

Éclairage

RLC 3572

Refus d'agrément d'un distributeur sélectif : la cour d'appel de Paris en proie aux limites de l'application du droit des ententes

Trois arrêts de la cour d'appel de Paris des 23 janvier, 20 février et 27 mars 2019 présentent une lecture intéressante du droit applicable au refus d'agrément opposé à un candidat à l'entrée dans un réseau de distribution sélective, mais qui soulève plusieurs interrogations.

CA Paris, 23 janv. 2019, n° 16/16856⁽¹⁾; CA Paris, 20 févr. 2019, n° 15/13603; CA Paris, 27 mars 2019, n° 17/09056

La cour d'appel de Paris a rendu ces dernières semaines trois arrêts complexes dans leur raisonnement à propos du droit pour une tête de réseau de distribution sélective de ne pas contracter avec un candidat demandant à en faire partie. En qualifiant les refus d'agrément d'entente et donc en refusant de les qualifier de pratique unilatérale⁽²⁾, la cour met en lumière une réelle difficulté de mise en œuvre de la notion d'accord dans un tel contexte, mais privilégie une interprétation assez discutable du droit positif.

Les faits sont classiques : dans deux des trois espèces⁽³⁾, un constructeur automobile à la

tête d'un réseau de distribution sélective qualitative résilia les contrats de distribution de véhicules neufs et/ou de réparateur agréé de la marque qui le liaient à un partenaire. Dans la troisième espèce, le contrat de réparateur agréé à durée déterminée arrivait à terme⁽⁴⁾. Dans les trois espèces, le partenaire présenta une nouvelle demande d'agrément, en soulevant satisfaire toutes les conditions requises. Dès lors, selon lui, que la tête de réseau avait adopté la distribution sélective qualitative pour l'activité de réparation, il devait conclure un contrat avec tout candidat qui en remplissait les critères et tout refus constituait à son sens une restriction de concurrence par objet au regard de l'article 101 §1, TFUE ou de l'article L. 420-1 du code de commerce qui prohibent les ententes anticoncurrentielles.

(1) Il est précisé que le Cabinet Henry & Bricogne assistait la société Mazda dans le contentieux ayant donné lieu à cet arrêt.

(2) Mais en concluant qu'ils n'avaient ni un objet ni un effet anticoncurrentiel, ce qui donne lieu à un autre commentaire dans ces colonnes.

(3) N° 16/16856 et n° 15/13603.

(4) N° 17/09056.



Par Emmanuel DIENY
Avocat à la Cour
Cabinet Prôreus,
Paris



Et Xavier HENRY
Avocat à la Cour
Cabinet Henry
& Bricogne, Paris

De façon moins classique, dans l'affaire n° 16/16856, le tribunal de commerce de Paris avait jugé que le refus d'agrément opposé par la tête de réseau au candidat constituait un acte unilatéral, ne pouvant donc être condamné sur le fondement du droit des ententes. La cour d'appel de Paris a censuré cette analyse, en considérant dans les trois affaires que cette décision de ne pas agréer relève des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 §1 TFUE. Pour ce faire, elle interprète le droit européen de telle sorte à ce qu'un accord soit toujours caractérisé, solution qui, de manière générale, apparaît discutable.

I. – Le refus d'agrément d'un candidat à l'entrée d'un réseau de distribution sélective est-il réellement toujours qualifiable d'accord ?

Alors que la jurisprudence relative à la notion d'accord apparaît bien établie, la cour d'appel de Paris fait le choix motivé de l'écarter non seulement aux cas d'espèce, mais de façon générale pour tout refus d'agrément à l'entrée dans un réseau de distribution sélective.

A. – Rappel de la jurisprudence sur la notion d'accord en droit de la concurrence

La définition de l'accord est fixée en jurisprudence depuis les arrêts *Bayer* de 2000/2004 comme étant une « concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord »⁽⁵⁾.

Comme le rappelle la cour dans l'affaire n° 16/16856, deux grandes hypothèses se distinguent s'agissant des décisions adoptées par un fournisseur à la tête d'un réseau de distribution (quelle que soit sa nature) :

- soit la pratique (potentiellement illicite) en cause ressort d'une clause figurant dans le contrat de distribution : par la signature de celui-ci, les distributeurs y ont donc donné (par avance) leur consentement, et sa mise en œuvre par le fournisseur relève donc du droit des ententes ;
- soit le comportement adopté par le fournisseur à la tête du réseau ne ressort pas expressément du contrat : d'après la jurisprudence *Bayer* précitée, il convient alors de démontrer que les distributeurs y ont, expressément ou tacitement, donné leur consentement. Autrement formulé, il faut faire la démonstration d'une invitation de la tête de réseau à adopter un certain comporte-

ment, suivie d'une acceptation, expresse ou tacite, de cette invitation par les distributeurs.

Ainsi, dans l'affaire *Bayer*, il n'y a pas eu d'accord sur la politique de contingentement mise en place par le laboratoire, faute de démonstration d'une acceptation de cette politique par les grossistes, qui avaient au contraire tout fait pour la rejeter et la contourner. De même, dans une autre illustration de référence, l'affaire *Volkswagen* (concernant justement un réseau de distribution sélective), une circulaire du constructeur imposant un certain prix de revente des véhicules n'a pas été qualifiée d'accord dans la mesure où les concessionnaires ne l'avaient pas effectivement mise en œuvre⁽⁶⁾.

B. – L'interprétation de la jurisprudence européenne par la cour d'appel de Paris aux cas d'espèce : le sacrifice des arrêts *Bayer* et *Volkswagen* au profit de l'arrêt *Metro I*

Dans ce cadre jurisprudentiel, les refus d'agrément opposés par les constructeurs à la candidature de leurs ex-cocontractants constituent-il un accord ou, autrement formulé, les concessionnaires des différents réseaux en cause avaient-ils, explicitement ou tacitement, accepté de tels refus ⁽⁷⁾ ? Dans les trois affaires, les constructeurs arguaient du caractère unilatéral de leur décision, se fondant en particulier sur la jurisprudence *Bayer* précitée.

La cour d'appel réfute leur analyse, mais sans rejeter pour autant la jurisprudence *Bayer*. Au contraire, elle reconnaît et réaffirme celle-ci, à tout le moins pour les relations entre un fournisseur et des distributeurs. Mais visiblement gênée par les conséquences de l'analyse *Bayer* aux cas d'espèce, la cour en écarte l'application au refus d'agrément dans un réseau de distribution sélective, en jugeant qu'elle ne s'applique pas dans ce cas-là⁽⁸⁾. La cour d'appel de Paris constate implicitement qu'appliquer la jurisprudence *Bayer* reviendrait à sortir le refus d'agrément du droit des ententes, de façon contestable au plan logique selon elle. Elle propose donc d'écarter ces critères pour cette situation, en privilégiant à la place la jurisprudence *AEG/Metro*⁽⁹⁾.

(5) TPICE, 26 oct. 2000, aff. T-41/96, *Bayer*, ECLI:EU:T:2000:242, confirmé par CJCE, 6 janv. 2004, aff. C-2/01, ECLI:EU:C:2004:2.

(6) TPICE, 3 déc. 2003, aff. T-208/01, *Volkswagen*, ECLI:EU:T:2003:326, et, sur recours, CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460.

(7) Une entente, c'est-à-dire un accord, entre la tête réseau et son ex-partenaire étant manifestement impossible à retenir.

(8) La cour d'appel de Paris avait adopté une position différente dans une espèce antérieure, écartant un grief de refus de contracter au motif qu'il n'était pas démontré une concertation avec des tiers (CA Paris, 13 avr. 2005, n° 03/05939), arrêt que la cour qualifie d'« arrêt isolé » (affaire n° 16/16856).

(9) Selon la cour, la jurisprudence *Bayer* « (...) ne s'appliqu[e] qu'aux relations fournisseurs-acheteurs, en l'absence de conclusion, entre les parties, de contrat de distribution » (affaires n° 15/13603 et n° 17/09056).

En effet, la cour d'appel fonde toute son appréciation des réseaux de distribution sélective sur l'arrêt *Metro I* de 1977⁽¹⁰⁾, dont elle prend soin de rappeler qu'il constitue toujours la référence retenue par la CJUE, notamment dans ses récents arrêts *Pierre Fabre Dermo-cosmétique*⁽¹¹⁾ et *Coty*⁽¹²⁾. Selon cette décision, un réseau de distribution sélective échappe à l'article 101 §1 s'il est fondé sur des critères objectifs et non discriminatoires et si tous les candidats distributeurs remplissant les critères qualitatifs sont agréés. Si tel n'est pas le cas, cet accord tombe sous le coup de l'article 101 §1, tout comme lorsque les critères choisis sont valables mais qu'ils n'ont pas été appliqués correctement par la tête de réseau (mise en œuvre discriminatoire en particulier). Or, selon la cour, il ne serait pas concevable qu'une application discriminatoire des critères tombe sous le coup du droit des ententes (en application de *Metro I*), mais que le « simple » mais plus « radical » refus d'agrément y échappe⁽¹³⁾. S'il n'était pas possible de qualifier le refus de contracter de concours de volontés, la licéité d'un réseau de distribution sélective ne pourrait pas être remise en cause au regard de l'article 101 §1 TFUE, argument qui, *prima facie*, est assez séduisant.

Et pour pouvoir qualifier d'entente le refus de contracter, il faut donc retenir non pas l'approche *Bayer*, mais l'approche exposée dans l'arrêt *AEG* de 1983⁽¹⁴⁾, dans lequel un refus de conclure un contrat de distribution sélective par le fournisseur a été jugé comme constituant une entente au sein du réseau. En effet, selon la cour, du seul fait de leur appartenance au réseau, les distributeurs ont accepté par avance tout comportement de l'entreprise à la tête de celui-ci. Plus précisément, si la cour confirme que « *le seul fait d'être membre d'un réseau de distribution ne vaut pas acquiescement même tacite à une invitation apparemment unilatérale du fournisseur à commettre certaines pratiques* », elle n'en considère pas moins que ce principe ne serait pas applicable « *lorsque ce comportement concerne la politique d'agrément des distributeurs par le fournisseur selon les critères du réseau prévus dans les contrats de distribution sélective, condition fondamentale*

de la licéité même du réseau au sens de l'article 101, alinéa 1 du TFUE »⁽¹⁵⁾.

Autrement dit, là où *Bayer* requiert la démonstration d'un consentement effectif, il devrait être considéré que la politique d'agrément fait partie des conditions contractuelles conditionnant la validité même du réseau, et aurait donc été acceptée par avance par les distributeurs⁽¹⁶⁾, et ce quelle que soit la décision ultérieurement adoptée par la tête de réseau. La cour d'appel de Paris affirme l'existence d'un consentement, d'un accord de volontés, mais pas selon les critères *Bayer*.

II. – Une réponse contestable à la difficulté soulevée

L'analyse de la cour d'appel de Paris met en lumière un vrai problème en droit européen de la concurrence. La solution qui a le mérite d'être proposée paraît toutefois contestable, mais ouvre un débat quant au traitement juridique de l'agrément à l'entrée dans un réseau de distribution sélective en droit de la concurrence.

A. – En quoi l'analyse de la cour d'appel de Paris est-elle contestable ?

Cette position est très discutable au regard des arrêts *Bayer* et *Volkswagen* précités, dont il faut souligner qu'ils ont été rendus postérieurement à l'arrêt *AEG* et qu'ils ont justement haussé le niveau d'exigence pour qualifier un comportement d'accord au sens de l'article 101 §1⁽¹⁷⁾. Selon ces arrêts, l'accord des membres du réseau doit résulter des clauses du contrat ou d'un acquiescement exprès ou tacite à une invitation de la tête de réseau à une pratique⁽¹⁸⁾. Un tel accord ne peut plus résulter de la seule appartenance au réseau comme la Commission, et, parfois, la Cour de justice avaient tendance à l'admettre auparavant. En l'occurrence, en tout cas pour l'affaire n° 16/16856, le contrat du constructeur ne mentionnait pas, ni n'excluait d'ailleurs, son droit de ne pas agréer un candidat qui aurait rempli les critères de sélection. L'accord des distributeurs sur le refus de contracter de la tête de réseau ne pouvait donc pas résulter des clauses du contrat. De même, le constructeur n'avait-il pas invité les

(10) CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26/76, *Metro I*, ECLI:EU:C:1977:167.

(11) CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-cosmétique*, ECLI:EU:C:2011:649.

(12) CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, *Coty*, ECLI:EU:C:2017:941.

(13) « *Il n'est pas envisageable qu'au regard de la jurisprudence Volkswagen, un refus d'agrément non discriminatoire soit considéré comme un concours de volontés 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. Des refus anticoncurrentiels d'agrément rendant le réseau illicite au sens de la jurisprudence Metro (...) ne pourraient pas être réprimés* » (affaire n° 16/16856).

(14) CJCE, 25 oct. 1983, aff. 107/82, *AEG*, ECLI:EU:C:1983:293.

(15) Position répétée dans les trois affaires ici commentées (affaires n° 16/16856, n° 15/13603 et n° 17/09056).

(16) « (...) *la politique d'agrément du fournisseur relève des dispositions contractuelles pertinentes et constitue l'élément essentiel du réseau, puisque les critères et leur application conditionnent la validité même de celui-ci (...)* » (affaire n° 17/09056).

(17) Plusieurs auteurs soulignent que de telles analyses ne sont plus tenables après *Bayer* et *Volkswagen*. V., par ex., J. Faull, A. Nikpay, *The EU Law of competition*, Oxford University Press, p. 212, §3.103 ; R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 9th ed. 2018, Oxford University Press, pp. 110 et 111.

(18) CJCE, 13 juil. 2006, *Volkswagen*, précité, pts. 36 et 39.

membres du réseau à donner leur accord au refus. Au regard des arrêts *Bayer* et *Volkswagen*, le refus de contracter ne pouvait donc constituer un concours de volontés, mais seulement un acte unilatéral.

La cour d'appel de Paris considère cependant que les principes énoncés par ces décisions ne peuvent pas s'appliquer à un refus de conclure un contrat de distribution sélective, en se fondant en particulier sur les arrêts *AEG* et *Metro I*, qui demeurent selon la cour une référence en matière de validité de réseau de distribution sélective.

Mais, en premier lieu, ni l'arrêt *Bayer* ni, semble-t-il, aucun arrêt postérieur, n'ont établi de distinction quant à son champ d'application selon qu'il s'agisse de relations entre un fournisseur et ses distributeurs ou d'entrée dans un réseau de distribution. Même s'il semble que la solution *Bayer* n'ait été appliquée qu'à des hypothèses de comportements tournés vers des cocontractants de l'auteur de la pratique (grossistes en relation commerciale par exemple dans le cas *Bayer*, ou concessionnaires en place dans le cas *Volkswagen*) et non pas vis-à-vis d'un tiers (candidat à l'agrément qui justement ne fait plus partie du réseau), la cour d'appel a semble-t-il distingué là où la CJUE ne distingue pas.

En second lieu, les faits (et l'interprétation) de l'arrêt *AEG* ne sont pas suffisamment certains pour affirmer que sa solution serait différente de celle énoncée dans *Bayer* et qu'en conséquence *Bayer* ne s'appliquerait pas aux refus d'agrément.

Tout d'abord, il pourrait être soutenu, au rebours de la cour d'appel, que cet arrêt est au contraire en ligne avec les critères de consentement posés par l'arrêt *Bayer*. Certes, dans l'arrêt *AEG*, « les volontés respectives du fabricant et des distributeurs n'apparaissent pas de façon évidente »⁽¹⁹⁾, mais il peut être souligné (comme le font plusieurs auteurs⁽²⁰⁾) que dans cette affaire, les distributeurs et leur fournisseur avaient un fort intérêt commun à une politique de prix élevés (et donc à des refus d'agréer des candidats qui refuseraient cette stratégie) et que ces refus relevaient d'une « politique poursuivie par [le fournisseur] » et d'un « comportement systématique ». Le caractère ainsi général, habituel, quasi-officiel, de ces

refus motivés par le refus du candidat d'adopter la politique de prix élevés voulue par le fournisseur permettrait de considérer qu'ils ont été tacitement acceptés par les distributeurs du réseau et qu'une entente était bien caractérisée, y compris selon les critères posés par l'arrêt *Bayer*. Or, à tout le moins dans l'affaire n° 16/16856, la situation n'était pas la même que dans *AEG* : la cour d'appel reconnaît elle-même qu'il s'est agi d'un refus isolé, motivé non par des objectifs anticoncurrentiels, mais par le fait que le candidat était un ex-concessionnaire qui venait d'être résilié et avec lequel le constructeur était en conflit depuis plusieurs années. Il paraît dès lors assez difficile de considérer que ce refus unique et *sui generis* du constructeur ait pu être même seulement implicitement accepté par les distributeurs du réseau et constituer donc une entente.

Ensuite, même si *AEG* signifiait réellement que le refus d'agrément s'inscrit « automatiquement » dans les relations contractuelles avec le réseau et constitue donc nécessairement un accord, cette position a été **expressément** rejetée par le TPICE dans l'affaire *Volkswagen*⁽²¹⁾.

L'arrêt *AEG* apparaît donc en tout état de cause constituer une raison insuffisante pour faire table rase de *Bayer* dans les cas de refus d'agrément ⁽²²⁾.

Pour finir, l'arrêt *Metro I* est encore plus en décalage avec les arrêts *Bayer* et *Volkswagen*⁽²³⁾. Si les « distributeurs (...) consentent par avance, en signant les contrats, aux critères de sélection et au principe de leur application non discriminatoire », ils n'ont pas consenti *a contrario* par avance à un refus de conclure un contrat de distribution sélective avec un candidat remplissant les critères de sélection. Ils n'ont donc pas adhéré par avance au comportement de la tête de réseau dans ce cas de figure. Même en suivant la position de la cour selon laquelle les conditions d'agrément feraient partie des conditions nécessairement acceptées par les distributeurs, la cour n'explique pas comment ils pourraient avoir consenti, même tacitement, à une non-application (ou une mauvaise application) de cette politique.

B. – Quel traitement pour les refus d'agrément ?

Le dilemme auquel la cour d'appel s'est trouvée confrontée ne peut être nié. Et les conséquences du rejet de la qualification d'accord pour des refus d'agrément non motivés par les dispositions contractuelles ne seraient pas négligeables. Mais écarter la jurisprudence *Bayer* et créer

(19) *Dixit* le TPICE lui-même dans son arrêt *Bayer* précité, pt. 179.

(20) V., par ex., R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 9th ed. 2018, précité, pp. 110 et 111. C'est d'ailleurs par une telle interprétation que le TPICE a cherché à « sauver » l'arrêt *AEG* dans sa décision *Volkswagen*, en soulignant que « (...) contrairement à ce que fait valoir la Commission, la Cour, dans l'arrêt *AEG*, constate expressément l'acquiescement des distributeurs aux agissements anticoncurrentiels de *AEG* lorsqu'elle énonce que « 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 » (point 38 de l'arrêt) » (TPICE, 3 déc. 2003, *Volkswagen* précité, pt. 48).

(21) TPICE, 3 déc. 2003, *Volkswagen*, précité, pts. 25 et 36.

(22) D'autant qu'il donne lieu à d'autres interprétations, v. par ex. les conclusions de l'avocat général A. Tizzano du 22 mai 2003, sous l'affaire *Bayer* précitée, pt. 68.

(23) À titre presque accessoire, on peut rappeler que l'arrêt *Metro I* ne portait pas sur la notion d'accord, mais sur le caractère restrictif ou non d'un réseau de distribution sélective – sujets il est vrai intimement liés.

une règle *sui generis* pour les seuls refus d'agrément n'est probablement pas la bonne réponse.

Le Tribunal et la Cour de justice n'ignorent nullement la contradiction entre les arrêts *Bayer* et *Volkswagen*, d'une part, et les arrêts *AEG* et *Metro I*, d'autre part. Ils tentent cependant contre toute raison d'expliquer qu'il n'y aurait aucune contradiction⁽²⁴⁾. Cela montre à tout le moins que, pour les juridictions de l'Union européenne, le standard de preuve d'un accord au sens de l'article 101 §1 TFUE ne peut pas être spécifique au refus de conclure un contrat de distribution sélective. Contrairement aux juridictions de l'Union européenne, la cour d'appel de Paris a le mérite de reconnaître cette contradiction. Pour en sortir, elle prend donc le parti de rejeter les principes dégagés par les arrêts *Bayer* et *Volkswagen* pour appliquer ceux de l'arrêt *AEG*, afin de pouvoir appliquer les principes de la distribution sélective tels qu'issus de l'arrêt *Metro I* et ainsi analyser un refus de contracter à l'aune de l'article 101 §1 TFUE. La cour sacrifie donc les arrêts *Bayer* et *Volkswagen* pour sauver l'arrêt *Metro I*, ce qui fragilise la position adoptée.

Il est gênant d'abaisser le standard de preuve d'un accord pour que la jurisprudence de la Cour de justice puisse rester cohérente. Les décisions *Bayer* et *Volkswagen* ne font pas de distinction selon les pratiques reprochées. Le standard de preuve d'un accord est le même quelle que soit la pratique en cause. Pourquoi faudrait-il être moins exigeant lorsqu'il s'agit d'un refus de conclure un contrat de distribution sélective que par exemple pour une politique de prix imposés ou de répartition de marchés ? Ne faut-il pas au contraire revoir les conditions de la licéité d'un réseau de distribution sélective issues de la jurisprudence *Metro I* et notamment leur compatibilité avec la définition de la distribution sélective résultant des règlements d'exemption sur les restrictions verticales qui ne posent pas comme condition que la tête de réseau doive sélectionner ses distributeurs

sur des critères purement qualitatifs et agréer de surcroît tous ceux qui les remplissent⁽²⁵⁾ ?

En outre, et pour reprendre un critère proposé par la Cour de justice⁽²⁶⁾ et par plusieurs auteurs⁽²⁷⁾, on peut relever qu'à l'instar de l'affaire *Bayer* où le laboratoire n'avait nullement besoin de la participation des grossistes pour mettre en œuvre sa politique de contingentement, la tête de réseau de distribution sélective n'a pas besoin de ses distributeurs pour agréer ou refuser d'agrément un candidat. Cette situation diffère donc nettement en cela d'affaires dans lesquelles il s'agit d'imposer un prix de vente ou de mettre en œuvre des politiques de cloisonnement territorial.

Il est donc permis de penser que la cour d'appel de Paris fonde son raisonnement sur une conception trop restrictive de la distribution sélective. Certes, un réseau de distribution sélective qui répond à la définition de la jurisprudence *Metro I* est assurément licite au regard de l'article 101 §1 TFUE. Pour autant, un réseau qui ne répondrait pas à cette définition ne serait pas nécessairement illicite.

Ce n'est pas la première fois que le droit de la concurrence, qu'il s'agisse du droit des ententes ou des abus, n'est pas à même d'appréhender certaines situations apparemment restrictives. Mais la fin ne peut justifier tous les moyens, et il n'est pas souhaitable de remettre en cause les notions juridiques, même avec des intentions louables, à seule fin de les contrôler à tout prix. Il ne peut y avoir d'infraction à l'article 101 s'agissant de mesures purement unilatérales. Nous ne pouvons en ce sens que souscrire à la conclusion d'un auteur ayant commenté l'arrêt n° 15/13603 : « *Au fond, si l'on veut sanctionner les refus de vente (au sens large) d'une entreprise qui n'est pas en position dominante, ce à quoi conduit un refus d'agrément, un autre outil que l'entente mériterait d'être créé* »⁽²⁸⁾. ■

(24) TPICE, 26 oct. 2000, *Bayer*, précité, pt. 170 ; CJCE, 13 juill. 2006, *Volkswagen*, précité, pt. 36. Ces arrêts ne concernaient pas un refus de conclure un contrat de distribution sélective.

(25) V., par ex., Règl. (UE) n° 330/2010, 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 2.1.

(26) CJCE, 6 janv. 2004, *Bayer*, précité, pt. 101 : « (...) un tel accord ne peut se fonder sur ce qui n'est que l'expression d'une politique unilatérale de l'une des parties contractantes, qui peut être exécutée sans l'assistance d'autrui. En effet, considérer qu'un accord interdit par l'article 85, paragraphe 1, du traité peut être établi sur la seule base de l'expression d'une politique unilatérale visant à empêcher les importations parallèles aurait pour effet de confondre le champ d'application de cette disposition avec celui de l'article 86 du traité ».

(27) V. not. E. Gippini-Fournier, The notion of agreement in a vertical context: pieces of a sliding puzzle, in *Reviewing vertical restraints in Europe, reform, key issues and national enforcement*, Bruylant, 2012, spé. p. 136 et s. ; F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Vertical agreements in EU competition law*, Oxford University press, 2018, p. 76, § 3.80.

(28) C. Grimaldi, *L'Essentiel*, Lextenso, avr. 2019.