

RLC 3642

Distribution sélective et refus de contracter : de la difficulté de concilier la jurisprudence Metro I avec les règlements d'exemption



Par Xavier
HENRY
Avocat à la Cour
Cabinet Henry &
Bricogne

La cour d'appel de Paris et l'Autorité de la concurrence se sont interrogées aux termes de décisions récentes afin de déterminer si des refus de contracter opposés par des têtes de réseau de distribution sélective à des candidats à l'entrée dans le réseau pouvaient constituer une restriction de concurrence par objet au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt *Metro I*. Cette recherche était-elle cependant nécessaire dès lors que le refus de contracter ne constitue pas une restriction caractérisée au sens des règlements d'exemption sur les restrictions verticales applicables ?

CA Paris, 23 janv. 2019, n° 16/16856⁽¹⁾ ; CA Paris, 27 mars 2019, n° 17/09056 ; Aut. conc., déc. n° 19-D-08, 9 mai 2019

La cour d'appel de Paris a rendu deux arrêts à propos du droit d'une tête de réseau de distribution sélective de ne pas contracter avec un candidat à l'entrée dans le réseau. Après avoir refusé de qualifier le refus de contracter de pratique unilatérale⁽²⁾, la cour a analysé ce refus au regard de l'article 101 §1 TFUE pour conclure que n'ayant ni un objet ni un effet anticoncurrentiel, il n'était pas contraire à cette disposition. Dans une décision du 9 mai 2019, l'Autorité de la concurrence a repris la même approche.

Les faits ayant donné lieu aux deux arrêts de la cour d'appel de Paris sont similaires : un réparateur agréé, voyant arriver à terme

son contrat de réparateur agréé le liant à un constructeur automobile⁽³⁾, a sollicité la conclusion d'un nouveau contrat de réparateur agréé, ce que le constructeur concerné a refusé. Chaque candidat évincé a alors engagé une action pour obtenir la conclusion d'un nouveau contrat sous astreinte. Quant à la décision de l'Autorité, elle a été rendue à la suite d'une plainte contre un constructeur automobile déposée par trois réparateurs qui s'étaient vu refuser l'entrée (ou le maintien après la résiliation de leur contrat) dans le réseau de réparateurs agréés.

En substance, dans ces trois affaires, les candidats évincés faisaient valoir que les

(1) Le Cabinet Henry & Bricogne était l'avocat de la société Mazda dans cette procédure.

(2) V. sur ce point E. Dieny et X. Henry, Refus d'agrément d'un distributeur sélectif : la cour d'appel de Paris en proie aux limites de l'application du droit des ententes, RLC 2019/83, n° 3572.

(3) Dans l'arrêt du 23 janvier 2019, le contrat avait été résilié par le constructeur automobile avec un préavis de deux ans, et dans celui du 27 mars 2019, étant à durée déterminée, le contrat arrivait à terme.

têtes de réseau concernées ayant adopté pour l'activité de réparation un système de distribution sélective qualitative, elles devaient conclure un contrat avec tout candidat remplissant les critères de sélection qualitatifs. Tout refus constituait, selon eux, une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101 §1 TFUE ou de l'article L. 420-1 du code de commerce qui prohibent les ententes anticoncurrentielles. La cour d'appel de Paris et l'Autorité de la concurrence ont jugé que les refus de contracter n'étaient pas fautifs, considérant que si un refus d'agrément constitue bien un concours de volontés, il n'est susceptible de tomber sous le coup des articles précités que s'il a un effet ou un objet anticoncurrentiel – ce qui n'était pas le cas dans les espèces examinées.

Au-delà de la solution qui est conforme à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris depuis plusieurs années⁽⁴⁾, l'intérêt de ces décisions porte sur la méthode utilisée par la cour et l'Autorité pour déterminer l'existence d'une restriction de concurrence. En effet, cette méthode qui s'appuie d'abord sur la jurisprudence rendue n'apparaît non seulement pas nécessaire compte tenu des règlements d'exemption applicables, mais en outre elle conduit en l'espèce à une confusion sur ce qui constitue l'objet anticoncurrentiel du refus de contracter.

I. – La méthode d'analyse de la cour et de l'Autorité pour déterminer si le refus de contracter est une restriction de concurrence n'apparaît pas nécessaire

La méthode d'analyse de la cour et de l'Autorité apparaît plus théorique que pratique et met en lumière l'approche parfois contradictoire de la jurisprudence et des règlements d'exemption applicables s'agissant de la licéité des réseaux de distribution sélective, alors que la jurisprudence ne doit pas pouvoir « court-circuiter » les règlements d'exemption.

A. – La méthode d'analyse de la cour et de l'Autorité : théorique plutôt que pratique

Pour qualifier (ou pas) un refus de contracter de pratique anticoncurrentielle, la cour comme l'Autorité vérifient d'abord si ce refus constitue une restriction par objet ou par effet au regard de la jurisprudence rendue par la Cour de justice ou le Tribunal de l'Union. Ce n'est que si elles concluent à l'existence d'une restriction de concurrence qu'elles vérifieront ensuite si celle-ci peut faire l'objet d'une exemption sur le fondement du règlement d'exemption applicable (ou d'une exemption individuelle), selon le

(4) CA Paris, 19 sept. 2014, n° 12/00352 ; CA Paris, 30 sept. 2015, n° 13-07915 ; Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10.438 ; Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.355 ; CA Paris, 27 juin 2018, n° 15/24833.

principe qu'il ne peut y avoir exemption d'une restriction que s'il y a une restriction de concurrence⁽⁵⁾.

Cette méthode présente-elle réellement un intérêt ? Ne serait-il pas en effet plus pragmatique de confronter directement l'accord au règlement d'exemption applicable pour vérifier si, à supposer que l'accord vertical envisagé comporte une ou des restrictions de concurrence, elles pourraient être exemptées par ledit règlement⁽⁶⁾ ? Cette dernière méthode est d'ailleurs proposée par la Commission européenne dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010⁽⁷⁾. Ainsi, si les parts de marché des parties n'excèdent pas le seuil fixé par le règlement d'exemption sur les restrictions verticales⁽⁸⁾ et que leur accord ne comporte pas de restrictions caractérisées au sens dudit règlement, alors l'accord sera de toute façon exempté de l'infraction d'entente. Si la part de marché de l'une ou l'autre des parties franchit le seuil, l'accord ne pourra pas bénéficier d'une exemption catégorielle – ce qui n'implique pas qu'il soit automatiquement, sauf s'il contient une ou des restrictions caractérisées, contraire à l'article 101 §1 TFUE. Encore faudrait-il que la restriction en cause ait un effet anticoncurrentiel.

C'est cette méthode d'analyse que la cour d'appel de Paris utilisait jusqu'à une date récente⁽⁹⁾ pour apprécier si un refus de contracter opposé par une tête de réseau de distribution sélective était licite⁽¹⁰⁾. À défaut d'être totalement orthodoxe, cette méthode a le mérite d'être pragmatique et d'éviter des contradictions entre la jurisprudence et les règlements d'exemption applicables. En effet, la méthode utilisée par la cour et l'Autorité dans les affaires sous commentaire supposerait qu'il y ait une cohérence entre les principes jurisprudentiels et les dispositions des règlements d'exemption applicables – ce qui n'est pas toujours le cas.

B. – Les principes parfois contradictoires de la jurisprudence et des règlements d'exemption

Aux termes de ses arrêts des 23 janvier et 27 mars 2019, la cour d'appel de Paris en retenant que « *Les refus d'agrément*

(5) V. par ex. le règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101 §3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (article 2.1).

(6) Lorsque le droit de l'Union européenne n'est pas applicable, les autorités de concurrence et les juridictions se servent des règlements d'exemption comme guide d'analyse (V. par ex., Cons. conc., déc. n° 01-D-45, 19 juill. 2001 ; CA Paris, 20 févr. 2019, n° 15/13603).

(7) Comm. UE, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 19 mai 2010, n° C 130, pt. 110.

(8) Il est de 30 % selon le règlement 330/2010 précité.

(9) La modification de la méthodologie de la cour d'appel de Paris est récente (CA Paris, 12 déc. 2018, n° 16/19853).

(10) CA Paris, 19 sept. 2014, n° 12/00352 (approuvé par. Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10.438) ; CA Paris, 30 sept. 2015, n° 13-07915 ; CA Paris, 19 oct. 2016, n° 14-07956 ; CA Paris, 27 juin 2018, n° 15/24833. V. égal. Cons. conc., déc. n° 03-D-60, 17 déc. 2003, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie de luxe.

ment discriminatoires sont (...) de nature à rendre le réseau illicite au regard des critères Metro 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 » rappelle la jurisprudence classique selon laquelle un accord de distribution sélective ne tombe pas sous le coup de l'article 101 §1 TFUE « à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de 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 appliquées de façon non discriminatoire »⁽¹¹⁾. De manière plus générale, « lorsque l'accès à un réseau de distribution sélective est subordonné à des conditions allant au-delà d'une simple sélection objective de caractère qualitatif, en particulier lorsqu'il est fondé sur des critères quantitatifs, le système de distribution tombe en principe sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 »⁽¹²⁾, mais ces accords « peuvent toutefois, le cas échéant, être exemptés au titre de l'article 85, paragraphe 3 »⁽¹³⁾.

Tout réseau de distribution sélective qui s'écarterait de ces règles tomberait sous le coup de l'article 101 §1, car il s'agirait de restrictions de concurrence dont il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de comprendre, au travers des décisions de la Commission, du Tribunal ou de la Cour de justice, si elles relèvent de restrictions par objet ou par effet. En tout état de cause, il n'est pas exclu qu'il s'agisse de restrictions par objet⁽¹⁴⁾. Il a ainsi été jugé qu'un critère d'agrément qui n'était pas nécessaire pour vendre les produits était « *illicite par nature* »⁽¹⁵⁾, ou qu'un critère instaurant une part minimale pour l'activité en cause « *est de par sa nature même susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence* »⁽¹⁶⁾, ou encore que les accords de distribution sélective « *sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que "restrictions par objet"* »⁽¹⁷⁾. Par ailleurs, certains critères ne sont pas en eux-mêmes contraires à l'article 101 §1, mais le deviendraient en cas d'application discriminatoire ou disproportionnée (par exemple, le critère de localisation du point de vente)⁽¹⁸⁾.

Or, cette jurisprudence très restrictive qui considérerait toute déviance par rapport aux conditions posées par l'arrêt Metro I comme une restriction par objet n'est pas conciliable avec les dispositions des règlements d'exemption généraux qui se sont succédé depuis 1999. En effet, ces derniers donnent une définition de la distribution sélective qui n'est pas celle issue de la jurisprudence Metro I. Selon le règlement n° 330/2010 actuellement en vigueur, un « *système de distribution sélective [est] 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 dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* »⁽¹⁹⁾.

Au sens de ce règlement, un réseau de distribution sélective ne contrevient pas au droit de la concurrence, à tout le moins lorsque chacune des parties a une part de marché n'excédant pas 30 %, même si les produits contractuels ne justifient pas de recourir à la distribution sélective, même si les critères ne sont pas de nature qualitative, objectifs, fixés de manière uniforme pour tous les candidats et appliqués de manière discriminatoire⁽²⁰⁾. Il suffit que les critères qualitatifs ou quantitatifs soient « *définis* »⁽²¹⁾. Par ailleurs, les règlements d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 et n° 461/2010 du 27 mai 2010⁽²²⁾ ne comportent pas de restrictions caractérisées interdisant de refuser d'agréer un candidat qui remplirait les critères de sélection.

Un fournisseur dont la part de marché n'excède pas 30 % pourrait donc recourir à la distribution sélective pour des produits qui ne sont ni de haute technicité, ni de luxe – produits qui sont en principe selon la jurisprudence les seuls produits éligibles à ce type de distribution⁽²³⁾ –, poser des critères de sélection qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour vendre les produits en cause et refuser

(11) CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26/76, Metro I, ECLI:EU:C:1977:167, pt. 20.

(12) CJUE, 11 déc. 1980, aff. 31/80, L'Oréal, ECLI:EU:C:1980:289.

(13) Déc. Comm. CE, 24 juill. 1992, Givenchy, JOCE 19 août 1992, n° L 236.

(14) CJUE, 11 déc. 1980, L'Oréal, précité, pt. 19.

(15) TPICE, 27 févr. 1992, aff. T-19/91, Vichy/Commission, ECLI:EU:T:1992:28 (exigence d'un pharmacien pour vendre des produits cosmétiques).

(16) TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc, ECLI:EU:T:1996:190, pt. 153.

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

(18) TPICE, 12 déc. 1996, Groupement d'achat Edouard Leclerc, précité, pt. 137.

(19) Cette définition était quasiment identique dans le règlement (CE) n° 2790/99 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. (article 1, point d).

(20) Article 1, point e, du règlement n° 330/2010. V. égal. Lignes directrices sur les restrictions verticales, précitées, pt. 176.

(21) V. CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158/11, Jaguar Land Rover, ECLI:EU:C:2012:351 : à propos de la définition des termes « *critères définis* » appliqués à la distribution sélective quantitative sous l'empire du règlement (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.

(22) Règl. (UE) n° 461/2010, 27 mai 2010, concernant l'application de l'article 101 §3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.

(23) TPICE, 12 déc. 1996, Groupement d'achat Edouard Leclerc, précité, pt. 113 et s. V. également CJCE, 25 oct. 1977 Metro I, pt. 20 ; CJCE, 25 oct. 1983, aff. 107/82, AEG, ECLI:EU:C:1983:293, pt. 33.

d'agréer un candidat qui remplirait pourtant ces critères sans pour autant être privé de l'exemption accordée par le règlement applicable. De telles pratiques ne constituent en effet pas des restrictions caractérisées au sens des règlements d'exemption applicables. En revanche, il s'agirait selon l'arrêt *Pierre Fabre* de restrictions par objet.

C. – Les principes jurisprudentiels ne doivent pas pouvoir remettre en cause une exemption catégorielle

Le préalable de l'analyse jurisprudentielle se comprendrait :

- si, d'une part, elle révélait l'existence d'une restriction par objet qui ne serait pas également une restriction caractérisée selon le règlement d'exemption applicable – ce qui est théoriquement possible⁽²⁴⁾ ;
- et, si, d'autre part, dans ce cas, cette restriction par objet pouvait paralyser une exemption catégorielle au regard du règlement d'exemption applicable.

En d'autres termes, une restriction par objet qui ne constitue pas une restriction caractérisée empêcherait-elle une exemption de l'accord par le règlement d'exemption applicable ? Si la réponse est négative, il importe peu d'examiner d'abord l'accord au regard de la jurisprudence, si de toute façon l'accord pourra être exempté même en présence d'une restriction par objet dès lors que celle-ci ne constitue pas une restriction caractérisée au sens du règlement applicable. Or, il n'est pas prévu qu'une exemption catégorielle puisse être remise en cause par la jurisprudence de la Cour de justice ou du Tribunal. Un règlement d'exemption est pour les opérateurs économiques une « zone de sécurité »⁽²⁵⁾ qui ne peut être « court-circuitée » par la jurisprudence.

D'ailleurs, la Cour de justice, dans l'arrêt *Pierre Fabre*⁽²⁶⁾, après avoir conclu à l'existence d'une restriction par objet au regard de la pratique décisionnelle, a néanmoins examiné ensuite l'accord sur le fondement du règlement d'exemption alors applicable en vue d'une éventuelle exemption par catégorie, ce qui montre bien que selon la jurisprudence une restriction par objet (qui ne serait pas également une restriction caractérisée) ne paralyserait

(24) Si une restriction caractérisée est une restriction par objet (v. Lignes directrices sur les restrictions verticales, précitées, pt. 23), le contraire n'est pas nécessairement vrai.

(25) Lignes directrices sur les restrictions verticales, précitées, pt. 23.

(26) La clause qui exigeait la présence physique d'un pharmacien était une restriction par objet car empêchant *de facto* la vente par internet et une restriction caractérisée car interdisant les ventes passives au sens du règlement (CE) n  2790/99 (CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, précité). V.  gal., Aut. conc., déc. n  19-D-14, 1 r juill. 2019, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles haut de gamme.

pas une exemption par catégorie⁽²⁷⁾. Ainsi, contrairement à ce que soutenaient les candidats évincés dans les espèces examinées, le refus de contracter, serait-il une restriction par objet, ne pourrait empêcher une exemption catégorielle puisqu'il ne s'agit pas d'une restriction caractérisée.

L'examen de la jurisprudence ne devrait donc intervenir que dans un second temps, c'est-à-dire lorsque l'exemption catégorielle n'est pas possible, soit parce que l'accord contient une restriction caractérisée, soit parce que la part de marché de l'une des parties est supérieure à 30 %. Cependant, si l'exemption était  cart e en raison d'une restriction caractérisée, la confrontation de la pratique en cause avec la jurisprudence serait inutile car celle-ci ne pourrait pas « sauver » sur le fondement de l'article 101 §1 une restriction caractérisée qui est une restriction par objet. En revanche, si l'exemption n'était pas possible en raison d'une part de marché de l'une des parties supérieure à 30 %, l'examen de la jurisprudence pourrait permettre d'apprécier si la pratique poursuivie a un effet anticoncurrentiel⁽²⁸⁾.

En conséquence, la cour d'appel de Paris et l'Autorité de la concurrence auraient pu simplement conclure que le refus de contracter ne constituant pas une restriction caractérisée au sens des règlements d'exemption applicables, il n'était pas en lui-même illicite et passer à l'examen de son effet sur le marché, ce qui aurait évité une motivation confuse sur la question de l'objet anticoncurrentiel du refus.

II. – La méthode d'analyse de la cour et de l'Autorité conduit en l'espèce à une confusion sur ce qui constitue l'objet anticoncurrentiel du refus de contracter

Selon l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 janvier 2019, si le refus traduit une « *volonté de porter atteinte à la concurrence* », il s'agit d'une restriction par objet. Il en irait ainsi si le refus était motivé par le comportement d'un partenaire « *favorisant la concurrence consistant, par*

(27) V.  gal. en ce sens, F. Wijckmans, *Vertical agreements in EU Competition Law*,  d. Oxford University Press, p. 100-101, n  3.171 : « *Object restrictions that do not appear in the list of Article 4 of Regulation 330/2010 are automatically exempted in the same manner as vertical restraints by effect* » (les restrictions par objet qui n'apparaissent pas dans la liste de l'article 4 du règlement n  330/2010 sont automatiquement exemptées de la même manière que les restrictions verticales par effet).

(28) V. CA Paris, 19 oct. 2016, n  14/07956 : dans cette espèce, après avoir constaté qu'il n'était pas démontré que la part de marché du fournisseur ne dépassait pas 30 %, ce qui ne lui permettait pas de revendiquer une exemption catégorielle, la cour n'en a pas moins jugé que le refus de contracter n'était pas illicite, faute de démonstration de l'affectation du « *fonctionnement concurrentiel du marché national de l'horlogerie de luxe et de prestige* ».

exemple, dans des ventes actives ou passives à des clients étrangers, le multimarquisme ou la sous-traitance des services de réparation et d'entretien ». La cour envisage également que le refus qui reposerait sur la volonté de « réserver les services de réparation aux concessionnaires agréés assurant la vente des véhicules de la marque » puisse constituer une restriction par objet. D'ailleurs, dans le même sens, pour l'Autorité, aux termes de sa décision du 9 mai 2019, « il y a lieu de vérifier que l'appartenance à un réseau de distribution ne constitue pas le prérequis indispensable pour pouvoir opérer également sur le segment de l'après-vente ».

Cependant, les entraves listées par la cour d'appel de Paris ne constituent pas toutes des restrictions caractérisées au sens des règlements d'exemption applicables. Si l'entrave aux ventes actives ou passives est une restriction caractérisée au sens du règlement n° 330/2010⁽²⁹⁾, ce n'est pas le cas de l'entrave au multimarquisme, à la sous-traitance des services de réparation et d'entretien ou encore au droit de n'assurer que la réparation agréée. En effet, s'il s'agissait de restrictions caractérisées ou exclues sous l'empire du règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002⁽³⁰⁾, ce n'est plus le cas avec les règlements n° 330/2010 et n° 461/2010. Ces règlements n'envisagent donc pour ces cas qu'une restriction éventuelle par effet (dans l'hypothèse où la part de marché de l'une des parties excéderait 30 %). À tout le moins, si la cour ou l'Autorité entendaient en faire des restrictions par objet bien qu'il ne s'agisse pas de restrictions caractérisées (sous les réserves émises *supra*), elles auraient dû justifier une telle qualification – ce qu'elles ne font pas.

Par ailleurs, l'on pourrait comprendre de l'arrêt du 23 janvier 2019 que la cour rejette la qualification de restriction par objet parce que le refus de contracter serait isolé. Or, la pluralité de refus, lesquels pris individuellement ne constitueraient pas une restriction par objet, ne peut pas « muter » le cumul de refus en une restriction par objet. Il ne pourrait s'agir là encore éventuellement que d'une restriction par effet.

En outre, l'arrêt du 23 janvier 2019 est ambigu en ce que sa lecture pourrait laisser penser que le refus de contracter devait être motivé. Or, le motif du refus est indifférent dès lors que ce motif ne constitue pas une restriction caractérisée. La cour ne peut pas demander à la tête de

réseau de justifier *a priori* de son refus. La motivation du refus ne peut être qu'un moyen de preuve de l'absence d'objet anticoncurrentiel. En l'occurrence, la cour estime que le refus fondé sur le « désintérêt pour la marque » manifestée par le plaignant lors de l'exécution du contrat de concessionnaire agréé (portant sur la vente de véhicules neufs) n'était pas illicite même si le refus concernait un autre contrat (contrat de réparateur agréé) car « il en résultait nécessairement une perte de confiance justifiant le refus de renouveler le contrat de réparateur agréé ».

Cependant, la cour d'appel a évolué par la suite dans sa motivation. En effet, alors que l'arrêt du 23 janvier 2019 donnait l'impression qu'elle admettait l'absence d'objet anticoncurrentiel du bout des lèvres, elle est nettement plus affirmative dans son arrêt du 27 mars 2019. Notamment, elle juge qu'il n'est pas établi que le fait « de ne plus agréer des réparateurs agréés (...) n'exerçant pas cumulativement la fonction de concessionnaires de véhicules neufs » serait une stratégie ayant un objet anticoncurrentiel même si une réduction globale du nombre de réparateurs est effectivement constatée⁽³¹⁾. Quant à l'ambiguïté sur la motivation du refus, elle est levée puisque la cour énonce « à titre *superfétatoire* » que le refus d'agréer est justifié par le constructeur par des manquements.

Enfin, le refus de contracter n'étant pas une restriction par objet, il restait à vérifier qu'il ne constituait pas une restriction par effet. Dans ses deux arrêts, la cour juge que tel n'est pas le cas car les candidats évincés pouvaient représenter d'autres marques et les clients avaient d'autres solutions pour faire réparer leurs véhicules localement. En revanche, l'Autorité de la concurrence, aux termes de sa décision du 9 mai 2019, n'a pas vérifié l'absence d'effet après avoir conclu à l'absence d'objet anticoncurrentiel.

Remarques conclusives

Les règlements d'exemption ont fortement fait évoluer les principes de la distribution sélective en adoptant une définition qui n'est nullement celle de la jurisprudence *Metro I* et en limitant les restrictions caractérisées empêchant une exemption par catégorie. La licéité d'un réseau de distribution sélective s'analyse désormais au regard des effets qu'il peut produire plutôt qu'au regard des clauses qui le régissent (sauf restrictions caractérisées). Les principes de l'arrêt *Metro I* apparaissent donc désormais résiduels, un réseau de distribution sélective pouvant reposer sur d'autres principes que ceux établis par cette jurisprudence sans pour autant être illicite. ■

(29) Article 4, point c du règlement n° 330/2010.

(30) Restrictions caractérisées : article 4.1, point g (restriction de la capacité du distributeur de sous-traiter la fourniture de services de réparation et d'entretien à des réparateurs agréés) et article 4.1, point h (restriction de la capacité du réparateur agréé de limiter ses activités à la fourniture de services de réparation et d'entretien et à la distribution de pièces de rechange).

Restrictions exclues (ou plus exactement « conditions spécifiques » selon la terminologie de ce règlement) : article 5.1, point a (pas d'exemption pour une obligation directe ou indirecte de non-concurrence).

(31) L'Autorité, aux termes de sa décision du 9 mai 2019, constate également la baisse du nombre de réparateurs agréés n'exerçant pas également l'activité de vente de véhicules neufs mais estime que cela ne révèle pas une stratégie d'éviction.