

XIII. In die omstandigheden is de contractweigerings van appellante t.o.v. geïntimeerde niet onrechtmatig.

Ten overvloede voegt het hof daar aan toe dat geïntimeerde er aan voorbij gaat dat:

1° de in latere orde door haar voorgestelde “minderheidsparticipatie” in NV Consimi door haar zelfs niet concreet toegelicht werd en de facto – gelet op de nodige kapitaalinjectie – ook zou neerkomen op een economische beheersing van de litigieuze concessie door geïntimeerde;

2° de in allerlaatste orde door haar voorgestelde kandidatuur van “*erkend hersteller*” zelfs niet concreet toegelicht werd (waar en hoe?) en enkel al om die reden niet ernstig was, doch slechts een strategische zet in haar plan om daarop in te kunnen roepen dat “... *BMW nooit zou dulden dat een Mercedes-dealer het BMW-netwerk zou vervoegen*”.

Geïntimeerde dient, gelet op haar ongelijk, de kosten van beide aanleggen te betalen.

Om deze redenen

Het hof

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Verklaart het hoofdberoep gegrond en het incidenteel beroep ongegrond;

Wijzigt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende;

Verklaart de vorderingen tot staking van geïntimeerde ongegrond;

Veroordeelt geïntimeerde tot betaling van de kosten van beide aanleggen, voor appellante vastgesteld als volgt: 247,89 EUR (rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg (aldus herleid)) + 186 EUR (rolrecht hoger beroep) + 1.200 EUR (basisrechtsplegingsvergoeding hoger beroep) = 1.633,89 EUR.

(...)

## Note

### *L'intuitu personae et la sélection des intermédiaires commerciaux*

*Laurent du Jardin*<sup>1</sup>

1. Le droit belge des intermédiaires commerciaux est un domaine de liberté contractuelle. Le principe de la convention-loi<sup>2</sup> en est le corollaire immédiat. Certes, le choix de l'une ou l'autre formule contractuelle est susceptible de déclencher l'application de dispositions légales le plus souvent impératives. Celles-ci restent cependant peu nombreuses (si on les compare à de nombreux autres domaines du

droit) et, le plus souvent, d'une portée strictement déterminée<sup>3,4</sup>.

La liberté de contracter – et donc aussi de ne *pas* contracter – suppose la liberté du “fournisseur” (terme que nous utiliserons ci-après pour désigner collectivement le commettant, le concédant et le franchiseur) de choisir ses contrats, sa straté-

<sup>1</sup> Chargé de cours à l'Université catholique de Louvain, avocat Janson Baugniet.

<sup>2</sup> Art. 1134 C. civ.: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*”

<sup>3</sup> Sans préjudice à l'application des règles européennes de concurrence, on relève en droit belge:

– la loi du 19 décembre 2005 *relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial* (Mon. b. 18 janvier 2006), qui ne concerne que les négociations précédant la signature du contrat;

– la loi du 27 juillet 1961 *relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée* (Mon. b. 5 octobre 1961), qui ne concerne que la résiliation du contrat exclusif et à durée indéterminée (ou présumé tel après deux renouvellements), sans prétendre intervenir dans son exécution;

– le titre IV de la loi du 3 juillet 1978 *relative aux contrats de travail* (Mon. b. 22 août 1978), qui organise essentiellement les droits à commissions et indemnité d'éviction et la clause de non-concurrence du représentant de commerce;

– la loi du 13 avril 1995 *relative au contrat d'agence commerciale* (Mon. b. 2 juin 1995), qui s'écarte peu de sa source d'inspiration: la Directive (CEE) n° 86/653 du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *J.O. L.* 382, du 31 décembre 1986, p. 17. Très précise, la directive ne laissait qu'une marge de manœuvre étroite aux États membres. La loi du 13 avril 1995 est la seule loi belge à régler du début à la fin le contrat qu'elle concerne (conclusion – exécution – résiliation).

<sup>4</sup> La question se posait de savoir si un franchisé pouvait également se prévaloir de la loi du 27 juillet 1961 *relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*. L'argument avancé était que le franchisé est fondamentalement un concessionnaire qui, en complément du droit de concession, reçoit en plus le droit de bénéficier du savoir-faire du franchiseur. Le débat a animé doctrine et jurisprudence pendant plusieurs années (sur les origines de cette controverse, voy. P. CRAHAY, “Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente”, *R.D.C.* 1985, pp. 660 et s. Pour un résumé récent, voy. X., *Le contrat de franchise*, Séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000, Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 91 et s.). Les projets portant réglementation de l'accord de franchise (proposition de loi du 30 octobre 2003 portant réglementation de l'accord de franchise, *Doc. parl.* Chambre 2003-04, Doc. 51 0361/001; proposition de loi du 28 janvier 2004 relative à l'accord de franchise, *Doc. parl.* Chambre 2003-04, Doc. 51 0747/001; proposition de loi du 17 mars 2004 réglementant la franchise en vue d'améliorer les pratiques commerciales dans ce secteur, *Doc. parl.* Chambre 2003-04, Doc. 51 0924/001) ont laissé sous-entendre que le champ d'application de la loi du 27 juillet 1961 serait bien limité au contrat de concession.

gie et ses “*distributeurs*” (terme que nous utiliserons ci-après pour désigner collectivement l’agent, le concessionnaire et le franchisé). Ceci renvoie à deux questions récurrentes en droit des intermédiaires commerciaux, dont l’arrêt annoté est une nouvelle illustration:

- le caractère personnel (*intuitu personae*) du contrat de distribution;

- le droit de choisir (sélectionner) le partenaire avec lequel il est conclu.

Après un bref rappel des considérations les plus remarquables de l’arrêt de la cour d’appel d’Anvers du 21 février 2008, les deux questions seront examinées et mises en perspective.

## 1. L’ARRÊT DE LA COUR D’APPEL D’ANVERS DU 21 FÉVRIER 2008

2. Les circonstances du litige sont relativement bien résumées dans l’arrêt annoté. Il n’entre pas dans notre intention de les répéter ici. Il doit d’autant plus en être ainsi qu’elles mettent en œuvre des dispositions particulières du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission européenne du 31 juillet 2002 *concernant l’application de l’article 81, alinéa 3 du traité à des catégories d’accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile*<sup>5</sup>. Or, ce règlement expire le 31 mai 2010 et les premières indications de la Commission suggèrent qu’il ne sera pas reconduit en son état actuel. Il nous semble dès lors plus judicieux de relever, dans l’arrêt annoté, les considérations plus générales susceptibles de s’appliquer en marge ou au-delà du règlement d’exemption précité.

3. Concernant les dispositions contractualisant le caractère *intuitu personae* du contrat de cession conclu entre la SA BMW Belgium Luxembourg et son concessionnaire, la cour souligne qu’elles ne doivent pas faire l’objet d’interprétations littérales, indépendantes les unes des autres, mais qu’elles doivent au contraire être examinées ensemble et tenant compte de l’objectif poursuivi. La cour en déduit que le caractère *intuitu personae* du contrat s’applique aux circonstances de fait qui, directement ou indirectement, ont une influence décisive sur l’identité du titulaire de la cession ou sur la structure juridique choisie par lui pour son exploitation<sup>6</sup>.

En l’espèce, la remarque avait son importance car la cession des actions incriminées ne concernait pas directement les actions de la société concessionnaire, mais les actions de la société holding qui, à son tour, détenait seule les actions de la société concessionnaire. La cour considère que le changement de contrôle de la société holding modifiait l’exploitation personnelle de la cession de la même façon que si

c’était le contrôle de la société concessionnaire elle-même qui avait été changé.

4. Concernant la sélection quantitative des membres du réseau belge BMW, la Cour reconnaît à la SA BMW Belgique Luxembourg le droit de choisir ses partenaires – ce qui revenait en l’espèce à autoriser le refus de contracter avec le concessionnaire des actions litigieuses. A défaut d’autorisation de la cession du contrat (non-respect de son caractère *intuitu personae*; cf. *supra*) et donc résiliation de celui-ci, on pouvait en effet concevoir que le concessionnaire des actions de la société holding, propriétaire de la société concessionnaire, fasse acte d’une nouvelle candidature pour rejoindre le réseau agréé dont elle faisait partie avant la cession. La cour reconnaît à la SA BMW Belgique Luxembourg le droit de refuser d’emblée cette candidature (pour la vente de véhicules neufs et la réparation) – bien qu’elle concerne un établissement précédemment agréé.

L’arrêt suggère que le refus ne peut pas être discrétionnaire mais, au contraire, qu’il doit être motivé. En ce sens, la cour relève deux circonstances pertinentes:

- d’une part, le fait que, parmi les différents candidats possibles à l’exploitation de l’établissement indirectement cédé, la préférence pouvait légitimement être accordée à quelqu’un avec qui une relation commerciale existait déjà, ce qui offrait pour le futur quelques assurances d’une bonne collaboration,
- d’autre part, le fait que la cession incriminée avait en l’espèce été négociée à l’insu de la SA BMW Belgique Luxembourg (“*dans son dos*”), compromettant, dans le chef du concessionnaire indélicat, la confiance nécessaire à toute relation commerciale<sup>7</sup>.

Dans ces conditions, la cour estime que la SA BMW Belgique Luxembourg conservait la totale maîtrise de son agréa-

<sup>5</sup> J.O. L. 203 du 1<sup>er</sup> août 2002, p. 30.

<sup>6</sup> Traduction libre du considérant suivant lequel:

“*Dat NV BMW Belgium Luxembourg (...) daardoor enkel een welbepaalde controleprocedure heeft willen ontwikkelen op feiten die rechtstreekse of onrechtstreekse doch beslissende invloed op de identiteit van de titularis van de concessie (...) of de door deze titularis voor de uitbating van de concessie gekozen juridische structuur (rechtspersoon) – hebben.*”

<sup>7</sup> Dans son point XII, l’arrêt considère ainsi:

“*In die omstandigheden heeft BMW op niet-onredelijke grondslag en zonder daarbij de perken van haar beslissingsvrijheid te buiten te gaan, kunnen oordelen dat het vertrouwen in geïntimeerde in die mate geschokt was dat zij daardoor afzag van enige verdere toekomstige commerciële samenwerking (...).*”

tion. Son refus de contracter, et même de négocier avec le cessionnaire des actions litigieuses, ne peut donc pas être assimilé à un acte (refus de vente?) interdit par l'ancien arti-

cle 93 de la loi du 14 juillet 1991 *sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*<sup>8</sup>.

## 2. LE CARACTÈRE PERSONNEL (*intuitu personae*) DU CONTRAT DE DISTRIBUTION

5. Le contrat de distribution est généralement considéré comme étant conclu *intuitu personae*. En 1990 déjà, dans un article consacré au “*droit commun des intermédiaires commerciaux*”, Foriers en fait un élément essentiel: “*On peut dégager 6 grands principes suivants: (1) Les contrats passés avec les intermédiaires commerciaux présentent un caractère intuitu personae incontestable (...)*”<sup>9</sup>. Encore faut-il préciser la portée de ce caractère “*incontestable*”, souvent invoqué mais rarement systématisé<sup>10</sup>. En l'absence de stipulation contractuelle expresse (pour rappel, le principe est la liberté contractuelle et elle est ici pleine et entière), nous pensons pouvoir la résumer comme suit<sup>11</sup>.

### 2.1. Le contrat de distribution personnel ne peut pas être cédé

6. Le contrat de distribution est synallagmatique. Lorsqu'il est personnel, les droits et obligations qu'il fait naître ne peuvent en principe être cédés à un tiers au contrat initial qu'avec l'accord du cocontractant. À défaut, et sous réserve des nuances reprises ci-après, il faudrait considérer que la cession du contrat personnel est un acte équipollent à rupture. Elle entraînerait les conséquences d'une résiliation qui aurait été notifiée sans préavis.

### 2.2. Le contrat de distribution personnel pourrait être sous-traité

7. Sauf l'hypothèse du représentant de commerce, le contrat de distribution (agence, concession, franchise) est conclu entre commerçants indépendants qui disposent en principe d'une totale liberté d'organisation. Le fournisseur a d'ailleurs intérêt à préserver celle de son distributeur s'il

veut éviter que ses directives ou recommandations (bien légitimes dans le cadre de tout projet commercial) ne soient assimilées à celles de la direction ou surveillance caractéristique d'un lien de subordination.

En théorie, le droit de s'organiser librement suppose le droit de sous-traiter tout ou partie de l'exécution de ses obligations, du moment que la sous-traitance ne réduise pas leur force ou leur portée<sup>12</sup>. Il en est ainsi du fournisseur qui sous-traite à un tiers la livraison de ses produits; du concessionnaire qui décide de prospecter le marché qui lui est attribué à l'aide de sous-concessionnaires ou d'agents travaillant en son nom et pour son compte, *etc.*

En pratique, on devine que les limites du caractère personnel du contrat de distribution sont rapidement atteintes, certainement dans le chef du distributeur dont l'implication personnelle est attendue. Rares sont alors les contrats qui ne traitent pas expressément de la question, le plus souvent en soumettant à l'autorisation préalable du fournisseur (ou à tout le moins à son information préalable) le droit de sous-traiter du distributeur.

### 2.3. Le contrat de distribution est personnel, tenant compte de l'actionnaire de référence et du gérant

8. La grande majorité des contrats de distribution sont conclus avec des sociétés, personnelles ou anonymes<sup>13</sup>. Concernant la société anonyme-distributeur, l'anonymat est une vue de l'esprit tant il paraît évident que le fournisseur ne conclut avec elle que tenant compte de son actionnaire de référence et de la personne à qui sa gestion effective a été confiée. En droit, l'extension du caractère personnel du contrat à l'actionnaire de référence et à la personne qu'il désigne

<sup>8</sup> La disposition se retrouve désormais au nouvel art. 94/3 de la loi.

<sup>9</sup> P.A. FORIERS, “Le droit commun des intermédiaires commerciaux: courtiers, commissionnaires, agents”, in *Les intermédiaires commerciaux*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1990, p. 141, n° 158. Voy. également nos précédents commentaires: *Le droit belge de la distribution commerciale. Les aspects juridiques de la stratégie de distribution, Dossiers J.T.*, n° 2, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 63, n° 88.

<sup>10</sup> Foriers reconnaît que la nature “*incontestable*” du caractère personnel ne l'empêche pas de varier (*o.c.*, p. 141, n° 158). Il ne précise pas beaucoup cependant. Dans le même sens: M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Paris, Sirey, 2006, p. 56, n° 178: “*Les contrats de distribution des produits ou services sont marqués par un intuitu personae plus ou moins marqué.*”

<sup>11</sup> Pour faciliter la compréhension, il nous a semblé opportun d'examiner d'abord les conséquences du caractère personnel avant d'aborder les hypothèses dans lesquelles il peut ou doit être constaté.

<sup>12</sup> Concernant les éventuelles contraintes du droit de la concurrence, voy. F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER et A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford, University Press, 2006, pp. 239 et s.

<sup>13</sup> Concernant les agents commerciaux, cela réduit considérablement le risque que leur contrat soit requalifié en contrat de représentant de commerce. Se souvenir de la présomption de l'art. 4, al. 2 de la loi du 3 juillet 1978: “*Nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, le contrat conclu entre commettant et intermédiaire, quelle qu'en soit la dénomination, est réputé jusqu'à preuve du contraire un contrat de travail de représentant de commerce.*”

pour gérer la société<sup>14</sup> ne manque pas de susciter des difficultés. Elle ne tord pas seulement le principe de l'écran social. Elle heurte surtout le principe de l'effet relatif des conventions suivant lequel elles ne font naître de droits et d'obligations que dans le chef des parties contractantes. Or, tel n'est normalement pas le cas de l'actionnaire ou de l'administrateur personnellement.

En pratique, on tente souvent de contourner la difficulté par la stipulation expresse de ce que le contrat est signé *intuitu personae* avec le distributeur, "tenant compte de son actionnaire de référence et de la personne qui en a la gestion effective". À défaut de signature en leur qualité personnelle, la clause ne peut cependant lier que la société-distributeur et ne saurait faire naître d'obligation dans le chef de son actionnaire et de son gérant<sup>15</sup> – sauf application (probablement exceptionnelle) des règles de la bonne foi<sup>16</sup> ou de la tierce complicité<sup>17</sup>.

## 2.4. Le contrat est presque toujours personnel dans le chef du distributeur

9. C'est le cas lorsqu'il y a *exclusivité de vente*<sup>18</sup>, le distributeur étant seul désigné sur un territoire ou auprès d'un groupe de clients déterminé. Le fournisseur ne renonce à désigner un autre distributeur qu'en raison de la confiance placée dans celui avec lequel il contracte et par qui seul ses produits ou services transiteront (sauf effets d'un marché européen non cloisonné ne permettant pas l'interdiction de la vente *passive* d'un distributeur voisin). Il paraît juste et utile de présumer que la personnalité du distributeur exclusif a déterminé le consentement du fournisseur.

Nous pensons que le contrat de distribution est personnel dans le chef du distributeur, même à défaut d'exclusivité, lorsqu'il est intégré dans la formule de vente ou le réseau du fournisseur, les légitimes attentes de ce dernier suggérant un contrat fondé sur la personnalité de son partenaire<sup>19</sup>. Ainsi, un système de distribution *sélective qualitative* exige que les critères (requis par la nature des produits ou des services) soient appliqués par tous les distributeurs de façon non dis-

criminatoire. A défaut, c'est la validité des critères, et donc du système lui-même, qui est en péril. Le respect et le suivi des critères sélectifs reposent nécessairement sur les qualités – et donc la personnalité – du distributeur sélectionné<sup>20</sup>.

Il n'en irait autrement que dans les cas de formule de distribution purement *intensive* dont la logique (multiplier les points de vente tant que possible) pourrait s'accommoder de contrats conclus indifféremment de la personnalité du distributeur. Mais même ce point pourrait encore être relativisé par l'une ou l'autre indication contraire du contrat.

## 2.5. Le contrat est moins personnel dans le chef du fournisseur

10. La globalisation qui caractérise désormais la vie des entreprises commerciales s'accommode peut-être mal de contrats de distribution personnels dans le chef des fournisseurs. Imagine-t-on qu'à la suite d'une fusion ou acquisition, les contrats conclus avec la société fusionnée ou acquise, et qui sont un élément important de sa valeur, puissent d'office être remis en question par ses distributeurs? Lorsque la fusion ou l'acquisition permet une synergie synonyme d'efficacité ou l'arrivée d'un nouvel actionnaire synonyme d'argent frais, on s'interroge sur la légitimité économique de la solution que le droit suggérerait en ce sens. Il en est d'autant plus ainsi que les conditions auxquelles le droit des sociétés soumet ces opérations visent précisément à rassurer les tiers, contractants ou créanciers.

Les hypothèses de fusion ou acquisition, qui entraînent une modification de la personne ou de la structure du fournisseur, ne devraient probablement pas être confondues avec les hypothèses de cessions de ses contrats. Si la cession du fonds de commerce du fournisseur, impliquant la cession de ses contrats, est une hypothèse à laquelle le distributeur aura sans doute peu de motifs de s'opposer, la cession pure et simple du seul contrat de distribution à un nouveau fournisseur semble bien être une modification essentielle soumise à l'accord du distributeur<sup>21</sup>. Il en serait certainement ainsi en cas d'*exclusivité d'achat*: le distributeur acceptant de ne

14. Ce peut être lui-même.

15. La question est très sensible dès qu'elle concerne une clause de non-concurrence signée par (pour) la société seulement. À propos de cette clause, nous recommandons la lecture de WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER et A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford, University Press, 2006, pp. 191 et s.

16. Manquerait à la bonne foi l'actionnaire qui utilise une seconde société pour contourner des obligations à charge de la première société distributeur.

17. Signataire du contrat de distribution, l'administrateur est à tout le moins informé de son contenu. La preuve de la conscience de son éventuel concours à une violation contractuelle de la société-distributeur est ainsi rapportée.

18. La "vente" est comprise ici au sens large car un agent n'achète pas pour revendre, mais négocie la vente au nom et pour compte de son commettant.

19. Exemple lors du lancement d'un produit ou d'un service: le fournisseur se réserve expressément le droit de désigner un ou plusieurs autres distributeurs en fonction de l'évolution de la demande; il n'y a pas exclusivité; cela n'empêche pas le constat suivant lequel, de toute évidence, la personnalité du distributeur choisi pour le lancement a été essentielle.

20. *Contra*: M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Paris, Sirey, 2006, p. 57, n° 178: "L'intuitu personae est moins marqué dans les contrats de distribution sélective, qualifiés de réseaux 'ouverts', car, en raison des exigences du droit de la concurrence, le fournisseur ne peut refuser d'agréer un distributeur qui répond aux critères de sélection." C'est précisément le contraire que décide l'arrêt annoté. Nous l'approuvons comme expliqué ci-après.

21. Sans doute peut-on admettre que cet accord puisse être tacite (notification du projet de cession resté sans réaction du distributeur), du moment qu'il soit certain (exemple: acceptation de la modification des coordonnées de facturation).

s'approvisionner que chez un seul et même fournisseur, il paraît juste et utile de présumer que la personnalité de ce dernier a déterminé son consentement (même raisonnement que ci-dessus à propos de l'exclusivité de vente).

Sur ces questions, on relira d'anciens mais toujours pertinents commentaires de Verougstraete<sup>22</sup> qui ont le mérite d'attirer l'attention sur le fait que les hypothèses de fusion,

acquisition ou cession du fournisseur posent en réalité deux questions: le courant d'affaires est-il maintenu avec le distributeur et, dans l'affirmative, est-ce dans le cadre du contrat *ancien* poursuivi<sup>23</sup> ou, au contraire, dans celui d'un *nouveau* contrat sur lequel l'accord du distributeur est reconnu ou présumé? La seconde question est loin d'être neutre car elle détermine les conséquences de l'ancienneté totale du contrat ou du nombre de ses renouvellements<sup>24</sup>.

### 3. LE DROIT DE CHOISIR (SÉLECTIONNER) LE PARTENAIRE AVEC LEQUEL LE CONTRAT DE DISTRIBUTION EST CONCLU

11. Le système de distribution sélective *qualitative* peut être défini comme étant celui dans lequel "Le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs (...), des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs (...) souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs (...)." <sup>25</sup>.

La définition persuade le candidat qui répond aux critères de son droit d'être sélectionné – précisément parce que ces critères ne peuvent *pas* faire l'objet d'une application discriminatoire. D'ailleurs, dans une telle hypothèse, le refus de la sélection ne serait-il pas un refus de vente ou de contracter interdit par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après la "LPCC")?

Pourtant, il s'agirait aussi de concilier, dans le chef du fournisseur, une prétendue obligation de sélection avec:

- d'une part, la liberté contractuelle dont il a été rappelé qu'elle est le principe en droit de la distribution. La liberté de contracter suppose la liberté de ne *pas* contracter; l'une ne s'explique que par l'autre;
- d'autre part, le caractère *intuitu personae* qu'il faudra le plus souvent reconnaître au contrat de distribution lui-même. Le distributeur est choisi en raison de ses

qualités personnelles<sup>26</sup>: comment pourrait-il s'imposer?

Une sélection *quantitative* permet de fixer directement le nombre de distributeurs pouvant être sélectionnés. Elle n'est pas soumise aux conditions de validité de la sélection qualitative: "(...), ni la limitation quantitative des revendeurs ni l'obligation faite aux détaillants d'opérer à partir d'un point de vente unique géographiquement fixé ne sont interdits par le règlement n° 2790/99. Il s'agit là de critères de sélection pour lesquels le règlement d'exemption n'impose aucune condition" <sup>27</sup>. Encore faut-il que la sélection *quantitative*, et la stratégie commerciale qu'elle reflète, n'apparaissent pas comme des moyens de contourner les conditions posées à la validité de la sélection *qualitative*, et en particulier l'absence de discrimination.

#### 3.1. L'effet limitatif du droit de la concurrence

12. L'arrêt annoté témoigne des difficultés pratiques de gérer ces apparentes contradictions. Il nous semble une bonne occasion de rappeler la théorie dite "de l'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale" <sup>28</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000<sup>29</sup> en était la consécration. Nous avons pu constater qu'il restait largement méconnu. Il offre pourtant une inté-

22. I. VEROUGSTRAETE, "Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage", in *Les intermédiaires commerciaux*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1990, pp. 149 à 151.

23. Voy. ainsi le jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 19 décembre 1979, cité, p. 149, décidant que ancien et nouveau concédants forment une société en nom collectif irrégulière et, de ce fait, sont tenus solidairement au paiement d'indemnités compensatoires de préavis.

24. I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, p. 151. À retenir en particulier pour l'application de l'art. 3bis de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée: "Lorsqu'une concession de vente à durée déterminée a été renouvelée à deux reprises, **que les clauses du contrat primitif aient ou non été modifiées entre les mêmes parties, ou lorsqu'elle a été tacitement reconduite à deux reprises par l'effet d'une clause du contrat, toute prorogation ultérieure est censée consentie pour une durée indéterminée.**" (ici souligné).

25. Définition de l'art. 1. h) du règlement (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne concernant l'application de l'art. 81, al. 3 du traité à ces catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *J.O. L.* 203 du 1<sup>er</sup> août 2002, p. 30. Cette définition a notre préférence car, en intégrant certains apports de la pratique, elle complète la définition du seul système de distribution sélective telle qu'on la trouve à l'art. 1. f) du même règlement ou à l'art. 1. d) du règlement (CE) n° 2790/99 du 22 décembre 1999.

26. Cf. nos commentaires ci-dessus.

27. J. KOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 250-251.

28. L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, "L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale: état de la question", *R.D.C.* 1997, pp. 4 et s.

29. Cass. (1<sup>re</sup> ch.) 7 janvier 2000, *R.C.J.B.* 2001, pp. 249 à 256; les conclusions de l'avocat général X. De Riemaeker, *Pas.* 2000, I, n° 16; J. STUYCK, "L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce" (note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.) 7 janvier 2000), *R.C.J.B.* 2001, pp. 256 à 269.

ressante voie de règlement aux questions résumées ci-dessus. Un rappel s'impose.

13. Les faits à l'origine de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000 étaient les suivants:

- la SA Multipharma (grossiste en produits pharmaceutiques) vend ses produits à des pharmacies faisant partie de son groupe, ainsi qu'à des points de vente de la SA Equiform. Parmi les produits vendus figurent ceux de la marque "Louis Widmer". Une convention à durée indéterminée de distribution sélective portant sur ces produits est conclue entre la SA Louis Widmer et les pharmaciens;
- en 1996, Louis Widmer met fin à la convention précitée et propose la conclusion d'un contrat de franchise. Multipharma refuse cette proposition au motif que le contrat proposé ne répondrait pas, selon elle, aux exigences européennes de concurrence. Multipharma et Equiform demandent à Louis Widmer de pouvoir néanmoins poursuivre la vente des produits "Widmer", ce que cette dernière refuse;
- Multipharma et Equiform introduisent alors une action en cessation sur pied de l'article 93 LPCC, invoquant un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Par un arrêt du 3 février 1999, la cour d'appel de Gand rejette la demande de Multipharma et Equiform. Elle constate notamment que le refus de vente reproché n'est pas contraire aux règles européennes et belges concernant la concurrence (le refus n'a pas d'effet sensible sur le commerce entre les États membres ni sur la concurrence sur le marché belge) et qu'il ne peut en outre être considéré comme un acte contraire aux usages honnêtes puisqu'il n'est pas constitutif d'un abus de droit;
- Multipharma et Equiform se pourvoient en cassation. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel en des termes peu équivoques:

*"Attendu que la pratique d'une entreprise qui restreint la concurrence mais est admise tant par le droit européen concernant la concurrence que par la loi belge relative à la concurrence ne peut être interdite en vertu de l'obligation de respecter les usages honnêtes en matière commerciale, lorsque la violation des usages honnêtes, telle qu'elle est invoquée, consiste pour l'essentiel uniquement en une restriction de la concurrence entre les distributeurs;*

*Attendu qu'en l'espèce, le juge d'appel constate que la violation des usages honnêtes en matière commerciale invoquée consiste exclusivement en un refus dans le chef des défende-*

*resses d'admettre les demandresses dans leur système de franchise; qu'il décide à cet égard que les défenderesses ne commettent pas un abus de droit et, dès lors, exclut que, par ce motif, la preuve de la violation des usages honnêtes en matière commerciale soit apportée;*

*Que, dès lors, la décision suivant laquelle la pratique n'est pas contraire aux usages honnêtes en matière commerciale est légalement justifiée."*

14. Dans la note qu'il consacre à cet arrêt, le professeur Stuyck, faisant référence aux conclusions de l'avocat général De Riemaeker, rappelle que les objectifs de la loi sur la protection de la concurrence économique et de la loi sur les pratiques du commerce sont différents. Pour la première, il s'agit d'"assurer une concurrence effective sur le marché en tant que tel"; pour la seconde, d'"assurer une concurrence loyale et une information et protection adéquate du consommateur"<sup>30</sup>. Il est bon d'insister sur la nuance quand, trop souvent, les règles de concurrence sont détournées de leur objectif de concurrence effective pour recevoir un rôle prioritaire de protection du consommateur.

Bien que leurs objectifs soient différents, la loi sur la protection de la concurrence économique et la loi sur les pratiques du commerce sont en interaction. Et c'est ce qui permet à la Cour de cassation, conformément à une partie de la doctrine<sup>31</sup>, de les articuler comme suit: lorsque la violation des usages honnêtes invoquée consiste "pour l'essentiel uniquement" en une restriction de la concurrence entre les distributeurs, le fait que la restriction soit autorisée en vertu des règles (européennes et belges) de concurrence s'oppose à ce qu'elle puisse être interdite en vertu de l'obligation de respecter les usages honnêtes.

Concrètement: un système de distribution sélective restreint la concurrence. Le droit de la concurrence peut néanmoins l'autoriser à certaines conditions (la sélection qualitative exige des critères objectifs appliqués de manière non discriminatoire). Si tel est le cas, le seul fait de la sélection ne pourrait plus être assimilée à un refus de vente ou de contracter contraire aux usages honnêtes.

15. La primauté des règles de concurrence s'explique aisément lorsqu'elles ont un fondement supranational. L'explication vacille lorsque seules des dispositions de droit national sont concernées<sup>32</sup>. C'est davantage la nécessaire protection de l'intérêt général qui semble fournir la justification adéquate. Comme l'écrivent Garzaniti et Vandermeersch<sup>33</sup>. "L'application de la LPCC ne peut avoir pour effet de porter

<sup>30</sup>. J. STUYCK, "L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce" (note sous Cass. 7 janvier 2000), *R.C.J.B.* 2001, p. 260, n° 12.

<sup>31</sup>. La question était controversée: voir les références que rappelle J. STUYCK, *o.c.*, p. 262 et les notes.

<sup>32</sup>. S'agit-il de justifier leur priorité en droit belge en raison du fait qu'elles ne seraient que la transposition au niveau national des art. 81 et 82 du Traité CE?

<sup>33</sup>. L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, "L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale: état de la question", *R.D.C.* 1997, p. 6.

atteinte à [l'] objectif de concurrence effective en favorisant les intérêts de certains acteurs économiques au détriment de l'intérêt général."

La primauté des règles de concurrence sur le droit des usages honnêtes contribue à la sécurité juridique. Elle évite qu'une pratique restrictive autorisée par les premières puisse encore être remise en cause sur le fondement du second. Elle permet aussi et notamment de concilier des règles essentielles – la liberté de contracter, le caractère *intuitu personae* du contrat de distribution – avec la nécessité de ne pas créer de discrimination dans la mise en œuvre d'un système de distribution sélective<sup>34</sup>.

16. Compte tenu de ses importantes conséquences, l'effet limitatif des règles de concurrence sur les normes de loyauté semble devoir être appliqué strictement. Garzaniti et Vandermeersch n'en citent que trois exemples<sup>35</sup>: "le refus de vente, la discrimination et la concurrence directe du fabricant avec ses revendeurs"<sup>36</sup>. Nous approuvons cette mesure et préconisons la prudence car il ne s'agirait pas de vider de sa substance le droit des usages honnêtes en faveur de celui de la concurrence. Il doit d'autant plus en être ainsi que le rôle désormais accru des autorités et juridictions nationales pour dire, interpréter ou faire le droit de la concurrence augure d'une probable multiplication de ses cas d'application<sup>37</sup>.

Pour certains, le droit de la concurrence n'est d'ailleurs pas un droit d'autorisation mais d'interdiction<sup>38</sup>. L'erreur serait de considérer trop vite qu'un comportement est autorisé par les règles de concurrence (parce qu'il n'y est pas expressément interdit) pour faire échec à l'une ou l'autre norme relative aux usages honnêtes. Nous y voyons une raison supplémentaire d'appliquer strictement l'éventuel effet limitatif des règles de la concurrence.

### 3.2. Une soupape de sécurité: l'interdiction de tout abus

17. La primauté des règles de concurrence sera d'autant plus légitime qu'elle est dotée d'une soupape de sécurité.

C'est très opportunément que l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000 mentionne la réserve de l'"abus de droit"<sup>39</sup>. Elle permet de rattraper les comportements excessivement contraires aux usages honnêtes – alors même qu'ils auraient été autorisés par les règles de concurrence.

Une question se pose alors: l'abus de droit ici considéré peut-il consister à profiter d'une situation dominante sur le marché pertinent? En d'autres termes: acceptera-t-on de faire de l'"abus de position dominante" un cas d'"abus de droit" servant de réserve à la primauté des règles de concurrence? On pourrait s'étonner de ce rapprochement: la "position dominante" n'est pas un "droit" susceptible d'un abus du même type.

18. Garzaniti et Vandermeersch semblent pourtant disposés à aller en ce sens au moment de préciser que "L'un des domaines de prédilection de la théorie de l'effet limitatif de la LPCC est le refus de vente opéré unilatéralement par des entreprises **non dominantes**." (c'est nous qui soulignons)<sup>40</sup>. C'est clairement en faveur de l'assimilation que s'est prononcée madame le président du tribunal de commerce de Bruxelles dans un jugement du 22 juillet 2002<sup>41</sup>. Elle y faisait même de la "position dominante" du fournisseur le premier critère à prendre en compte pour mesurer la validité de sa stratégie de distribution au regard de la loi sur les pratiques de commerce:

*"Attendu que (...) en principe le refus de vente ou de livraison est licite, puisqu'il est l'expression de la liberté de contracter et de la liberté de commerce;*

*Que la licéité du principe de vente ou de livraison cesse bien entendu dès lors qu'il est fait de ce droit de refus un usage abusif;*

*Que pour déterminer si un refus de vente ou de livraison est abusif, il y a lieu de manière préalable de vérifier si l'auteur du refus (...) bénéficie sur le marché concerné d'une position dominante et récusable au sens du droit de la concurrence; qu'il faut ensuite, dans l'hypothèse de l'existence*

<sup>34</sup>. En ce sens dans le secteur automobile: L. VOGEL et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile II. Bilan de l'application du règlement 1400-2002*, Paris, Lawlex, 2006, p. 40, n° 34: "L'existence d'un règlement d'exemption par catégorie ne crée pas de droit à agrément. La solution est incontestable dans le cadre d'un réseau de distribution exclusive ou de distribution sélective quantitative dans la mesure où le réseau ne comporte alors qu'un nombre limité de distributeurs. Il est vrai que dans le cadre d'un système de distribution sélective qualitative, le fournisseur est tenu d'appliquer les critères qualitatifs de façon non discriminatoire. Une éventuelle discrimination ne saurait toutefois ouvrir droit à agrément puisque le règlement ne le prévoit pas."

<sup>35</sup>. L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 7.

<sup>36</sup>. Voy. ainsi Prés. Comm. Bruxelles 26 mars 2001, *D.C.C.R.* 2002, liv. 54, pp. 58 à 64; F. LONGFILS, "Le refus de vente par l'Internet: concurrence illicite ou consommation séduite?" (note sous Comm. Bruxelles 26 mars 2001), *D.C.C.R.* 2002, pp. 64 à 78.

<sup>37</sup>. Sur les développements à attendre, voy. J. STUYCK, W. DEVROE et P. WYTTINCK, *De nieuwe Belgische Mededingingswet 2006*, Mechelen, Kluwer, 2007, 260 p., et en particulier pp. 235 et s.

<sup>38</sup>. Art. 81 Traité CEE: "Sont incompatibles avec le marché commun et interdits (...)."

<sup>39</sup>. "Attendu qu'en l'espèce, le juge d'appel constate que la violation des usages honnêtes en matière commerciale invoquée consiste exclusivement en un refus dans le chef des défenderesses d'admettre les demanderesses dans leur système de franchise; qu'il décide à cet égard que les défenderesses ne commettent pas d'abus de droit et, dès lors, exclut que, par ce motif, la preuve de la violation des usages honnêtes en matière commerciale soit apportée." (ici souligné).

<sup>40</sup>. L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 8.

<sup>41</sup>. Prés. Comm. Bruxelles 22 juillet 2002, *Ing.-Cons.* 2002, liv. 4-5, pp. 199 à 208.

*d'une telle position dominante, vérifier si le refus peut trouver une justification légitime (...)*"; (ici souligné)

La décision témoigne de l'importance de la place occupée

par le fournisseur sur le marché pertinent pour apprécier la validité de sa stratégie de distribution, même quand c'est sous l'angle de la loi sur les pratiques du commerce que la question est posée<sup>42</sup>.

#### 4. CONCLUSION

**19.** Bien qu'il concerne des dispositions particulières du règlement (CE) n° 1400/2002 exclusivement applicable au secteur automobile<sup>43</sup>, l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 21 février 2008 est une bonne illustration des règles plus générales qui, en droit de la distribution, organisent le caractère personnel des contrats et le droit de choisir les partenaires avec lesquels ils seront conclus. Nous approuvons l'application qu'il en fait, conforme à la réalité commerciale<sup>44</sup>.

**20.** Concernant le caractère *intuitu personae* du contrat de concession litigieux, l'arrêt est remarquable en ce qu'il le retient de façon large, prenant en compte non seulement l'actionnaire de la société concessionnaire, mais aussi l'actionnaire de cet actionnaire (qui en l'espèce était donc une société holding). Cette compréhension est bien en phase avec le monde des affaires et l'importance qu'il accorde aux personnes physiques elles-mêmes. On retrouve la même préoccupation dans la façon avec laquelle les cours et tribunaux acceptent, suivant les exigences de la bonne foi et du bon sens, d'appliquer les clauses de non-concurrence (pendant et après la fin du contrat).

**21.** Concernant l'agrégation des membres d'un réseau de distribution sélective, l'arrêt annoté était une bonne occasion de rappeler la pertinence de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000 et la théorie de l'effet limitatif du droit de la concurrence dont il était la consécration. L'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 21 février 2008 n'y fait pas référence. Il aurait pu, tant la solution qu'il retient leur être conforme.

Ceci concerne en particulier l'interdiction d'abuser de son droit de choisir. Si la Cour de cassation faisait une référence expresse à l'abus de droit, c'est une idée semblable que retient la cour d'appel d'Anvers en soulignant que la sélection de la SA BMW Belgique Luxembourg n'était pas discrétionnaire (avec le risque d'abus que cela comporte), mais pouvait au contraire s'appuyer sur divers motifs<sup>45</sup>. Il est remarquable de constater que ceux-ci ne sont pas juridiques mais commerciaux, voire profondément humains<sup>46</sup>. On ne peut que se réjouir lorsque le droit et ses juges sont à ce point à l'écoute des entreprises et des hommes qu'ils sont censés servir.

<sup>42.</sup> Dans le même sens, avec cette réserve que la part de marché du fournisseur ne semble y être qu'un critère *parmi d'autres*: Prés. Civ. Anvers 20 février 2003, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence 2003*, p. 1007.

<sup>43.</sup> Ceci concerne notamment l'art. 3.3. suivant lequel:  
*"L'exemption s'applique à condition que l'accord vertical conclu avec un distributeur ou un réparateur prévoit que le fournisseur accepte la cession des droits et des obligations découlant de l'accord vertical à un autre distributeur ou réparateur à l'intérieur du système de distribution et choisi par l'ancien distributeur ou réparateur."*

Sur le contentieux suscité par le règlement (CE) n° 1400/2002, voy. L. VOGEL et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile II. Bilan de l'application du règlement 1400-2002*, Paris, Lawlex, 2006, pp. 34 et s. Ils y relèvent une jurisprudence européenne évoluant effectivement dans le sens de l'arrêt annoté.

<sup>44.</sup> Sur sa pertinence et ses prolongements en droit de la concurrence, on consultera (en plusieurs fois): I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Athènes, ANT.N.SAKKOULAS, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1698.

<sup>45.</sup> Dans le même sens: voy. L. VOGEL et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile II. Bilan de l'application du règlement 1400-2002*, Paris, Lawlex, 2006, p. 39, n° 34 qui citent l'arrêt de la Cour de cassation française (ch. comm.) du 28 juin 2005 (arrêt *Garage Grémeau/DaimlerChrysler France*) imposant *"aux juges du fond d'apprécier, même d'office, les critères de sélection qualitatifs, leur objectivité et les conditions de leur mise en œuvre"*. C'est la même idée: le droit de refuser la sélection est acquis mais son exercice ne saurait être fautif, ce qui implique qu'il puisse à tout le moins être contrôlé.

<sup>46.</sup> Voy. ainsi l'importance accordée à la nécessaire confiance entre partenaires commerciaux. À ce sujet, voir déjà nos précédents écrits: L. DU JARDIN, *"Le contrat plus efficace"*, dans *Le droit des affaires en évolution. La sanction dans la vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, Kluwer, Antwerpen, 2007, pp. 229 à 249, et en particulier pp. 239 et s.