30, avenue d'Iéna 75116 Paris, France Tél. 33 (0)1 53 67 76 20 www.vogel-vogel.com





### PLAN DE L'INTERVENTION

### Introduction

- I. L'organisation d'un réseau de distribution sélective
- II. La vie du contrat de distribution sélective



### INTRODUCTION



### **Définition**:

**Distribution sélective**: « Système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système ».

- Règlement restrictions verticales n° 330-2010 du 20 avril 2010.
- Définition inchangée dans le projet de nouveau règlement publié le 9 juillet 2021 appelé à entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2020.



### **Caractéristiques**

- un système de distribution,
- dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis,
- et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.



### Deux grandes formes de distribution sélective :

- la distribution sélective qualitative,
- la distribution sélective qualitative et quantitative.



### La distribution sélective qualitative :

- Le fournisseur ne vend ses produits ou services qu'à des revendeurs qui remplissent des critères qualitatifs
- La distribution sélective qualitative n'impose pas de limitation directe au nombre de revendeurs agréés
- Pour autant que les trois critères Metro (CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB Grossmärkte GmbH & Co KG / Commission) sont remplis, on considère que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101, par. 1, car la réduction de concurrence intra-marque associée à la distribution sélective est compensée par l'amélioration de la concurrence inter-marques sur le plan de la qualité.



### **Critères Metro**:

- ➤ la nature des biens ou services en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire (ex : produits de haute qualité ou technicité, biens de luxe résultant de leurs caractéristiques matérielles ou de leur sensation de luxe),
- les revendeurs doivent satisfaire à des critères objectifs de nature purement qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire,
- les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.



### Exemples:

- Distribution de parfums,
  - de cosmétiques,
  - de bijoux,
  - de montres,
- Réparation automobile,
- Plus généralement, recours à la distribution sélective qualitative pour les produits ou services pour lesquels une distribution sélective est possible et pour lesquels le fournisseur détient plus de 30% de parts de marché et ne peut pas mettre en place de sélection quantitative.



### La distribution sélective qualitative et quantitative :

Elle ajoute à la distribution sélective qualitative des critères qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés en imposant par exemple :

- un niveau de vente minimal ou maximal,
- ou un nombre de revendeurs agréés (numerus clausus)

### **Exemples**:

- distribution de véhicules automobiles neufs
- distribution de camions



# <u>Différence de la distribution sélective avec les autres formes de distribution :</u>

Distribution sélective	VS.	Distribution exclusive
Distribution sélective	VS.	Franchise



- Le projet de Règlement en date du 9 juillet 2021 définit la distribution exclusive comme (art 1 (g) projet de Règlement) :
- Elle définit « un système de distribution exclusive » comme « un système de distribution dans lequel : (2 conditions cumulatives)
  - (i) le fournisseur alloue un territoire ou une clientèle exclusivement à luimême, à un acheteur <u>ou à un nombre restreint d'acheteurs</u>, déterminé au prorata du territoire ou de la clientèle alloué de manière à garantir un certain volume d'activités qui préserve leurs efforts d'investissement, et
  - (ii) empêche les autres acheteurs de vendre activement sur le territoire exclusif ou à la clientèle exclusive. »



	Distribution sélective	Distribution exclusive
Limitation du nombre de revendeurs	Critères qualitatifs et/ou quantitatifs	Territoire ou clientèle exclusive
Revente hors réseau	Interdite	Libre
Restriction des ventes actives au sein du système de distribution	Non	Oui, sur les territoires exclusifs
Restriction des ventes passives au sein du système de distribution	Non	Non
Possibilité d'ajouter une obligation de non-concurrence	Oui, sauf PDM élevée	Oui, sauf PDM élevée





	Distribution sélective	Franchise
Prise en compte par le règlement	Explicite	Indirecte (savoir-faire, LD)  Vue comme une combinaison de restrictions verticales
Revente hors réseau	Inhérente à la distribution sélective	Interdiction de revente hors-réseau fréquente
Savoir-faire	Pas de transmission de savoir- faire	Inhérent à la franchise
Exclusivité territoriale	Non	Fréquente en pratique
Redevance payée à la marque	Non	Assez générale
Obligation de non-concurrence contractuelle	5 ans (renouvelable dans le projet de nouveau règlement)	Ne doit pas excéder la durée de l'accord de franchise + règle nationale des 10 ans
Obligation de non-concurrence post- contractuelle	Non	Oui, dans les limites du règlement en général



### Première partie

# L'ORGANISATION D'UN RESEAU DE DISTRIBUTION SELECTIVE



- A. Les principales questions qui se posent dans le cadre de l'organisation d'un réseau de distribution sélective
- B. L'organisation du réseau à l'épreuve du contentieux



# A. Questions se posant dans le cadre de l'organisation du réseau:

- 1. Pourquoi avoir recours à la distribution sélective ?
- 2. Pourquoi est-il indispensable d'interdire la revente hors réseau en distribution sélective ?
- 3. Quel type de distribution sélective choisir ?
- 4. Quels sont les critères de licéité de la distribution sélective qualitative ?
- 5. Et ceux de la distribution sélective qualitative et quantitative ?
- 6. Peut-on panacher les deux types de distribution sélective, qualitative et quantitative pour certains produits ou services contractuels, qualitative pour d'autres ?
- 7. Peut-on adopter un système de distribution sélective à plusieurs niveaux ?
- 8. Peut-on pratiquer un système de double distribution, avec des ventes directes aux clients finals parallèlement aux ventes des distributeurs sélectifs ?
- 9. Peut-on adopter la distribution sélective dans certains pays et la distribution exclusive dans d'autres ?



### 1) Pourquoi avoir recours à la distribution sélective?

- ► Un mode de distribution très prisé et répandu
- par les marques de luxe
  - Permet une vente avec un service de qualité et des conseils aux clients
  - Permet de différencier les produits de luxe d'autres produits => amélioration de la réputation de la marque
  - Permet de gérer la rareté
  - Permet d'avoir un réseau de distributeurs compétents
- et par les fabricants de produits présentant une certaine technicité
- ► Un système qui a su s'adapter aux évolutions du marché



### 2) Pourquoi faut-il impérativement interdire la revente hors réseau en distribution sélective ?

- Exemple classique d'externalité horizontale négative lorsque l'effort de service consenti par un distributeur profite à ses concurrents.
- Le distributeur sélectif augmente ses coûts et donc ses prix en proposant un service à ses clients (vendeurs qualifiés, produits de démonstration, catalogues, etc.)
- Si son concurrent ne fournit pas ce service et n'en supporte pas les coûts, il peut vendre le produit à un prix de détail plus faible tout en réalisant des profits supérieurs à ceux du distributeur fournissant le service.
- Risque de *free riding* ou de passager clandestin : le client ira se renseigner chez le distributeur rendant le service et ira acheter le produit chez le *free rider*.
- Une restriction verticale entre le fournisseur et ses distributeurs permet de remédier à cette inefficience : il suffit que le fournisseur ne livre que les distributeurs qui assurent le service et leur interdise de revendre à des distributeurs ne rendant pas le service pour que le *free riding* disparaisse.



### 3) Quel type de distribution sélective choisir?

# Distinction entre la sélection purement qualitative et la sélection quantitative

- **Distribution qualitative**: les produits sont vendus à des distributeurs répondant à des critères qualitatifs tels que la formation des vendeurs, les services fournis et la gamme des produits commercialisés. Une telle sélection ne tombe pas sous le coup de l'article 101 du TFUE.
- **Distribution quantitative**: outre les critères qualitatifs, le fournisseur recourt à des critères quantitatifs c'est-à-dire qui limitent directement le nombre de distributeurs (par ex: quotas de ventes minimaux ou maximaux, détermination du nombre de distributeurs).



### 4) Quels sont les critères de licéité de la distribution sélective qualitative?

Les conditions pour qu'un réseau de DS échappe au principe prohibitif

- CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26/27, Metro: « à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction des critères objectifs de caractère qualitatif relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ».
- Critères repris par l'arrêt Coty : 6 déc. 2017, aff.C-230/16
- Critères également appliqués en France (Cass. Com. 18 déc. 2012, n° 11-27.342 ; CA Paris, pôle 5 chambre 4, 21 octobre 2020, n° 18/27620)



### 1. La qualité des produits ou services

- La nature des biens ou services en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire.
- Largement admis pour les produits de luxe (caractéristiques et/ou sensation de luxe) ou de haute qualité ou technicité
- Ex. de produits de luxe : parfums et produits cosmétiques
- Ex. de produits de haute technicité: produits électro-ménagers de haute qualité et fiabilité, matériels de motoculture qui nécessitent, en raison de leur technicité et dangerosité, des services d'assistance et de conseil, téléviseurs haut de gamme dotés de fonctionnalités avancées.



- Haute technicité (Comm. CE n° 75-73 du 13 décembre 1974 BMW) en raison de la complexité
- Luxe (« aura de prestige »), tels que des parfums (TPI CE 12 déc 1996, aff T-19/92, YSL, T—88/92, Givenchy)
- Parfois les deux (aff. Porsche, CA Paris 9 janv. 2019, n° 16/25000)
- On constate une tendance à un élargissement:
  - Bière en fût (soins particuliers pour en préserver la qualité)
  - Jeans haut de gamme (Cass. Com. 11 janv. 2005, n° 02-10566)
  - Commercialisation de la presse écrite (CJCE, SA Binon & Cie contre SA Agence et messageries de la presse, 3 juillet 1935, aff. 243/83; CJCE, 16 juin 1981, Salonia c/ Poidomam et Baglieri, aff. 126/80 : conditions d'assortiments, de stockage, de reprise des invendus ...)



Des critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire

- Les revendeurs répondent à des critères objectifs de caractère qualitatif : relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations
- Exemples:
- Haute technicité
  - critères relatif à la qualification professionnelle : aptitude à vendre dans de bonnes conditions ou à assurer un SAV
  - Installations : atelier pour l'entretien et la réparation
- **Luxe** : localisation et installation du point de vente, mais attention à la condition de proportionnalité, à la décoration du magasin (« sensation de luxe »)



2. Revendeurs justifiant du respect de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire (qualité de la distribution)

Aucune forme de commercialisation ne doit être exclue a priori (pas d'exclusion par principe de la grande distribution, V. TPI, 12/12, 1996, Leclerc).

Vente par des distributeurs exclusifs ?

Cumul autorisé par les LD en-dessous des seuils de parts de marché sous réserve que les ventes actives et passives entre membres du réseau agréé et à l'égard des consommateurs finals ne soient pas limitées (+ possibilité de prévoir une clause contractuelle de non-concurrence limitée à 5 ans).



### Vente uniquement par des commerçants spécialisés ?

Mal vu par les autorités de concurrence car jugé discriminatoire (ex. notion de commerce traditionnel de produits de luxe susceptible d'exclure les formes modernes de distribution, pas proportionnée à l'objectif recherché).

### - Vente par des pharmaciens ou des pharmacies d'officine?

En l'absence de législation exigeant la commercialisation de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle par des officines de pharmacie, le refus d'agréer d'autres formes de commerce remplissant les conditions d'agrément a été jugé anticoncurrentiel (TPICE, 27 févr. 1992, aff. T-19/91, Vichy). Idem pour le critère d'agrément consistant à exiger sur le lieu de vente la présence d'une personne diplômée en pharmacie (CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre, aff. C-439-09).



### - Exclusion de la vente par correspondance ?

Mal vue en général par les autorités de concurrence.

#### Exclusion des ventes par Internet ?

Il est interdit d'interdire la vente par internet à des distributeurs sélectifs. En revanche, il est possible d'exclure les *pure players* en exigeant un magasin physique pour pouvoir vendre sur Internet.

#### Exclusion des ventes en grande surface ?

Seules des raisons objectives peuvent justifier l'exclusion de la grande distribution du réseau. Si elle est apte à préserver l'image de marque du produit, elle doit être agréée.

La Cour de cassation a estimé que la commercialisation de produits cosmétiques de luxe selon les techniques de la grande distribution n'est pas incompatible avec un système de distribution sélective.

Idem pour des montres de luxe si l'hypermarché dispose d'un espace séparé dédié exclusivement à la bijouterie, respecte les critères et est doté d'une caisse particulière.



### Critères relatifs à la qualité du point de vente :

- Espace spécifique réservé aux produits pour en préserver l'image de qualité
- Vitrine extérieure si non disproportionné
- Locaux dont le standing et l'environnement correspondent au prestige de la marque
- Environnement intérieur satisfaisant pour l'image des produits

### **Qualités du distributeur :**

- Personnel qualifié
- Capacité du distributeur de rendre certains services à la clientèle, dès lors que ce critère est appliqué objectivement



### 3. Les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire

Ex.: une interdiction faite par un fournisseur de produits de luxe à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes en ligne tierces peut être jugée appropriée, pour autant que le fournisseur autorise les distributeurs à faire de la publicité par l'intermédiaire de l'internet sur des plateformes tierces et à utiliser des moteurs de recherche en ligne, de telle sorte que les clients soient normalement en mesure de trouver l'offre internet des distributeurs agréés.



### Les critères définis ne doivent pas aller au delà du nécessaire

- Exemples:
- Exigence d'un SAV pour des produits non réparables
- Exiger une « localisation centrale » alors que cela n'a aucune incidence sur la commercialisation



=> Conséquence : si ces critères sont remplis, le système de distribution sélective échappe à l'interdiction, sans même nécessiter une exemption.

Quid sinon?



Quid en présence de restrictions supplémentaires significatives allant au-delà de celles précitées ?

- → système de distribution probablement prohibé au titre de l'article 101 § 1 TFUE
- → toute justification devra être considérée à l'aune de l'article 101 § 3 du TFUE
  - exemption collective => règlement n° 330/2010 => supposera des parts de marché < 30 % + absence de restrictions caractérisées ; ou</li>
  - exemption individuelle

#### Cela peut concerner:

- Des accords prévoyant des critères quantitatifs (i)
- Des accords prévoyant d'autres restrictions ou ne respectant pas les conditions de proportionnalité par exemple (ii)



#### Les autres restrictions : parfois exemptables, parfois non

- → Exemptables : Obligations pour les revendeurs
- Liées aux achats:
- acheter des quantités minimum (quota admis si raisonnable)
- proposer une gamme convenue de produits
- se réassortir
- Liées à la revente:
- Montant minimum de revente (si pas d'élimination des fournisseurs concurrents)
- → Non exemptables :
- Les obligations portant sur le prix de revente
- L'interdiction de recourir à internet
- L'interdiction de revendre à des distributeurs sélectionnés



### Cas pratique n° 1:

Un fournisseur d'instruments de musique de très haute qualité a mis en place un réseau de distribution sélective qualitative.

Afin d'intégrer son réseau, les distributeurs doivent remplir plusieurs conditions énumérées dans une Charte de distribution sélective laquelle prévoit, entre autres, que:

- le point de vente physique du distributeur doit être dans un quartier huppé de la ville ;
- se dégage de ce point de vente une « impression de luxe suffisante » ;
- le personnel ait des connaissances pointues dans le domaine de la musique et suive des formations régulièrement ; et
- la boutique dispose d'une vitrine extérieure.

Un commerçant souhaite intégrer le réseau de distributeurs du fournisseur et se demande si ces critères de sélection sont contestables dans la mesure où il ne les remplit pas tous ?



Trois conditions doivent être remplies:

- 1° La nature du produit en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire
  - Ex: CA Paris, 3ème ch A, 28 mai 2002 n° 1999-20433 : Le recours à la distribution sélective est justifié dans le cas d'instruments de musique de luxe
- 2° Les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative fixés de manière uniforme, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non-discriminatoire
  - En l'espèce: image de luxe des produits du fournisseurs à conserver qui justifie les exigences:
    - quartier huppé (CA Paris, 5e ch. B, 29 juin 2000 n° 1998-06571)
    - ambiance de luxe du magasin (TC Paris, 13 juin 2000 n° 2000021247),
    - personnel qualifié et suivi par celui-ci de formations lui permettant de conseiller la clientèle (CJCE, 25 octobre 1997, Metro) ou d'assurer le SAV (CA Paris, 14e ch. B, 10 janvier 1991, n° 90-14062)
    - Vitrine extérieure: clause licite si pas discriminatoire ou disproportionnée (CA Paris, 5e ch. B, 29 juin 2000 n° 1998-06571)
- 3° Les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire: les exigences semblent raisonnables.

Les exigences du fournisseur semblent donc justifiées.



### 5) Quels sont les critères de licéité de la distribution sélective qualitative et quantitative ?

- Évolution historique inverse du droit européen et du droit français de la concurrence
- Droit européen : d'abord fortement réticent à l'égard des critères quantitatifs, ensuite de plus en plus favorable, par le biais de l'exemption individuelle (déc. Comm. N° 70/488/CEE, 28 oct. 1970, Omega) et in fine, liberté totale d'y recourir sans avoir à justifier de leur bien-fondé en-deçà de 30% de parts de marché
- Droit français : licéité reconnue très tôt par la Cour de cassation des critères quantitatifs, puis raidissement de la jurisprudence avec contrôle de proportionnalité rigoureux



Faut-il respecter les mêmes conditions que celles attachées à la distribution sélective qualitative ?

- Réponse autrefois positive de certaines juridictions françaises (Cass. com., 28 juin 2005, no 04-15.279, Bull. civ. IV, no 139; SA Garage Grémeau c/ SA Daimler Chrysler : contrôle le caractère objectif des critères)
- Jurisprudence désormais obsolète: position contraire exprimée par la CJUE en matière de Distribution automobile, transposable à toute forme de distribution sélective quantitative:
  - CJUE, 14 juin 2002, aff. C-158/11, Auto 24 SARL c/ Jaquar Land Rover :

« Par les termes « critères définis » (...) il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système 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. »



La sélection quantitative est soumise à deux exigences : le promoteur du réseau doit avoir clairement indiqué :

- les conditions quantitatives ; et
- les modalités d'application du numerus clausus

La limitation quantitative du nombre de distributeurs peut reposer sur les facteurs locaux de commercialité ou la densité de population mais risque d'insécurité juridique > les autorités de la concurrence risquent de contrôler l'opportunité du choix de la tête de réseau > plutôt recourir à des critères objectifs :

- Ex. : plafond national du nombre de distributeurs accompagné de leur répartition par villes
  - illustration : 1 point de vente pour 500 000 habitants (Cass. Com, 28 juin 2005  $n^{\circ}$  04-15.279) ; ou
  - illustration: 100 distributeurs pour la France (numerus clausus) implantés dans X zones



6) Peut-on panacher les deux types de distribution sélective, qualitative et quantitative pour certains produits ou services contractuels, qualitative pour d'autres ?

Oui, c'est très fréquent en pratique.

Exemple dans l'automobile :

- Recours à la distribution sélective qualitative et quantitative pour la distribution de véhicules neufs,
- Recours à la distribution sélective qualitative pour la réparation agréée.



#### 7) Peut-on adopter un système de distribution sélective à plusieurs niveaux ?

- Oui
- Entre fabricant et détaillants
- Entre fabricant et importateurs ou grossistes
- Entre grossistes et détaillants

#### Attention:

La restriction des fournitures croisées entre les membres du système de distribution sélective qui agissent à des niveaux commerciaux identiques ou différents constitue une clause noire privative du bénéfice de l'exemption par catégorie.



- 8) Peut-on pratiquer un système de double distribution avec des ventes directes aux clients finals parallèlement aux ventes des distributeurs sélectifs ?
- Oui, la double distribution est exemptée.
- Attention à la problématique des échanges d'informations en cas de double distribution et plus largement des restrictions de concurrence interdites au niveau horizontal (cf. jurisprudence danoise Hugo Boss).
- Projet de LD de la Commission du 4 février 2022 sur les échanges d'informations en cas de distribution duale : admission des échanges d'informations nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des produits ou services contractuels par les parties.



9) Peut-on adopter la distribution sélective dans certains pays et la distribution exclusive dans d'autres ?

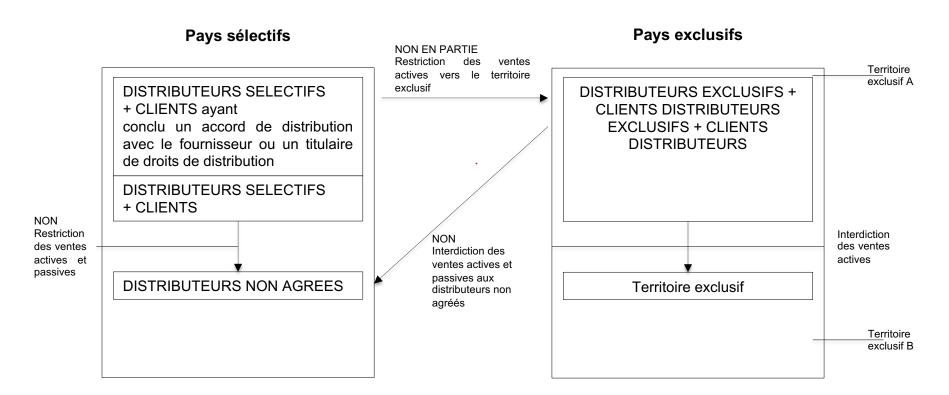
- Un même produit peut-il être considéré comme exigeant une distribution qualitative sur un marché et non qualitative sur un autre ? Oui.
- Problème de la cohabitation de régimes différents permettant des ventes parallèles en provenance de pays soumis à un régime vers les pays soumis à un autre régime en contravention avec les règles de distribution du pays de destination.



### En cas de recours à des systèmes de distribution différents selon les Etats membres, le projet de nouveau règlement prévoit :

- Un système de protection des distributeurs sélectifs des Etats sélectifs contre les ventes actives ou passives des distributeurs exclusifs et de leurs clients à des distributeurs non agréés situés sur un autre territoire sur lequel le fournisseur exploite un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels (Projet de règl., art. 4, C-11);
- Et un système de protection des revendeurs exclusifs contre les ventes actives réalisées par des distributeurs sélectifs ou leurs clients sur un autre territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués exclusivement à un acheteur ou à un nombre limité d'acheteurs.







#### B. L'organisation du réseau à l'épreuve du contentieux

- 1) La preuve de l'existence et de la licéité du réseau
- 2) La question de l'étanchéité du réseau



#### 1) La preuve de l'existence et de la licéité du réseau

- le fournisseur a la charge de la preuve de l'existence et de la licéité de son système de distribution sélective pour agir contre un tiers portant atteinte au réseau,
- tant devant le juge des référés que devant le juge du fond,
- au moment des faits litigieux.



#### En pratique, la preuve de l'existence et de la licéité peut être difficile :

- Un contrat-type ne suffit pas, il faut justifier des contrats individuels appliqués au territoire concerné
  - Exemple récent : Paris, 3 nov. 2021, Modz / Davimar, n° 18/27259 : la conclusion d'un contrat en France ne peut suffire à établir l'existence d'un réseau de distribution sélective au moment des faits litigieux.
- Le règlement restrictions verticales peut faciliter la tâche, mais il faut justifier du bénéfice des parts de marché inférieures à 30% ainsi que de l'absence de restrictions caractérisées
- Comme l'a indiqué la doctrine, tout se passe en fait « comme s'il existait une présomption d'illicéité du réseau que la tête de réseau doit renverser en démontrant méthodiquement qu'elle remplit toutes les conditions de licéité ».



- Compétence du juge des référés sur l'appréciation de la licéité d'un réseau de distribution sélective selon la Cour de cassation.
- Exemple récent, aff. VGF / First Occasions

  Action contre un revendeur hors réseau présumé

  Trib. mixte de commerce de Fort-de-France, réf. 31 mars 2022, n° 2021/2994 : « le juge de céans n'estime pas disposer des éléments suffisants aux fins de s'assurer de la licéité du réseau qu'entend protéger la requérante avec les exigences posées par les dispositions ci-dessus rappelées au regard des contrats de distributeur qu'elle verse et de la spécificité du marché guadeloupéen, préalable cependant indispensable aux fins de pouvoir apprécier le bien-fondé des demandes portées par la société VGF ».
- Demande d'avis à l'ADLC.



Principales clauses restrictives à éviter pour arriver à démontrer la licéité du réseau :

- Les clauses de prix imposés
- L'interdiction des livraisons croisées
- L'interdiction des importations parallèles et les ventes passives
- L'interdiction des ventes sur internet
- La restriction des promotions et des soldes
- L'interdiction de distribuer des marques concurrentes dénommées



#### 2) L'étanchéité du réseau

- Le concept d'étanchéité (Lückenlosigkeit), qui a été développé en Allemagne dans le cadre du droit de la concurrence déloyale, implique que le fabricant ne vende que par l'intermédiaire de distributeurs agrées et prouve, pour bénéficier de l'action contractuelle ou de l'action en concurrence déloyale, qu'il fait respecter son système en agissant contre les revendeurs hors réseau et leurs fournisseurs.



- En droit français, la licéité du réseau n'est pas subordonnée à la preuve de son étanchéité effective.
- Seule l'étanchéité juridique est exigée et conditionne l'opposabilité aux tiers du système de distribution sélective.
- Cependant, le fournisseur engage sa responsabilité envers les membres du réseau si, alerté sur des reventes hors réseau illégales, il demeure passif.



- En droit européen, l'étanchéité effective ne constitue pas une condition de sa validité ni un préalable à son opposabilité :
  - Autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit de la concurrence déloyale
  - Opposition aux systèmes rigides et fermes
  - Difficulté pratique de faire respecter l'étanchéité
  - Simple exigence d'étanchéité juridique posée par l'article 1<sup>er</sup>, par. 1
     e) du règlement n° 330/2010



#### Application de ces principes par la jurisprudence nationale et européenne.

- L'étanchéité de fait du réseau n'est pas une condition de validité de la distribution sélective (Com. 5 juillet 2017, n° 14-16737)
- CJCE 25 oct. 1977, Metro : « tout système de distribution fondé sur une sélection des points de vente de distribution implique nécessairement, à peine de n'avoir aucun sens, l'obligation pour les grossistes faisant partie du réseau de n'approvisionner que des revendeurs agréés »



Le fabricant est uniquement tenu d'apporter la preuve de l'étanchéité juridique et non pratique de son réseau *i.e.* en produisant un contrat-type interdisant à ses distributeurs de s'approvisionner et de revendre hors réseau (CA Chambéry, ch. com., 24 février 2009 n° 07-02631; CA Colmar, ch. civ. 1 A, 22 mars 2021 n° 17/02203)

Au contraire, il n'est pas tenu d'établir que des mesures ont été prises pour assurer l'étanchéité du réseau ou que l'interdiction contractuelle des ventes hors réseau a été appliquée

La validité du réseau de DS n'est pas subordonnée à une étanchéité parfaite: l'existence de failles dans le réseau et la présence de distributeurs parallèles ne sont pas de nature à empêcher la démonstration de la licéité du réseau (CA Colmar, ch. civ. 1 A, 22 mars 2021 n° 17/02203).

De même, le défaut d'étanchéité du réseau ne se déduit pas du seul fait qu'un fournisseur autorise exceptionnellement ses grossistes à vendre à des revendeurs non encore agréés (CA Paris, 12 octobre 2005, n° 05-04311).

En revanche, il peut évoquer sa responsabilité en cas de signalement de reventes hors réseau sans réaction de sa part.

En cas de manquement, possible résiliation du contrat



#### L'organisation de l'étanchéité

- Sur le plan contractuel, les contrats de distribution sélective contiennent en général:
- une clause par laquelle le fournisseur s'engage à ne vendre les produits qu'aux distributeurs agréés; et
- une clause par laquelle les distributeurs agréés s'engagent à ne pas vendre les produits à des distributeurs non agréés.

Clauses validées par l'article 4b) iii) du Règlement 330/2010



#### Position du projet de révision du règlement R.330/2010

- Le projet de révision du règlement R.330/2010 consacre la validité des clauses d'interdiction de revente hors réseau (art. 4, c, i)
- L'interdiction de revente hors réseau sur un territoire réservé à un réseau de distribution sélective peut être stipulée dans un contrat avec <u>un distributeur exclusif</u> ou <u>un acheteur</u> du fournisseur (art. 4, b, ii et 4, d, ii)

**Nouveauté** : le projet de révision prévoit la possibilité que l'interdiction de revente hors réseau vise le cocontractant du fournisseur, ainsi que <u>le sous-acquéreur</u>



Moyens précontentieux de contrôle de l'étanchéité

Ces moyens sont en principe licites :

« Les obligations acceptées en matière de contrôle, tant qu'elles ne dépassent pas le but recherché, ne sauraient constituer par elles-mêmes une restriction de concurrence mais forment l'accessoire de l'obligation principale dont elles contribuent à assurer l'application »

(CJCE 25 oct. 1977, Metro I, aff. 26/76)



#### Exemples:

- organiser régulièrement des campagnes de sensibilisation auprès des détaillants agréés
- surveillance permanente des sites et points de revente et envoi systématique de lettres de mise en demeure en cas de vente parallèle
- codage / marquage des produits, pour connaître l'origine des produits vendus hors réseau
- contrôle de la facturation du distributeur agréé
- autres moyens plus indirects:
  - garantir la garantie contractuelle aux seuls distributeurs sélectionnés
  - uniformisation des prix
  - mettre en avant les risques inhérents à un achat sur le « marché gris » pour le consommateur, afin d'en diminuer l'attractivité



Les actions contentieuses contre les tiers en défense du réseau : la question de la lutte contre la distribution parallèle illégale

Les ventes accomplies par de simples particuliers ne sont pas susceptibles de constituer une violation de l'interdiction de revente hors réseau Com. 3 mai 2012, 11-10.508, à propos de vente sur *ebay* (*ebay contre LVMH*)

Le principe est celui de la licéité de la revente hors réseau *i.e. que* LA REVENTE PARALLELE N'EST PAS INTERDITE EN SOI en vertu du principe de l'effet relatif des contrats



#### Hypothèses:

Des distributeurs non sélectionnés s'approvisionnent auprès :

- de distributeurs sélectionnés (ou du fournisseur!) qui auraient violé le contrat;
- de distributeurs sélectionnés qui croient vendre à un consommateur (bonne foi) ; ou
- d'un vendeur situé sur un marché où le réseau de distribution sélective n'a pas été implanté



#### a) Une condition à l'action en cas de revente hors réseau : la preuve de la validité du réseau

→ Pour pouvoir agir, le promoteur du réseau doit toujours établir la licéité de son réseau Rappel par Com 21 juin 2011 n° 09-70.304 ; Cass. Com., 6 déc. 2016, n° 15-12,437

CA Paris Pôle 5 chambre 5, 27 mars 2014, n° 10-19766: Le fournisseur, sur lequel pèse la charge de la preuve de la licéité de son réseau, doit apporter des éléments permettant de définir le marché pertinent ainsi que sa position sur ce marché.

CA Paris, 1-2, 19 nov. 2020, n° 19/20354 : l'existence et la licéité d'un réseau de distribution sélective ne peuvent s'apprécier qu'au regard de contrats de distributions effectivement conclus et comportant une date antérieure aux faits litigieux

Parfois échec : Cour d'appel de Paris 25 mai 2016, RG n° 14/03918

En pratique, le règlement restrictions verticales facilite la tâche du promoteur du réseau qui bénéficie d'une exemption de plein droit lorsque les parts de marché du fournisseur et du distributeur sont inférieures à 30%

- → La doctrine a pu affirmer avec réalisme que dans la jurisprudence, tout se passe en fait « comme s'il existait une présomption d'illicéité du réseau que la tête de réseau doit renverser en démontrant méthodiquement qu'il remplit toutes les conditions de licéité » (Behar-Touchais)
- → Mais cette preuve peut se déduire d'une validation déjà obtenue d'une autorité de concurrence



#### b) Les différents fondements possibles à une action

#### Possible d'agir sur le terrain:

- De la concurrence déloyale ;
- Du droit des marques ;
- Du délit de pub trompeuse ;
- Du droit des pratiques restrictives de concurrence

#### Selon D. et N. Ferrier, évolution de la jurisprudence > trois cas de figure constatés :

- Condamnation du revendeur hors réseau ;
- Protection du revendeur hors réseau ;
- Tolérance du revendeur hors réseau (influence droit UE)



#### 1° Action en concurrence déloyale ou parasitisme

- Temps 1 : Fait pour un revendeur non sélectionné de vendre des produits relevant d'une DS = concurrence déloyale
- Temps 2 : Com. 10 janv. 1989: simple revente hors réseau ne suffit pas => exigence d'une **faute distincte**:

Paris 15 nov. 2017, RG n° 17/04923 : « le seul fait de commercialiser hors réseau des produits authentiques couverts par un contrat de distribution exclusive et/ou sélective n'est pas fautif dès lors que la revente concerne des produits acquis régulièrement.

L'action en concurrence déloyale n'est donc possible que si à la distribution hors réseau s'ajoute une faute imputable au distributeur hors réseau »



Il y a, par exemple, commission d'une faute distincte lorsque:

- le tiers revendeur achète les marchandises dans des conditions irrégulières ou illicites
   Remarque : le refus de justifier l'origine des produits fait présumer le caractère illicite de l'approvisionnement (Com., 27 octobre 1992, Azzaro c. Pin Ups, n° 90-15831)
- lorsqu'un distributeur non agréé commercialise des produits dont l'emballage porte la mention « ne peut être vendu que par un distributeur agréé » si le revendeur ne précise pas qu'il n'est pas lui même sélectionné (CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 3 avril 2019, n° 18-18474)
- lorsqu'un distributeur non agréé désorganise le réseau (CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 13 janvier 2016, n° 13-11588)
- lorsqu'un revendeur ne rend pas les services fournis par le réseau
- lorsque le produit est commercialisé dans des conditions portant atteinte à l'image du réseau (ex: « simples annonces de vente publiées dans des conditions dévalorisantes alors que les distributeurs agrées du réseau se voient imposer des conditions d'accueil et de mise en vente très strictes par la société Porsche France » - CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 9 janvier 2019, n° 16-25000)
- Paris 23 janv. 2019, RG 17/00035 : commercialiser des produits de marque « sans réaliser les investissements indispensables au développement du réseau, en profitant de la notoriété de la marque, constitue des actes de parasitisme économique » ; en ce sens également (CA Paris, Pôle 5 ch. 1, 14 mars 2017, n° 15-23991)



#### 2° Action pour contrefaçon de marque

Temps 1: admission (utilisation de la marque d'autrui sans son consentement : L. 716-9 CPI)

Temps 2 : refus car principe de l'épuisement du droit de marque (art. L713-4 du code de la PI)

Mais le propriétaire de la marque peut s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de **motifs légitimes**, tenant notamment :

- à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits ;
- au fait que produit soit vendu dans des conditions incompatibles avec l'image de marque ou avec le prestige de celle-ci (ex : Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-20.620, Sté Chanel)

Attention: Cass. Com. 8 nov. 2016 n° 15-15072: Ne caractérise pas une atteinte à l'image de marque des produits le fait pour un tiers hors réseau de les revendre en ligne à très bas prix.



#### 3° Pratiques commerciales déloyales

L'article L. 121-1 code de la consommation sur la publicité trompeuse peut-il être invoqué utilement ?

- oui si revendeur se prévaut abusivement de l'image d'un distributeur sélectionné (Paris 24 mars 1987) ;
- Non s'il ne s'en prévaut pas



4° Action sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence: article L. 442-2 code de commerce nouveau (ex article L442.6 6°)

Donc prohibition maintenue par la loi Egalim

Article L. 442-2 nouveau du code de commerce: « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence »

<u>Conditions d'application de cette responsabilité sont souples</u>: pour que la faute soit constituée, il suffit de démontrer:

- la licéité du réseau ; et
- le fait que le vendeur s'est approvisionné en toute connaissance de cause auprès d'un détaillant agréé



• Com. 25 janv 2000, n° 97-19809 : « Il appartient à l'opérateur qui a acquis des véhicules neufs pour les revendre de faire la preuve qu'il les a régulièrement acquis sur un réseau parallèle ou auprès d'un autre concessionnaire »

#### • Jurisprudence récente:

- ➤ Paris, 5-4, 23 janvier 2019, n° 17-00035: E Nova / LVMH, Tag Heuer: la commercialisation de montres de luxe sur un site internet avec des promotions et dans des emballages dégradés porte atteinte à l'image de marque des produits
- ➤ Paris, 1-3, 20 février 2019, n° 18-27907, PSA et Automobiles Citroën / MA Pièces Autos Bretagne: la revente, par un distributeur agréé de pièces de rechange, des produits contractuels à un tiers hors réseau qui ne les utilise pas pour réparer des véhicules mais pour les commercialiser en masse sur internet justifie la résiliation immédiate du contrat (approuvé par Cass. com., 4 déc. 2019)
- Paris, 5-4, 3 novembre 2021, n° 18/27259 : le mandataire d'un revendeur agréé s'approvisionne régulièrement auprès du distributeur agréé l'ayant mandaté, en raison de l'absence d'acquisition pour son compte et donc de transfert de propriété à son bénéfice



#### Difficultés pratiques :

- Nécessité de faire une mise en demeure au revendeur hors réseau lui modifiant l'interdiction de revente hors réseau et lui demandant ses sources d'approvisionnement
- Réponses évasives du revendeur ou invoquant de multiples contestations
- Nécessité de solliciter une ordonnance sur requête aux fins de constat
- Pièges procéduraux : compétence des tribunaux spécialisés, insuffisante motivation du caractère non contradictoire
- Difficultés d'exécution de la mesure (secret des affaires, multiplicité de sociétés)
- Contentieux de la mesure de constat



#### Deuxième partie

## LA VIE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION SELECTIVE



- I. L'entrée dans le réseau de distribution sélective
- A. L'application au contrat de distribution sélective des règles de droit commun lors de l'entrée d'un distributeur au sein d'un réseau
- B. Les problématiques plus spécifiques au contrat de distribution sélective lors de l'entrée dans le réseau



# A. L'application au contrat de distribution sélective du droit commun à l'occasion de l'entrée dans le réseau de distribution

- 1) La période précontractuelle
- 2) La durée des contrats



# 1) La période précontractuelle



# 1) LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

- Un devoir d'information
- Une obligation de bonne foi

# 1. L'information précontractuelle

## 2 sources:

- Une traditionnelle, issue de la loi Doubin ; et
- Une issue du nouveau code civil



Source spéciale : la loi Doubin du 31 décembre 1989 a introduit l'obligation de fournir un document d'information précontractuelle

## Art. L. 330-3 du code de commerce :

« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une **marque** ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement **d'exclusivité** ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans **l'intérêt commun** des deux parties, de fournir à l'autre partie un **document** donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».



## → Hypothèses où la délivrance d'un DIP est obligatoire :

#### 2 conditions à sa délivrance :

- 1° une « mise à disposition » de signes distinctifs ; et
- 2° une exclusivité ou une quasi exclusivité, qu'elle soit d'activité ou d'approvisionnement.

#### Sont notamment concernés :

- les contrats d'agence commerciale exclusive ;
- les contrats de location gérance avec exclusivité;
- les contrats de franchise avec exclusivité d'approvisionnement;
- les contrats d'approvisionnement exclusif;
- les contrats de licence de marque exclusive ;
- Les contrats de distribution sélective ou de distribution exclusive avec exclusivité de marque ou d'approvisionnement.

L'obligation est également applicable en cas de <u>renouvellement du contrat</u> (Cass. com., 14 janv. 2003, n° 00-11.781) et en cas de <u>cession de fonds de commerce avec le contrat</u> (Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692).



- L'obligation d'information précontractuelle doit de même être respectée lors de la reconduction tacite du contrat de franchise pour permettre au franchisé de s'engager de nouveau avec des informations actualisées.
- Idem en cas de renouvellement du contrat avec avenant portant sur un nouveau marché local (Toulouse Est au lieu d'Alès) où les prédécesseurs avaient dû cesser leur activité sans que les nouveaux franchisés en aient été informés: Paris, 7 nov. 2018, n° 16/10209.



# → Exception à l'obligation de fournir un DIP :

• <u>Contrats de bière</u>: la jurisprudence considère que l'obligation n'est pas applicable aux contrats de bière dès lors qu'ils ne s'accompagnent pas de la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne (CA Nancy, 5e ch. com., 25 mai 2016, n° 15-01501).



- → <u>Moment où le DIP doit être transmis</u> (contre délivrance d'une **attestation de réception)**:
  - avant la signature du contrat (20 jours minimum avant la signature. Incompressible mais possible de l'augmenter => CA Paris 13 fév. 2017 : délai obligatoire => fait de l'antidater par le franchiseur = réticence dolosive)
  - au moment du renouvellement du contrat (Cass. Com. 9 oct. 2007, n° 05-14.118)
  - quand le distributeur cède son fonds de commerce (Cass. Com. 21 fév. 2012, n° 11-13.653)

<u>Attention</u>: Absence de force probante de la reconnaissance contractuelle de la réception du DIP (CA Paris, 13 décembre 2017, n° 13/19504).



## → Contenu du DIP

✓ Mentions obligatoires : article R. 330-1 code de commerce :

## Le DIP contient notamment :

- Une identification précise de l'entreprise (adresse, domiciliation bancaire, nature de ses activités...);
- La date de la création de son activité et les étapes de son évolution
- Les comptes annuels des 2 derniers exercices ;
- Une présentation de son réseau (liste des entreprises, nombre de celles qui ont cessé d'en faire partie au cours de l'année précédente);
- Durée du contrat et conditions de renouvellement/ résiliation/ cession ;
- Nature et montant des dépenses d'investissement



### Etat du marché local:

- Obligation incombant au franchiseur
- Mais ne correspond pas à une étude de marché censée analyser de manière approfondie l'impact de la concurrence existante sur l'exploitation du franchisé:
  - Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-25.654
  - Versailles, 12è. ch., 24 oct. 2019, n° 18-02778
  - Saint-Denis de la Réunion, 29 nov. 2019, n° 17-01517
  - Paris, 19 juin 2019, n° 17/05169
- Paris, 11 décembre 2019, n° 18-07010 : Le franchisé, installé dans la région depuis plus de vingt ans, qui ne précise pas les démarches entreprises pour satisfaire à son obligation de s'informer en sa qualité de commerçant indépendant, ne peut reprocher au franchiseur une insuffisance de présentation de l'état du marché local.

#### Etude de faisabilité du projet :

Obligation incombant au franchisé: Paris, 5-4, 15 mai 2019, n° 17-22499.



## Mentions facultatives : une étude de marché local, les bilans ou les comptes prévisionnels

Mais : Cass. Com. 13 sept. 2017, n° 15-19740 : Le franchiseur qui fournit des comptes prévisionnels dénués de caractère sérieux ne peut se retrancher derrière leur caractère facultatif ou purement indicatif.

Donc s'ils sont fournis ils doivent être sérieux faute de quoi le contrat peut être annulé pour erreur sur la rentabilité de l'activité (Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21.536).

### Par exemple:

- Un avant-projet, non contractuel, à valeur indicative, accompagné de la recommandation de tout vérifier et de le soumettre à un expert-comptable n'est pas un compte de résultat prévisionnel (Versailles, 12è. ch., 24 oct. 2019, n° 18-02718, Bistrot du Boucher).
- La communication des chiffres-clés de certaines boutiques du réseau et de données relatives à la saisonnalité moyenne des ventes au cours d'un exercice ne peut être assimilée à la remise de comptes d'exploitation prévisionnels (CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 19 juin 2019, n° 17-05169 et 17-05373).



## Sanctions en cas de non-respect des règles gouvernant le DIP

✓ Sanctions pénales : art. R.330-2 code de commerce : amende 5ème classe (soit au maximum 1 500 €)

## ✓ Mais surtout sanctions civiles :

- Annulation du contrat pour dol (Com. 12 févr. 2008) N'est pas automatique
- => il faut rapporter la preuve que le consentement a été vicié

Com. 10 févr. 1998, n° 95-21.906

Com. 5 janv. 2016, n° 14-15.702 (FD) + Cass. com., 8 juin 2017

■ DI sur fondement art. 1240 cc (ex 1382 cc) => perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non pas les pertes subies (CA Paris, 24 oct. 2018, n° 16/10932)



Source générale : la théorie générale des contrats - théorie des vices du consentement

V. le nouvel article 1112-1 du code civil issu de la réforme (10 fév. 2016) :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. [...] ».



- La charge de la preuve pèse sur la partie qui connaissait l'information
- Règle d'ordre public
- Obligation néanmoins pour le bénéficiaire de se renseigner (dès lors que « légitimement » l'information est ignorée)
- Absence d'obligation de se renseigner dans les « contrats de confiance »



#### APPLICATION AU CONTRAT DE DITRIBUTION SELECTIVE ?

- Application du devoir d'information spécifique Loi Doubin si ses condition sont remplies :
  - mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne : généralement rempli en distribution sélective
  - contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties : pourrait se discuter mais sera généralement considéré comme rempli
  - exigence d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité
  - pas fréquent en distribution sélective
  - mais possible : la distribution sélective peut être associée à une obligation d'approvisionnement exclusif ou quasiexclusif tout en bénéficiant de l'exemption par catégorie en dessous de 30 % de parts de marché (art. 176, LD)
  - jurisprudence très rare ; un exemple : Paris, 8 juin 2016, retenant que l'absence d'atteinte de résultats mentionnées dans le prévisionnel fourni par la tête du réseau ne traduisait pas un dol dès lors que le candidat avait activement participé à son élaboration et qu'ancien cadre de banque, il était en mesure d'en apprécier le sérieux



- Application du devoir d'information général du code civil ?
- oui, si le contrat n'est pas soumis à la loi Doubin, mais a sans doute peu vocation à s'appliquer
  - quid de l'articulation du droit spécial et du droit général au cas où le candidat remplit les critères des deux protections ?



## 2. L'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat

## → La réforme du droit des contrats

- L'ordonnance réformant le droit des contrats étend le principe de la bonne foi à la <u>négociation</u> et à la <u>formation</u> du contrat.
  - Art. 1104 code civil: « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».



## Rupture des pourparlers :

- L'article 1112 nouveau du Code civil consacre le principe de liberté dans la phase précontractuelle, limité par la bonne foi et l'engagement de la responsabilité délictuelle en cas de faute commise dans les négociations.
  - > Seules les circonstances de la rupture peuvent constituer une faute et non la rupture elle-même (ex. désinvolture de l'auteur de la rupture).
  - Confirme la jurisprudence selon laquelle la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu ne doit pas être prise en compte dans le calcul des dommages-intérêts (Cass. com., 26 novembre 2003, « Manoukian »).



 Une illustration récente de l'obligation à propos d'un refus d'agrément d'une candidature à l'occasion de négociations portant sur la reprise d'une concession automobile disposant de contrats de distribution sélective :

T. com. Paris, 19ème ch., 2 mars 2022, Meny Nancy / Opel France.

Selon le jugement (très critiquable), le concessionnaire avait identifié 2 repreneurs possibles en plus de celui pressenti par la marque pour la cession de ses fonds de commerce de Nancy et l'un d'entre eux au moins était acceptable pour la marque puisqu'il a été finalement nommé concessionnaire.

Le jugement reproche à la marque d'avoir été informée très étroitement des discussions avec le repreneur pressenti et d'avoir maintenu l'exclusivité donnée au repreneur pressenti même une fois qu'il fut devenu clair que l'ancien concessionnaire ne trouverait pas d'accord avec cette société.



Le jugement considère qu'en refusant l'agrément de deux repreneurs potentiels et en maintenant ce refus une fois qu'il fut devenu clair qu'aucun accord ne serait possible avec le repreneur pressenti par la marque et en refusant toute flexibilité sur la date de fin des contrats de concession qui aurait permis de conclure une cession avec le groupe désigné in fine comme concessionnaire, la marque « a entravé de manière illégitime les possibilités de reprise de son concessionnaire », « a agi sans bonne foi » et lui « a causé un préjudice ».



# 2) LA DURÉE DU CONTRAT



#### **DURÉE DU CONTRAT:**

Elle est en principe libre mais il y a, en réalité, des restrictions.

Incidence des clauses d'exclusivité et de la loi Macron:

#### → Présence d'une exclusivité :

## **✓** Droit français

- Article L. 330-1 code de commerce (si contrats cadres + contrats d'application)
   « Est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ».
- Article L. 330-2 de ce même code ajoute que :
   « les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prennent fin à la même date que celles figurant au premier contrat ».

Dispositions d'ordre public : Com. 7 avr. 1992, n° 90-21.260



# **✓** Droit de l'UE

- L'article 5-1, a) du Règlement UE 330/2010 : l'exclusivité d'achat (au moins 80% des achats) est limitée à 5 ans pour bénéficier de l'exemption par catégorie.
- Exception en matière de franchise : l'exclusivité d'achat peut épouser la durée du contrat.

### → Loi Macron du 6 août 2015

 Art. L. 341-1 code de commerce : impose une « échéance commune » pour l'ensemble des contrats conclus entre les mêmes parties au sein d'un même réseau de distribution dès lors qu'ils abritent « des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par l'exploitant de son activité commerciale ».



# **APPLICATION AUX CONTRAT DE DISTRIBUTION SELECTIVE?**

- En pratique, les contrats de distribution sélective sont conclus selon les secteurs pour des durées déterminées courtes (un an renouvelable pour un an par exemple) ou pour des durées indéterminées.
- Par exemple, en distribution automobile, les contrats sont conclus pour une durée indéterminée avec préavis de résiliation ordinaire de 24 mois (hérité du règlement 1400/2002), une marque ayant des CDD de 5 ans avec préavis de non-renouvellement de 6 mois.
- Problème de la gestion d'un contrat à durée indéterminée avec une obligation de non-concurrence limitée à 5 ans



# Cas pratique 2 :

Un contrat de franchise a été conclu le 1<sup>er</sup> janvier 2015 pour une durée de 2 ans. Le 2 janvier 2017, alors que le contrat a été renouvelé, le franchisé n'a pas reçu de document d'information précontractuel.

Est-ce conforme au formalisme de l'information pré-contractuelle?



L'article 1214 al. 2 du code civil dispose que le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat. Puisqu'il s'agit d'un nouveau contrat, le franchiseur est tenu de fournir à son franchisé un document d'information précontractuel au moment du renouvellement (Cass. com. 9 oct. 2007, n° 05-14.118).

A quelles sanctions s'expose le franchiseur qui n'a pas transmis le DIP?



Au titre des sanctions pénales, il encourt une amende de 5<sup>e</sup> classe.

Au titre des sanctions civiles, le contrat risque d'être annulé si un dol est démontré. Il peut également être condamné à verser des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1240 du code civil en raison de la perte de chance du franchisé de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses.



## Cas pratique 3 :

Un contrat de distribution sélective est conclu le 1<sup>er</sup> janvier 2015. Le contrat prévoit une clause d'achat quasi-exclusif à hauteur de 75% pour une durée de 10 ans.

Le contrat peut-il bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le Règlement UE 330/2010?



NON



# B. Les problématiques plus spécifiques du contrat de distribution sélective lors de l'entrée dans le réseau

La principale problématique assez spécifique au contrat de distribution sélective concerne le refus d'agrément au sein du réseau, qui donne fréquemment lieu à des contentieux :

- parfois en cas de candidature d'un nouvel entrant qui souhaite entrer dans le réseau de distribution sélective
- plus fréquemment, après résiliation ordinaire du contrat avec un préavis suffisant, de la part de l'ancien membre du réseau qui entend se maintenir au sein du réseau en faisant valoir qu'il remplit toujours les critères de sélection et doit être renommé



# Forme de l'agrément

- liberté contractuelle
- il appartient à celui qui se prétend victime d'un refus d'agrément de prouver qu'il a formé une demande d'un tel agrément (CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 27 mars 2019, n° 17-09056)



- Quid du refus d'agréer ou de renouveler l'agrément d'un distributeur répondant aux conditions ? Existe-t-il une obligation d'agréer ?
- Une question complexe marquée par des jurisprudences divergentes et évolutives
- Des problématiques juridiques séparées mais que les avocats des demandeurs mêlent souvent:
  - Refus d'agrément et droit civil ; et
  - Refus d'agrément et droit de la concurrence



## (i) Refus d'agrément et droit civil

Principes en faveur de la liberté:

- Principe de liberté contractuelle (article 1102 du Code civil) :
  - « 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. »
- Principe de liberté d'organiser son réseau
- Principe de l'interdiction des engagements perpétuels (art. 1210 Code civil):
  - « Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »



 Position de la Cour d'appel de Paris : consacre la liberté de contracter au regard du droit civil

Plusieurs arrêts selon lesquels le principe de la liberté contractuelle dispense la tête de réseau de l'obligation de conclure un contrat de distribution sélective avec tout distributeur remplissant les critères de sélection

Ex : CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 19 oct. 2016, n° 14/07956, SARL Élysées Shopping c/ SAS Rolex France :

« [I]e principe fondamental de liberté contractuelle autorise tout opérateur économique organiser son réseau de distribution comme il l'entend sous la seule réserve de ne commettre aucune pratique anticoncurrentielle. La société Rolex était donc libre de ne pas examiner la candidature de la société X sans avoir en justifier, peu important que celle-ci remplisse les critères de sélection »



 Position de la Cour d'appel de Paris : consacre la liberté de contracter au regard du droit civil (suite)

Ex: CA Paris, 27 nov. 2019, MERCEDES c/ GARAGE DE BRETAGNE

La règle sur l'absence de contrainte liée au droit civil :

- « ne distingue pas selon les types de réseau »,
- n'a pas à être « appréciée au regard des exigences requises par la réglementation d'exemption »,
- de sorte qu'est indifférente toute « distinction entre système de distribution sélective quantitative et système de distribution sélective qualitative ».



- Position de la Cour d'appel de Paris : consacre la liberté de contracter au regard du droit civil (suite)
- ✓ CA Paris, 27 mars 2019, OUSTRIC c. LAND ROVER
  - « Aucune obligation de conclure un contrat de distribution sélective avec tous les distributeurs remplissant les critères de sélection ne pèse sur le fournisseur, en raison du principe de la liberté contractuelle.
  - De la même façon, le fournisseur n'a aucune obligation d'agréer à nouveau un distributeur après la résiliation de son contrat, même s'il remplit les critères, les engagements perpétuels étant prohibés. »
- ✓ <u>CA Paris, 5-4, 31 juillet 2019, GARAGE DREVET c. HYUNDAI MOTORS</u>

  « Il résulte du principe de la prohibition des engagements perpétuels et de la liberté du commerce et de l'industrie qu'un distributeur ne dispose d'aucun droit acquis à la poursuite indéfinie d'un contrat de distribution et que tout opérateur économique peut choisir en toute indépendance ses partenaires commerciaux. »



- Position de la Cour d'appel de Paris : consacre la liberté de contracter au regard du droit civil (suite)
- ✓ CA Paris, 5-4, 24 juin 2020, SAFIRAUTO et al. c/ HYUNDAL

La liberté contractuelle et l'exigence de bonne foi ne requièrent aucune obligation de déterminer ni de mettre en œuvre d'un processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés, ni d'appliquer ceux-ci de manière non discriminatoire, dans la mesure où :

- la tête de réseau n'a pas entretenu les concessionnaires sortants, de manière déloyale, dans l'illusion que leurs contrats de distribution seraient renouvelés à l'échéance du préavis de résiliation
- la tête de réseau ne s'est pas engagée à examiner la candidature des concessionnaires sortants.

« La circonstance que la tête de réseau n'ait pas contracté de nouveau contrat de distribution avec les concessionnaires sortants ne constitue pas une faute en vertu du principe de la liberté contractuelle. »



# Quid de la Cour de Cassation? : de l'ambiguïté à la clarté

# Cass. Com. 8 juin 2017, n° 15-28355

 « 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 »



Une Jurisprudence qui consacre désormais la liberté de contracter au regard du droit civil

Com., 27 mars 2019, FIAT c. CATIA, et sur renvoi, CA Paris, 23 oct. 2019

« Par ailleurs, si le principe de la liberté contractuelle est limité par l'obligation de bonne foi et de loyauté, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective quantitative, il résulte de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 2019 que l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution qu'il détermine et mette en œuvre la sélection de ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et qu'il applique ceux-ci de manière non-discriminatoire. »

Com., 16 fév. 2022, n° 20-11.754

« si pour assurer la libre concurrence sur le marché, <u>le droit de la concurrence impose à la tête</u> <u>d'un réseau de distribution et de réparation sélectives qualitatives de déterminer les critères de sélection requis</u> par la nature des biens distribués ou réparés ou des services effectués et de les mettre en oeuvre uniformément et de manière non discriminatoire, <u>cette exigence ne relève pas de l'obligation de bonne foi contractuelle</u>. Le moyen qui, en sa première branche, postule le contraire, manque en droit. »



- Une Jurisprudence qui consacre désormais la liberté de contracter au regard du droit civil
- ✓ Cass. Com. 12-5-2021 n° 19-17.580 F-D, Sté industrielle automobile du Comminges (Siac) contre Société Renault :
- Les modalités d'un refus d'agrément ou de renouvellement d'agrément peuvent relever de la responsabilité civile, à la condition que soient invoquées et démontrées les conditions permettant la mise en œuvre d'une telle responsabilité.
- « 8. En l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, et dès lors que la SIAC invoquait, au soutien de sa demande, <u>le caractère discriminatoire du refus</u> qui avait été opposé à sa candidature au renouvellement de son agrément comme distributeur exclusif dans un réseau entrant dans le champ d'application du règlement (CE) n° 1400/2002, en contestant <u>la pertinence des critères de sélection et les conditions de leur mise en œuvre</u>, c'est à bon droit et sans méconnaître l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, que la cour d'appel, en l'absence d'invocation d'autres agissements relevant du droit de la responsabilité civile, a examiné le refus litigieux au seul regard du règlement (CE) n° 1400/2002, dont il relevait exclusivement. »



### (ii) Refus d'agrément et droit des pratiques anticoncurrentielles

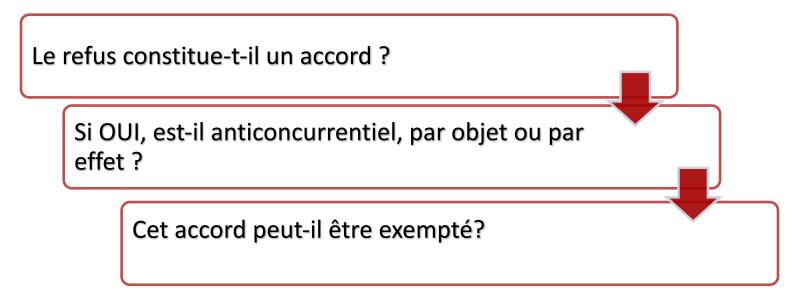
• Au regard du règlement n° 330/2010, la discrimination n'est pas une restriction caractérisée.

Donc ok si parts de marché < 30 % (Paris 27 juin 2018, n° 15/24833)

- ⇒ poss. de refuser l'agrément d'un candidat car le fournisseur souhaite limiter le nombre de distributeurs sélectifs
- ⇒ poss. de refuser de renouveler (ou de rompre un CDI) car volonté de réorganiser son réseau.
- Si le Règlement n'est pas applicable (parts > 30%): position en pleine évolution



### Démarche:





### Premier temps de l'analyse: LE REFUS CONSTITUE-T-IL UN ACCORD DE VOLONTÉ ?

### Deux courants s'opposent :

- ✓ Le refus d'agrément constitue un accord entre le fournisseur et ses distributeurs agréés.
  - Cour d'appel de Paris (ancienne position de la Chambre 5-4),
  - Autorité de la concurrence.
- ✓ Le refus d'agrément peut constituer un acte unilatéral du fournisseur
  - Le tribunal de commerce de Paris,
  - Certaines décisions de la Cour d'appel de Paris, antérieures ou parallèles à la position classique de la chambre 5-4,
  - Certaines décisions de la chambre 5-4 de la Cour d'appel de Paris dans sa composition la plus récente.



### **POSITION 1: LE REFUS CONSTITUE UN ACCORD**

CA Paris, 23 janvier 2019, n° 16/16856, SAS Automobiles Palau c/ SAS Mazda Automobiles « la liberté du commerce et son corollaire, la liberté de contracter, trouvent leurs limites dans les règles de concurrence, d'ordre public »

La cour d'appel de Paris considère que:

• 1° ) le refus d'agrément constitue un accord de volontés, et non pas une pratique unilatérale « <u>Un refus d'agrément opposé à un distributeur remplissant les critères de sélection s'inscrit dans le cadre des contrats de distribution sélective prévoyant la politique d'agrément du fournisseur, acceptée par avance par les distributeurs. <u>Il traduit donc nécessairement un concours de volontés entre le fournisseur et les distributeurs du réseau.</u> » (CA Paris, pôle 5 ch 4, 27 mars 2019, n° 17-09056)</u>



### Position 1: LE REFUS CONSTITUE UN ACCORD - (SUITE)

« Un refus d'agrément non discriminatoire constitue donc un concours de volontés entre fabricant et distributeurs qui consentent par avance, en signant les contrats, aux critères de sélection et au principe de leur application non discriminatoire, qui veut que ne soient admis dans le réseau que les distributeurs qui en remplissent les critères et qu'inversement ceux qui ne les remplissent pas en soient exclus. Il n'est pas envisageable qu'au regard de la jurisprudence Volkswagen, un refus d'agrément non discriminatoire soit considéré comme un concours de volonté alors qu'un refus d'agrément discriminatoire ne le serait pas car cela viderait les règles de licéité des réseaux de toute efficacité, puisque seuls pourraient être alors sanctionnés les refus d'agrément opposés par des fabricants disposant d'une position dominante » (CA Paris, pôle 5 ch 4, 23 janvier 2019, n° 16-16856)



### **POSITION 1: LE REFUS CONSTITUE UN ACCORD - (SUITE CA Paris, 23 janvier 2019)**

 2°) que le refus d'agrément peut donc être appréhendé sur le fondement du droit des ententes mais il faudra prouver la restriction de concurrence par objet ou par effet

Cas si les refus « s'insèrent dans une politique générale du fournisseur visant à exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause, à créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés ou à éliminer des distributeurs menant une pratique de prix bas »



### **POSITION 1: LE REFUS CONSTITUE UN ACCORD - (SUITE): ADLC**

AdlC, n° 19-D-08, 9 mai 2019, HYUNDAI:

« <u>l'adhésion des distributeurs à un système de distribution sélective</u>, concrétisée par la signature d'un contrat entre la tête de réseau et les distributeurs, <u>traduit l'existence d'un accord de volontés entre la tête de réseau et chacun de ses distributeurs</u>.

Selon la Cour de justice [JP AEG]....(un refus d'agrément doit) être considéré comme illicite, lorsque le fabricant ... refuse d'agréer des distributeurs qui répondent aux critères qualitatifs du système (...). Une pareille attitude de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise... Elle s'insère, par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs. En effet, dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par AEG exigeant, entre autres, l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique (arrêt AEG) »

Décision confirmée par la CA de Paris (CA de Paris, 5-7, chambre 4, 04 juin 2020, n° 19/10672)



CA Paris, Pôle 5, Ch. 4, 16 février 2022, n° 20/04895

« <u>Les refus d'agrément sont donc de nature à rendre le réseau illicite</u> au regard des critères Metro <u>et à constituer une entente verticale anticoncurrentielle entre le fournisseur et les membres de son réseau s'ils ont un objet ou un effet anticoncurrentiel</u>, c'est-à-dire s'ils s'insèrent dans une politique générale du fournisseur visant à exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause, à créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés ou à éliminer des distributeurs menant une pratique de prix bas. »

La Cour d'appel de Paris a retenu que le refus d'agrément constitue un accord de volonté pouvant être illicite, sans pour autant étayer les éléments probatoires qualifiant un accord



### >>> POSITION 2: LE REFUS PEUT NE PAS CONSTITUER UN ACCORD

Position qui a été longtemps retenue par la cour d'appel de paris (horlogerie)

CA Paris, 19 juin 2016, Elysées Shopping c. Rolex France, n° 14/07956:

« Pour constituer une entente, un refus d'agrément doit être de nature à éliminer la concurrence ou permettre cette élimination (...) l'appelante ne rapporte pas la preuve que le refus d'agrément au réseau résulterait d'une entente entre la société Rolex et ses distributeurs de nature à affecter le fonctionnement concurrentiel du marché national de l'horlogerie de luxe et de prestige ».

(Adde: 13 avr. 2005, Concurrence c. JVC; 27 fév. 2017, Garage Nacci, n° 15/12029; 12 déc. 2018, Concurrence c. Sony).



### POSITION 2: LE REFUS PEUT NE PAS CONSTITUER UN ACCORD

POSITION QUI EST CELLE DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

T. Com Paris, 14 déc. 2016, Automobile Berry Sologne c. Hyundai Motor France:

« Attendu que le refus de contracter est un acte unilatéral et qu'il ne peut donc être appréhendé sur le fondement du droit des ententes qui suppose un accord entre au moins deux parties visant à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence, sauf à démontrer que ce refus résulterait de la demande d'un autre membre du réseau, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ».

(Adde: 29 juin 2016, Automobiles Palau / Mazda Automobiles France; 21 fév. 2018, Mercedes-Benz France / Garage de Bretagne; 2 nov. 2018, Hyundai c. Benneleh-Safirauto).



#### POSITION 2 : LE REFUS PEUT NE PAS CONSTITUER UN ACCORD

☐ Un arrêt de la chambre 5-4 Cour d'appel de Paris dans sa nouvelle composition qui reconnaît le caractère unilatéral du refus d'agrément

CA Paris, 27 nov. 2019, MERCEDES c. GARAGE DE BRETAGNE:

« Toutefois, en droit, la pratique restrictive de concurrence alléguée par la SA Garage de Bretagne <u>ne peut être qualifiée d'action concertée ou d'entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce que s'il est établi que les parties y ont librement consenti en vue d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.</u>

Or ces circonstances ne sont pas établies au vu des éléments invoqués par la SAS Mercedes-Benz France.

En effet, <u>ce n'est pas parce que le Groupe Saga dispose, comme distributeur et réparateur du réseau Mercedes, d'une implantation</u> dans 21 villes de France, <u>qu'est démontrée, par le seul refus d'agrément litiqieux, son accord implicite à la volonté de la SAS Mercedes-Benz France de lui conférer " un monopole absolu</u> dans la réparation officielle des véhicules Mercedes sur la zone d'Angers. »

> Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi qui a été rejeté dans son entièreté par la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 16 fév. 2022, n° 20-11.754)



Quels sont les arguments invoqués de part et d'autre quant à la notion d'accord ?

☐ La notion d'accord en droit européen : chacun invoque les arrêts qui l'arrangent

L'arrêt AEG (CJCE, 25 oct. 1982, C-107/82) cité par la Cour d'appel de Paris et l'AdlC est antérieur aux arrêts BAYER du TUE et VOLKSWAGEN de la CJUE (Commission / Volkswagen, 13 juillet 2006, C74-04) qui exigent la démonstration de l'accord des distributeurs:

- soit du fait des clauses du contrat;
- soit par un acquiescement exprès ou tacite à l'invitation de la tête de réseau.



- CJCE, AEG, 25 octobre 1983, C-107/82: Un nombre important de refus d'agrément opposés à des revendeurs remplissant les critères d'entrée au sein d'un réseau de distribution sélective fournit la preuve d'une application discriminatoire des critères de sélection.
- CJCE, Commission / Volkswagen, 13 juillet 2006, C-74/04: toute invitation adressée par un constructeur à des concessionnaires n'est pas nécessairement un accord, il est nécessaire de démontrer l'existence d'un concours de volontés des parties au contrat dans chaque cas particulier.



# Qu'en penser ? Que faire si l'on a à défendre un refus d'agrément au sein d'un réseau de distribution sélective ?

- Il ne faut pas être dogmatique:
- Un refus d'agrément peut constituer un accord dans certains cas et un acte unilatéral dans d'autres
- Un accord est constitué si:
  - Le fournisseur se met d'accord avec le nouveau distributeur et/ou réparateur pour peut refuser la candidature de l'évincé
  - Le fournisseur oppose un refus d'agrément en vertu d'un numerus clausus convenu avec le réseau



- Un acte unilatéral paraît en revanche constitué si:
  - Le fournisseur refuse la candidature pour des raisons qui lui sont propres, sans accord avec le reste du réseau:
    - Mauvaises relations passées avec l'ancien distributeur ;
    - Impayés lors de la relation passée ou dans le cadre d'une autre société;
    - Revente hors réseaux précédents ;
    - Procès à répétition perdus sans arrêt par l'ancien distributeur



<u>Deuxième temps de l'analyse</u>: LE REFUS, S'IL CONSTITUE UN ACCORD, EST-IL ANTICONCURRENTIEL?

- ☐ Le refus a-t-il pour objet de fausser la concurrence ?
- ✓ Il y a-t-il volonté de porter atteinte à la concurrence ?
- Sanctionner un comportement pro-concurrentiel comme des ventes actives, passives à des clients étrangers, ou du multimarquisme (question posée par l'arrêt PALAU)
- Introduire indirectement un numerus clausus (question posée la décision HYUNDAI)
- Imposer l'exercice conjoint la vente de VN et le SAV (question posée par la décision HYUNDAI)
- Volonté d'exclure des formes déterminées de distribution (question posée par l'arrêt OUSTRIC)
- ✓ ou au contraire, le refus est-il justifié ?
- Par un désintérêt pour la marque ou des fautes (arrêt PALAU) ?
- Par une absence de caractérisation des griefs formulés (autres affaires)?



<u>Deuxième temps de l'analyse:</u> LE REFUS S'IL CONSTITUE UN ACCORD EST-IL ANTICONCURRENTIEL?

☐ Le refus a-t-il pour effet de porter atteinte à la concurrence ?

La Cour et l'AdIC l'ont exclu dans les trois affaires précitées:

- ✓ Possibilité pour le candidat éconduit de représenter d'autres marques ou d'être multimarque;
- ✓ Existence d'autres réparateurs de la marque et d'autres réparateurs d'autres marques ou multimarques dans le périmètre géographique concerné.



☐ La Cour de cassation a récemment rappelé qu'un refus n'est pas en tant que tel anticoncurrentiel *(Com. 16 fév. 2022, n° 20-11 754)* 

« Ni le droit européen, ni le droit national de la concurrence ne prohibent le seul refus, par l'opérateur à la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative, d'agréer des distributeurs qui remplissent les critères de sélection, seule une mise en œuvre discriminatoire de ces derniers ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence ou un refus ayant le même objet ou effet étant prohibés par les articles 101 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-1 du code de commerce. »



## Troisième temps de l'analyse: LE REFUS D'AGRÉMENT PEUT-IL ÊTRE EXEMPTÉ ?

✓ CA Paris, 20 fév. 2019, SIAC c. RENAULT

Un refus d'agrément même discriminatoire peut être exempté en application du règlement n° 330/2010 dès lors que les parts de marché n'excèdent pas 30%

- ☐ Solution valable pour l'immensité des réseaux de distribution.
- □ Difficulté pour les réseaux de distribution sélective qualitative pour lesquels le seuil de 30% de parts de marché est dépassé.
- ☐ Pour ces derniers: faire valoir l'acte unilatéral, ou l'absence d'objet et d'effet anticoncurrentiel et la nécessité d'apprécier la demande d'agrément sur le marché amont de l'offre et de la demande de contrats.



(iii) Validité du refus d'agréer au regard du droit des PCR

Abolition du délit de refus de vente par loi Galland 1988

Abolition de la prohibition des discriminations en 2008



# SYNTHESE DE LA POSITION ACTUELLE DE LA COUR DE CASSATION : LES ARRETS HYNDAI ET MERCEDES DU 16 FEVRIER 2022 :

- Cass. Com., 16 fév. 2022, n° 21-10.451, Automobiles Jean-Paul Benmeleh
   / Hyundai Motor France
- Cass. Com., 16 fév. 2022, n° 20-18.615, Safirauto, 74 Diffusion Auto, Santhibe et La Baja / Hyundai Motor France
- Cass. Com., 16 fév. 2022, n° 20-11.754, Garage de Bretagne / Mercedes-Benz France



# a) Il n'existe pas d'obligation d'agrément au regard du droit civil

- Le principe de la liberté contractuelle et la prohibition des engagements perpétuels s'opposent à la reconnaissance d'un droit à l'agrément d'un ancien membre du réseau de distribution.
- L'obligation de bonne foi contractuelle n'impose à la tête d'un réseau de distribution ni de définir ni d'organiser un processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et d'appliquer ceux-ci de manière non discriminatoire.
- Un constructeur qui n'a pas pris l'engagement d'examiner les candidatures de concessionnaires sortants n'engage pas sa responsabilité en ne contractant pas avec eux.



- b) Il n'existe pas d'obligation d'agrément automatique au regard du droit de la concurrence d'un candidat sortant qui souhaite redevenir membre d'un réseau de distribution ou de réparation
  - S'agissant de l'entrée dans un réseau de distribution
- Dans un réseau de distribution sélective, qu'il soit quantitatif, ou quantitatif et qualitatif, dans lequel aucune partie ne détient plus de 30% de parts de marché, le refus de la tête de réseau d'examiner les candidatures de concessionnaires sortants en qualité de distributeurs, échappe à l'application des articles 101 § 1 TFUE et L.420-1 du code de commerce.
- Le refus de la tête d'un réseau de distribution sélective d'examiner la candidature d'un ancien distributeur sur la base de critères qualitatifs prédéfinis échappe à l'application des articles 101 § 1 TFUE et L.420-1 du code de commerce dès lors que la part de marché des parties est inférieure à 30% et que le contrat ne contient aucune restriction caractérisée.



# > S'agissant de l'entrée dans un réseau de réparation

- Ni le droit européen, ni le droit national de la concurrence ne prohibent le seul refus, par la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative, d'agréer des distributeurs qui remplissent les critères de sélection, en l'absence de preuve que celui-ci a un objet ou un effet anti-concurrentiel.
- Seule une mise en œuvre discriminatoire des critères de sélection par la tête d'un réseau de distribution sélective qui a pour objet ou effet de fausser la concurrence ou un refus d'agrément ayant la même objet ou effet sont prohibés par les article 101 § 1 TFUE et L.420-1 du code de commerce, au contraire du seul refus.

En tout état de cause, le refus de proposer un nouveau contrat à un réparateur agréé qui partage les mêmes gérants et coopère activement avec un distributeur résilié pour faute n'est pas fautif.



# **Points positifs:**

- Confirmation de l'application de la jurisprudence Fiat / Cachia à la distribution sélective qualitative.
- Absence d'automaticité d'un droit à nouvel agrément d'un membre d'un réseau de distribution ou de réparation.

# Points en suspens:

- Refus de prendre position sur le caractère unilatéral dans de nombreux cas d'un refus d'agrément.
- Discussion non tranchée du marché amont des contrats ou aval des produits sur lequel intervient le refus d'agrément.



## Cas pratique n° 4 :

Un fournisseur dont les parts de marché sont de 28% commercialise des produits de haute joaillerie de prestige par le biais d'un réseau de distribution sélective.

Un commerçant exploitant une boutique d'articles d'horlogerie de luxe située à Rouen souhaite intégrer le réseau de distribution sélective dudit fournisseur. En effet, le fournisseur ne dispose, à ce jour, d'aucun revendeur agréé à Rouen. Le commerçant estime alors qu'il y a une opportunité à saisir et dépose pour cela une demande. Celle-ci lui sera refusée deux fois malgré que les critères de sélection du fournisseur sont tous remplis.

Un tel refus est-il constitutif d'une faute civile et/ou pratique anticoncurrentielle ?



Principe de liberté contractuelle (article 1102 cc): le fournisseur est libre de ne pas examiner une candidature et de déterminer son orientation commerciale (CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 19 oct. 2016, n° 14/07956).

Exemption, en tout état de cause, par le biais du règlement d'exemption vertical



# II. LA GESTION DU RESEAU DE DISTRIBUTION

- A. L'application au contrat de distribution sélective des règles de droit commun en matière de gestion du réseau
- B. Les problématiques plus spécifiques ou plus récurrentes en matière de gestion d'un réseau de distribution sélective



# A. L'APPLICATION A LA DISTRIBUTION SÉLECTIVE DU DROIT COMMUN DE LA GESTION DU RESEAU DE DISTRIBUTION

- 1) la délicate question du prix
- 2) la convention unique
- 3) les grandes obligations des parties
- 4) le contrôle de l'équilibre contractuel



# 1) LA DÉLICATE QUESTION DU PRIX

1. Le prix de vente du fournisseur à son réseau

2. Le prix de revente du distributeur



# 1. Le prix de vente du fournisseur à son réseau

- a. La jurisprudence classique sur le prix tarif
- b. Les nouvelles problématiques résultant de la convention unique et de la réforme du droit des contrats



# a. La jurisprudence classique sur le prix tarif

- Depuis les arrêts de l'Ass. Plén. du 1<sup>er</sup> décembre 1995 :
  - Le prix n'est plus considéré comme un élément de validité du contrat, il doit simplement être déterminé ou déterminable.
  - Le prix peut cependant être sanctionné s'il est abusif. La sanction intervient sur le terrain de la responsabilité contractuelle.
- Les parties ne sont pas obligées de fixer le prix dans le contrat, dès lors qu'il est déterminé ou déterminable (possibilité de renvoi à des annexes ou des avenants).



b. Les nouvelles problématiques résultant du droit de la convention unique et de la réforme du droit des contrats

### La convention unique :

- Le prix convenu (sur la base des CGV du fournisseur) doit résulter de la <u>négociation</u> commerciale.
- L'Administration considère qu'il est <u>fixe pour toute la durée du contrat</u> (soit 1 an pour la convention unique classique), sauf avenant modifiant la convention et indiquant l'élément nouveau le justifiant ou référence dans la convention de droit commun (hors PGC) aux « types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ».



 L'Art. 1164 code civil nouveau consacre la possibilité pour une partie de déterminer unilatéralement le prix dans les contrats-cadre.

➢ Pour protéger les intérêts du débiteur du prix, une obligation de motivation pèse sur le cocontractant qui fixe unilatéralement le prix (non prévu par la jurisprudence antérieure).



# 2) Le prix de revente du distributeur

- 1. Le principe d'interdiction des prix imposés
- 2. Le principe d'interdiction de la revente à perte



### 2) Le prix de revente du distributeur

1. Le principe d'interdiction des prix imposés

a) Les deux sources de l'interdiction

### → Art. L. 442-6 code de commerce - ex art. 442-5 code de commerce

L'article L.442-6 du Code de commerce condamne le fait d'imposer un prix minimum de revente et prévoit ainsi : « Est puni d'une amende de 15 000 € le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale »



## **→** Droit des pratiques anticoncurrentielles

### Art. 4 règlement n° 330/2010 (restriction caractérisée)

- Justification : § 224 LD verticales : source de collusion entre fournisseurs, entre distributeurs, élimination de la concurrence intra-marques, hausse des prix, restriction à l'entrée sur le marché...
- Interdiction des prix imposés:
  - par des moyens directs;
  - par des moyens indirects



- <u>Exemples de prix imposés par des moyens directs</u>: prix imposés contractuellement
  - La clause du contrat de franchise par laquelle le franchisé s'engage à respecter et ne pas modifier les tarifs clientèle communiqués par le franchiseur constitue une clause de prix imposés au sens de l'article L. 442-5 du Code de commerce (Paris, 5-4, 9 janvier 2019, n° 16-21425)
  - Des conditions générales de vente dans lesquelles le fournisseur impose ses prix à ses grossistes et aux détaillants constituent des preuves directes d'une entente verticale de prix, qui ne nécessitent pas de vérifier leur application significative par les revendeurs (Paris, 5-7, 16 janvier 2020, n° 19-03410, Canna France / ADLC; adde: ADLC, 30 juillet 2019, n° 19-D-17, Fertilisants liquides).



- <u>Exemple de prix imposés par des moyens indirects</u>: application traditionnelle en droit français d'un triple test (Cons. conc. déc. n° 06-D-04 du 13 mars 2006, parfums)
  - Recommandation ou évocation d'un prix ;
  - Application par les distributeurs ;
  - Mesure de police des prix

CA Paris, 19 décembre 2018, N° 16/07213 :

« La preuve que ces **prix communiqués** étaient, en réalité, dans l'esprit du **fournisseur**, des **prix imposés**, exige que soit établie la mise en place d'une **surveillance des prix par le fournisseur**, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence de représailles, de **simples contrôles de prix, ou pressions étant suffisants**. »

CA Paris, 5-4, 19 juin 2019, n° 17-05169, n° 17-05373 :

« Mais la seule obligation faite au franchisé d'informer le franchiseur sur les marges pratiqués ne traduit pas l'existence d'un contrôle sur ces marges, constitutif d'une pratique indirecte de prix imposés ».

• Jurisprudence nombreuse en distribution sélective fondée sur la concurrence par la qualité



- Le « Triple Test » est un standard de preuve qui a été révisé
- En l'absence d'une preuve documentaire directe (=notes internes, déclarations, comptes rendus de réunion, projets d'ordre du jour, notes prises lors de réunions...) de prix imposés, **application d'un double test** (abandon du triple test par l'Adlc) :
- Indices documentaires ou comportementaux établissant :
- l'invitation à la pratique litigieuse par le fournisseur
- > Acquiescement de la part de ses distributeurs

Exemples de décision : Adlc, n° 21-D-26 du 8 novembre 2021 (§ 178)



### Décisions ayant recours à cette « nouvelle » méthode probatoire

- Adlc, n° 15-D-07, 23 avril 2015 (pts 38 à 41)
- Adlc, n° 18-D-26, 20 décembre 2018 (pts 237 à 245)
- CA Paris, 5-7, n° 19-03410, 16 janvier 2020 (pts 39 à 52)
- Adlc, n° 20-D-04, 16 mars 2020 (pt 835)
- Adlc, n° 20-D-20, 3 décembre 2020 (pts 185 et 186)
- Adlc, n° 21-D-14, 24 juin 2021 (pts 142 à 145)
- Adlc, n° 21-D-20, 22 juillet 2021 (pt 576)
- Adlc, n° 21-D-26, 8 novembre 2021 (pts 141 à 152)



### Preuve de l'application par les distributeurs

AdlC, n° 20-D-20, 3 décembre 2020 :

Si les <u>relevés de prix</u> ne présentent pas toutes les caractéristiques suffisant à démontrer statistiquement le respect des prix imposés sur l'ensemble de la période infractionnelle retenue, ils concourent, avec d'autres éléments de nature qualitative et quantitative, tels que les <u>déclarations de la plupart des distributeurs</u> qui pratiquent la vente en ligne, attestent de l'application effective des prix par ces derniers, à un faisceau d'indices graves, précis et concordants qui établissent le respect effectif de ces prix par les distributeurs.



CA Paris, 19 décembre 2018, N° 16/07213 :

« La preuve que ces **prix communiqués** étaient, en réalité, dans l'esprit du **fournisseur**, des **prix imposés**, exige que soit établie la mise en place d'une **surveillance des prix par le fournisseur**, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence de représailles, de **simples contrôles de prix, ou pressions étant suffisants**. »

Mais la seule obligation faite au franchisé d'informer le franchiseur sur les marges pratiquées ne traduit pas l'existence d'un contrôle sur ces marges, constitutif d'une pratique indirecte de prix imposés.

(Paris, 5-4, 19 juin 2019, n° 17-05169, n° 17-05373, Guy Degrenne).



### Mesures de police des prix

AdIC, n° 20-D-20, 3 décembre 2020 :

Lorsqu'un fournisseur a communiqué des prix conseillés à ses distributeurs dont il a imposé le respect, dans le but d'éviter des divergences entre les prix pratiqués lors de la vente en ligne des produits contractuels:

- en contrôlant les modalités de vente sur internet, en incitant par le biais des conditions générales de vente ou des accords de distribution en ligne l'application des "prix conseillés" et
- en la preuve d'une invitation du fournisseur et en infligeant des sanctions aux distributeurs qui s'en écartent (suppression ou modification de remises, retards de livraison, etc.),

La preuve de l'acquiescement des distributeurs est apportée, le refus de quelques distributeurs d'adhérer à la pratique étant sans incidence.



### Risque de dommages-intérêts en cas de préjudice chez le distributeur

CA Paris, 19 décembre 2018, N° 16/07213 :

« (...) la **pratique de prix imposés** a conduit à une **baisse des volumes vendus**, un message électronique attestant de l'attitude réactive des consommateurs aux différences de prix. Compte tenu de cet élément, de la durée des pratiques et de leur caractère systématique, la cour **évalue** à **20 000 euros le préjudice économique subi** (...) »



### Remarques sur le principe d'interdiction:

- Mouvement de contestation (arrêt *Leegin* prononcé par la Cour Suprême des Etats-Unis le 28/06/2007)
- Maintenu avec atténuations par le règlement n° 330/2010 (lancement d'un nouveau produit, vente de « produits d'expérience ou complexes », etc)
- Mais quid dans le cadre de la réforme du règlement n° 330/2010?



## b) Les marges de liberté

• possibilité de prix maximum (à condition de ne pas dissimuler un prix imposé, par ex en prévoyant un prix très bas)

• possibilité de prix conseillés. Comment les distinguer des prix imposés? Surtout dans le cadre du double test.



### c) Quid dans les réseaux de distribution par représentation?

- <u>Inapplicabilité du droit de la concurrence</u> (sauf si l'agent assume certains risques).
- La fixation du prix par le commettant :
  - La commission-affiliation : permet au fournisseur de fixer les prix de revente.
  - Lignes directrices (pt. 49) : « Dans le cas des contrats d'agence, le commettant fixe normalement le prix de vente, étant donné que l'agent ne devient pas propriétaire des biens ».
  - Mais risque de requalification, soit au titre du droit des agents commerciaux, soit au titre du droit de la concurrence.

D'où la tentative de transformer les réseaux de distribution fondés sur une relation d'achatrevente en réseaux d'agents au sens du droit de la concurrence.



### 2. L'interdiction de la revente à perte

a) Le principe et sa remise en cause récente

### Principe :

- loi n° 63-628 du 2 juillet 1963
- Aujourd'hui: l'art. L.442-5 code de commerce (modifié par ordonnance du 24/04/2019) (ex art. L. 442-2 ccom) interdit le « fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif ».
- Prohibition per se



Le seuil de revente à perte (SRP) a été plusieurs fois modifié Il vise aujourd'hui le « triple net »

#### Prix d'achat effectif:

- prix unitaire net figurant sur la facture d'achat
- minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit; et
- majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport (transport du fournisseur au distributeur et non du distributeur au client).

#### + SRP adapté dans certaines configurations :

- affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste ; et
- d'un coefficient de 1,1 pour les produits alimentaires (loi EGalim + ordonnance du 12/12/2018 + loi ASAP du 7 déc. 2020 qui prolonge l'expérimentation jusqu'au 15 avril 2023).



#### Sanctions

- Article L. 442-5 code de commerce:
  - amende de 75 000 €
  - peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.
  - cessation de l'annonce publicitaire
- Article 1240 du Code civil => DI (concurrence déloyale)

#### Remise en cause ?

- Principe de l'interdiction contesté par certains économistes
- France relativement isolée
- Interdiction remise en cause par l'OCDE et surtout le droit européen



#### Position de la CJUE:

- CJUE 6ème chambre 7 avril 2013, EuronicsBelgium CVBA c/ Kamera Express BV, C-343/12: « il y a lieu de répondre à la question posée que la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ».
- CJUE 19 oct. 2017, Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, C-295/16: « la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui contient une interdiction générale de proposer à la vente ou de vendre des biens à perte et qui prévoit des motifs de dérogation à cette interdiction fondés sur des critères ne figurant pas dans cette directive »



### Position des juridictions françaises :

Elles refusent de reconnaître la contrariété au droit UE:

- Cass. com., 22 nov. 2017, n° 16-18028 et 16-18124 : « le litige porte sur des pratiques commerciales entre une centrale d'achat et des détaillants, soit des transactions entre professionnels » qui « ne relèvent donc pas du champ d'application de la directive », de sorte que le moyen, « en ce qu'il invoque l'incompatibilité de la législation française avec une directive inapplicable en l'espèce, est inopérant".
- > Cass. Crim. 19 déc. 2017, n° 17-83.867, F-P+B : idem
- Cass. Crim. 16 janv. 2018, n° 16-83457 : idem



#### 2. Les exceptions : art. L. 442-5 II ccom (ex art. L. 442-4 ccom)

- 1° ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale :
- 2° produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;
- 3° produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;
- 4° produits, aux caractéristiques identiques, **dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse**, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;
- 5° produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité;
- 6° A condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide ;
- 7° Aux produits soldés mentionnés à l'article <u>L. 310-3.</u> (Sont considérées comme soldes les ventes qui, d'une part, sont accompagnées ou précédées de publicité et sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock et qui, d'autre part, ont lieu durant les périodes définies, pour l'année civile)



## Application à la distribution sélective ?

- La question des prix imposés est fréquente car la distribution sélective est fondée sur une concurrence par la qualité.
- En l'état du droit positif, il est important de veiller à ne pas faire de prix imposés.
- En pratique se pose très souvent aussi la question des contrats d'application (fulfillment contracts) lorsque la vente est négociée par le fournisseur avec le client final et son exécution confiée à un ou plusieurs distributeurs.
- S'agissant de la revente à perte, c'est une problématique qui se pose de façon occasionnelle en distribution sélective.



## 2) LA CONVENTION UNIQUE (présentation sommaire)

Art. L. 441-3 du code de commerce (anciennement L. 441-7) : imposition d'une convention écrite entre le fournisseur et le distributeur récapitulant les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale.



- La nécessité de conclure une convention unique suppose donc l'existence de négociations entre les parties. Ce qui paraît antinomique avec un réseau de distribution sélective.
- Avis n° 10-07 du 1<sup>er</sup> avril 2010 de la CEPC : l'exigence d'une convention unique est subordonnée à une certaine permanence de la relation commerciale et à la négociation. Pas d'obligation de convention unique lorsque la relation commerciale se borne à la conclusion de contrats instantanés sur la base des CGV générales ou catégorielles.
- Application dans les réseaux de distribution sélective ?
- Deux écoles en pratique



# 3) Les grandes obligations des parties

- 1. Les obligations du fournisseur
- 2. Les obligations du distributeur



### 1. Les obligations du fournisseur

### Obligations classiques:

- Ne peut modifier unilatéralement les termes du contrat
- Vendeur donc garantie d'éviction + garantie des vices cachés
- Obligation de fourniture
- + Obligation de contrôle : la police du réseau (obligation de moyens)



### a) Obligations à respecter / faire respecter

- Respect des normes nécessaires à la bonne commercialisation des produits
- Respect de **l'image** que le réseau souhaite donner de ses produits à la clientèle (ex.: si un distributeur vend le produit avec un personnel incompétent)
- Respect de l'interdiction de revendre les produits à des distributeurs non sélectionnés (étanchéité) à peine de « discréditer son système de distribution » => étanchéité juridique mais devra agir contre les revendeurs parallèles si alerté

<u>Attention</u>: limites à l'obligation de contrôle: le contrôle du fournisseur ne devra pas méconnaître l'indépendance de ses distributeurs.



### b) Obligation de respecter lui-même les droits de distribution qu'il a pu accorder

Attention: « la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé » (Cass. Com., 14 mars 2006, n° 03-14639; 03-14640; 03-14316; Cass. Com., 10 septembre 2013, n° 12-11701)

### c) Obligation d'assistance?

- prêt de matériel, de locaux, aide à l'aménagement du point de vente, cautionnement d'un prêt, participation à des activités de pub, etc.
- +/- étendue selon le type de contrat de distribution

Obligation très développée dans le contrat de franchise mais néanmoins circonscrite (cf. séance sur la franchise).



### L'obligation d'assistance dans les autres contrats relève :

- de stipulations particulières
- de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, mais :
  - La position varie selon les auteurs et selon que favorables au solidarisme contractuel ou non.
  - JP hésitante :
    - o Com. 15 janvier 2002, n° 99-21.172.
    - Com. 3 nov. 1992, Huard : le fournisseur doit permettre à son distributeur de pratiquer des prix concurrentiels.
    - Mais Com. 6 mai 2002, n° 99-14.093 : « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion ».



### d) Obligation d'adapter le contrat à l'évolution des circonstances économiques ?

- Existence d'une clause de hardship
- Loi Hamon : art. L. 441-8 code de commerce => dans les contrats d'une durée supérieure à 3 mois : obligation pour les parties de prévoir une clause de renégociation dans les contrats portant sur des produits dont les prix sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires not.
- Sanction : art L. 441-8 al. 4 du code de commerce : 75.000 € PP / 375.000 € PM = x2 si réitération
- Contrat de franchise : l'obligation d'adapter le contrat est alors un prolongement de l'obligation d'assistance



#### Art. 1195 du Code civil :

**« Si un changement de circonstances imprévisible** lors de la conclusion du contrat rend l'exécution **excessivement onéreuse** pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une **renégociation** du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

 En général, exclusion dans les contrats de distribution sélective afin d'éviter de fragiliser le contrat



### B) Les obligations des distributeurs

### 1. A l'égard du fournisseur

### ✓ Obligations relatives à l'achat des produits :

- Payer le prix des marchandises
- Eventuellement, s'approvisionner pour un volume minimum
- Eventuelle exclusivité d'approvisionnement



### √ Obligations relatives à la revente des produits :

• Respecter des objectifs de vente

Paris, 4 juill. 2018 : valable si l'objectif est proportionné et réaliste

Cass. com., 5 avril 2018, n° 16-19.923 : « le manquement d'une partie à la clause d'objectifs ne constitue pas une faute suffisamment grave pour justifier une rupture immédiate des relations commerciales, même en présence d'une clause résolutoire en ce sens »

Respecter des normes de commercialisation

Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2003, n° 99-17.183 : possibilité pour les tiers d'agir en concurrence déloyale contre le distributeur agréé ne respectant pas les obligations prévues par le contrat de distribution sélective.

• Respecter l'interdiction de revente hors réseau



## 2. A l'égard des autres distributeurs

Ne pas faire d'actes de concurrence déloyale



## 4) LE CONTRÔLE DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

Voir module consacré aux pratiques restrictives de concurrence

Quelques éléments de rappel



## LE CONTRÔLE DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

### Deux grands bouleversements :

- La loi EGalim (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)
  - Réforme la structure du titre IV du livre IV du code de commerce
  - Réforme en particulier l'ex article L. 442-6 code de commerce => articles L.
     442-1 à 8 code de commerce
- Le nouveau code civil



1. L'application de l'article L. 442-1, I, 2° (ancien article L. 442-6, I, 2) du Code de commerce

2. Les clauses déséquilibrées dans les contrats d'adhésion depuis la réforme du droit des contrats

3. La concurrence de l'avantage sans contrepartie désormais plus aisé à mettre en œuvre que le déséquilibre significatif



## 1. L'application de l'article L. 442-1, I, 2 du Code de commerce

#### Article L. 442-6 ancien du code de commerce

« I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers

- 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en (...)
- 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

#### Article L. 442-1 code de commerce (ord. 24 avril 2019)

« I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

- 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie;
- 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »



#### Article L. 442-1 code de commerce (en vigueur depuis le 20 octobre 2021)

- « I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :
- 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;
- 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;
- 3° D'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17;
- 4° S'agissant des produits alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie soumis au I de l'article L. 441-1-1, de pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 443-8 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. »



- L'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce sanctionne : le « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».
- Il n'existe plus de condition de preuve d'une relation de dépendance économique ou de puissance d'achat.

 En raison de son champ d'application très large, ce texte a vocation à s'appliquer à tous les systèmes de distribution et notamment à la distribution sélective.



#### • Quel champ d'application ?

- Extension, par l'ordonnance EGalim du 24 avril 2019, à l'autre partie dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion de l'exécution d'un contrat (donc lors de l'entrée en relation également et au-delà des partenaires commerciaux, avec l'autre partie).
- Extension par la Cour de cassation de l'esprit du nouveau texte avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance dans la limite de la prescription (5 ans): Cass. com., 15 janv. 2020 : le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale, sans qu'il soit nécessaire qu'il s'agisse d'un véritable partenariat à long terme impliquant une volonté commune et réciproque d'effectuer ensemble de concert des activités de production, de distribution ou de services.
- Exclusion des relations soumises à un statut spécial (baux commerciaux, relations sociétaires internes à un GIE, etc.).



## La difficile appréciation du déséquilibre significatif :

- Le déséquilibre significatif suppose une <u>absence de réciprocité</u>, un <u>défaut de contrepartie</u>, voire même une <u>disproportion entre les droits et obligations des parties</u>.
- Le déséquilibre significatif est également établi lorsque l'application d'une clause est laissée à <u>l'entière appréciation de l'une des parties</u>.

**Exemple** : une clause de déréférencement pour sous-performance du produit directement liée aux conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente.



- Le déséquilibre s'apprécie au regard de l'économie générale du contrat. Il s'apprécie au regard de l'économie juridique du contrat et non de sa rentabilité économique.
- Problème en distribution sélective : par définition, le contrat ne fait pas l'objet d'une négociation individuelle, sauf exceptions, d'autant que les conditions de sélection et les standards sont uniformes.



La jurisprudence a généralement tendance à rejeter les actions en soumission à un déséquilibre significatif en matière de distribution sélective.

- Jurisprudence Mazda
- CA Paris, 5-4, 23 février 2022, n° 20/07566, LDG (SAS) / Aixam Megam
- Contestation d'une demande d'augmentation d'une garantie bancaire sur le fondement de la soumission à un déséquilibre significatif.
- Rejet de la demande car le concessionnaire a librement choisi de se tourner vers Aixam alors qu'il existe d'autres fabricants de véhicules sans permis, que la caution bancaire est une condition essentielle du contrat pour garantir la rétrocession effective du prix au fabricant et que la demande d'augmentation a été discutée et justifiée.



# 2. L'application du code civil : Les clauses déséquilibrées dans les contrats d'adhésion

Définition du contrat d'adhésion :

Art. 1110 nouveau du Code civil : le contrat d'adhésion s'entend de celui qui « comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » :

#### 3 conditions:

- Non négociabilité
- Détermination unilatérale
- Ne s'applique pas si seulement quelques clauses éparses ont été soustraites à la négociation



 La réforme du droit des contrats a introduit une nouveauté : la sanction des clauses abusives par le droit commun des contrats, dans les contrats d'adhésion.

Art. 1171 nouveau du Code civil : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable déterminée à l'avance par l'une des parties qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».



- Cette règle s'ajoute aux dispositions de droit spécial existantes, visant à protéger une partie en position de faiblesse :
  - Art. L. 132-1 code de la consommation : est abusive la clause qui a pour objet ou pour effet de « créer, au détriment du non-professionnel et du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».
  - Art. L. 442-1, I, 2° code de la consommation (cf supra)



- Clauses par lesquelles l'un des cocontractants se reconnaît le pouvoir d'agir unilatéralement sur le contrat;
- Clauses faisant peser des charges trop lourdes et injustifiées sur l'un des cocontractants ;
- Clauses prévoyant des charges non réciproques ;
- Clauses qui réduisent le droit à réparation de l'un des cocontractants en cas d'inexécution de ses obligations par l'autre partie.



#### Quelle articulation entre l'art. L. 442-1 du c. Com. et l'art. 1171 du C. Civ. ?

- Les moyens d'action offerts par l'article L. 442-1 du code de commerce sont plus larges sur certains aspects : possibilité de mettre en cause les clauses relatives à la détermination du prix, existence de l'action du ministère de l'économie.
- Les conditions de mises en œuvre de l'article L. 442-1 du code de commerce sont plus strictes sur d'autres aspects :
  - le déséquilibre significatif ne suffit pas, il faut également soumettre ou tenter de soumettre ;
  - la disposition doit être invoquée devant des juridictions spécialisées.
  - Prescription de 5 ans alors que le non écrit est imprescriptible
- D'où la tentation de faire valoir une option entre les deux actions selon son intérêt.



# Hésitations jurisprudentielles sur l'articulation du droit commun du Code civil et du déséquilibre significatif du Code de commerce :

- Paris, 5-11, 5 nov. 2021, n° 20/00022, SCT/ECD : la Cour d'appel de Paris juge que l'article 1171 du Code civil ne doit pas être exclu au profit de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce
- Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, Locam / Green Day : le droit commun ne joue que pour les contrats qui ne relèvent pas des dispositions spéciales du Code de commerce : « il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance que l'intention du législateur était que l'article 1171 du Code civil qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation ».



## 3. L'avantage sans contrepartie

Article L. 442-1, I, 1° du code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait (...) D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ».



 Une application de l'avantage sans contrepartie plus aisée à mettre en œuvre que la règle du déséquilibre significatif

Art. L. 442-1, I, 1°:	Art. L.442-6, I, 2° :
L'avantage sans contrepartie	Le déséquilibre significatif
<ul> <li>Requiert la démonstration d'un <u>résultat</u>:</li> <li>- Un avantage ne correspondant à aucune contrepartie (effectivement rendue).</li> <li>- Un avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie.</li> </ul>	Requiert la démonstration d'un  comportement:  - « Soumettre ou tenter de soumettre ».  Requiert la démonstration d'un résultat:  - « Des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

 Mais jurisprudence restrictive récente de la Cour d'appel de Paris qui refuse d'appliquer l'avantage sans contrepartie à la contestation du point.



## Cas pratique n° 5:

Un fournisseur de produits électroniques, à l'occasion d'une conférence de presse de lancement de l'un de ses produits, a annoncé un prix de détail lequel est largement relayé par la presse.

Au cours de contrôles marketing et merchandising, les représentants du fournisseur ont pratiqué des relevés de prix sans pour autant sanctionner les distributeurs qui ne respectaient pas le prix conseillé lors de la conférence de presse.

S'agit-il d'un prix de revente imposé?



Si l'on applique le triple test, il n'y aurait pas de prix imposés :

- **Évocation d'un prix de revente** : l'annonce d'un prix de détail par un fournisseur à l'occasion d'une conférence de presse de lancement d'un produit, largement relayée par la presse, peut caractériser la condition d'évocation des prix de revente en matière de prix imposés.
- La mise en œuvre d'une police des prix par le fournisseur : les quelques relevés de prix effectués par des représentants du fabricant chez certains distributeurs ne peuvent constituer à eux seuls, un indice suffisant d'une police des prix.
- Le constat que les prix évoqués ont effectivement été appliqués : la deuxième condition n'étant pas remplie, l'Adlc a jugé qu'il n'était pas nécessaire de vérifier ce troisième critère (Adlc, 02 décembre 2015, n° 15-D-18).
- > Les trois conditions du triple test classique, lesquelles étaient cumulatives, n'étant pas remplies, il ne s'agirait pas d'un prix de revente imposé selon le test classique. En revanche, le risque est important que l'on soit en présence d'un prix imposé dans le cadre du double test.



- Le risque est élevé car, le triple test ne semble plus appliqué par les décisions les plus récentes [v. CA Paris, 5-7, n° 19-03410, 16 janvier 2020 (pts 39 à 52) et Adlc, n° 21-D-26, 8 novembre 2021 (pts 141 à 152)]
- En l'absence d'une preuve documentaire directe (=notes internes, déclarations, comptes rendus de réunion, projets d'ordre du jour, notes prises lors de réunions...) de prix imposés, **application d'un double test** (abandon, donc, du triple test par l'Adlc) :
- <u>1° Indices documentaires ou comportementaux établissant</u> <u>l'invitation à la pratique litigieuse par le fournisseur</u>
- 2° Acquiescement de la part de ses distributeurs



- B) Les problématiques plus spécifiques ou plus récurrentes en matière de gestion du réseau de distribution sélective :
- 1) Les réseaux de distribution sélective à l'épreuve des ventes par Internet
- 2) Les réseaux de distribution sélective à l'épreuve des reventes hors réseau



#### 1) Les réseaux de distribution sélective à l'épreuve des ventes par Internet

#### Internet = puissant stimulateur des ventes

- Avantages côté entreprises / Clients
- Mais dangers également => débats sensibles

#### Prise en compte successive du phénomène par le droit de la concurrence

 Au départ, Internet envisagé sous l'angle de l'atteinte potentiellement portée au principe d'exclusivité territoriale

Réponse unanime : la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé (ex : Cass Com. 10/09/2013 , n° 12-11.701)

- Puis débat sur le terrain de la distribution sélective
  - d'abord sur le terrain de la validité des clauses interdisant de vendre sur internet (§ 1)
  - puis sur le terrain des market places (§2)



I) LE PREMIER DEBAT : EST-IL POSSIBLE D'INTERDIRE A DES DISTRIBUTEURS SELECTIFS DE VENDRE PAR LE BIAIS D'INTERNET ?

a) Le principe : il est interdit d'interdire sauf exceptions



## 1° Le principe : des lignes directrices de 2010 à l'affaire Pierre Fabre

- ✓ Les dispositions des lignes directrices sur 330/2010 (point 52) :
  « En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits.
  tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits.
  - « si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive. Il en va de même si le client choisit d'être (automatiquement) informé par le distributeur et que cela conduit à une vente ».

Or, le Règlement 330/2010 énonce (art. 4) qu'interdire les ventes passives à un DS constitue une **restriction caractérisée** 



## Remarque : Dans la lignée du principe d'interdiction ainsi posé, <u>sont également considérés</u> comme des restrictions caractérisées à la concurrence (point 52 des LD) :

- le fait de convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus sur internet
- le fait de convenir que le distributeur (exclusif) mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire exclusif
- Ie fait de convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par Internet. Une nuance est cependant apportée à ce principe puisque le fournisseur peut exiger que l'acheteur vende une certaine quantité absolue de produits hors ligne



## **✓** L'affaire Pierre Fabre

Le groupe Pierre Fabre, qui fabrique plusieurs gammes de produits cosmétiques (marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray), exigeait de ses distributeurs, comme la plupart des autres fabricants de cosmétiques haut de gamme, que les ventes soient effectuées uniquement en magasin et en présence d'un pharmacien diplômé, empêchant ainsi en pratique toute forme de vente sur internet.

Le Conseil de la concurrence a fait part de « préoccupations de concurrence » auprès des différents fabricants, qui ont tous pris l'engagement de supprimer cette clause (décision n° 07-D-07 en date du 8 mars 2007).



## ✓ L'affaire Pierre Fabre (suite)

- Seule la société Pierre Fabre a refusé de prendre des engagements car elle estimait cette clause :
  - non anticoncurrentielle; et
  - quoiqu'il en soit susceptible d'exemption
- Elle a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence (déc. du 29 octobre 2008, n° 08-D-25) au motif que la clause constitue une restriction caractérisée à la concurrence (vente sur internet = forme de vente passive)
- Pierre Fabre forme un recours devant la CAP (qui reçoit des observations de la Commission UE et de l'ADLC)



## ✓ L'affaire Pierre Fabre (suite)

- La Cour d'Appel de Paris hésite: arrêt du 29 oct. 2009 de sursis à statuer => pose une question préjudicielle à la Cour de Justice:
  - (i) est-ce que l'interdiction de facto des ventes sur internet par les revendeurs autorisés dans un réseau de distribution sélective constitue une restriction en soit ?
  - (ii) est-ce que la clause est couverte par l'exemption de bloc mise en place par le Règlement 2790/1999 ?
  - (iii) si ce n'était pas le cas, est-ce que le contrat pourrait être potentiellement éligible pour une exemption individuelle ?



#### ⇒ CJUE 13 octobre 2011 (Aff-439/09)

• Réponse à la question (i): l'article 101.1 du TFUE interdit tout accord qui pourrait affecter le commerce entre les Etats-membres et qui avait pour objectif ou effet la prévention, restriction ou distorsion de la concurrence à l'intérieur du marché interne. Une interdiction de facto de toute vente internet constitue une restriction en soit (et donc, est incompatible avec l'article 101 § 1 du TFUE) si la clause ne peut être justifiée objectivement.

La CJUE exclut les deux arguments les plus communément utilisés pour justifier une telle clause. Selon elle:

- ni la nécessité de fournir aux consommateurs des avis personnalisés pour assurer leur protection;
- **ni la nécessité de protéger une image de marque prestigieuse** (point 45) ne constituent un objectif légitime justifiant une telle clause.



• (ii) En principe, un accord qui est anticoncurrentiel au sens de l'article 101 § 1 TFUE, peut néanmoins être exempté en application de l'article 101 § 3 du TFUE (par exemption individuelle ou de bloc).

Toutefois, la CJUE décide que l'accord avait comme objectif la restriction de ventes passives aux consommateurs finaux sur internet, en dehors de la zone du revendeur et en conséquence excluait l'application de l'exemption de bloc.

 (iii) La CJUE décide qu'elle n'avait pas assez d'éléments pour apprécier si l'accord pouvait bénéficier d'une exemption individuelle et laisse le soin aux juridictions françaises de déterminer ce point. Il est clair que l'interdiction des ventes sur internet constitue une restriction anti-concurrentielle.



## ✓ L'affaire Pierre Fabre (suite)

Arrêt du 31 janvier 2013 de la cour d'appel de Paris: rejet

- Caractère anticoncurrentiel par objet de la clause
- Conditions de l'exemption non réunies

Bilan : il est interdit à l'initiateur d'un réseau de distribution sélective d'interdire à ses distributeurs d'avoir un site internet

Le projet de révision du règlement R.330/2010, publié le 9 juillet 2021, consacre la jurisprudence Pierre Fabre en son considérant 13:

« le fait d'empêcher l'utilisation effective de l'internet à des fins de vente en ligne ou l'utilisation effective de certains canaux publicitaires en ligne, doivent être exclus de manière générale du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement »



#### ✓ L'affaire Guess (Commission européenne, AT.40428, 17 décembre 2018)

Faits: la Commission a réalisé une enquête sectorielle sur le commerce électronique. Elle s'est, à cette occasion, rendue compte que Guess était à l'origine de plusieurs comportements constitutifs de restrictions verticales.

Ceux-ci s'inscrivaient dans le cadre d'une stratégie globale d'entreprise, qui consistait, pour Guess, à détourner les ventes en ligne de produits de la marque Guess vers son propre site Internet, et à limiter la concurrence intramarque entre distributeurs agréés. Elle a en effet restreint, pour ses distributeurs agréés, les activités suivantes:

- l'utilisation des noms et marques commerciales de Guess à des fins de recherches en ligne;
- La vente en ligne sans autorisation spécifique préalable, autorisation que Guess avait toute latitude d'octroyer ou de refuser sans avoir déterminé de critères de qualité spécifiques ;
- La vente à des utilisateurs finaux situés en dehors du territoire attribué aux distributeurs agrées ;
- La vente croisée entre grossistes et détaillants agréés ;
- La fixation de leurs prix de revente en toute indépendance.



#### ✓ L'affaire Guess (suite)

- Caractère anticoncurrentiel par objet de ces cinq clauses et notamment de celle régissant la vente en ligne « (131) In this case, as set out in Section 5.2.3, the written authorisation requirement was not linked to any specified quality criteria. In line with Guess' e-commerce strategy, which aimed at promoting its own website (online shop), that requirement had as its main object to restrict sales on authorised retailers' websites. It protected Guess' own online sales activities from intra-brand competition by its authorised retailers and facilitated market partitioning as it limited the authorised retailers' ability to sell the contract products to customers, in particular outside their authorised area of activity. Therefore, the written authorisation requirement which was not linked to any specified quality criteria constitutes a restriction of competition by object within the meaning of Article 101(1) of the Treaty. »
- Première fois que la Commission se prononce sur une clause interdisant la publicité par recherche en ligne « (118) The objective of the online search advertising restriction was to reduce competitive pressure by authorised retailers on Guess' own online retail activities and to keep down its own advertising costs. (119) Therefore, the online search advertising restrictions cannot be said to serve the legitimate objective of Guess' selective distribution system claimed by Guess, namely to protect the brand image. »



### Solution plusieurs fois réitérée depuis par l'Autorité de la concurrence

- Aut. conc., déc. n 18-D-23, 24 oct. 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture:
  - La Société Stihl (tronçonneuses, débroussailleuses, élagueuses, sécateurs à batterie) a mis en place un réseau de DS
  - Problème : elle exige une remise en main propre de ce type de produits par le distributeur à l'acheteur et impose soit un retrait en magasin, soit une livraison en personne au domicile de l'acheteur
  - Analyse ADLC : Stihl a *de facto* interdit la vente de ses produits à partir des sites Internet de ses distributeur et la condamne



- Ord. Cour d'appel de Paris 23 janv. 2019: sursis à exécution car conséquences manifestement excessives
- Arrêt au fond valide le raisonnement de l'Adlc (CA Paris, Pôle 5 ch. 7, 17 octobre 2019, n° 18-24456):
  - L'exigence d'une remise mise en main propre des matériels doit être assimilée à une interdiction de vente en ligne lorsqu'elle est comprise comme telle par les revendeurs et a entraîné des rappels à l'ordre par le fournisseur
  - L'obligation de prise en main est appropriée pour garantir la sécurité mais il existe des moyens moins restrictifs
- Arrêt de la Cour d'appel approuvé par la Cour de cassation (Com., 26 janvier 2022, n° 19-24.464)



- Aut. Conc., n° 19-D-14, 1<sup>er</sup> juillet 2019, Distribution de cycles haut de gamme
- Bikeurope prévoyait, dans ses CGV que toute vente en ligne de ses cycles devait s'accompagner d'une livraison sur le « lieu de vente autorisé », c'est-à-dire impérativement dans le magasin du distributeur, avant, dans un second temps, d'interdire explicitement toute vente en ligne. Cela est confirmé par plusieurs emails envoyés par le responsable des vente « vente Trek interdite sur les sites internet et en VAD », « nous interdisons la vente de nos vélos à distance (donc sur internet) ». En cas de non respect de ces dispositions, des lettres d'avertissement étaient envoyées.
- L'interdiction de vente de cycles sur internet excède les impératifs liés à la préservation de la sécurité des utilisateurs et de la haute technicité de ces produits, dès lors que la réglementation en vigueur à la date des faits n'exigeait ni un montage en présence de l'acheteur, ni une remise en magasin





(source : ADLC)



Aut. Conc., 8 novembre 2021, n° 21-D-26,

«En concluant des contrats <u>incluant un ensemble de stipulations impliquant la sélection de revendeurs qui ne commercialisent pas la majorité de leurs produits Mobotix en ligne</u>, Mobotix et ses grossistes ACTN, BE IP et EDOX ont conclu un accord vertical ayant pour finalité de restreindre la revente en ligne des produits de Mobotix.

L'Autorité a estimé que les clauses incluses dans les contrats conclus [...] <u>constituaient des restrictions</u> <u>anticoncurrentielles par objet.</u> »



# 2° Les exceptions quasiment impossibles à remplir s'agissant des ventes par internet :

Une restriction caractérisée peut être objectivement nécessaire pour :

- assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé;
- permettre l'introduction d'une nouvelle marque ou l'introduction de celle d'une marque déjà existante sur un nouveau marché; et
- introduire un nouveau produit ou son introduction échelonnée sur un territoire limité ou à une clientèle limitée



Considération toujours très défavorable d'une interdiction pure et simple de la vente en ligne :

➤ ADLC, 22 juill 2021, n° 21-D-20 qui écarte l'argument du produit médical invoqué à l'appui de l'interdiction des ventes en lignes de lunettes de soleil.



Une vision très large de la notion d'interdiction ou de restriction indirecte des ventes en ligne :

Affaire Stihl, com. 26 janv. 2022, n° 20-14.000, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cours d'appel de Paris qui avait confirmé la décision de l'ADLC du 24 oct. 2018, n° 18-D-23 qualifiant de restriction par objet et de restriction caractérisée le fait de limiter la vente en ligne par l'obligation de mise en main de produits dangereux.

Aut. Conc, 8 nov. 2021, n° 21-D-26 : qui qualifie de restriction caractérisée le fait pour le fournisseur d'exiger des grossistes qu'ils sélectionnent des revendeurs ne commercialisant pas la majorité de leurs produits en ligne (assimilé à la limitation de la part de marché des ventes en ligne exclue par les LD).



# b) La contrepartie : la protection accordée au fournisseur

1° La possibilité d'exiger un point de vente physique pour lutter contre le parasitisme des « pure players »

→ Les dispositions des LD sur les restrictions verticales de 2010 et leur application en jurisprudence

LD considérant 54: il est possible « d'exiger des distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques comme condition pour pouvoir devenir membre de son système de distribution ».



- <u>Motif</u> : Exiger la détention d'un magasin physique oblige tous les distributeurs à véritablement investir dans le réseau, et de créer ainsi une solidarité et une égalité entre eux
- <u>Risque</u> : contournement de la règle par la création de magasins "alibi", créés par des distributeurs peu scrupuleux pour intégrer le réseau mais laissés par la suite à l'abandon
- <u>Solution</u>: le fournisseur peut imposer au distributeur « qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique » (Point 52 c)
  - Cette quantité absolue de vente hors ligne peut être la même pour tous ou différente et, dans cette hypothèse, définie selon en fonction de critères objectifs (ex: situation géographique, taille de l'acheteur dans le réseau etc.)



Appliqué en France : pour ex, affaire *Bijourama / Festina*, déc. Cons. Conc. du 24 juillet 2006, n° 06-D-24

Faits: Bijourama, spécialisée dans la vente exclusivement sur internet de produits d'horlogerie, a saisi le Conseil de la Concurrence en raison du défaut d'agrément qui lui est opposé par Festina. Elle estime que ce refus est discriminatoire vis-à-vis des vendeurs « purs internet » et que le contrat de distribution proposé est illicite dès lors qu'il exclut une forme de distribution

La Cour d'appel de Paris (1ère chambre section H) a confirmé la décision du Conseil de la Concurrence dans un arrêt du 16 octobre 2007, n° 2006/17900:

Festina France est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité, notamment par un service après-vente efficace et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur internet n'intervienne dans l'intérêt même des consommateurs que comme complément d'un point de vente physique et uniquement en complément d'un point de vente physique



# → Les réflexions ultérieures : vers une limitation

- √ Avis ADLC n° 12-A-20 du 8 septembre 2012
- Constat : certains fournisseurs renforcent l'exigence d'un point de vente physique en requérant que le distributeur soit agréé depuis au moins un an avant de pouvoir ouvrir un site, voire qu'il exploite plusieurs points de vente.
- L'Aldc met en garde : si cette exigence a pour effet de restreindre la concurrence, les fabricants devront apporter de solides justifications qui seront appréciées in concreto eu égard aux caractéristiques du produit et qui seront appréciées à l'aune de la proportionnalité de la restriction de concurrence à l'objectif poursuivi
- √ Rapport final du 10 mai 2017 relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique: « il pourrait être nécessaire de soumettre certaines exigences d'exploitation d'au moins un point de vente physique qui sont sans lien manifeste avec la qualité de la distribution et/ou d'autres gains d'efficience potentiels, à un examen plus approfondi dans des cas individuels » (pt 27).



# 2° Le droit de contrôler la distribution

→ Les dispositions des lignes directrices de 2010 : « Le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général ». (Pt 54)

#### Ex:

- exigence d'un hébergement de qualité permettant une connexion rapide et sans interruption
- respect d'une charte graphique
- autorisation préalable de toute publicité
- exigence d'un lien hypertexte vers le site internet de la marque

# → Pratique décisionnelle française conforme

Ex : Cons. de la Conc. du 24 juillet 2006 n° 06-D-24 (Festina)



- Le projet de Lignes Directrices confirme la possibilité pour la tête de réseau de protéger son réseau de distribution sélective
- « les exigences de qualité relatives à l'aspect du site internet, les exigences relatives à la présentation des produits [...] sont couverts par le règlement d'exemption » ( § 193)
- Les « <u>restrictions couvertes par une exemption par catégorie incluent</u>, en principe : [...] (b) <u>le fait</u> <u>d'exiger que l'acheteur exploite un ou plusieurs points de vente physiques</u> ou surfaces d'exposition pour pouvoir devenir membre du système de distribution du fournisseur » ( § 194)



### 2) LE NOUVEAU DEBAT : DISTRIBUTION SELECTIVE ET RECOURS AUX MARKETPLACES

Essor des *market places*Avantages / inconvénients
Possibilité d'interdire aux DS d'y avoir recours?
Rédaction ambiguë des lignes directrices, en particulier des paragraphes 54 et 56

Réaction variable des fournisseurs : 3 types de réponses possibles:

- favorables (car développement inéluctable);
- attentistes; et
- hostiles

#### Evolution de la pratique décisionnelle :

- tolérance de l'interdiction des ventes sur les places de marché ; puis
- condamnation; puis
- admission avec discussion sur la portée du champ d'application



a) La position française de départ : après une période de tolérance, une hostilité affichée au principe prohibitif (faveur pour les places de marché)

# Position de l'ADLC

- Avis n° 12-A-20 du 8 septembre 2012 : se montre favorable aux places de marché
- Déc n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 et Décision n° 15-D-11 du 24 juin 2015 (distribution de produits bruns, en particulier de téléviseurs): rejet des mesures conservatoires mais en retenant qu'il n'est pas exclu que la clause d'interdiction de ventes via des plateformes en ligne puisse créer une restriction de concurrence.
- Communiqué de presse de l'Adlc du 18 novembre 2015: obtention de la suppression des clauses d'interdiction de vente sur les places de marché de la part d'Adidas



<u>b) La position européenne :</u> admission de l'interdiction des ventes des distributeurs sur les places de marché

## 1° Position de la Commission UE

Rapport final du 10 mai 2017 relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique - COM(2017) 229 final

« les interdictions (absolues) d'utiliser des places de marché ne doivent pas être considérées comme des restrictions caractérisées au sens de l'article 4, point b), et de l'article 4, point c), du règlement d'exemption d'accords verticaux » (considérant 42)



# 2° Position de la CJUE : l'affaire Coty

Arrêt du 6 décembre 2017, Affaire C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH

- Questions préjudicielles posées par le tribunal régional supérieur de Francfort-surle-Main
- Position de l'AG Wahl publiée le 26 juillet 2017 : la clause n'a pas de caractère anticoncurrentiel



Question n° 1 : « Les systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'« image de luxe » desdits produits constituent-ils un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ? »

- « 35 Il ne saurait être déduit de l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649),(...), que son point 46 visait à établir une déclaration de principe selon laquelle la protection de l'image de luxe ne saurait plus désormais être de nature à justifier une restriction de la concurrence, telle que celle qui résulte de l'existence d'un réseau de distribution sélective, au regard de tout produit, dont notamment les produits de luxe, et de modifier ainsi la jurisprudence constante de la Cour, telle que rappelée aux points 25 à 27 du présent arrêt.
- 36 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits est conforme à cette disposition, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire »



Question n° 2 : « En cas de réponse affirmative à la question 1) : Peut-on considérer comme un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE l'interdiction absolue, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, sans considération de la question de savoir s'il est concrètement porté atteinte aux exigences légitimes du fabricant en termes de qualité ? »

L'interdiction faite aux membres d'un réseau de distribution sélective de produits de luxe, « visant à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits de recourir de manière visible à des plates-formes tierces pour la vente sur internet des produits contractuels » est conforme à l'article 101, § 1 du TFUE « dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée de manière uniforme et appliquée de façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (pt 58)



« 47 Deuxièmement, l'interdiction en cause au principal permet au fournisseur de produits de luxe de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement qui correspond aux conditions qualitatives qu'il a convenues avec ses distributeurs agréés.

- En effet, le non-respect par un distributeur des conditions de qualité fixées par le fournisseur permet à celui-ci de se retourner contre ce distributeur, sur le fondement du lien contractuel existant entre ces deux parties. L'absence de relation contractuelle entre le fournisseur et les plateformes tierces fait toutefois obstacle à ce que celui-ci puisse, sur un tel fondement, exiger de ces plateformes le respect des conditions de qualité qu'il a imposées à ses distributeurs agréés.
- Or, une vente en ligne de produits de luxe par des plateformes qui n'appartiennent pas au système de distribution sélective de ces produits, dans le cadre de laquelle le fournisseur n'a pas la possibilité de contrôler les conditions de vente de ses produits, comporte le risque d'une détérioration dans la présentation desdits produits sur Internet, qui est de nature à porter atteinte à leur image de luxe et, partant, à leur nature même »



Question n° 3 : « L'article 4, sous b), du règlement (UE) n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, constitue une restriction par objet de la clientèle du détaillant ? »

Question n° 4 : « L'article 4, sous c), du règlement (UE) n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, constitue une restriction par objet des ventes passives aux utilisateurs finals ? »

« l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que distributeurs sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, ne constitue pas une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b), de ce règlement, ni une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), dudit règlement » (pt 62).



## c) Les suites françaises : alignement sur le droit de l'UE

# → Affaire Caudalie (suite)

- Cass. Com., 13 septembre 2017, n° 16-15.067 (post Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique 2017) : cassation de l'arrêt du 2 février 2016 => reconnaissance du droit de Caudalie d'interdire à la marketplace 1001Pharmacies de commercialiser ses produits
- Cour d'appel de Paris, 13 juillet 2018, n° 17/20787 : suite (post arrêt COTY CJUE)
- Les produits Caudalie sont des produits cosmétiques de luxe (allure et image des produits et critères qualitatifs de distribution)
- La jurisprudence Coty s'applique à d'autres produits que les produits de luxe
- En tout état de cause, pas de restriction caractérisée, donc exemption par catégorie



- → Affaire Coty: application de cette JP par la Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 4, 28 Février 2018 n° 16/02263
- Les clauses contenues dans un contrat de distribution sélective sont conformes à l'article 101 § 1 TFUE si elles sont proportionnées à l'objectif de préservation de l'image de luxe des produits en cause et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.



#### **Application par ADLC:**

 Aut. conc., déc. n 18-D-23, 24 oct. 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture

L'interdiction d'avoir recours à des plateformes tierces en ligne est conforme au droit de la concurrence. Justifications:

- S'agissant des **produits dangereux**: la nécessité pour le fournisseur de s'assurer que la vente en ligne est assurée par un distributeur apte à garantir le fonctionnement des produits et à assurer la transmission des informations et conseils utiles à leur utilisation dans des conditions optimales de sécurité n'est pas illégitime (pt 280)
  - Toutefois, en exigeant une remise en main propre de ce type de produits par le distributeur à l'acheteur et donc en imposant soit un retrait en magasin, soit une livraison en personne au domicile de l'acheteur, Stihl a de facto interdit la vente de ses produits à partir des sites Internet de ses distributeurs. Or, cette remise en main propre n'est imposée par aucune réglementation nationale ou européenne portant sur la commercialisation des produits en cause
- S'agissant des **produits non dangereux:** l'interdiction est appropriée en ce qu'elle permet au fournisseur de s'assurer de la provenance des produits vendus ainsi que de l'absence de contrefaçon ou malfaçons (pt 281), mais également d'une présentation qualitative de ses produits sur Internet (pt 283)

Rappel : la tête de réseau ne peut limiter la revente en ligne des produits contractuels (les produits dangereux). Cf supra

> l'arrêt de la CA de Paris (17 octobre 2019, n° 18/24456) confirmant pour l'essentiel la décision de l'ADLC fait l'objet d'un pourvoi en cassation



# d) Les interrogations autour de l'arrêt Coty

- Qu'est-ce qu'un produit de luxe ?
- Selon certains, caractère « autoréalisateur » : je dis que mon produit est de luxe, je le vends comme un produit de luxe, il devient un produit de luxe
- Pour d'autres, existence de critères objectifs :
  - Une marque forte
  - Une haute qualité intrinsèque du produit
  - Un prix élevé
  - Une perception d'exclusivité des clients



## Une solution limitée aux produits de luxe?

✓ Point de vue majoritaire : contre une limitation

- Commentaire de l'arrêt Coty par la Commission (Competition Policy Brief April 2018): « In this context, it must be borne in mind that selective distribution systems complying with Article 101(1) TFEU can also be operated for other product categories than luxury goods »
- Cour d'appel de Paris pôle 1 chambre 8, 13 juillet 2018, n° 17-20787: « Au demeurant et à titre surabondant, comme l'a indiqué la DG Concurrence de la Commission européenne dans son commentaire de l'arrêt Coty, il n'y a pas lieu d'exclure que l'interdiction de vente via des plateformes dans les accords de distribution sélective puisse être conforme à l'article 101, § 1, du TFUE pour d'autres catégories de produits que celle des produits de luxe »
- ADLC, 24 oct. 2018, n° 18-D-23 (Stihl) : l'analyse opérée par la CJUE dans l'arrêt Coty « paraît susceptible d'être étendue à d'autres types de produits que les produits de luxe » et « (la CJUE) n'en a pas circonscrit le champ d'application » (pt 278).

✓ Mais Bundeskartellamt (Allemagne), Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what's next ?, October 2018 : la solution de l'arrêt Coty est limitée aux seuls produits de luxe et ne peut pas être transposée aux produits de haute qualité

« The ECJ's statements in this regard are limited to luxury goods. One cannot simply transfer them to other (high-quality) brand products. »



## Une solution transitoire?

→ Le rapport final du 10 mai 2017 relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique et l'arrêt *Coty* insistent sur le fait que les places de marché constituent pour l'heure un canal de vente limité > empêcher de recourir aux market places n'empêche pas l'achat sur internet

- Quid demain?
- → De nombre de places de marché se spécialisent dans le luxe



## Vers une consécration de la solution Coty ?

- L'ADLC a retenu, dans une décision 21-D-30 du 28/12/2021, que l'interdiction de recourir à des market places « n'interdit pas la vente sur Internet de manière absolue, mais uniquement <u>une modalité particulière, encore minoritaire, de vente sur Internet</u>. » (§ 185)

L'interdiction était alors appropriée eu égard à l'objectif « de sélectionner des <u>distributeurs formés et qualifiés, aptes à présenter et expliquer le bon fonctionnement des téléviseurs</u> Elite qui contiennent des fonctionnalités nouvelles, de s'assurer que la commercialisation en ligne a bien été réalisée par l'un d'entre eux. »

- Le projet de lignes directrices sur les restrictions verticales retient :
  - « <u>Une restriction des ventes sur les places de marché en ligne</u> incluse dans un accord vertical <u>est exemptée au titre du règlement d'exemption</u> lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 % et que l'accord vertical ne comporte aucune restriction caractérisée au titre du règlement d'exemption et aucune restriction exclue au titre du règlement d'exemption ne pouvant être dissociée du reste de l'accord vertical » ( § 316)



3) L'assouplissement de certaines règles de protection renforcée des ventes par internet dans le cadre de la révision du règlement restrictions verticales

Les lignes directrices de 2010 avaient instauré des règles très strictes de protection des ventes par Internet, notamment :

- Une interdiction des prix duals ;
- Un strict principe d'équivalence des critères pour la distribution physique et la vente par Internet.

Prenant acte du développement très important de l'Internet, le projet de nouvelles LD a assoupli ces deux règles.



L'admission des prix duals (LD, point 195)

(195) Une obligation pour un même acheteur de payer un prix différent pour les produits destinés à être revendus en ligne que pour ceux destinés à être revendus hors ligne peut bénéficier de la zone de sécurité du règlement d'exemption pour autant qu'elle ait pour objet d'encourager ou de récompenser le niveau approprié d'investissements réalisés respectivement en ligne et hors ligne. Cette différence de prix devrait correspondre à la différence entre les coûts exposés dans chaque canal par les distributeurs au niveau du commerce de détail. A cet effet, la différence de prix de gros devrait tenir compte des différents coûts et investissements supportés par un distributeur hybride, afin d'inciter ou de récompenser ce dernier pour le niveau approprié d'investissements qu'il a réalisés respectivement en ligne et hors ligne : en effet, lorsque la différence de prix de gros est totalement dissociée de la différence entre les coûts supportés dans chaque canal, elle a peu de chances de produire des gains d'efficience. Par conséquent, lorsque la différence de prix de gros a pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet à des fins de vente en ligne, elle constitue une restriction caractérisée, telle qu'énoncée au point 188 des présentes lignes directrices. Cela serait notamment le cas si la différence de prix rendait non rentable ou non viable financièrement l'utilisation effective de l'internet à des fins de vente en ligne.

242



 L'abandon du principe rigide de l'équivalence stride des conditions de vente par Internet par rapport aux ventes physiques (LD, point 221).

(221) Etant donné que les canaux en ligne et hors ligne ont des caractéristiques différentes, un fournisseur qui utilise un système de distribution sélective peut imposer à ses distributeurs agréés des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas identiques à celles imposées pour la vente dans des points de vente physiques, dans la mesure où les conditions imposées pour la vente en ligne n'ont pas pour objet, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs, d'empêcher les acheteurs ou leurs clients de faire un usage effectif de l'internet afin de vendre leurs biens ou services en ligne. Par exemple, un fournisseur peut définir des exigences spécifiques afin de garantir certaines normes de qualité de service pour les utilisateurs qui font des achats en ligne, telles que la création et l'exploitation d'un service d'aide après-vente en ligne, une obligation de couvrir les frais de renvoi exposés par des clients ou l'utilisation de systèmes de paiement sécurisés. Ces restrictions n'affectent pas une clientèle pouvant être délimitée parmi l'ensemble des clients potentiels, ni la capacité des acheteur ou de leurs clients à exploiter leur propre site internet et à faire de la publicité via l'internet sur des plateformes tierces ou des moteurs de recherche en ligne et de pouvoir ainsi faire connaître leurs activités en ligne et attirer des clients potentiels. 243



## Cas pratique n° 6:

La société X laquelle fabrique, entre autres, des machines de bricolage destinées aux professionnels a mis en place un réseau de distribution sélective. Si elle autorise à ses distributeurs agréés de vendre certains outillages sur internet sous réserve qu'ils disposent d'un point de vente physique réalisant au moins 50 000 euros de chiffre d'affaires et qu'ils respectent certaines normes graphiques, elle y interdit la vente des machines électriques destinées aux professionnels car elle estime que leurs caractéristiques méritent une démonstration.

La société Y laquelle est spécialisée dans la vente d'outillages tant aux particuliers qu'aux professionnels dispose de plusieurs points de vente en France et a récemment créé un site internet. Elle souhaite à ce titre vendre toutes ses références sur celui-ci.

La société Y vous demande conseil sur cette situation.



Sur l'exigence de la société X de solliciter un point de vente physique

Le principe est l'autorisation de la vente en ligne.

Il est toutefois possible pour un fabricant d'exiger de ses distributeurs agrées qu'ils aient des boutiques physiques et d'imposer un quota de vente physique (LD paragraphe 52).



Sur la mise en place, par la société X, d'une charte graphique



Pour s'assurer du respect de son image de marque, le fabricant peut imposer une charte graphique devant être respectée par tout distributeur agréé souhaitant vendre les produits en ligne (LD paragraphe 54 ; décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-24)



Sur l'interdiction de vente en ligne de certaines machines de bricolage



Si le principe est l'autorisation de la vente en ligne (LD paragraphe 52), certaines exceptions telles que la sécurité sont admises.

Il a toutefois pu être jugé que l'interdiction de vente sur internet de matériels dangereux ne poursuit pas de manière proportionnée des objectifs légitimes de préservation de la qualité des produits et de la sécurisation de leur bon usage car les exigences du fabricant vont audelà des obligations légales de sécurité qui s'imposent à lui (ADLC, 24 octobre 2018, n° 18-D-23 ; approuvé par Cass. com., 26 janvier 2022, n° 19-24.464).



2) Les réseaux de distribution sélective à l'épreuve des reventes hors réseau

- Les réseaux sélectifs doivent mener un double combat, à la fois contre les membres du réseau qui ne respectent pas leurs obligations et contre les tiers revendeurs hors réseau
- Ce combat est loin d'être facile



- Contre les membres du réseau ne respectant pas leurs obligations
- Mise en demeure,
- Résiliation pour faute.

Mais il peut y avoir des contestations :

- Notion de produit contractuel neuf
   (discussion récurrente en matière de distribution automobile)
- Gravité du manquement
- Non-respect éventuel de l'obligation par les succursales ou filiales du fournisseur, etc...



Un ancien réparateur agréé peut-il se livrer à une activité de revente de véhicules hors réseau ?

> CA Paris, 5-4, 12 janv. 2022, n° 17/14189, Automobiles Peugeot

- Un revendeur agréé Peugeot a été résilié pour faute grave pour avoir vendu des véhicules Peugeot et a contesté cette résiliation. L'ensemble de ses contestations a été rejeté.
- La contestation d'un réparateur agréé sur la nature des véhicules dont la vente lui est reprochée au regard de la définition du véhicule neuf retenue par la Cour de cassation est sans objet lorsqu'il décrit lui-même les produits qu'il offre comme des véhicules neufs dans ses communications commerciales.



- Le réparateur agréé intégré depuis plusieurs années dans un réseau ne peut ignorer qu'en s'approvisionnant en véhicules neufs auprès de concessionnaires espagnols et italiens, il participe à la violation d'une interdiction de revente hors réseau au sens de l'article L.442-2 du code de commerce.
- Une interdiction de revente de véhicules hors réseau conforme au règlement restrictions verticales ne peut être remis en cause du seul fait qu'elle excéderait la portée de la notion de véhicule neuf telle que définie par la jurisprudence de la Cour de cassation.
- Le seul fait que certains mandats d'une société mandataire filiale du constructeur, Aramis, aient pu être régularisés après la vente, ne permet pas de conclure que cette filiale du constructeur participe à un réseau parallèle organisé par ce dernier.



- La lutte contentieuse contre les revendeurs hors réseau
- Obstacle de la démonstration de la licéité et de l'existence du réseau sélectif
- Difficulté de la preuve de la revente hors réseau (camouflage en vente de produits d'occasion ou de vente par un mandataire du client final)
- Difficulté de la preuve de la matérialité de l'approvisionnement illicite (achat par le revendeur auprès d'un autre revendeur hors réseau)
- Difficulté des constats sur ordonnance



# Jurisprudence récente :

- Colmar, 22 mars 2021, n° 17/02203 : le refus d'indiquer la source d'approvisionnement fait présumer un approvisionnement dans des circonstances irrégulières permettant d'engager la responsabilité du revendeur, sans que le fournisseur ne puisse obtenir de surcroit qu'il révèle l'identité de son vendeur.
- Paris, 3 nov. 2021, n° 18 / 27259 : pour être sanctionnable, la revente hors réseau doit être le fait d'un revendeur et non d'un mandataire du distributeur sélectif, met hors de cause la plate-forme non agréée qui agit en tant que mandataire des distributeurs sélectifs dont elle écoule en ligue les invendus. Il devrait être possible d'écarter le recours à de tels mandataires pour éviter un contournement trop facile de l'interdiction.



- Plus positif, Paris, 9 juin 2021, n° 18/17379, Coty: réseau jugé conforme à l'article 101, par. 1 du TFUE; caractérisation de fautes du site de revente hors réseau et de la responsabilité de France TV du fait de sa négligence dès lors « qui en se livrant à la promotion d'un site internet vendant des parfums à des prix anormalement bas, il (lui) appartenait de vérifier qu'il n'y avait pas de violation d'un réseau de distribution » et de sa participation indirecte à la valeur de l'interdiction de revente hors réseau par la grande publicité faite au site poursuivi.



# III. LE CONTRAT DE DISTRIBUTION SELECTIVE A L'EPREUVE DE LA SORTIE DU RESEAU DE DISTRIBUTION

- A. LA FIN DU CONTRAT DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE
- B. LA CESSION DE L'ENTREPRISE DU DISTRIBUTEUR SÉLECTIF



#### Remarque: multiplication des contentieux en fin de contrat

- La fin du contrat n'est pas seulement contestée en elle-même :
  - Résiliation abusive (abus dans la rupture)
  - Résiliation brutale (brutalité de la rupture)
  - Résiliation illégale (illégalité de la rupture)
- Mais donne lieu à des contestations sur la naissance des relations et leur exécution
  - Contestations de tout ordre: primes d'objectifs, garanties non réglées, remise en cause des RRR, contestation du prix et des hausses de prix, etc. renforcées par l'extension de la soumission à un déséquilibre significatif et l'obtention d'un avantage sans contrepartie proportionnée
  - Contestation des conditions de cession du fonds de commerce ou de l'entreprise
  - Demandes de réintégration au sein du réseau



# A. LA FIN DU CONTRAT DE DISTRIBUTION SELECTIVE

1) Causes d'extinction

2) Liquidation des effets du contrat de distribution



1) Causes d'extinction du contrat de distribution

a) Droit de rupture

- 1° Le principe du droit de rompre
- 2° Le droit à une rupture sanction



### 1° Le principe du droit de rompre

 CDI : droit de résiliation unilatérale (principe de prohibition des engagements perpétuels)

#### CDD: aucun droit au renouvellement

- Solution constante en JP
- Repris par nouvel art. 1212 cc:
- « 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. »



# 2° Le droit à une rupture sanction : la résolution du contrat

Le jeu des clauses résolutoires

#### Nouvel article 1225 code civil:

« La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire »



#### En l'absence de clause résolutoire

#### Art. 1226 code civil: résolution unilatérale par notification

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution »

#### Art. 1227 code civil:

« La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice. »



 Mais le manquement doit être suffisamment grave pour justifier une résolution du contrat

Cass. com., 5 avril 2018, n° 16-19.923 : « <u>le manquement d'une partie à la clause d'objectifs ne constitue pas une faute suffisamment grave</u> pour justifier une rupture immédiate des relations commerciales, même en présence d'une clause résolutoire en ce sens ».



### b) Modalités d'exercice du droit de rupture

- 1° Respect d'un préavis?
- Ne joue pas en cas de faute grave (art. L442-1, II du code de commerce).
- But : permettre au cocontractant qui n'a pas pris l'initiative de la rupture de la relation contractuelle de faire face aux conséquences économiques et financières de celle-ci en organisant sa reconversion.
- Admise depuis longtemps en jurisprudence sur le fondement des ex articles 1135 et 1160 du code civil.



- Le respect d'un préavis est aujourd'hui prévu par :
  - L'article L. 442-1, Il code de commerce (ex 442-6 al.5 code de commerce) : cf. module pratiques restrictives de concurrence
    - Désormais la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante du préavis dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois.
  - L'article 1211 nouveau code civil issu de la réforme de droit des contrats : « 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 »

**Remarque** : l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures (sauf si le défaut d'exécution est imputable à la victime de la rupture : Paris 19 sept. 2018, RG n° 18/08183).



#### 2° La motivation de la rupture

- En principe, la décision de résiliation ou de non-renouvellement **n'a pas à être motivée :**Auparavant, il y avait un contrôle de la légitimité des motifs de la rupture (v. Com. 20 janvier 1998 mais cette jurisprudence est devenue obsolète).
- Quid si des motifs fallacieux sont tout de même invoqués ?

Evolution de la position de la Cour de cassation qui :

- a sanctionné par le passé : Cass. Com., 5 oct. 1993, n° 91-10.408 ou Com. 13 mars 2001, n° 98-19.260
- ne sanctionne pas dans la jurisprudence récente : Cass. Com., 25 avr. 2011, n° 98-22.199 ; 6 nov. 2007, n° 05-15.152 ; 12 avril 2016, n° 14-25.390.
- Application récente par Paris 4 juill. 2018, RG n° 16/05518



# 3° Contrôle de la rupture abusive

- Beaucoup de contentieux
- Les abus possibles :
  - L'intention de nuire au cocontractant : Com. 8 oct. 2013, n° 12-22.952
  - Une légèreté, une désinvolture particulièrement blâmable Ex. : incitation du distributeur à faire des investissements peu de temps avant la rupture : Com. 3 nov. 2004.



## 2) Liquidation des effets du contrat de distribution

## a) Etude des restitutions

#### **Restitution en nature :** le distributeur doit :

- déposer les signes distinctifs d'appartenance au réseau : Com. 20 mai 2014, 13-17.488 : « le franchisé s'engage à ne plus utiliser les couleurs bleu et blanc de la franchise et à faire repeindre son centre dans d'autres couleurs que le bleu dans les six mois de la cessation du contrat »
- restituer le matériel
- restituer les fichiers et les documents commerciaux



### b) Sort des stocks

- Principe : non reprise des stocks
- **Exception :** la reprise de stocks peut être imposée à titre de sanction en cas de faute du fournisseur (*ex.* : sanction de la rupture brutale de relations commerciales établies).
- Dans le silence de la loi, la reprise des stocks par le fournisseur relève de l'organisation contractuelle :
  - clause de non-reprise de stocks
  - clause de reprise des stocks dont les modalités sont variables :
    - Reprise du stock à la valeur de celui-ci, diminuée de x % (en raison des frais de transport, des frais de reconditionnement éventuels, etc.)
    - Reprise uniquement des produits acquis directement auprès du fournisseur (et non des produits acquis auprès d'autres membres du réseau);
    - Reprise de produits neufs (ex. achetés dans les x mois précédant la cessation du contrat ; dont l'emballage n'a pas été altéré, etc.).



### c) Paiement d'indemnités

- Indemnité pour brutalité de la rupture (cf. infra)
- Indemnité pour rupture abusive
- Indemnité de fin de contrat du distributeur ?
  - → Le cas particulier des agents commerciaux :
    - Article L. 134-12 du Code de commerce: indemnité compensatrice du préjudice subi du fait de la cessation du contrat d'agent à l'initiative du commettant obligatoire (toute clause contraire est réputée non-écrite).
    - Indemnité égale à 2 ans de commissions selon la jurisprudence.



→ Quid pour les distributeurs indépendants ?

#### Solution de la Cour de cassation :

- Refus de l'indemnité compensatrice du préjudice subi faute d'intérêt commun
- Refus de l'indemnité pour perte de clientèle, car les distributeurs, propriétaires du fonds de commerce, sont propriétaires de la clientèle qui y est attachée :
  - Civ. 3e, 27 mars 2002, n° 00-20.732 : « La clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, et cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé »



# Cas pratique n° 7:

Une tête de réseau constate que son distributeur sélectif n'a pas rempli ses objectifs de vente pour la deuxième année consécutive. Estimant que ces manquements sont du fait exclusif de son distributeur, la tête de réseau souhaite mettre un terme au contrat qui les lie en vertu de la clause résolutoire prévue en ce sens.

En a-t-il le droit?



La jurisprudence considère que le manquement d'une partie à la clause d'objectifs ne constitue pas une faute suffisamment grave pour justifier une rupture immédiate des relations commerciales, même en présence d'une clause résolutoire en ce sens (Cass. com., 5 avril 2018, n° 16-19.923).

La prudence exige que le fournisseur démontre non seulement que les objectifs n'ont pas été remplis mais que le distributeur n'a pas utilisé les moyens pour les remplir.



# B. La cession de l'entreprise du distributeur sélectif

- Clause d'agrément du repreneur en cas de cession du contrat ou de la société exploitant le contrat : usuelle dans les contrats de distribution sélective
- En général, exigence d'information préalable et d'autorisation préalable
- Clause sèche ou pour justes motifs
- Nécessaire pour vérifier si le repreneur remplit les critères d'appartenance au réseau



- Peut-on aller au delà et admettre un non agrément pour des raisons allant au-delà de la vérification des critères ?
- Il existe 2 courants en jurisprudence et en pratique :
- absence d'intuitu personae entre le fournisseur et ses distributeurs sélectifs (cass. Com, 4 mai 1999)
- intuitu personae en plus des critères de sélection, en particulier en cas de distribution sélective quantitative, nécessité de pouvoir s'opposer à une trop grande concentration du réseau ou au contraire à une insuffisance d'économies d'échelle et impossibilité ou difficulté de travailler avec une personne avec laquelle on ne s'entend pas bien



### QUIZZ GENERAL DE REVISION :

1) La création d'un site internet par la tête de réseau viole-t-elle automatiquement l'exclusivité territoriale conférée aux distributeurs ?





2) Un partenaire qui rompt une relation commerciale établie avec son distributeur sélectif avec lequel il est en relations depuis 50 ans, sans respecter le moindre préavis, pourra-t-il être condamné à compenser une perte de marge sur plus de 18 mois ?



NON



3) Tout fournisseur peut décider, sans conditions, de mettre en place un réseau de distribution sélective ?





4) Un fournisseur se voit-il nécessairement obligé de renouveler un premier agrément accordé à un distributeur si celui-ci remplit toujours les critères de sélection ?





5) Le refus d'agrément constitue-t-il systématiquement un accord ?





6) Un fournisseur peut-il exiger de ses distributeurs sélectifs l'ouverture d'un point de vente physique ?



NON



Cas pratique de révision générale:

Dossier Auto + / Picard

Vous êtes l'avocat de la société Auto + qui vient de recevoir l'assignation à comparaître devant le tribunal de commerce de Nanterre

Le PDG de la société Auto + vous demande quels moyens de défense vous entendez faire valoir devant le tribunal saisi et le pourcentage de chance qu'ils soient accueillis par le tribunal.



### Conclusion : un droit en évolution permanente

### A surveiller en particulier :

- La réforme du droit des restrictions verticales actuellement en cours ;
- Le débat sur la qualification d'acte unilatéral ou d'accord relevant du droit des ententes du refus d'agrément au sein d'un réseau de distribution sélective ; et
- La portée de l'interdiction possible des restrictions aux ventes sur les market places



- Ce qu'il faut savoir sur les prochaines évolutions du droit européen
  - Distribution duale (ou mixte ou double distribution);
  - Protection des distributeurs sélectifs contre les ventes en provenance des exclusifs et des exclusifs contre les ventes en provenance des pays sélectifs;
  - Prix duals :
  - Equivalence des conditions ;
  - Clauses de parité ;
  - Prix imposés ;
  - Obligations de non-concurrence de plus de cinq ans.