrat de distribution sélective son



Olivier Gauclère

caractère *intuitu personae*. Des distributeurs à qui l'accès au réseau ou le ré-agrément avait été refusé au nom du *numerus clausus* ont tenté de créer une brèche dans ces principes afin de contraindre le fournisseur à justifier du caractère objectif et uniforme des critères de sélection quantitative appliqués. La CJUE a cependant mis fin à ce débat – dans le secteur automobile tout au moins². La Cour de cassation, qui avait posé la question préjudicielle³, s'est ensuite alignée sur cette position de principe⁴, qui n'a pas été remise en cause depuis.

Il n'en demeurerait pas moins qu'en système de distribution purement qualitative, la règle de l'agrément automatique en cas de conformité du candidat aux critères qualitatifs mettait à mal le pouvoir d'appréciation que la tête de réseau estime pouvoir exercer en regard tant de la personne du distributeur que de la taille de son réseau.

L'analyse des décisions les plus récentes en la matière permet de considérer que l'insécurité juridique et opérationnelle à laquelle étaient confrontés les fournisseurs n'est plus de mise, ceci au vu d'une évolution jurisprudentielle qui repose sur plusieurs principes, désormais codifiés.

LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

La liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵.

Le principe de la liberté contractuelle était implicite dans l'ancien article 1134 du Code civil⁶. Il est désormais consacré à l'article 1102 du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats⁷, texte qui figure dans les dispositions liminaires (chapitre 1^{er}) et assoit notamment la liberté de « *choisir son cocontractant* ».

En vérité, la Cour de cassation n'avait pas attendu la réforme du droit des contrats pour poser en principe le droit du fournisseur (concedant en l'occurrence) de « *traiter avec le cocontractant de son choix* »⁸.

La Cour d'appel de Paris a rendu une série de décisions concordantes sur le thème de la liberté contractuelle, notamment dans les secteurs de l'horlogerie de luxe⁹, des produits de beauté et d'hygiène corporelle¹⁰ ou encore dans le secteur automobile¹¹. Et les juridictions de première instance suivent cette tendance, en particulier dans le secteur automobile¹² et ce encore tout récemment¹³.

1 - Il existait certes une dérogation à ce principe, non pas au moment de l'accès au réseau de distribution, mais lorsqu'un ancien membre du réseau se portait en nouveau candidat et que le fournisseur était fondé à lui refuser l'agrément en raison de fautes ou manquements contractuels commis pendant l'exécution du contrat. Une telle candidature était dite de mauvaise foi, et les juges écartaient les demandes d'agrément formulées dans ces conditions (Cass com, 19 septembre 2006, n°04-15025, en matière de distribution sélective de parfums ; Cass. Com 15 sept. 2009, n°08-18388 ; Cass. Com 28 sept. 2010, n°09-16424 ; & Cass. Com 4 déc. 2012, n°11-17864 dans des dossiers de distribution automobile)

2 - Cour de justice de l'Union européenne, 14 juin 2012, affaire C-158/11 : « pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système (de distribution sélective quantitative) repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément »

3 - Cass com 29 mars 2011, n°10-12734

4 - Cass com, 15 janvier 2013, n°10-12734

5 - « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »

6 - « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »

7 - « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public »

8 - Cass com, 7 avril 1998, n°96-13219, Automobiles Citroën / Alès Automobiles ; Cass com, 30 mai 2012, n°11-18024

9 - 30 septembre 2015, n°13-07975, Rolex / Doux : « ... ne pèse sur le fournisseur aucune obligation de conclure un contrat de distribution sélective avec tout distributeur remplissant les critères de sélection, en raison du principe de liberté contractuelle » ; 19 octobre 2016, n°14-07956 Ellysées Shopping / Rolex France

10 - CA Paris, 5/4, 7 octobre 2015, n°13-08846

11 - CA Paris 5 /10, 27 février 2017, n°15-12029 Renault / Garage FGH

12 - TC Paris 29 juin 2016, Mazda / Palau, n°2016/012884 ; TC Paris, 14 décembre 2016, Automobile Berry Sologne / Hyundai Motor France

13 - TC Paris 6 mars 2017, JLR France / Oustric ; TC Paris 21 février 2018, n°2017006510, Garage de Bretagne / Mercedes

LA PROHIBITION DES CONTRATS PERPÉTUELS

Ce principe classique est issu de l'article 1780, alinéa 1^{er}, du Code civil¹⁴. Il a été consacré en 1999 par le Conseil constitutionnel, qui s'est à cette occasion référé à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁵.

La jurisprudence civile retenait traditionnellement ce principe¹⁶, avant que l'Ordonnance portant réforme du droit des contrats ne vienne le codifier, modifiant ainsi les dispositions afférentes à la durée du contrat dans le Code civil. Désormais, aux termes de l'article 1210 : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* » ; de l'article 1211, afférent aux contrats à durée indéterminée : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* » ; et de l'article 1212, afférent aux contrats à durée déterminée : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme. Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat* ».

Une obligation pour le fournisseur d'agréer tout opérateur à la seule condition de satisfaire aux critères sélectifs qualitatifs se heurterait manifestement à l'article 1210 du Code civil, puisqu'elle s'analyserait en un engagement potentiellement perpétuel. En effet, toute tentative de se séparer du distributeur pourrait se voir opposer une demande d'agrément réitérée, à laquelle le fournisseur serait obligé de se plier si le distributeur est en ligne avec les standards qualitatifs.

Cette nouvelle donne accrédite le caractère intuitu personae du contrat de distribution, qui est désormais affirmé par les Tribunaux¹⁷, alors qu'il

avait pu être auparavant contesté au nom précisément de l'impossibilité dans laquelle se trouvait le fournisseur de refuser d'agréer un distributeur souhaitant intégrer le réseau, quand bien même la personne du candidat suscitait la réticence du fournisseur.

L'ABSENCE DE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE PAR PRINCIPE

A l'occasion de la contestation en justice d'un refus d'agrément, certains distributeurs ont invoqué le droit de la concurrence soulevant l'existence d'une pratique anticoncurrentielle au visa de l'article L420-1 du Code de commerce, en l'occurrence une entente.

Cet argument n'a pas à ce jour été retenu par les juridictions qui en ont été saisies, notamment la Cour d'appel de Paris dans des affaires dans le secteur de l'horlogerie de luxe¹⁸ ou dans le secteur automobile¹⁹.

S'il est admis qu'à la base, un réseau de distribution est en soi une entente, la question est de savoir si un refus d'agrément peut en tant que tel constituer une entente.

Une entente est un accord de volontés entre 2 ou plusieurs entreprises²⁰. En l'absence de constatation d'un accord de volontés entre entreprises, l'existence d'une entente ne saurait être retenue²¹. Une mesure unilatérale telle qu'un refus d'agrément ne peut par conséquent constituer une entente, dès lors qu'un acquiescement, quand bien même tacite, à un accord anticoncurrentiel est nécessaire de la part de l'autre partie²². Ainsi, les instructions d'un constructeur automobile visant à interdire à ses concessionnaires de pratiquer certains rabais ne tombent pas dans le champ de l'article L420-1 du code de commerce en l'absence de démonstration d'une adhésion des concessionnaires à l'opération²³.

En tout état de cause, quand bien même il serait considéré qu'un refus d'agrément constitue en soi une

entente, encore faudrait-il démontrer un objet ou un effet anticoncurrentiel.

Or ni le refus de vente ni la discrimination, souvent invoqués par les distributeurs se référant au droit de la concurrence, ne constituent en soi des pratiques anticoncurrentielles par objet²⁴.

Quant à l'effet anticoncurrentiel, on rappellera qu'il suppose d'abord, à titre de condition nécessaire mais pas suffisante, que le fournisseur occupe plus de 30% du marché pertinent.

La combinaison du principe de liberté contractuelle et de la prohibition des contrats perpétuels, dont la codification est intervenue dans une même démarche du législateur à l'occasion de la réforme du droit des contrats, entérine la faculté du fournisseur à refuser l'agrément à un candidat à l'entrée dans le réseau, ou à refuser le ré-agrément d'un distributeur ayant quitté le réseau et souhaitant y rester, ou y revenir. C'est la liberté du fournisseur d'organiser son réseau qui est ainsi réaffirmée.

Bien évidemment, comme tout droit, celui de refuser l'agrément reste cependant limité par l'abus, sur lequel il est vraisemblable que se concentreront désormais les contentieux qu'engageront les distributeurs à qui l'accès au réseau, ou le maintien dans le réseau, aura été refusé.

Olivier Gauclère
Avocat Associé
Viginti Avocats



14 - « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée »

15 - Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC) « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties »

16 - Cass Civ. 3^e, 28 janv. 2015, n° 14-10013 ; 1^{er} Civ., 18 janvier 2000, pourvoi no 98-10.378, Bull. 2000, I, no 16 pour ce qui est de la durée d'adhésion à une coopérative ;

1^{er} Civ., 7 mars 2006, pourvoi no 04-12.914, Bull. 2006, I, no 132, pour ce qui est d'un cautionnement

17 - CA Paris, 22 juin 2016, FCA France / Vernouillet Automobiles, n°14-01512, dans le secteur automobile

18 - CA Paris, 5-11, 19 septembre 2014, n°12-00352 confirmé par la Cour de cassation, com 21 juin 2016, n°15-10438, Rolex / Guyapat

19 - CA Paris 5 / 10, 27 février 2017, Renault / Garage FGH

20 - Commission européenne, 19 décembre 1990, aff. « Solvay - CFK », Commission européenne, 20 octobre 2005, aff du Tabac Brut italien

21 - Cass. Com. 29 octobre 1996, 94-17918

22 - CJUE, 6 janvier 2004, aff. 2/01 et 3/01

23 - Conseil de la concurrence, 23 décembre 2003, n°03-D-66. Voir aussi la décision du Conseil de la concurrence n°06-D-11 du 16 mai 2006 en matière de refus d'agrément par des constructeurs automobiles

24 - Conseil de la concurrence, décision 03-D-60 du 17 décembre 2003