**La sélection des distributeurs : l’autonomie des règles du droit des contrats et de droit de la concurrence.**

L’exigence de bonne foi contractuelle 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 fondé sur l’application des règles du droit de la concurrence, sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire. La tête de réseau n’a donc pas à mettre œuvre, en droit des contrats, cette exigence purement concurrentielle.

D. Mainguy

Professeur à la faculté de droit et science politique de Montpellier,

Centre de droit de la consommation et du marché (CDCM, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

1. Les contrats de distribution s’organisent en suivant des techniques contractuelles qui cherchent à épouser les contours d’un modèle économique déterminé. Les contrats les plus sophistiqués reposent sur des techniques de sélection, par la tête de réseau, des distributeurs, selon des critères particuliers, posés en termes d’expérience, de capacité de financement, ou purement commerciaux, comme la localisation du point de vente, etc., mais également en termes purement numériques, dits, quantitatifs, parce qu’un nombre maximal de distributeurs est déterminé. « Sélection », « critères de sélection », le vocabulaire ressemble à celui utilisé pour apprécier la validité, concurrentielle le plus souvent, de contrats de distribution sélective. En la matière en effet, un contrat de distribution sélective est, au regard des règles du droit de la concurrence, valable à condition que les critères de sélection soient appliqués de manière uniforme et de manière non discriminatoire[[1]](#footnote-1).

Longtemps, cette exigence concurrentielle avait des conséquences contractuelles, du moins le pensait-on, par une surestimation des effets des règles du droit de la concurrence. Ainsi estimait-on, non sans soutien jurisprudentiels, que le fournisseur ne pouvait refuser de conclure un contrat avec un distributeur répondant à ces critères ou de renouveler un contrat avec celui qui continuait de les respecter. Cette solution a cependant été récemment renversée[[2]](#footnote-2), renforçant donc la liberté de contracter du fournisseur, mais déconnectant cette solution de celle qui pourrait être retenue en application des règles du droit de la concurrence, à supposer toutefois que celles-ci s’appliquent. En toute hypothèse, ce renforcement de la place des règles ordinaires du droit des contrats dans l’élaboration et la gestion de ce contrat singulier qu’est le contrat de distribution sélective le rapproche d’autres formes de contrats de distribution, notamment les formes de distribution exclusive, dites souvent « contrats de concession commerciale ».

1. C’est d’ailleurs en partie cette situation qu’illustre l’arrêt ici rapporté[[3]](#footnote-3), dans le secteur, complexe, de la distribution automobile. En l’espèce, un concessionnaire automobile (la société Catia) des marques Chrysler, Jeep et Dodge a subi la résiliation de l’ensemble des contrats de distribution conclus avec l’importateur français, dans la mesure où ce dernier avait cédé son fonds de commerce à la société Fiat (FCA). Celle-ci avait alors invité les distributeurs à candidater pour la conclusion de nouveaux contrats de distribution portant sur les marques Jeep et Lancia. La société Catia adressait un tel acte de candidature mais subissait un refus d’agrément, intervenant avant la prise d’effet de la rupture des précédents contrats. Pour la Cour d’appel de Paris, pareil comportement illustrait une faute délictuelle, appelant réparation (assez faible toutefois) dans la mesure où il s’agissait d’un comportement intervenant avant la conclusion du contrat souhaité sur le fondement que *« la société FCA était à la tête d’un réseau de distribution sélective quantitative, énonce que le “concédant” est tenu, dès la phase précontractuelle, de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant et en déduit que le titulaire du réseau doit sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire »*. En d’autres termes, il s’agissait donc d’une part de lier l’application des règles du droit commun et celles du droit de la concurrence dans le cas de ce contrat, un contrat de distribution sélective quantitative, où la tête de réseau est désignée « concédant », pouvant laisser penser à une généralisation de la règle à un contrat de distribution exclusive, de concession.
2. L’arrêt de la Cour de cassation, qui censure l’arrêt en toutes ses dispositions, est particulièrement intéressant en ce qu’il se prononce sur des deux difficultés : *« 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 tel processus de sélection ».*
3. En premier, donc, et c’est la question la plus importante tranchée par la Cour de cassation dans cet arrêt, le promoteur d’un réseau, ici de distribution sélective (quantitative), est libre de de ne pas conclure un contrat de distribution, quand bien même le distributeur évincé respecterait les critères de sélection[[4]](#footnote-4), en ce sens que « l’exigence de bonne foi » n’impose pas « à la tête de réseau » la mise en œuvre d’un processus de sélection du type de celui requis en application des règles du droit de la concurrence. On peut retenir, ici, la généralité des termes choisis par la Cour qui a pour objet, très vraisemblablement, de couvrir tous les types de contrats de distribution, de distribution exclusive et de distribution sélective, qu’elle soit de type « qualitative » c’est-à-dire sans limitation du nombre potentiel de distributeurs ou « quantitative », où une limitation du nombre de distributeurs choisis est déterminée par la tête de réseau. Il s’agit donc d’une confirmation de la solution rendue en 2017[[5]](#footnote-5).

En outre, le choix de la formule, « la bonne foi », est très vraisemblablement à mettre en relation avec la nouvelle formulation du principe, devenu règle, de liberté contractuelle. L’article 1102 du Code civil, tel qu’issu de la réforme de 2016, dispose que chacun est libre de contracter, de ne pas contracter, de choisir son contractant et le contenu du contrat, dans les limites de la loi, et de l’exigence générale de bonne foi, telle que posée à l’article 1104 qui explique que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

Par ailleurs, la Cour justifie la cassation au visa de l’article 1382, devenu 1240, du Code civil et « ensemble les principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l’industrie ». La double référence n’est pas anodine. Outre le clin d’œil à la pratique décisionnelle du Conseil constitutionnel[[6]](#footnote-6), l’association devient usuelle, par exemple s’agissant du contrôle des clauses de non concurrence et permet sans doute d’isoler et de renforcer la portée de l’application de ces règles, entendons par comparaison avec les règles du droit de la concurrence, qui ne sont jamais que des exceptions au principe de liberté du commerce et de l’industrie.

1. Par conséquent, en négatif, les circonstances fondant des limites à la liberté contractuelle, ici la liberté de ne pas contracter reposent, outre les limites légales existantes, sur des comportements de « mauvaise foi », des situations d’abus du droit (ou de la liberté) de ne pas contracter ou de ne pas renouveler un contrat. L’essentiel du problème posé, aux têtes de réseau qui entendent pouvoir « gérer » leur réseau de manière cohérente, et aux distributeurs déçus d’un refus de contracter ou de renouveler un contrat existant consiste, précisément, à identifier de telles situations d’abus ou de comportements de mauvaise foi. Ceux-ci sont classiques : explicitement, l’assurance qu’un contrat va être conclu ou renouvelé, implicitement l’exigence d’investissements non encore amortis, mais encore l’invocation de motifs faux ou dénigrants par exemple. Des hypothèses spécifiques aux contrats de distribution sélective peuvent être identifiés, par exemple, pour le cas d’espèce, le fait que le distributeur choisi à la place de celui qui est exclu ne respecte pas les critères de sélection ou que l’appel à la candidature, illustrant une technique d’ « appel d’offres privé »[[7]](#footnote-7), soit biaisé ou faussé, par exemple encore pour retenir un distributeur ne respectant pas les critères.

Il demeure donc que la Cour de cassation fonde le principe, ordinaire, selon lequel la tête d’un réseau de distribution est libre de ne pas conclure un contrat de distribution, sous la réserve, générale, de la bonne foi, laquelle ne comprend pas les critères particuliers du droit de la concurrence (application des critères de manière uniforme et non discriminatoire).

1. Précisément, les règles du droit de la concurrence constituent l’une des limites légales, de ce droit, même s’il s’agit, au final, d’une limite assez faible. En l’espèce, la Cour d’appel[[8]](#footnote-8) avait écarté cette application, dans la mesure où, à supposer que le réseau de distribution concerné entre dans le champ, économique, des règles du droit de la concurrence, selon la technique dite de la règle *de minimis* qui fixe un seuil d’application de ces règles (15% du marché), « l’entente » potentielle était exemptée au regard des Règlements d’exemption par catégorie applicables, ici, le REC n°1400-2002 du 31 juillet 2002 applicable au secteur automobile, depuis le REC n°330-2010 du 20 avril 2010, qui établissent des seuils d’exemption à des niveaux très élevés (30 ou 40% du marché). Rappelons en effet que, du point de vue des règles du droit de la concurrence, le principe de légalité concurrentielle des contrats est posé[[9]](#footnote-9); il l’est d’autant plus que, comme le rappelle très efficacement Nicolas Ferrier, « la pratique consistant à (…) refuser celui qui remplit [les critères] est couverte par le règlement d’exemption car cette discrimination (…) ne relève pas des pratiques visées par l’article 4. Autrement dit le règlement protège non seulement les critères, dès lors qu’ils ne constituent pas une restriction caractérisée, mais également leur mise en œuvre en ce sens où les critères n’ont pas à être appliqués par le promoteur de manière uniforme ou non discriminatoire »[[10]](#footnote-10). On ne saurait mieux illustrer ce principe de légalité, dans la « zone de sécurité » constituée par les seuils d’application et d’exemption.
2. Or, c’est précisément pour cette raison que la Cour d’appel cherchait à transférer ces exigences, concurrentielles, sur le terrain contractuel, paralysant ainsi l’effet d’exemption, assez général, du droit de la concurrence.

Après tout pourquoi pas ? L’exigence d’application uniforme et non discriminatoire de critères de sélection pourrait parfaitement être décidée sur le fondement de l’exigence de bonne foi, comme l’a fait la Cour d’appel, comme cela aurait pu être sur celui, encore plus radical, du but-cause licite d’un contrat, etc., dans une logique un peu musclée de solidarisme contractuel. Or, la Cour de cassation rejette, sans hésitation, ce transfert, en tout cas en ce qu’il se présenterait de manière générale et systématique : les règles spécifiques du droit de la concurrence n’ont pas vocation à être mises automatiquement en œuvre dans l’appréciation des règles du droit des contrats sou couvert de l’exigence de bonne foi. On peut d’ailleurs s’en réjouir car les fondements de ces deux corps de règles sont radicalement distincts. Le droit des contrats est globalement fondé sur de exigences « morales » : la liberté contractuelle, la bonne foi, le but et le contenu du contrat, etc., tandis que les règles du droit de la concurrence sont établies sur des fondements économiques, gages d’efficacité économique. Ces deux types de fondements peuvent aboutir à des résultats voisins, mais ils ne sont ni compatibles, ni interchangeables ; ils correspondent à deux philosophies appliquées du droit radicalement distinctes.

1. Le deuxième point que tranche, de manière implicite, cet arrêt est l’assimilation des règles applicables aux contrats de distribution sélective et exclusive. Ce débat est déjà un peu ancien. Ainsi un arrêt avait, en 2000 considéré que, dans la mesure où le choix d’un concessionnaire exclusif suppose une technique de sélection, qualitative et quantitative, il importait alors de vérifier que les logiques de validation propres aux contrats de distribution sélective étaient respectées[[11]](#footnote-11), ce jusqu’à ce que la Cour de Justice précise que les techniques de sélection quantitative étaient tout entier contenus dans logiques du droit de la concurrence, et donc d’exemption : « par les termes “critères définis” figurant à l'article 1er, §1, sous f), du règlement CE n° 1400/2002 (...), 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 candidat à l'agrément »[[12]](#footnote-12).

L’arrêt ici rapporté rend totalement obsolète ce type de raisonnement qui ne se justifiait que dans la mesure de la prise en compte, en droit des contrats (de distribution sélective), des règles du droit de la concurrence, et par itération de son application à des contrats voisins, et pourquoi pas tous les contrats impliquant une sélection, c’est-à-dire au final tous les contrats, d’affaires, conclus *intuitus personae,* ce qui aurait fait beaucoup. L’analyse subtile de la Cour, par la séparation nette qu’elle impose entre ces deux corps de règles, rend inutile ce type de débat.

**C. com. 27 mars 2019, n° 17-22083**

LA COUR (…)

Statuant sur le pourvoi formé par la société FCA France, société anonyme, dont le siège est [...], contre l’arrêt rendu le 24 mai 2017 par la cour d’appel de Paris (pôle 5, chambre 4), dans le litige l’opposant à la société Catia automobiles, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...], défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l’appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

Attendu, selon l’arrêt attaqué, que la société Catia automobiles (la société Catia) était concessionnaire des marques Chrysler, Jeep et Dodge, à Caen, depuis 2001 ; que, le 25 mai 2010, la société Chrysler France (la société Chrysler), qui assurait en France l’importation et la distribution des véhicules de ces marques, a résilié l’ensemble des contrats de distribution de véhicules neufs, de vente de pièces détachées et d’après-vente à effet au 31 mai 2011 ; que la société Chrysler a cédé son fonds de commerce à la société Fiat France, aux droits de laquelle est venue la société FCA France (la société FCA) ; que, le 31 mai 2010, la société FCA a annoncé aux distributeurs du réseau qu’elle reprendrait la distribution en France des marques Lancia et Jeep et les a invités à faire acte de candidature pour la signature de nouveaux contrats ; que la société Catia, candidate pour la distribution de véhicules neufs et l’activité de réparation, a transmis, le 19 juillet 2010, à la société FCA le dossier de candidature que celle-ci lui avait envoyé le 18 juin 2010 ; que, par lettre du 7 janvier 2011, la société FCA a informé la société Catia de sa décision de refus d’agrément ; que, contestant ce refus et reprochant à la société FCA d’avoir confié la représentation des marques en cause à la société Socadia, qui était le distributeur Lancia “sur le même marché de référence”, la société Catia l’a assignée, sur le fondement de l’article 1382 du code civil, en réparation des préjudices résultant de son refus fautif d’agrément et de son retard dans la notification de ce dernier ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l’article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble les principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l’industrie ;

Attendu que pour dire que le refus d’agrément de la société Catia constitue une faute de la société FCA et condamner la seconde à payer à la première une indemnité, l’arrêt, après avoir constaté que la société FCA était à la tête d’un réseau de distribution sélective quantitative, énonce que le “concédant” est tenu, dès la phase précontractuelle, de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant et en déduit que le titulaire du réseau doit sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire ;

Qu’en statuant ainsi, alors que 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 tel processus de sélection, la cour d’appel a violé les texte et principe susvisés ;

Et sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l’obligation pour le juge de ne pas dénaturer l’écrit qui lui est soumis ;

Attendu que pour condamner la société FCA à payer à la société Catia la somme de 20 000 euros en réparation du préjudice causé par la tardiveté de la notification du refus d’agrément, l’arrêt retient que, la société FCA ayant, par la lettre du 31 mai 2010, adressée à la société Catia comme à l’ensemble des anciens distributeurs Lancia et Chrysler-Jeep-Dodge, “fait part de son souhait de maintenir les relations avec tous les concessionnaires”, a indûment entretenu la société Catia dans l’espoir d’être agréée dans le nouveau réseau et lui a donné une incitation contraire à la reconversion, que le préavis d’un an avait pour but de permettre ;

Qu’en statuant ainsi, alors que la lettre du 31 mai 2010 mentionnait que “l’un des principaux objectifs de Chrysler et Fiat sera de préserver, dans toute la mesure du possible, leurs réseaux de distribution actuels et leurs relations avec la plupart des distributeurs actuels” et que “Chrysler et Fiat envisagent donc de proposer à la plupart de leurs distributeurs actuels de participer à la nouvelle opportunité de développement , en concluant un nouveau contrat de distributeur agréé”, la cour d’appel, qui a dénaturé les termes clairs et précis de ce document, a méconnu le principe susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu’il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l’arrêt rendu le 24 mai 2017, entre les parties, par la cour d‘appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l’état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d’appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Catia automobiles aux dépens ;

Vu l’article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société FCA France la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l’arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept mars deux mille dix-neuf.

1. Cf. *D. et N. Ferrier, Droit de la distribution : LexisNexis, 8e éd., 2017, n° 644 s ; Lignes directrices REC n°330-2010, pt. 175.* [↑](#footnote-ref-1)
2. *Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.355, JCP éd ; E, 2017, 1381, note A-S. Choné-Grimaldi, CCC 2017, n°173, obs. M. Malaurie-Vignal. ;* V. également sur cette décision, *JCP E 2017, 1381* [↑](#footnote-ref-2)
3. Cass. com. 27 mars 2019, n°17-22.083, AJ contrats 2019, p. 295, note F. Buy et J.-C. Roda. [↑](#footnote-ref-3)
4. Comp. N. Ferrier, « La liberté de sélectionner dans la distribution sélective », JCP, éd. E, 2017, 1678. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cass. com. 8 juill. 2017, préc. [↑](#footnote-ref-5)
6. Comp. Déc. Cons. const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, RDC 2013, p. 1285, obs. C. Pérès, D. 2014, p. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano, Dr. soc. 2013, p. 673, étude J. Barthélémy, p. 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud, Dr. Soc. 2014, p. 464, chron. S. Hennion, M. Del Sol, P. Pierre et M. Hallopeau, Constitutions 2013, p. 400, chron. A.-L. Cassard-Valembois, RTD civ. 2013. 832, obs. H. Barbier. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cf. L. Bettoni, *L’appel d’offres privé,* LexisNexis, 2018. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cf. E. Dieny, RLC n°65, oct. [↑](#footnote-ref-8)
9. Comp. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, Droit de la concurrence, LexisNexis, 3ème éd., 2019 à paraître. [↑](#footnote-ref-9)
10. N. Ferrier, « La liberté de sélectionner dans la distribution sélective », op. cit., n°11. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cass. com., 25 janv. 2000, Contrats, conc., consom. 2000, comm. 65, obs. M. Malaurie-Vignal ; Cah. dr. entr. 2000/4, p. 19, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud. - Cass. com., 28 janv. 2005, n° 04-15.279. [↑](#footnote-ref-11)
12. CJUE 14 juin 2012, aff. C-158/11, D. 2012, p. 2156, note D. Ferrier, JCP, éd. E, 2013, 1200, n°4, obs. D. Mainguy [↑](#footnote-ref-12)