

# Distribution sélective

La distribution sélective s'analyse comme une technique de commercialisation choisie par un promoteur de réseau et selon laquelle ses produits sont diffusés uniquement par des distributeurs sélectionnés spécifiquement à cet effet.

Un promoteur de réseau peut choisir de mettre en place un réseau de distribution sélective afin :

- ✓ de s'implanter sur un territoire justifiant le choix d'un nombre limité de distributeurs dont l'efficacité commerciale est reconnue ;
- ✓ d'adapter l'image du distributeur à l'image donnée du produit par le producteur, ou encore
- ✓ d'assurer au client final un service spécifique, que celui-ci corresponde à un souci de pur confort du client ou s'explique par la recherche d'une commercialisation adéquate du produit.

Ce mode de distribution est particulièrement développé pour les produits de luxe, les produits de prestige ou de marque, les produits de haute technicité ou ceux qui présentent une réelle originalité.

L'intérêt de cette formule est de permettre au fournisseur de refuser de vendre à ceux qui ne satisferont pas aux critères qu'il a posés.

Quant au distributeur, cette formule lui permet de bénéficier d'une clientèle intéressée par les produits du fournisseur ainsi que du positionnement de ce dernier sur le marché et de sa puissance d'action.

## I. Fournisseur : construire votre réseau de distribution sélective

Du point de vue du droit de la concurrence, la distribution sélective n'est pas considérée comme un mécanisme anticoncurrentiel en soi dans la mesure où elle conduit généralement à préserver et/ou accroître les qualités intrinsèques d'un produit au profit du consommateur.

Toutefois, la distribution sélective peut avoir pour effet de limiter la concurrence inter-marques puisqu'elle pourrait exclure un certain type de distributeurs du marché, tout en encourageant certains comportements de collusion entre les fournisseurs et les détaillants.

C'est pourquoi la légalité des accords de distribution sélective est toujours évaluée au regard des règles fondamentales applicables au droit de la concurrence, en particulier l'article 101 du TFUE qui interdit les accords entre entreprises ainsi que toutes pratiques concertées, susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats-Membres et dont l'objet, ou effet, est de limiter ou d'altérer le jeu de la concurrence, à l'intérieur du marché commun.

### **Exigence de seuil**

Conformément au Règlement n°330/2010 d'exemption des restrictions verticales, lorsque les parts de marché du fournisseur et du distributeur agréé sont en dessous de 30 % respectivement sur le marché sur lequel il vend et sur le marché sur lequel il achète les produits contractuels, le système de distribution considéré est exempté de plein droit des dispositions de l'article 101 TFUE.

Au-delà de ce seuil, il est nécessaire pour les parties en cause de solliciter une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101§3 TFUE.

Le bénéfice de l'exemption permet de rendre le réseau de distribution sélective légal sous réserve de l'absence de restriction caractérisée au sein du contrat de distribution sélective, telles que l'interdiction des livraisons croisées entre les distributeurs agréés à l'intérieur d'un réseau sélectif, l'interdiction de vente hors réseau (par les distributeurs agréés), prix minimum imposés, restrictions à la revente et sur internet.

Ainsi, par une décision du 29 juin 2016, la Cour d'appel de Paris a considéré que le réseau de distribution mis en place par la société COTY était illicite du fait :

- ✓ qu'elle n'apportait pas la preuve qu'elle détenait une part de marché inférieur à 30%, et
- ✓ que le contrat de distribution contenait des restrictions caractérisées ayant notamment pour but d'exclure la vente aux agents d'achats agissant pour le compte d'utilisateurs finals.

Dès lors, la société COTY ne pouvait défendre son réseau de distribution contre des reventes hors réseau réalisées sur Internet.

### **Sélection des distributeurs agréés**

L'intérêt des contrats de distribution est d'organiser de manière stratégique le circuit commercial des produits et services qui en font l'objet. L'efficacité d'une telle politique commerciale s'accommode généralement assez mal d'un très grand nombre de distributeurs et requiert que ces derniers soient sélectionnés sur la base de critères que le promoteur du réseau aura spécifiquement définis pour la commercialisation de ses produits et services.

Le Règlement 330/2010 définit la distribution sélective comme étant 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.

#### **✓ Critères d'agrément**

Pour créer un réseau de distribution sélective conforme aux règles de concurrence, le fournisseur doit définir des critères qualitatifs et/ou quantitatifs de sélection de ses membres.

Ces critères doivent être objectifs, indispensables et adaptés à la distribution des produits contractuels et doivent permettre d'améliorer les performances techniques et commerciales des distributeurs et conséquemment, la qualité du service offert aux consommateurs.

Ces critères peuvent donc être :

- ✓ de nature qualitative (par exemple, les caractéristiques de l'emplacement de la boutique du détaillant dans certains quartiers attractifs, la nature des installations et de la décoration intérieure, la formation des vendeurs) et/ou
- ✓ de nature quantitative (application d'un numerus clausus sur un territoire déterminé).

Les critères de sélection doivent :

- ✓ être appliqués de façon non discriminatoire par le fournisseur,
- ✓ être justifiés par la nature des produits (image de marque, haute technicité, luxe, etc.),
- ✓ être proportionnels et nécessaires pour assurer la bonne commercialisation des produits contractuels, et
- ✓ être appliqués de manière uniforme.

La distribution sélective qualitative ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1 TFUE, si la distribution est justifiée par la qualité des produits, si la sélection des distributeurs est opérée selon des critères objectifs et si le principe de proportionnalité est respecté.

En théorie, chaque fois qu'un candidat au réseau de distribution sélective respecte les critères qualitatifs posés, le promoteur de réseau ne peut pas lui refuser l'agrément.

Toutefois, la jurisprudence tant nationale que de l'Union européenne, accepte que le fournisseur restreigne la sélection de ses distributeurs pour des raisons économiques. Il est en effet possible pour un fournisseur de limiter le nombre de ses distributeurs sélectionnés, ne serait-ce que parce que ceux-ci ont fait des investissements et qu'il faut leur permettre de les rentabiliser en leur laissant un certain volume d'affaires. On considère donc que, dans une région ou dans un pays qui est suffisamment irrigué par des distributeurs sélectionnés, il est possible momentanément de refuser d'agrément un nouveau distributeur.

Un tel système de distribution sélective quantitative est licite dès lors que la tête de réseau :

- a clairement indiqué les conditions qualitatives ainsi que les modalités d'application du numerus clausus de telle sorte que les candidats en soient parfaitement informés, et
- est en mesure de démontrer que le numerus clausus qu'elle applique correspond bien au potentiel maximum de sa zone de chalandise.

Les tribunaux vérifient le respect de ces deux conditions pour apprécier la licéité d'un réseau (Cass. Com., 28 juin 2005, n°04-15.279, SA Garage Grémeau c/ SA Daimler Chrysler France).

Toutefois, pour qu'un réseau de distribution sélective quantitative soit licite et bénéficié de l'exemption prévue par le règlement européen, il n'est pas nécessaire que les critères qualitatifs requis soient objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément : il suffit que leur contenu soit précis et puisse être vérifié (CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 SARL c. Jaguar Land Rover France SAS).

Ce système de distribution, fondé sur la sélection des distributeurs selon des critères spécifiquement définis par le fournisseur, permet donc à ce dernier de créer un réseau fiable et efficace pour la commercialisation de ses produits et services.

#### ✓ **Mise en jeu des critères d'agrément**

La tête de réseau a le droit, si les critères posés ne sont pas respectés, de refuser d'agrément le candidat.

Parfois, le candidat refusé conteste le refus qui lui est opposé. Plusieurs fondements s'offrent à lui.

#### 1) **Contestation du refus d'agrément sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles**

Le candidat éconduit s'appuie en général, pour contester le refus d'agrément qui lui est opposé, sur les **articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**.

Pour qu'un refus d'agrément constitue une entente prohibée par la réglementation française et européenne sur les ententes, le candidat refusé doit démontrer que les critères ont été appliqués de manière discriminatoire et qu'ils sont de nature à éliminer la concurrence ou permettre cette élimination (Cour d'appel de Paris, 4 octobre 2017, RG n° 16/06674).

Par ailleurs, la Cour de cassation considère que le promoteur d'un réseau de distribution sélective quantitative peut invoquer l'atteinte d'un numerus clausus pour refuser d'agrément des candidats

respectant pourtant les critères qu'il a posés, dès lors que ces critères qualitatifs et/ou quantitatifs ont été définis, portés à la connaissance des « postulants » de ce réseau, et respectés lors de la sélection (Com. 6 septembre 2016, n°15-11.415).

A noter que les refus d'agrément à un réseau de distribution sélective peuvent également être sanctionnés lorsqu'ils constituent un abus de position dominante, en application des **articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, lequel vise notamment les refus de vente et les pratiques qui consistent à « appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ».

Ce fondement est particulièrement utilisé lorsque la part de marché du fournisseur est conséquente ou lorsque son réseau participe à un effet cumulatif restrictif de concurrence.

## 2) Contestation du refus d'agrément sur le fondement du droit commun

Enfin, lorsqu'il ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle, le refus d'agrément peut également être appréhendé sur le fondement du **droit commun**.

Depuis la loi du 4 août 2008 (dite « loi de modernisation de l'économie ») les **pratiques discriminatoires** ne constituent plus, en elles-mêmes, une faute civile.

En outre, la jurisprudence considère qu'en application du principe de la **liberté contractuelle**, le fournisseur organise et gère son réseau comme il l'entend et peut mettre fin à un contrat de distribution sélective – dès lors qu'un préavis est accordé – sans avoir à justifier d'une réorganisation ou d'une faute du distributeur alors même que ce dernier distributeur remplissait les critères de sélection (CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 30 sept. 2015, n° 13/07915, SARL Horlogerie Doux c/ SAS Rolex France - CA Paris, 7 oct. 2015, RG n° 13/08846).

En ce sens, la Cour de cassation, dans une affaire opposant la société Rolex France et un de ses distributeurs, a déjà eu l'occasion de juger que la résiliation d'un contrat de distribution sélective du distributeur n'était pas discriminatoire et ne constituait pas une entente (Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10.438).

La Cour de cassation, qui distingue la résiliation du contrat de distribution sélective de son non-renouvellement, ajoute que :

- la tête de réseau qui a respecté les conditions contractuellement fixées pour dénoncer le contrat, n'a pas à motiver sa décision de non-renouvellement ;
- le fournisseur ne peut être condamné à livrer le distributeur aux conditions contractuelles habituelles dans la mesure où le contrat a pris fin ;
- la condition de la conformité du non-renouvellement au droit de la concurrence est inopérante dans la mesure où les dispositions des articles 101 TFUE et L.420-1 du Code de commerce régissent les conditions d'agrément du distributeur et non les conditions du non-renouvellement du contrat de distribution sélective.

La position de la Cour est claire : dès lors que les modalités relatives à la fin du contrat de distribution sont respectées (délai, forme, motivation éventuelle), rien n'interdit au fournisseur de ne pas renouveler le contrat arrivé à son échéance, même si le distributeur répond aux conditions de l'agrément (Cass, Com., 8 juin 2017, société Caudalie c/ Monsieur Lailler, n°15-28355).

Elle précise néanmoins que le non-renouvellement du contrat de distribution sélective peut être source de responsabilité lorsque les circonstances qui l'entourent revêtent un **caractère abusif**.

En effet, la liberté contractuelle n'est pas sans limite, et ne doit pas dégénérer en abus de droit, défini par la jurisprudence comme le fait, pour une personne, de commettre une faute par le dépassement des limites d'exercice d'un droit qui lui est conféré ; soit en le détournant de sa finalité, soit dans le but de nuire à autrui.

Les pratiques discriminatoires sont donc sanctionnées lorsqu'elles constituent un abus de droit imputable au fournisseur (CA Paris, 14 déc. 2011, RG n° 09/20639).

Le candidat éconduit devra donc démontrer l'existence :

1. d'une discrimination, définie comme un traitement différencié de deux personnes dans une situation identique, et
2. de l'abus de droit ou de la pratique anti-concurrentielle associé(e).

Dans l'affaire société Caudalie c/ Monsieur Lailier, la Cour de cassation a confirmé le débouté des demandes d'un candidat éconduit sur le fondement de l'abus de droit dans la mesure où celui-ci il ne démontrait pas être dans la même situation que deux autres magasins agréés et ne rapportait donc pas la preuve d'une discrimination constitutive d'un abus de droit (Cass, Com., 8 juin 2017, n°15-28355).

Par ailleurs, dans une décision en date du 24 mai 2017, la Cour d'appel de Paris a sanctionné un refus d'agrément à un réseau de distribution sélective quantitative sur le fondement de l'**obligation générale de bonne foi** précontractuelle.

En l'espèce, en raison d'une restructuration de son réseau, un constructeur automobile avait résilié l'ensemble des contrats conclus avec ses concessionnaires et les avait invités à faire acte de candidature à l'intégration du réseau réorganisé.

L'un des concessionnaires, candidat au nouveau réseau, avait vu son agrément refusé pour non-respect des critères de sélection, le *numerus clausus* posé par le promoteur étant atteint pour la région concernée. Il avait alors assigné le nouveau promoteur sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. La cour d'appel de Paris a considéré qu'il était nécessaire que "le refus soit motivé", même dans le cadre d'une distribution sélective quantitative.

Cette décision peut surprendre à plusieurs égards et notamment en ce qu'elle renvoie à une grille d'analyse du refus d'agrément contraire au droit de la concurrence tant national que de l'Union européenne. Elle semble imposer aux promoteurs de réseau d'agréer tous les candidats remplissant les critères qu'ils ont librement choisis.

## II. Fournisseur : protéger votre réseau de distribution sélective

Après la constitution du réseau, l'enjeu est de préserver ce qui en fait son essence, à savoir, (i) la priorité donnée aux distributeurs sélectionnés pour vendre les produits du fournisseur, et (ii) le respect des caractéristiques essentielles des produits pour lesquels le recours à la distribution sélective est nécessaire et justifié.

- ✓ Ventes parallèles

Pour faire respecter cette priorité donnée aux distributeurs sélectionnés, le fournisseur pourra agir à l'encontre d'un distributeur hors réseau.

Plusieurs procédures sont offertes au titulaire du réseau pour lutter contre les ventes parallèles (CA Paris, 27 mars 2014 COSIMO SAM (Monaco) c/ CARREFOUR FRANCE SAS, CARREFOUR HYPERMARCHÉS SAS, RG n° n° 2010/19766 ; CA Paris 25 mai 2016 SA France Télévisions c/ SAS Coty France et Sté Marvalle LLC, RG n° n° 14/03918).

Pour agir, la tête du réseau doit démontrer au préalable que son réseau est licite au regard du droit de la concurrence (voir première partie), et juridiquement étanche (c'est-à-dire que tous les distributeurs du réseau sont liés par un contrat contenant une interdiction de revente hors réseau).

Le promoteur de réseau peut se fonder sur l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce qui sanctionne le fait de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective.

La violation d'un réseau de distribution sélective est sanctionnée, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce par une amende pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'auteur des pratiques en considération et en proportion des avantages que ce dernier aurait tirés du manquement.

Ainsi, le revendeur hors réseau engage sa responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale par tierce complicité lorsqu'il se fournit chez un membre du réseau.

Quant au membre du réseau qui fournit un revendeur non agréé, il commet pour sa part une transgression contractuelle, engageant sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de la tête de réseau.

La responsabilité du revendeur peut également être recherchée sur le fondement de l'action en concurrence déloyale, notamment lorsqu'il :

- commercialise des produits sans être soumis aux contraintes habituelles des membres du réseau (par exemple, revente de produits portant mention qu'ils ne peuvent être vendus que par des distributeurs agréés sélectionnés, sans signaler qu'il n'est pas sélectionné),
- bénéficie injustement de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation,
- commercialise des produits dans des conditions illicites, portant par exemple atteinte au droit de la marque du fournisseur – perte de prestige de la marque du promoteur du réseau, résultant de la vente dans des locaux inadaptés et avec un personnel incompetent.

Par ailleurs, la revente de produits hors du réseau, sans respecter les conditions posées par le fournisseur et en utilisant sa marque, peut constituer des actes de contrefaçon (CA Douai 13 février 2013 11/04958).

Ainsi, toute personne qui viendrait s'immiscer irrégulièrement dans un réseau de distribution sélective pourrait voir sa responsabilité engagée, et ainsi être contrainte de cesser le trouble occasionné et d'indemniser le préjudice subi.

#### ✓ Ventes sur internet

En application des Lignes directrices, chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits.

Il s'agit d'un moyen de vente « passive », dont l'interdiction constitue une pratique restrictive de concurrence, justifiant d'une amende pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires.

Depuis l'affaire Pierre FABRE, les fournisseurs n'ont plus le droit d'interdire à leurs distributeurs agréés la vente sur leurs sites Internet des produits faisant l'objet du contrat de distribution sélective, sauf à justifier de la nécessité de vendre les produits en question en magasin, compte tenu des propriétés spécifiques du produit (Cass. Com., 24 septembre 2013, pourvoi n° 12-14.344 ; CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence).

Sous ces réserves, le fournisseur conserve toutefois la possibilité de réguler les modalités de vente de ses produits sur le site Internet de ses distributeurs. Il est par exemple libre d'imposer des standards de qualité, de prévoir un chiffre d'affaires minimum dans les magasins physiques et de faire payer une redevance fixe pour favoriser les efforts de vente hors ligne ou en ligne (paragraphe 52 des lignes directrices sur les restrictions verticales).

Par ailleurs, la jurisprudence française et de l'Union européenne se sont récemment prononcées en faveur de la faculté, pour les fournisseurs d'interdire la revente de leurs produits sélectifs sur des sites Internet tiers au moyen de plateformes en ligne.

Dans son Rapport final *relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique*, publié le 10 mai 2017, la Commission européenne estime que les interdictions absolues de vente sur les marketplaces ne constituent pas des interdictions de fait de vente en ligne au sens de la jurisprudence Pierre FABRE.

L'Avocat général Nils Wahl s'est également positionné en ce sens dans le cadre de l'affaire COTY, en considérant qu'une clause d'interdiction de revente des produits sur une plateforme Internet est valide dès lors qu'elle est (i) conditionnée par la nature du produit, (ii) fixée de façon uniforme et appliquée indifféremment, et (iii) qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Il relève en effet que, même si une plateforme pourrait être apte à développer une présentation soignée de produits de luxe, la tête de réseau ne pourrait plus contrôler son réseau, ni l'homogénéité de sa présentation.

Par ailleurs, revendre des produits sélectifs sur des sites Internet exploités par des tiers non agréés au réseau de distribution est susceptible de constituer une violation de l'interdiction de revente hors réseau, telle que définie à l'article L. 442-6 I 6°.

La Cour de cassation s'est positionnée en ce sens, considérant que la commercialisation sur une marketplace non-agrèée de produits sélectifs en violation de l'interdiction de revente hors réseau faite aux distributeurs, constituait un trouble manifestement illicite de nature à donner lieu à référé (Cass.com., 13 septembre 2017 Caudalie c/ eNova).

La Cour de Justice de l'Union européenne est venue confirmer ces solutions dans son arrêt Coty, en considérant que la clause interdisant le recours aux plateformes tierces pour vendre des produits agréés est licite dès lors qu'elle (i) vise à préserver l'image de luxe des produits concernés, (ii) est objective, uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire et (iii) est proportionnée (CJUE 6 décembre 2017, aff.C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH).

La direction générale « concurrence » de la Commission européenne considère que les réponses apportées par la CJUE dans cet arrêt préjudiciel ne vaut pas uniquement pour les réseaux de distribution sélective pour les produits de luxe, mais également pour d'autres catégories de produits, tels que la haute technicité et la haute technologie.

Par ailleurs, alors que la CJUE ne s'est pas clairement prononcée contre la qualification de l'interdiction de vente sur une plateforme en « restriction par objet », la Commission européenne interprète la volonté de la Cour comme allant en ce sens, conformément à l'avis de l'avocat général Nils Wahl.

Il en ressort que les promoteurs de réseaux de distribution sélective sont fondés à demander la cessation en justice de la commercialisation de leurs produits sur une plateforme Internet non-agrèée, en violation de l'interdiction faite aux distributeurs de revendre lesdits produits sur un site Internet autre que le leur.