

avant tout un contentieux de professionnels. Les consommateurs ne semblent pas vraiment invités à participer au banquet. L'évaluation des préjudices est excessivement complexe et nécessite de faire appel à des experts. Or le coût de l'expertise est trop lourd à supporter pour cette catégorie de personne. À cela, faut-il encore adjoindre les difficultés liées à la preuve du préjudice (par ex. TGI Lille, 6 juill. 2017, n° 15/00938, *M^{me} V. c/ S^{te} Colgate Palmolive et a.*). L'action de groupe n'a malheureusement pas permis de dépasser toutes ces barrières. Partant, le monde des songes évoqué par Carbonnier n'est accessible qu'à quelques entreprises, celles capables de délier une bourse importante pour voir leurs préjudices réparés. Le rêve a donc un prix ! Pour l'heure, les consommateurs en sont privés. Le mal qu'ils subissent du fait des infractions aux règles de concurrence n'est guère réparé. Le doyen en serait certainement révolté.

Walid Chaiehloudj

À retenir

La cour d'appel de Paris infirme le jugement du tribunal de commerce de Paris en ce qu'elle condamne les clauses d'exclusivité imposées par Orange à ses distributeurs et à l'unique réparateur de terminaux présents sur le marché de la téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane. La juridiction d'appel octroie à Digicel environ 8 millions d'euros de dommages et intérêts pour le préjudice subi par l'application de ces clauses. L'arrêt est important également en ce qu'il fixe la méthode d'évaluation d'un préjudice très spécifique : la réparation des effets préjudiciables du temps sur la valeur de l'indemnité. Enfin, l'arrêt présente un grand intérêt par le record qu'il établit : la cour d'appel octroie au total près de 250 millions d'euros de dommages et intérêts à Digicel.

DISTRIBUTION

La bonne foi dans le secteur de la distribution automobile¹

Cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 4, 24 juin 2020, n° 18/23687

Mots-clés : DISTRIBUTION * Distribution automobile * Bonne foi * Refus d'agrément
CONCURRENCE * Pratiques restrictives * Distribution automobile * Contrat de réparation * Rupture brutale

Solution : La cour d'appel de Paris était saisie de l'appel du jugement du 2 novembre 2018 du tribunal de commerce de Paris (T. com. Paris, 4^e ch., 2 nov. 2018, n° 2015055365) ayant rejeté les demandes indemnitaires formulées par deux anciennes sociétés concessionnaires de la marque Hyundai animées par le même gérant contre la société Hyundai Motor France – importateur en France des véhicules et pièces de la marque Hyundai. Cela à la suite de la résiliation opérée par elle des contrats de distribution de véhicules neufs et des contrats de réparateur agréé et de vente d'accessoires et de son refus d'agrément de ces concessionnaires dans son nouveau réseau.

Dans cette affaire, l'importateur n'avait pas proposé la conclusion de nouveaux contrats de distribution de véhicule aux deux concessionnaires sortants, lesquels ont cependant pu conclure de nouveaux contrats de réparateur agréé. Ces derniers contrats ont ensuite été résiliés par l'importateur pour des motifs contestés par les sociétés appelantes.

Les concessionnaires sortants arguaient tout d'abord d'un manquement de l'importateur à l'obligation de bonne foi dans le cadre de l'exécution des contrats et d'une résiliation abusive des contrats en ce que Hyundai les avait laissés dans la croyance d'une poursuite des relations et avait compromis l'exécution normale du préavis. Ils considéraient en outre que les refus d'agrément qui leur avaient été opposés par l'importateur contrevenaient tant au droit de la concurrence qu'au droit commun des contrats et notamment à l'exigence de bonne foi.

Aux termes de son arrêt, la cour d'appel de Paris confirme en tous points le jugement du tribunal de commerce de Paris et déboute les concessionnaires évincés de l'ensemble de leurs demandes indemnitaires en s'inscrivant dans une jurisprudence récente constante. Celle-ci affirme à cet égard que :

FONDEMENT : Code civil, art. 1104 ; Code de commerce, art. L. 442-6, I, 2^o nouv., art. L. 442-6, I, 5^o anc.

« L'exigence de bonne foi ne requiert pas de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination ni la mise en œuvre d'un processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés, ni d'appliquer ceux-ci de manière non discriminatoire.

Il n'est pas établi que la tête de réseau ait jamais entrepris les concessionnaires sortants, de manière déloyale, dans l'illusion que leurs contrats de distribution seraient renouvelés à l'échéance du préavis de résiliation, ni qu'elle ait négocié avec eux tandis que le concessionnaire remplaçant aurait été d'ores et déjà choisi.

Il n'est pas établi que la tête de réseau se serait engagée à examiner la candidature des concessionnaires sortants.

La circonstance que la tête de réseau n'ait pas contracté de nouveau contrat de distribution avec les concessionnaires sortants ne constitue pas une faute en vertu du principe de la liberté contractuelle.

Les refus d'agrément concernant les contrats de distribution n'entraînent donc pas la responsabilité de la tête de réseau ».

Observations : L'arrêt de la cour d'appel de Paris est particulièrement intéressant en ce qu'il aborde la problématique du refus d'agrément relatif aux contrats de distribution sélective conclus sur la base

(1) L'auteur remercie M^{lle} Manon Bodereau pour son aide dans la rédaction de cet article.

de critères quantitatifs. Il confirme en l'espèce la licéité du refus d'agrément d'abord au regard du droit des ententes (1^{re} partie) et ensuite au regard du droit commun des contrats et des principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l'industrie (2^e partie). Au préalable, il convient d'indiquer que, sur le manquement à la bonne foi dans le cadre de l'exécution du contrat, l'arrêt considère que la preuve d'une faute de l'importateur et d'un préjudice des concessionnaires n'est pas rapportée. Ce point très lié aux circonstances de l'espèce n'appelle pas de commentaire particulier.

Sur la licéité du refus d'agrément au regard du droit de la concurrence. Concernant les contrats de distribution de véhicules neufs, les sociétés appelantes soutenaient que la distribution sélective quantitative en cause était nécessairement et d'abord qualitative, de sorte que les critères dégagés par la Cour de justice dans l'arrêt *Métro* (CJCE 25 oct. 1977, aff. 26-76) tenant à l'existence de critères de sélection objectivement justifiés, appliqués de façon uniforme et non discriminatoire, devaient se cumuler avec ceux de la distribution quantitative, et non disparaître au profit de ces derniers. Faute d'avoir examiné leur candidature à l'adhésion au nouveau réseau alors qu'elles estimaient remplir les critères sélectifs, les refus d'agrément constituaient selon elles une entente prohibée par les articles 101, § 1^{er}, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-1 du code de commerce.

À cet égard, la cour d'appel rappelle d'abord que l'application des dispositions précitées nécessite l'existence d'un accord de volontés entre au moins deux opérateurs et que le seul fait d'être membre d'un réseau de distribution ne vaut pas acquiescement, même tacite, à une invitation unilatérale du fournisseur à commettre certaines pratiques, d'autres indices devant démontrer cet acquiescement. Si la cour d'appel considère que le refus de contracter ne relève pas des critères explicités dans le contrat de distribution, elle considère cependant que, dans la mesure où l'annonce du nouveau distributeur avait été faite avant l'expiration du préavis donné aux concessionnaires sortants, celui-ci avait eu connaissance de la politique du concédant conduisant à ne pas renouveler les concessionnaires sortants et avait nécessairement acquiescé à cette politique. Elle en déduit dès lors l'existence d'un accord de volontés soumis au droit des ententes.

Les parts de marché du concédant et des concessionnaires appelants étant néanmoins pour chacun d'entre eux inférieures à 30 %, la cour d'appel de Paris fait alors application du règlement d'exemption catégorielle n° 330/2010 du 20 avril 2010, considérant que le contrat de distribution en cause ne contenait pas de restriction caractérisée susceptible de faire perdre le bénéfice de l'exemption.

S'agissant spécifiquement de la question de savoir si la tête de réseau pouvait valablement, dans le cadre d'un système de distribution sélective quantitative, choisir ses revendeurs de manière discrétionnaire, la cour d'appel de Paris se réfère à l'arrêt *Jaguar Land Rover* de la Cour de justice de l'Union euro-

péenne du 14 juin 2012 (CJUE 14 juin 2012, *Auto 24 SARL c/ Jaguar Land Rover SAS*, aff. C-158/11, D. 2012. 2156, et les obs., note D. Ferrier ; *ibid.* 2013. 732, obs. D. Ferrier ; RTD eur. 2012. 917, obs. J.-B. Blaise). Aux termes de cet arrêt, la Cour de justice avait, en effet, affirmé que, si les critères définis régissant l'accès à un réseau de distribution sélective quantitative devaient avoir un contenu précis pouvant être vérifié pour qu'un tel système de distribution puisse bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement automobile (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002, un tel système ne devait pas nécessairement reposer sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous les candidats comme c'est le cas dans la distribution sélective qualitative. La cour d'appel de Paris, considérant que cet arrêt rendu sous l'égide du règlement (CE) n° 1400/2002 s'applique également dans le contexte du règlement (UE) n° 330/2010, en déduit qu'aucune règle de droit national ou communautaire n'impose à la tête de réseau de justifier des raisons qui l'ont amenée à arrêter le « *numerus clausus* » qui lui sert de critère quantitatif de sélection. Un système de distribution sélective quantitative dans lequel la tête de réseau refuse son agrément sans même avoir évalué la candidature sur la base des critères qualitatifs prédéfinis ne perd donc pas le bénéfice de l'exemption catégorielle.

Concernant les contrats de réparateur agréé, la cour d'appel de Paris confirme le jugement de première instance en ce qu'il a retenu que le contrat de réparation de l'une des deux sociétés avait été valablement résilié en raison d'un manquement contractuel avéré. La cour d'appel considère que, compte tenu de la communauté de gérant avec la seconde société et de la coopération manifeste entre ces deux sociétés, la résiliation du contrat de la seconde société tout comme le refus du nouvel agrément ne pouvaient être qualifiés de discriminatoires au regard du droit de la concurrence, peu important le respect par cette dernière du respect des critères qualitatifs.

Sur la licéité du refus d'agrément au regard du droit commun des contrats. La cour d'appel de Paris rappelle 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 processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés, ni d'appliquer ceux-ci de manière non discriminatoire. Cette solution, dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 mars 2019 (Com. 27 mars 2019, n° 17-22.083, D. 2019. 692 ; *ibid.* 2208, chron. S. Barbot, C. de Cabarrus et A.-C. Le Bras ; *ibid.* 2020. 789, obs. N. Ferrier ; AJ contrat 2019. 295, obs. F. Buy et J.-C. Roda ; RTD civ. 2019. 570, obs. H. Barbier), avait déjà fait l'objet d'applications de la part des juges du fond (Paris, pôle 5, ch. 4, 23 oct. 2019, n° 19/07878 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 27 nov. 2019, n° 18/06901, en matière de distribution sélective qualitative, D. 2020. 789, obs. N. Ferrier).

La cour d'appel de Paris relève également que la tête de réseau n'a ni entretenu les concessionnaires sortants dans l'illusion d'un renouvellement, ni négocié avec eux de manière déloyale et qu'il n'est pas établi qu'elle se serait engagée à examiner leur candidature.

Elle confirme enfin la jurisprudence antérieure relative à l'application du principe de la liberté contractuelle aux contrats de distribution sélective quantitative selon laquelle la circonstance que la tête de réseau n'ait pas conclu de nouveau contrat de distribution ou de réparateur agréé avec les concessionnaires sortants ne saurait constituer une faute (sur ce point, V. égal. Paris, pôle 5, ch. 10, 27 févr. 2017, n° 15/12029 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 27 mars 2019, n° 17/09056 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 23 oct. 2019, n° 19/07878 ; M. Ponsard, « Bonne foi et distribution sélective automobile », AJ contrat 2020. 321). En conséquence, la cour d'appel affirme que les refus d'agrément concernant les contrats de distribution et les

À retenir

Le seul fait d'être membre d'un réseau de distribution ne vaut pas acquiescement, même tacite, à une invitation unilatérale du fournisseur à commettre certaines pratiques, d'autres indices devant démontrer cet acquiescement.

Pour qu'un système de distribution sélective quantitative puisse bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement automobile, il suffit que le contenu des critères régissant l'accès au réseau soit précis et puisse être vérifié, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'ils sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

L'exigence de bonne foi ne requiert pas de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination ni la mise en œuvre d'un processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés, ni d'appliquer ceux-ci de manière non discriminatoire.

En vertu du principe de liberté contractuelle et en l'absence de déloyauté établie, rien n'oblige la tête de réseau de distribution à s'abstenir de procéder à la résiliation des contrats ou à proposer un renouvellement de contrat à un distributeur remplissant les critères de sélection.

contrats de réparateur agréé n'entraînent pas en soi la responsabilité de la tête de réseau et s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel bien établi désormais sur ces questions.

Michel Ponsard

CONTRAT PUBLIC

La coopération entre personnes publiques permet de s'affranchir de la mise en concurrence dès lors qu'elle est réelle

1^{re} espèce : Cour de justice de l'Union européenne, 28 mai 2020, aff. C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung mbH c/ Stadt Köln*

2^e espèce : Cour de justice de l'Union européenne, 4 juin 2020, aff. C-429/19, *Remondis GmbH c/ Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel*

Mots-clés : CONTRAT PUBLIC * Mise en concurrence * Exemption * Pouvoir adjudicateur * Coopération * Activités accessoires

FONDEMENT : Dir. UE n° 2014/24 du 24 avr. 2014, art. 12

Solution : Pour bénéficier de l'exemption de mise en concurrence bénéficiant aux coopérations entre pouvoirs adjudicateurs, un contrat conclu entre deux personnes publiques doit manifester une stratégie commune. Il peut concerner des activités accessoires aux services publics dont elles ont la charge :

« [...] une coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut être exclue du champ d'application des règles de passation des marchés publics [...] lorsque ladite coopération porte sur des activités accessoires aux services publics qui doivent être fournis, même à titre individuel, par chaque membre de cette coopération, pour autant que ces activités accessoires contribuent à la réalisation effective desdits services publics » [1^{er} arrêt].

« [...] une coopération entre pouvoirs adjudicateurs ne saurait être caractérisée lorsqu'un pouvoir adjudicateur, responsable sur son territoire d'une mission d'intérêt public, n'accomplit pas entièrement lui-même cette mission qui lui incombe seul en vertu du droit national et qui requiert l'accomplissement de plusieurs opérations, mais charge un autre pouvoir adjudicateur, qui ne dépend pas de lui et qui est également responsable de cette mission d'intérêt public sur son propre territoire, d'effectuer l'une des opérations requises contre rémunération » [2^e arrêt].

Observations : Coopération réelle entre institutions publiques ou simple achat habillé de nuances coopératives ? Tel pourrait être, en résumé, le questionnement soumis à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) par deux renvois préjudiciels de juridictions allemandes.

Les contrats d'achat des pouvoirs adjudicateurs nécessitent, on le sait, une mise en concurrence des fournisseurs. Quelques exceptions existent toutefois à ce principe général. La plus fameuse concerne les contrats dits « *in house* » ou de quasi-régie (CJCE 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, D. 1999. 276), attribués sans concurrence par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, lequel assurera ensuite une concurrence effective entre les entreprises privées.

L'autre exception, moins fréquente, concerne la « coopération » entre personnes publiques afin d'assurer, en commun, des missions dont elles ont la charge, sans contrôle d'une personne sur l'autre. Reconnu de manière prétorienne (CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission des Communautés euro-*