

DISTRIBUTION AUTOMOBILE : REVUE DE LA JURISPRUDENCE MARQUANTE DE L'ANNÉE 2019

Par Xavier Henry et André Bricogne

Avocats à la Cour

Après une année 2018 plutôt terne en décisions rendues à propos de la distribution automobile, l'année 2019 est un bon cru, marquée par plusieurs arrêts de la cour d'appel de Paris sur la validité de refus de contracter opposés par des constructeurs automobiles à des candidats réparateurs à l'entrée dans leurs réseaux de distribution sélective.

La cour d'appel de Paris a ainsi remis en cause les règles de concurrence énoncées par la Commission européenne s'agissant de l'agrément des réparateurs. Cette même cour et la Cour de cassation ont également rendu des décisions qui méritent d'être relevées sur la bonne foi en cas de refus de contracter, sur la convention de l'article L. 441-7 (ancien) du code de commerce entre constructeurs et distributeurs automobiles ou encore sur le droit d'un distributeur à obtenir la poursuite des relations contractuelles après la résiliation du contrat par le constructeur, étant souligné que ces solutions sont transposables à tous les secteurs de la distribution.

■ Le refus de contracter avec un candidat à la réparation agréée au regard du droit de la concurrence

La quasi-totalité des constructeurs automobiles ont adopté la distribution sélective pour la vente de

véhicules neufs (contrats conclus avec des distributeurs agréés) et pour la vente de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien (contrats conclus avec des réparateurs agréés). Dans un tel système, les distributeurs et réparateurs agréés doivent remplir les critères de sélection qualitatifs et/ou quantitatifs demandés par la tête de réseau pour faire partie du réseau. Pour autant, une tête de réseau est-elle obligée de conclure un contrat si le candidat remplit les critères de sélection ?

Concernant le contrat de distributeur (vente de véhicules neufs), la cause est entendue depuis plusieurs années. La cour d'appel de Paris, considérant que si les têtes de réseau ont des parts marché qui ne dépassent pas le seuil de 30 % fixé par le règlement d'exemption sur les restrictions verticales applicable¹ (ce qui est le cas en matière de vente de véhicules neufs²), juge que les articles 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-1 du code de commerce qui sanctionnent les ententes anticoncurrentielles sont inapplicables à un tel refus de contracter³. La situation pouvait être différente s'agissant de la réparation agréée puisque la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence française considèrent que les constructeurs automobiles ont des parts de marché allant au-delà du seuil de 30 % (environ 50 %)⁴. Ainsi, « la Commission juge important que l'accès aux réseaux de réparateurs agréés reste généralement ouvert à toutes les sociétés qui répondent aux critères de qualité définis. Le fait de soumettre les requérants à une sélection quantitative risque de faire entrer l'accord dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité »⁵. Un refus constituerait donc une entente anticoncurrentielle au sens des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

Les constructeurs automobiles en prenaient acte et contractaient quasi systématiquement avec tout candidat remplissant les critères qualitatifs et, s'ils les résiliaient, ces contrats étaient en général renouvelés à l'issue du préavis, sauf à avancer un motif justifiant le refus de contracter (une faute par exemple du réparateur agréé). Cependant, au cours des dernières années, plusieurs constructeurs refusaient de conclure de nouveaux contrats avec des réparateurs à l'expiration des préavis de résiliation des contrats de réparation agréée en cours sans pour autant contester que les candidats remplissaient ou pouvaient remplir les critères qualitatifs de sélection. Les réparateurs évincés engageaient des actions afin d'obtenir un contrat sous astreinte devant le tribunal de commerce de Paris qui les déboutait aux termes de trois jugements⁶. Ceux-ci ont fait l'objet d'un appel et la cour d'appel de Paris a rendu trois arrêts en 2019 selon lesquels les refus de contracter sont licites, chaque arrêt donnant l'occasion à la cour d'appel de préciser sa position⁷.

(1) Régl. (UE) n° 330/2010 de la Commission du 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, JOUE, n° L. 102, 23 avr.

(2) Pour la vente de véhicules neufs, le seuil est même de 40 % selon les lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, pt 34.

(3) Paris, pôle 5, ch. 11, 19 sept. 2014, n° 12/00352 (pourvoi rejeté par Com. 21 juin 2016, n° 15-10.438) ; Paris, pôle 5, ch. 4, 30 sept. 2015, n° 13/07915, *Horlogerie Doux c/ Rolex France*. Pour un rappel récent de ce principe appliqué à la distribution automobile, Paris, pôle 5, ch. 4, 20 févr. 2019, n° 15/13603.

(4) Brochure explicative du règlement n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002, p. 14 ; Aut. conc., avis n° 12-A-21 du 8 oct. 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange, pt 28.

(5) Lignes directrices supplémentaires, préc., pt 70.

(6) T. com. Paris, 29 juin 2016, n° 2016012884, 6 mars 2017, n° 2016062277, et 21 févr. 2018, n° 2017006510.

(7) Paris, pôle 5, ch. 4, 23 janv. 2019, n° 16/16856 (définitif) ; Paris, pôle 5, ch. 4, 27 mars 2019, n° 17/09056 (définitif) ; Paris, pôle 5, ch. 4, 27 nov. 2019, n° 18/06901. Si les trois arrêts ont été rendus par la même chambre de la cour d'appel, le dernier arrêt a été néanmoins rendu par cette chambre autrement composée.

Première espèce (arrêt du 23 janvier 2019⁸) : l'embaras

Le réparateur soutenait que le constructeur ayant adopté pour l'activité de réparation agréée la distribution sélective qualitative, il devait nécessairement conclure un contrat avec tout candidat remplissant les critères qualitatifs, tout refus étant par objet anticoncurrentiel. Au contraire, pour le constructeur, le droit des ententes ne s'appliquait pas, un refus de contracter étant une décision unilatérale⁹ et non un accord. Subsidiairement, il soutenait que même s'il s'agissait d'un accord, celui-ci n'était pas restrictif de concurrence par objet ou par effet. Trois questions étaient donc posées à la Cour : un refus de contracter est-il un acte unilatéral au regard du droit de la concurrence ou peut-il constituer un accord au sens des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ? S'il s'agit d'un accord, est-il restrictif de concurrence par objet ? S'il n'est pas restrictif de concurrence par objet, le refus de contracter peut-il être une restriction par effet ? La Cour s'est montrée très embarrassée et confuse dans ses réponses.

La question du caractère unilatéral du refus

La cour d'appel de Paris a considéré que le refus de contracter opposé à un candidat à l'entrée dans un réseau de distribution sélective n'avait pas un caractère unilatéral et constituait bien un accord susceptible d'entrer dans le champ des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce. Pour parvenir à cette conclusion, elle s'appuie sur l'arrêt *AEG*¹⁰ de la Cour de justice selon lequel un refus de conclure un contrat de distribution sélective par le fournisseur constitue une entente car, du seul fait de leur appartenance au réseau, les distributeurs ont accepté par avance tout comportement de la tête de réseau. Une telle motivation est très discutable car les arrêts *Bayer*¹¹ et *Volkswagen*¹² postérieurs à l'arrêt *AEG* ont haussé le niveau d'exigence pour qualifier un comportement d'accord au sens de l'article 101, paragraphe 1. Selon ces arrêts, l'accord des membres du réseau à une pratique de la tête de 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. Un tel accord ne peut donc plus résulter de la seule appartenance au réseau. La cour d'appel de Paris ne le conteste pas. Elle considère cependant que les principes énoncés par ces arrêts ne peuvent pas s'appliquer à un refus de conclure un contrat de distribution sélective puisque, conformément à l'arrêt *Metro I*¹³, un réseau de distribution sélective n'est licite au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE que si tous les candidats distributeurs remplissant les critères qualitatifs sont agréés. La Cour conclut qu'« [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 ». La Cour a donc pris le parti de rejeter les principes énoncés par les arrêts *Bayer* et *Volkswagen* pour appliquer ceux de l'arrêt *AEG*, pour pouvoir, conformément à l'arrêt *Metro I*, faire entrer dans le champ de l'article 101, paragraphe 1, un refus de contracter opposé à un candidat remplissant les critères de sélection. Une telle position était forcément fragile¹⁴.

La question de la restriction par objet d'un refus de contracter

S'appuyant sur les arrêts *Metro I* et *Pierre Fabre*¹⁵, le candidat évincé faisait valoir que le refus de contracter constituait une restriction

de concurrence par objet, illicite en elle-même, indépendamment de ses effets sur le marché. En effet, l'arrêt *Pierre Fabre* pose pour principe que constitue une restriction par objet le fait de ne pas sélectionner les membres du réseau selon des critères objectifs, fixés de manière uniforme et appliqués de manière non discriminatoire, de sorte qu'un refus de contracter opposé à un candidat qui remplit les critères est bien une restriction par objet. La Cour est là encore embarrassée. N'excluant pas qu'un refus de contracter discriminatoire puisse constituer une restriction par objet, elle liste des motifs de refus pouvant être constitutifs d'une telle restriction. Tel serait le cas de refus fondés sur le fait que le candidat pratiquerait les « ventes actives ou passives à des clients étrangers, le multimarquisme ou la sous-traitance des services de réparation et d'entretien », ou si le motif du refus résidait dans la volonté de la tête de réseau de « réserver les services de réparation aux concessionnaires agréés assurant la vente des véhicules de la marque ».

Pour autant, la Cour n'indique pas en quoi il s'agirait de restrictions par objet. Or cette qualification ne va pas de soi pour la majeure partie des pratiques listées dès lors qu'il ne s'agit pas de restrictions caractérisées au sens des règlements (UE) n° 330/2010 et (UE) n° 461/2010¹⁶. En effet, si l'entrave aux ventes actives ou passives constitue une restriction caractérisée, ce n'est en revanche pas le cas de l'entrave à la sous-traitance des services de réparation et d'entretien ou encore au droit de n'assurer que la réparation agréée. Si elles étaient des restrictions caractérisées selon le règlement (CE) n° 1400/2002¹⁷, ce n'est plus le cas sous l'empire des règlements n° 330/2010 et 461/2010 en vigueur. Quant à l'entrave au multimarquisme, s'il s'agissait d'une restriction totalement exclue (et non pas caractérisée) selon le règlement n° 1400/2002, elle ne l'est plus sous l'empire des règlements désormais en vigueur, lesquels, à l'exception des

La cour d'appel de Paris a considéré que le refus de contracter opposé à un candidat à l'entrée dans un réseau de distribution sélective n'avait pas un caractère unilatéral et constituait bien un accord susceptible d'entrer dans le champ des dispositions prohibant les ententes

(8) Le cabinet Henry & Bricogne était le conseil du constructeur dans cette procédure.

(9) En première instance, le constructeur avait eu gain de cause sur ce moyen.

(10) CJCE 25 oct. 1983, aff. 107/82, *AEG*.

(11) TPICE 26 oct. 2000, aff. T-41/96, *Bayer* ; CJCE 6 janv. 2004, aff. C-2/01 P et C-3/01 P, *Bayer*.

(12) CJCE 13 juill. 2006, aff. C-74/04, *Volkswagen*.

(13) CJCE 25 oct. 1977, aff. 26-76, *Metro I*.

(14) Sur la notion d'accord, V. E. Diény 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.

(15) CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, 5^e *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Autorité de la concurrence*.

(16) Régl. UE n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 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 dans le secteur automobile, JOUE, n° L. 129, 28 mai.

(17) Régl. CE n° 1400/2002 de la Commission du 31 juill. 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, JOUE, n° L. 203, 1^{er} août.

ventes passives, n'envisagent donc pour les entraves listées par la Cour qu'une restriction éventuelle par effet. En conséquence, le refus de contracter n'étant pas en lui-même une restriction caractérisée au sens des règlements d'exemption en vigueur, il est très peu probable qu'il soit une restriction par objet, sauf à ce que le motif du refus révèle une restriction caractérisée¹⁸. En l'espèce, la Cour a jugé que les échanges entre les parties apportaient la preuve que le motif résidait dans l'insatisfaction de la relation antérieure, si bien que le refus n'était pas anticoncurrentiel par objet.

La question de l'effet sur le marché du refus de contracter

Le refus de contracter n'étant pas en l'espèce une restriction par objet, la Cour devait encore s'assurer qu'il n'avait pas un effet anticoncurrentiel. Pour y procéder, elle avait à trancher une question fortement discutée par les parties, celle du marché à retenir pour apprécier l'effet de la pratique. Fallait-il retenir un marché élargi à toutes les marques de véhicules et à tous les réparateurs (MRA¹⁹, franchise de réparation, réparation agréée, etc.) comme le soutenait le constructeur ou retenir un marché limité à la réparation des véhicules de la marque en cause comme le faisait valoir le candidat évincé, à l'instar de la Commission européenne²⁰, position reprise par l'Autorité de la concurrence²¹ ? En effet, selon la Commission, « dans la mesure où il existe un marché pour les services de réparation et d'entretien qui est distinct de celui de la vente de véhicules automobiles neufs, il est considéré comme propre à chaque marque. Sur ce marché, la principale source de concurrence provient de l'interaction concurrentielle entre les réparateurs indépendants et les réparateurs agréés de la marque en question ». Sur un tel marché, qui est étroit, l'effet de la pratique poursuivie pourrait être plus sensible.

La Cour a donc opté à cette étape de son raisonnement pour un marché élargi qui exclut que le refus de contracter avec un candidat réparateur puisse avoir un quelconque effet sur le marché car « compte tenu du nombre de réparateurs de toutes marques, des mécaniciens-réparateurs indépendants et des réseaux de franchise (Feu Vert, Midas...), la concurrence sur le marché de la réparation et de l'entretien des véhicules est réelle, de sorte que la circonstance qu'un réparateur agréé sorte du marché est indifférente pour les clients [...] ». Cependant, alors que la question de la délimitation du marché pertinent semblait tranchée, la Cour jetait le trouble en procédant en fin d'arrêt à titre surabondant à l'examen de la possibilité d'une exemption au regard du règlement n° 330/2010²². Pour cette analyse la Cour

revenait à un marché de la réparation des véhicules propre à chaque marque²³. L'arrêt comportait donc une contradiction.

Deuxième espèce (arrêt du 27 mars 2019) : une position qui s'affermi

Si la cour d'appel de Paris reste ferme sur le fait qu'un refus de contracter doit être considéré comme un accord au sens des dispositions des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, elle est aussi beaucoup plus affirmative quant à l'absence d'objet anticoncurrentiel du refus. En l'occurrence, le fait qu'aucun nouveau réparateur agréé n'ait été nommé en remplacement du réparateur évincé et que 41 réparateurs agréés sur 133 aient été supprimés entre 2009 et 2016 ne suffit pas à démontrer une stratégie d'atteinte illicite à la concurrence. De même, la cour juge qu'il n'est pas démontré que la stratégie du constructeur qui serait de réserver l'activité de réparateur agréé aux distributeurs de véhicules neufs de la marque soit anticoncurrentielle « en ce qu'elle serait motivée par la volonté d'exclure une ou des formes déterminées de distribution aptes à distribuer les produits en cause ». L'objet anticoncurrentiel du refus de contracter ne peut donc résider dans la volonté de réduire le nombre des membres du réseau, ni dans le fait de réserver l'activité de réparation aux distributeurs de véhicules neufs de la marque.

Quant à l'effet anticoncurrentiel, il n'est démontré, selon la cour, ni du point de vue du candidat évincé qui peut contracter avec d'autres marques, ni du point de vue du client final qui peut faire réparer son véhicule par les réparateurs agréés de la marque les plus proches ou par tout « réparateur généraliste non agréé, qui, bien que n'étant pas sur le même marché pertinent, [offre] une alternative partiellement substituable ». Ainsi, la Cour ne retient pas un marché par marque mais un marché global de la réparation toutes marques et tous réparateurs. Si cette définition du marché sur lequel les parts des constructeurs sont limitées, voire infimes, était confirmée par des décisions ultérieures, ce serait l'aspect le plus important des décisions rendues en 2019 en matière de réparation automobile. En effet, non seulement cette définition du marché priverait de tout effet anticoncurrentiel un refus de contracter mais, en outre, elle aurait pour conséquence d'accorder plus de sécurité juridique aux constructeurs et réparateurs, dès lors que certaines pratiques ne peuvent pas être contestées en cas de parts de marché ne dépassant pas 30 % (clause de non-concurrence par exemple).

Troisième espèce (arrêt du 27 novembre 2019) : le réexamen de la question du refus de contracter en tant qu'acte unilatéral

La cour d'appel de Paris parfait sa position dans une espèce où, une fois encore, un réparateur dont le contrat de réparation agréée avait pris fin contestait le refus d'un constructeur de conclure avec lui un nouveau contrat à l'issue du préavis. Elle énonce que la pratique « alléguée par [le candidat évincé] 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. Or ces circonstances ne sont pas établies [...] ». Le refus opposé à un candidat à l'entrée dans un réseau de distribution sélective n'est donc pas, pour la cour, nécessairement un accord au sens des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce. Il peut, certes, s'agir d'un accord, mais il ne peut résulter de la seule appartenance au réseau des autres membres. Même si la cour ne le dit pas car, si sa motivation est laconique, la preuve d'un accord devra respecter le standard de preuve des arrêts *Bayer* et *Volkswagen*. Cette ultime évolution était attendue tant la cour d'appel dans sa composition

(18) Sur la question des restrictions, V. X. Henry, « Distribution sélective et refus de contracter : de la difficulté de concilier la jurisprudence *Metro I* avec les règlements d'exemption », RLC 2019/86, n° 3642.

(19) Mécanicien réparateur automobile.

(20) Lignes directrices supplémentaires, 28 mai 2010, préc., pt 57.

(21) Aut. conc., avis n° 12-A-21 du 8 oct. 2012, préc., pts 28 s..

(22) Une exemption était par hypothèse superflue puisque la cour venait de juger que l'accord n'avait ni objet ni effet anticoncurrentiel si bien qu'il n'avait pas besoin d'être exempté.

(23) Selon la cour, notamment « le client final préfère faire réparer ou entretenir son véhicule dans le réseau agréé plutôt que chez un réparateur indépendant ».

précédente²⁴ avait clairement reconnu les limites de la position qu'elle avait initialement adoptée.

L'intérêt de ces trois arrêts successifs réside dans le fait qu'ils envisagent le refus de contracter dans toutes ses composantes au regard du droit des ententes : les notions d'accord, de restriction par objet ou de restriction par effet. Ainsi, si le refus de contracter résulte d'un accord du constructeur avec un ou plusieurs membres de son réseau, il ne serait illicite que s'il constituait une restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption applicable, hypothèse limitée, ou s'il avait un effet sur le marché, hypothèse peu probable sur un marché tel que retenu par la cour d'appel dans son arrêt du 27 mars 2019.

Il doit être encore signalé que l'Autorité de la concurrence a également statué sur une plainte de trois réparateurs qui s'étaient vu refuser le droit de devenir ou rester réparateurs agréés après la résiliation de leur contrat²⁵. Si l'Autorité a rejeté cette plainte, elle a cependant estimé que les refus de contracter constituaient des accords au sens des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce et a paru admettre, même si ce n'était pas le cas en l'espèce, qu'un refus de contracter motivé par le fait que les candidats ne voulaient pas cumuler les activités de réparation et de vente de véhicules neufs serait une restriction par objet. Enfin, elle n'a procédé à aucune analyse du marché. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

■ Le refus de contracter avec un candidat à la distribution ou la réparation agréée au regard du droit civil et commercial

En droit civil et commercial, la contestation d'un refus de contracter se heurte à la suppression de l'interdiction du refus de vente entre professionnels²⁶ et des pratiques discriminatoires²⁷. En outre, l'obligation continue de renouveler des contrats de distribution au seul motif que le réparateur remplirait les critères de sélection se heurterait au principe de la prohibition des contrats perpétuels²⁸, principe constitutionnel²⁹ désormais codifié à l'article 1210 du code civil et à l'article 1212 du même code qui dispose que « nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ». La bonne foi peut-elle néanmoins être invoquée pour sanctionner un refus de contracter ? La Cour de cassation et la cour d'appel de Paris ont répondu par la négative en 2019 rendant l'une et l'autre un arrêt dans une procédure devenue un véritable feuilleton.

Épisode 1 : un constructeur automobile, à la tête d'un réseau de distribution sélective, décide de le réorganiser, met fin aux contrats de ses distributeurs et leur propose à l'issue du préavis d'être membres du nouveau réseau en leur indiquant les critères selon lesquels ils seront choisis (il s'agit de critères supplémentaires par rapport aux critères qualitatifs). Pour une zone donnée, deux candidats postulent et le constructeur tranche en faveur de l'un d'eux. Le candidat évincé conteste ce choix devant le tribunal de commerce de Paris qui le déboute³⁰.

Épisode 2 : la cour d'appel de Paris saisie infirme le jugement considérant que le constructeur s'était affranchi de ses propres critères de choix et avait ainsi commis une discrimination. Selon la cour, « [...] le concédant se devait, dans le processus de sélection de ses concessionnaires auquel il procédait après leur avoir préalablement adressé un courrier d'appel à candidature, de sélectionner ses concessionnaires selon les critères qu'il s'était fixés, au nom du principe général de bonne foi, applicable dès la phase précontractuelle, même si le choix de ces critères relevait de sa libre appréciation »³¹.

Épisode 3 : la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel car « l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d'un [...]

processus de sélection » selon lequel il doit sélectionner ses distributeurs sur des critères définis, objectivement fixés et les appliquer de manière non discriminatoire³².

Épisode 4 : la cour de renvoi, reprenant la motivation de la Cour de cassation, juge le refus de contracter licite et ajoute que le constructeur n'avait pas « à motiver sa décision »³³.

La notion juridique de bonne foi permet parfois de contester la licéité d'une clause ou d'un comportement pourtant conformes aux textes légaux. La contrariété à la bonne foi, notion assez subjective, s'apparente à l'abus de droit. Les hypothèses restent exceptionnelles car, par définition, appliquer les règles légales ou contractuelles ne saurait en général constituer un abus. En l'espèce, les circonstances étaient différentes de celles habituellement rencontrées pour un refus de contracter (refus opposé à un candidat qui pose spontanément sa candidature et qui remplit les critères de sélection qualitatifs pour faire partie du réseau sélectif). La discrimination alléguée concernait, non les critères qualitatifs de sélection, mais les critères posés par la tête de réseau pour départager sur une zone plusieurs candidats auxquels elle avait proposé de candidater. Même dans cette hypothèse, la cour juge que la tête de réseau est en droit de choisir de manière discrétionnaire ses distributeurs, liberté que l'exigence de bonne foi ne saurait remettre en cause. Cette solution a d'ailleurs été réaffirmée par la cour d'appel de Paris à propos d'un autre refus de contracter opposé par un constructeur à un candidat à la réparation agréée³⁴.

■ La convention unique et la soumission à un déséquilibre significatif

L'article L. 441-7 (ancien) du code de commerce³⁵ imposait la conclusion au plus tard le 1^{er} mars (chaque année ou tous les deux ou trois ans) d'une convention écrite (communément appelée convention unique) par les fournisseurs et distributeurs ou prestataires

(24) Les trois arrêts successivement examinés ont été rendus par la même chambre de la cour d'appel. Néanmoins, pour l'arrêt du 27 novembre 2019, la chambre était composée de magistrats différents de ceux ayant statué dans les deux premiers arrêts.

(25) Aut. conc., déc. n° 19-D-08 du 9 mai 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'entretien et la réparation automobile.

(26) La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 a supprimé l'interdiction du refus de vente entre professionnels.

(27) La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a supprimé l'interdiction des pratiques discriminatoires.

(28) Paris, 31 juill. 2019, n° 16/20683.

(29) Cons. const., déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, *Rossi*.

(30) T. com. Paris, 20 mai 2015, n° 2012041653.

(31) Paris, pôle 5, ch. 4, 24 mai 2017, n° 15/12129.

(32) Com. 27 mars 2019, n° 17-22.083.

(33) Paris, pôle 5, ch. 4, 23 oct. 2019, n° 19/07878.

(34) Paris, pôle 5, ch. 4, 27 nov. 2019, n° 18/06901.

(35) Depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, ces règles figurent désormais aux articles L. 441-3 s. du code de commerce. S'agissant des relations entre constructeurs automobiles et distributeurs et réparateurs, ces règles n'ont pas été sensiblement modifiées.

de services indiquant les obligations auxquelles les parties s'engageaient lorsqu'elles dérogeaient aux conditions générales du fournisseur. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris mérite d'être relevé. Un distributeur automobile contestait la convention unique annuelle qu'il avait signée en 2015 avec un constructeur automobile et celle de 2016 qu'il avait refusé de signer³⁶. Pour celle de 2015, il faisait valoir que les obligations mises à sa charge en contrepartie d'une rémunération conditionnelle étaient déséquilibrées au sens de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce³⁷ et demandait le versement de la rémunération même s'il n'avait pas exécuté les obligations en cause. Quant au constructeur, il objectait que, préalablement à l'examen du caractère déséquilibré ou non des obligations, le distributeur devait démontrer avoir été « soumis » par le constructeur auxdites obligations, le texte invoqué sanctionnant le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Les parties s'opposaient sur le sens à donner au terme « soumettre ». Pour le distributeur, il y avait soumission dès lors que la convention proposée était un contrat d'adhésion et que toute négociation de celui-ci avait été refusée. Pour le constructeur, à l'inverse, la soumission impliquait l'existence d'un rapport de force, l'absence de négociation ou le refus de négocier étant insuffisants en eux-mêmes à caractériser la soumission au sens du texte dès lors que nul n'est obligé de négocier. Le débat est récurrent car la jurisprudence n'est pas claire sur ce point. La cour d'appel de Paris a ainsi développé une jurisprudence à propos des relations de la grande distribution avec ses fournisseurs selon laquelle « l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées », tout en soulignant que cette absence de négociation intervient sur un marché « se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs [...] »³⁸.

Cela conduit à considérer que l'absence de négociation effective doit s'inscrire dans une relation asymétrique car il ne saurait y avoir soumission d'une partie à une autre que si l'une d'entre elles ne peut se passer de l'autre et que la réciproque n'est pas vraie. Il n'en reste pas moins que l'absence de négociation effective comme composante de la

L'absence de négociation effective doit s'inscrire dans une relation asymétrique car il ne saurait y avoir soumission d'une partie à une autre que si l'une d'entre elles ne peut se passer de l'autre et que la réciproque n'est pas vraie

notion de « soumission » pourrait se discuter car il n'existe pas d'obligation de négocier, de sorte qu'une partie n'est pas soumise à l'autre du seul fait que celle-ci refuse la négociation. En outre, réciproquement, des négociations peuvent être déséquilibrées. En tout état de cause, la cour a conclu à l'absence de soumission en considérant que le distributeur appartenait à un groupe de distribution automobile important et était multimarques. Par ailleurs, selon elle, « la structure d'ensemble du marché des véhicules [*de la marque concernée*], marque de faible pénétration en France, voire même celle de l'ensemble des véhicules automobiles, ne peut constituer en l'espèce un indice de rapports de force déséquilibrés entre [*le constructeur*] et [*le distributeur*] »³⁹. Cette motivation pourrait permettre à nombre de conventions uniques dans le secteur de la distribution automobile d'échapper aux dispositions de l'article L. 442-1, 2° (nouveau) du code de commerce.

L'arrêt est également intéressant sur un autre point. Il s'avère que le constructeur avait adressé à ses distributeurs la convention pour l'année 2016 par courrier du 1^{er} octobre 2015, leur demandant un retour au plus tard pour le 1^{er} décembre 2015. Le distributeur contestataire ne retournait pas la convention proposée et postérieurement au 1^{er} décembre contestait plusieurs dispositions de celle-ci. Le constructeur, tout en répondant aux contestations, lui indiquait qu'il était hors délai pour la contester et la signer. Le distributeur soutenait pour sa part que le constructeur n'avait pas le droit d'imposer une date maximum pour conclure la convention, l'article L. 441-7 (ancien) indiquant que la convention devait être signée au plus tard le 1^{er} mars de l'année d'application⁴⁰. Au contraire, pour le constructeur, l'échéance légale du 1^{er} mars n'était qu'une date butoir qui ne l'empêchait pas de fixer une date antérieure de retour de la convention. La cour reprend ce moyen et ajoute que « le principe de bonne foi aurait dû conduire [*le distributeur*] à répondre, dans le délai proposé, qu'elle demandait un délai supplémentaire pour négocier ; or, en s'abstenant de toute réponse avant le 1^{er} décembre 2015 pour ne manifester son opposition que le 17 décembre 2015, [*le distributeur*] est délibérément sorti de toute négociation de la convention ».

■ La poursuite des relations en référé

En cas de résiliation d'un contrat, le juge des référés est parfois saisi par celui qui subit la résiliation pour obtenir la poursuite du contrat. En l'espèce, un constructeur avait résilié de manière immédiate le contrat d'un distributeur de pièces de rechange, membre de son réseau de distribution sélective, lui reprochant de vendre lesdites pièces à un revendeur non-membre du réseau, pratique interdite par le contrat. Le juge des référés, saisi par le distributeur, ordonnait alors la poursuite des relations contractuelles⁴¹.

Sur appel du constructeur, la cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance au motif que « les manquements [*du distributeur*] aux stipulations contractuelles, consistant en la vente de pièces de rechange à une société de revente hors réseau de distribution [...], sont manifestement avérés, manquements dont la gravité a été voulue par les parties elles-mêmes comme justifiant la résiliation immédiate du contrat. [*Le distributeur*] ne peut invoquer l'existence d'un dommage imminent ni d'un trouble manifestement illicite qui résulterait de la constatation de l'application d'une clause contractuelle de plein droit [...] »⁴². La Cour de cassation, saisie par le distributeur, a rejeté le pourvoi⁴³, approuvant la cour d'appel d'avoir vérifié que les conditions posées par la clause résolutoire étaient remplies sans s'interroger sur la gravité du manquement, les parties ayant elles-mêmes considéré qu'il justifiait la cessation

(36) Paris, pôle 5, ch. 4, 6 nov. 2019, n° 18/03352. Le cabinet Henry & Bricogne représentait le constructeur dans cette procédure.

(37) C. com., art. L. 442-1, I, 2° nouv.

(38) Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879 (pourvoi rejeté par Com. 20 nov. 2019, n° 18-12.823). V. égal., Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187.

(39) Paris, pôle 5, ch. 4, 6 nov. 2019, n° 18/03352, préc.

(40) Cette date est toujours celle figurant à l'article L. 441-3 du code de commerce.

(41) T. com. Paris, 5 déc. 2018, n° 2018065140.

(42) Paris, pôle 1, ch. 3, 20 févr. 2019, n° 18/27907.

(43) Com. 4 déc. 2019, n° 19-13.394.

immédiate du contrat. Ces arrêts sont conformes à la jurisprudence selon laquelle « la résolution conventionnelle est fondée sur les manquements précisés par la clause. Dès lors, le juge doit seulement vérifier que les conditions d'application de la clause sont bien réunies, et non que la sanction est proportionnée à la gravité de l'inexécution [....]. Le juge constate l'acquisition de la résolution [....] mais il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, ni de modération [...] »⁴⁴.

En outre, si le juge des référés peut prendre les « mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »⁴⁵, ces troubles ou dommages ne sauraient être imputables à la partie qui met en œuvre la clause dans les conditions stipulées par les parties. Ils sont imputables à celui qui commet la faute à l'origine de la résiliation, si bien que le distributeur, comme le relèvent la cour d'appel et la Cour de cassation, ne peut invoquer ni un trouble illicite, ni un dommage imminent au sens des dispositions légales applicables en référé pour obtenir la poursuite des relations contractuelles.

Cependant, si les demandes avaient été fondées sur l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce⁴⁶, le juge aurait été en droit de vérifier que la faute était suffisamment grave pour justifier une résiliation sans préavis⁴⁷. En ce cas, les clauses résolutoires perdent leur automaticité pour des raisons peu évidentes⁴⁸. Néanmoins, d'une part, une telle appréciation paraît relever du juge du fond plutôt que du juge des référés et, d'autre part, la vente hors réseau qui touche à l'essence même de la distribution sélective paraît pouvoir justifier la résiliation immédiate du contrat.

L'année jurisprudentielle 2019 de la distribution automobile a donc été particulièrement intéressante juridiquement. Elle consacre la liberté de contracter, y compris pour le contrat de réparation agréé jusqu'alors considéré comme hors du champ de cette liberté tant que le réparateur agréé remplissait les critères de sélection qualitatifs demandés par la tête de réseau. Le droit des ententes anticoncurrentielles a été à cette occasion revu de fond en comble. Les notions d'accord, de restriction et de marché ont ainsi été réexaminées. En outre, le recours à la bonne foi pour contester un refus de contracter a été, si ce n'est fermé, fortement limité. La distribution automobile aura ainsi apporté une intéressante contribution au débat juridique (dont les solutions dégagées valent pour les autres secteurs de la distribution), non seulement sur les pratiques anticoncurrentielles et le droit civil, mais également sur la question de la soumission à des obligations déséquilibrées.

(44) Rép. civ., v° « Contrat : effets », par G. Chantepie, n° 254.

(45) C. pr. civ., art. 873, al. 1^{er}.

(46) C. com., nouv. art. L. 442-1, II.

(47) Com. 9 juill. 2013, n° 12-21.001, RTD civ. 2014. 118, obs. B. Fages ; JCP E 2013. 1597, note N. Mathey ; Com. 5 avr. 2018, n° 16-19.923, AJ contrat 2018. 236, obs. S. Regnault.

(48) Sur cette question, V. X. Henry, « Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce », RTD com. 2018. 523.