



HAL
open science

La liberté de sélectionner dans la distribution sélective

Nicolas Ferrier

► **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. La liberté de sélectionner dans la distribution sélective. La Semaine juridique. Entreprise et affaires, 2017. hal-02334775

HAL Id: hal-02334775

<https://hal.science/hal-02334775>

Submitted on 31 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La liberté de sélectionner dans la distribution sélective

Nicolas Ferrier

Agrégé des Facultés

Professeur à l'Université Montpellier

Directeur du Master 2 Droit de la distribution et des contrats d'affaires

La distribution sélective consiste à réserver l'exclusivité de fourniture de ses produits à des distributeurs répondant à des critères qualitatifs, et éventuellement quantitatifs. Une fois les critères validés, se pose la question des modalités de la sélection. Le sujet impose une double approche, de droit de la concurrence et de droit des contrats qui se traduit ici par des principes en quelque sorte inversés : alors qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles, le refus de sélectionner un distributeur qui remplit les critères ou le choix d'un distributeur qui ne les remplit pas est a priori sanctionnable, sauf à bénéficier d'une exemption ; en droit des contrats, il est par principe licite, sauf circonstances particulières.

1. - La distribution sélective consiste, pour un promoteur de réseau, à réserver l'exclusivité de fourniture de ses produits à des distributeurs répondant à des critères qualitatifs et éventuellement quantitatifs.

2. - Une première question, classique, est celle de la validité, au regard du droit de la concurrence, des critères de sélection utilisés pour l'organisation de la distribution, dans la mesure où ces critères, par l'effet d'exclusion qu'ils réalisent, sont susceptibles de fausser la concurrence^{Note 1}. Une fois leur validité établie, une deuxième question, qui seule nous intéressera, est celle des modalités de la sélection, qui peut se poser lors d'une première candidature ou d'une demande de renouvellement. Il s'agit de savoir si le promoteur a l'obligation de sélectionner tous ceux qui remplissent les critères, la question ne se posant qu'en présence de critères exclusivement d'ordre qualitatif^{Note 2} ; et, de manière symétrique, l'obligation de refuser celui qui ne les respecte pas. À cet égard, la jurisprudence récente traduit pour certains une évolution discutable en faveur d'une liberté accrue des promoteurs.

3. - De fait, l'appréciation des modalités de la sélection est délicate car elle met en œuvre plusieurs principes qu'il faut concilier. D'un côté, la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que la liberté contractuelle justifiant la liberté pour le promoteur d'organiser son réseau et de choisir son cocontractant ; d'un autre côté, la prohibition des pratiques anticoncurrentielles ainsi que la force obligatoire du contrat ou la sanction des abus de droit restreignant cette liberté.

4. - Le sujet impose ainsi une double approche, de droit de la concurrence et de droit des contrats qui se traduit ici par des principes en quelque sorte inversés : alors qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles, le refus de sélectionner un distributeur qui remplit les critères ou le choix d'un distributeur qui ne les remplit pas est *a priori* sanctionnable, sauf à bénéficier d'une exemption (1) ; en droit des contrats, il est par principe licite, sauf circonstances particulières (2).

La pratique consistant à retenir celui qui ne remplit pas les critères ou refuser celui qui les remplit est couverte par le règlement d'exemption

1. La sélection en droit des pratiques anticoncurrentielles

5. - Alors même que le contenu des critères de sélection serait conforme au droit de la concurrence, la pratique consistant à écarter un distributeur qui les respecte ou à retenir celui qui ne les respecte pas est restrictive de concurrence (A), mais éventuellement exemptable (B).

A. - La restriction de concurrence

6. - Il est acquis, en droit de la concurrence, que les critères, même justifiés, doivent être fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués d'une façon non discriminatoire^{Note 3}. À cet égard, une distinction s'opère entre la discrimination positive et négative^{Note 4}.

7. - La discrimination positive consiste pour le promoteur à retenir celui qui ne répond pas aux critères qu'il a pourtant définis. Dès lors de deux choses l'une. Soit ce choix révèle l'inutilité des critères non remplis et, à ce titre, leur caractère restrictif de concurrence puisqu'ils ne sont pas nécessaires à la bonne commercialisation des produits. Soit ce choix conduit à approvisionner des distributeurs qui ne devraient pas l'être et il démontre ainsi le défaut d'étanchéité juridique du réseau de nature à le rendre illicite.

8. - Une difficulté peut alors se poser lorsque le promoteur conserve dans son réseau un distributeur qui ne remplit plus le critère. Son attitude correspond, en effet, soit à la simple tolérance d'un distributeur qu'il considère défaillant, soit à la renonciation au critère en cause. Dans le premier cas, les faits traduiraient la magnanimité du promoteur qui laisse une chance à son distributeur de s'amender^{Note 5}; dans le second, ils caractérisent une discrimination positive.

9. - La discrimination négative consiste à refuser celui qui remplit pourtant les critères. Au regard du droit de la concurrence, la pratique est condamnable, peu important qu'elle se manifeste à l'occasion d'une première candidature ou lors d'une demande de renouvellement du contrat. Les juges ont toutefois pu suggérer une distinction selon qu'est en cause la décision de ne pas renouveler ou le refus d'accorder un nouvel agrément. La Cour de cassation a ainsi approuvé les juges du fond d'avoir débouté un distributeur reprochant au promoteur le non-renouvellement du contrat au motif que « le litige ne portant pas sur le refus d'un nouvel agrément du distributeur à l'issue du non-renouvellement de son contrat mais sur la cessation de celui-ci, c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu que le respect ou non par (le distributeur) des conditions d'agrément était inopérant et que ce dernier invoquait à tort les dispositions des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce »^{Note 6}. La distinction est discutable, d'autant qu'il suffit que le distributeur laisse la rupture s'opérer, puis sollicite un nouvel agrément, qui sera rejeté et dont le refus sera alors contesté devant les juges avec succès... Le promoteur d'un réseau de distribution sélective doit sélectionner tous ceux qui remplissent les critères^{Note 7}. La solution s'impose toutefois en raison non de la nature même de la distribution sélective mais de l'interdiction de discriminer^{Note 8}.

B. - L'exemption

10. - L'accord restrictif de concurrence peut bénéficier de l'exemption catégorielle prévue par le règlement n° 330/2010, si les parts de marché des opérateurs sont inférieures à 30 % et qu'il n'existe pas de restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement.

11. - On rappellera que notre hypothèse de départ est celle de critères validés au regard du droit de la concurrence, seule étant posée la question de leur mise en œuvre. Or, la pratique consistant à retenir celui qui ne remplit pas les critères ou refuser celui qui les remplit est couverte par le règlement d'exemption car cette discrimination, positive ou négative, ne relève

pas des pratiques visées par l'article 4. Autrement dit, le règlement protège non seulement les critères, dès lors qu'ils ne constituent pas une restriction caractérisée, mais également leur mise en œuvre en ce sens où ces critères n'ont pas à être appliqués par le promoteur de manière uniforme ou non-discriminatoire.

12. - Certes, un retrait d'exemption est envisageable si des effets restrictifs de concurrence significatifs sont malgré tout constatés, mais l'hypothèse reste plutôt théorique. La zone de sécurité qu'offre le règlement valide la discrimination ici en cause et, partant, garantit la liberté dans la mise en œuvre du critère de sélection.

13. - En revanche, lorsque le règlement d'exemption ne s'applique plus parce que les parts de marché dépassent 30 %, cette discrimination dans l'application des critères est effectivement condamnée en droit de la concurrence, sauf pour le promoteur à bénéficier d'une exemption individuelle.

Dès lors que le promoteur lance un appel à candidature, il doit en respecter la procédure

2. La sélection en droit des contrats

14. - Le droit des contrats, conçu ici largement comme englobant le droit des pratiques restrictives de concurrence ainsi que cela a été développé par ailleurs^{Note 9}, pose ici un principe de liberté de sélection (A), ce qui n'exclut cependant pas toute responsabilité en cas de faute (B).

A. - La liberté

15. - Le cadre légal assure aujourd'hui la liberté de principe pour le promoteur d'un réseau de distribution sélective dans le choix de ses distributeurs. En effet, cette solution résulte, d'une part, du principe de la liberté contractuelle, et son corollaire, la liberté de ne pas conclure (et donc de ne pas renouveler) ; d'autre part, de l'évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence à travers la suppression de l'interdiction du refus de vente^{Note 10} et, surtout, de l'interdiction de discriminer^{Note 11}.

16. - De fait, la jurisprudence récente a admis que le promoteur puisse refuser de sélectionner le distributeur répondant aux critères^{Note 12} ou de renouveler le contrat de celui qui les respecte toujours^{Note 13}.

17. - La solution est contestée au motif qu'en définissant des critères de sélection, le promoteur se serait engagé à retenir tous ceux qui les remplissent, une telle obligation étant, en outre, inhérente à la distribution sélective. S'imposerait alors l'obligation pour le promoteur de désigner ou conserver tout distributeur remplissant les critères.

18. - La solution nous paraît toutefois justifiée car rien n'empêche de considérer que, pour le promoteur, les critères ne sont qu'un préalable à une sélection, en ce sens où ils sont nécessaires, mais non suffisants. Autrement dit, la contestation ne porte que s'il est démontré que, dans l'intention du promoteur, les critères de sélection sont nécessaires et suffisants. Par ailleurs, et de manière corrélative, la solution jurisprudentielle ne nous semble pas contraire à la nature même de distribution sélective, qui consiste seulement à réserver ce système à des distributeurs (pas nécessairement tous) qui remplissent les critères, en refusant d'approvisionner les distributeurs (tous, cette fois) qui ne les respectent pas et, corrélativement, en interdisant la revente hors réseau par les membres sélectionnés.

19. - Cette analyse appelle toutefois une distinction selon que le promoteur refuse celui qui remplit les critères, réalisant une discrimination négative condamnable en principe au titre seulement du droit des pratiques anticoncurrentielles ; ou retient celui qui ne les remplit pas,

condamnable également en droit des contrats, mais non parce qu'il s'agit d'une discrimination (en l'occurrence positive) mais par l'atteinte fautive réalisée au réseau.

B. - La faute

20. - On connaît les hypothèses classiques d'abus de droit, tenant par exemple dans le fait de laisser croire au partenaire que la relation va se poursuivre^{Note 14} ou le dénigrer à l'occasion de la rupture^{Note 15}. En revanche, la seule invocation d'un motif fallacieux ne suffit pas à caractériser l'abus^{Note 16}, de sorte que le refus de conclure ou de renouveler le contrat de distribution, en se prévalant à tort de l'irrespect d'un critère de sélection n'est pas en soi fautif. D'autres types de fautes se caractérisent non par le seul abus de droit, mais par la violation d'un engagement.

1° La violation du contrat de distribution sélective

21. - En retenant un distributeur qui ne remplit pas les critères, le promoteur commet une faute^{Note 17}, qui ne tient pas au fait même de discriminer mais à l'atteinte portée à l'intégrité et l'étanchéité du réseau et, incidemment, à l'utilité des contrats pour les membres pertinemment sélectionnés^{Note 18}.

22. - En effet, bien qu'il soit agréé, le distributeur qui ne respecte pas les critères est dans une situation analogue à celle du distributeur parallèle qui revend les produits au mépris des normes que le promoteur impose pourtant aux autres membres du réseau. Or, l'économie de la distribution sélective repose sur la réservation, à ceux qui répondent aux conditions de la sélection, de la commercialisation des produits du promoteur en contrepartie de leurs efforts commerciaux, et ce, afin d'assurer l'unité du réseau. Ce faisant, et en transposant ce qui a pu être affirmé à propos du distributeur parallèle, le distributeur sélectionné sans remplir les critères « va non seulement bénéficier de la notoriété et de la compétence des adhérents pour valoriser sa propre activité tout en leur laissant la charge des services liés à la vente des produits, mais il va aussi pratiquer des prix attractifs grâce à l'économie des coûts normaux de commercialisation »^{Note 19}; « Pourquoi en effet un distributeur accepterait-il de s'astreindre aux contraintes très lourdes résultant des contrats de distribution s'il lui est possible, sans respecter ces contraintes, de s'approvisionner et de vendre les mêmes produits »^{Note 20} ?

23. - Une telle faute dans le choix du distributeur caractérise une atteinte à la force obligatoire des contrats conclus avec les autres membres, qui impose au promoteur, non seulement d'exécuter ses engagements (en l'occurrence, assurer l'étanchéité du réseau en refusant d'approvisionner celui qui n'en remplit pas les critères), mais également à ne rien faire qui vienne affecter l'utilité attendue du contrat (en l'occurrence, pouvoir se prévaloir d'une qualité, celle de distributeur agréé, réservée à ceux qui remplissent les critères et réalisent ainsi les efforts en faveur du réseau, de son image et de sa notoriété).

2° La violation d'une mise en concurrence

24. - Le choix du distributeur peut s'opérer à partir d'une mise en concurrence de candidats potentiels, notamment par la technique de l'appel d'offres^{Note 21}. Ce procédé, impliquant une sélection quantitative, impose à la charge de celui qui y recourt des obligations spécifiques et, en particulier, le respect de l'égalité des participants.

25. - En conséquence, lorsque le promoteur d'un réseau de distribution sélective annonce une mise en compétition en vue de sélectionner un distributeur, il doit se conformer aux règles découlant de cette procédure. Cela signifie, notamment, qu'en retenant celui qui ne remplit pas

les critères, au détriment de celui qui les remplit, le promoteur viole les règles qu'il s'est lui-même imposées et qui découlent de ce qu'un auteur a qualifié d'avant-contrat d'appel d'offres^{Note 22}. Cette solution permet d'éclairer un arrêt dont la formulation a pu paraître ambiguë^{Note 23}.

26. - Après la résiliation de son contrat, un concessionnaire voit rejeter sa candidature au nouveau réseau de distribution sélective qualitative/quantitative mis en place par le promoteur. Estimant fautif le refus d'agrément, le distributeur saisit avec succès les juges qui, après avoir relevé que le refus d'agrément n'est en l'occurrence pas sanctionnable sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles, et rappelé que tout fournisseur peut organiser librement son mode de distribution sans que ses cocontractants ne bénéficient d'un droit acquis à demeurer dans le réseau, prennent soin d'ajouter que le promoteur se doit de sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et d'appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire.

27. - De prime abord, cette ultime précision peut surprendre puisque, hors droit des pratiques anticoncurrentielles, il est possible de discriminer. Elle s'éclaire toutefois au regard des circonstances de l'espèce. En effet, les juges soulignent que le promoteur ne peut sélectionner ses concessionnaires à la suite d'un appel à candidature, sans justifier les motifs de son choix au regard des critères de sélection qu'il s'est lui-même fixé. Or, ayant choisi d'adopter un système de distribution sélective quantitative, il se devait, dans le processus de sélection de ses distributeurs auquel il procédait après leur avoir préalablement adressé un courrier d'appel à candidature, de sélectionner selon les critères qu'il avait lui-même mis en place. Les juges justifient la solution « au nom du principe général de bonne foi, applicable dès la phase précontractuelle, même si le choix de ces critères relevait de sa libre appréciation ». Mais en admettant la nature contractuelle de l'appel d'offres, la solution se justifie surtout par la nécessité pour le promoteur de respecter l'engagement qu'il a lui-même souscrit en recourant à cette procédure, autrement dit, par l'assujettissement du promoteur à l'avant-contrat d'appel d'offres.

28. - La solution est alors conforme aux principes précédemment exposés. Dès lors qu'il se fixe des critères et qu'il lance un appel à candidature, mettant ainsi en concurrence les distributeurs, puisqu'il ne peut en prendre qu'un en raison de son *numerus clausus*, le promoteur doit se conformer à la procédure ainsi mise en place^{Note 24}. La solution s'imposait d'autant plus en l'espèce qu'outre le défaut d'information sur les critères (et donc l'atteinte à l'égalité qu'impose la compétition), le choix s'est porté sur un distributeur ne remplissant pas les critères... excluant nécessairement (puisque'il ne pouvait y en avoir qu'un eu égard au *numerus clausus*) la victime qui, elle, les remplissait. ?

Note 1 *D. et N. Ferrier, Droit de la distribution : LexisNexis, 8e éd., 2017, n° 644 s.*

Note 2 Lorsque s'y ajoute un critère quantitatif, il est évident que certains distributeurs répondant aux exigences strictement qualitatives ne seront pas retenus.

Note 3 *CJCE, 25 oct. 1977, Métro : Rec. CJCE 1977, p. 1875 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt 175.*

Note 4 Pour utiliser une terminologie employée par les juges (*CA Paris, 5 juill. 2017, n° 15/12365* : « Un réseau de distribution sélective ne peut se fonder, dans le choix des distributeurs agréés, sur une discrimination négative ou positive. Alors que la discrimination négative consiste dans le refus du fournisseur d'agréer un distributeur qui répond aux exigences de sélection, la discrimination positive consiste à livrer des distributeurs qui ne satisfont pas aux critères de sélection »).

Note 5 *Rapp. Cass. com., 5 juill. 2017, n° 14-16.737 : JurisData n° 2017-013474 ; JCP E 2017, act. 540 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 196, M. Malaurie-Vignal.*

Note 6 *Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.355 : Contrats, conc. consom. 2017, comm. 173, M. Malaurie-Vignal.*

Note 7 Sauf sélection quantitative.

Note 8 V. *infra*.

Note 9 N. Ferrier et S. Hotte, *L'influence du droit des contrats sur le droit des pratiques restrictives de concurrence* : *Concurrences* 2016, p. 13. - Certes, le droit des pratiques restrictives de concurrence relève également du droit de la responsabilité.

Note 10 Comp. Cass. com., 27 avr. 1993, n° 91-10.203 : *JurisData* n° 1993-000799 ; *Bull. civ. IV*, n° 159, qui sanctionne le refus d'agréer sur le fondement de l'ancien grief du refus de vente.

Note 11 La loi de modernisation de l'économie, dite LME (L. n° 2008-776, 4 août 2008 : *JO* 5 août 2008, p. 12471 ; V. not. *JCP E* 2008, 2185), a substitué à l'ancien article L.442-6, I, 1° prohibant la discrimination, le nouvel article L.442-6, I, 2° sanctionnant le fait de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Note 12 CA Paris, 19 oct. 2016, n° 14/07956, SARL Elysée Shopping c/ SAS Rolex France : *JurisData* n° 2016-021811 ; *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 17, obs. G. Decocq ; *RLC* 2017, p. 46, note L. Bettoni ; *Concurrences* 2016, p. 111, obs. A.-C. Martin. - CA Paris, 27 févr. 2017, n° 15/12029 : *LEDECO juin* 2017, obs. C. Grimaldi. - CA Paris, 30 sept. 2015, n° 13/07915 : *JurisData* n° 2015-021784 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 12 ; *Concurrences 1-2016*, p. 111, obs. A.-C. Martin.

Note 13 Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.355, *préc.* ; V. également sur cette décision, *JCP E* 2017, 1381.

Note 14 Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-10.553.

Note 15 Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-10.408 : *JurisData* n° 1993-002198 ; *Bull. civ. IV*, n° 326.

Note 16 Qu'il s'agisse du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée (Cass. com., 6 janv. 1987 : *Bull. civ. IV*, n° 7. - Cass. com., 25 avr. 2001, n° 98-22.199 : *JurisData* n° 2001-009463 ; D. 2001, somm. p. 3237, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages) ou de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée (Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-10.408, *préc.* ; *JCP G* 1994, II, 22224, note Ch. Jamin). - Sur cette question, D. et N. Ferrier, *préc.*, spéc. n° 721.

Note 17 Sauf à ce que les critères soient aisés à remplir (Cass. com., 6 sept. 2016, n° 15-11.415 : *JurisData* n° 2016-018302).

Note 18 Il ne suffit pas ici de rappeler l'exigence d'étanchéité juridique, qui conditionne la validité du réseau en droit des pratiques anticoncurrentielles.

Note 19 D. Ferrier, *La considération juridique du réseau*, in *Mél. offerts à Ch. Mouly* : *Litec*, 1998, p. 95 et s. *spéc.*, n° 42.

Note 20 A. Bénabent, note ss Cass. com., 21 mars 1989 : D. 1989, p. 427 et s., *spéc.* p. 430.

Note 21 Sur laquelle, L. Bettoni, *L'appel d'offres privé* : thèse Montpellier, 2016.

Note 22 L. Bettoni, thèse *préc.*

Note 23 CA Paris, 24 mai 2017, n° 15/12129.

Note 24 Cette interprétation permet de dissiper une autre ambiguïté, tenant à la distinction opérée par les juges selon que le litige porte sur une première candidature ou sur le non-renouvellement du contrat. En effet, la Cour de cassation précise que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 octobre 2016 (sur lequel, V. *supra*, note 12), cité par la société intimée, n'est pas pertinent en l'espèce car il concerne un refus d'agrément opposé par un fabricant à un commerçant qui souhaitait spontanément, et, pour la première fois, entrer dans le réseau de distribution, et non le processus de sélection de plusieurs distributeurs opéré par le concédant lui-même, à son initiative. La formulation nous semble maladroite dans la mesure où la solution se justifie moins par le fait que le demandeur était un nouveau candidat que par l'existence d'une mise en compétition.

